REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 33 – ANO 6

MAIO E JUNHO 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 21
b) Agravos de Instrumento 27
c) Apelações 118
d) Conflitos de Competência 415
e) Embargos de Declaração 417

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 424
b) Agravos de Instrumento 427
c) Apelações 463
d) Apelações/Remessas Necessárias 553
e) Conflitos de Competência 576
f) Embargos de Declaração 586
g) Mandados de Segurança 605
h) Remessas Necessárias 608

2- Jurisprudência Criminal:

a) Ações Penais/Procedimentos Ordinários 623
b) Agravos em Execução Penal 633
c) Apelações 674
d) Correições Parciais 750
e) Embargos de Declaração 753
f) *Habeas Corpus* 759
g) Recursos em Sentido Estrito 777
h) Revisões Criminais 794

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Rescisórias 802
b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 808
c) Agravos Internos 842
d) Arguições de Inconstitucionalidade 850
e) Conflitos de Competência 881
f) Mandados de Segurança 912
g) Procedimentos Investigatórios Criminais 957
h) Reclamações 968
i) Representações Criminais/Notícias de Crime 971

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 985
b) Apelações/Remessas Necessárias 1011
c) Conflitos de Competência 1021
d) Conflitos de Jurisdição 1027
e) *Habeas Corpus* 1030

5- Câmara Especial de Presidentes 1047
6- Conselho Superior da Magistratura 1083
7- Noticiário 1104

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. 33, mai./jun. 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 JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO**
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 CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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 DO CARMO HONORIO**
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**
Desembargador JAIR DE SOUZA**

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 MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
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**
Desembargador BENEDITO ANTONIO OKUNO**
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 QUEIRÓZ***
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO**
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
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO**

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
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 ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA
Desembargador DÉCIO Luiz José RODRIGUES

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 LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO**

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***
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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
Desembargadora MARIA CLÁUDIA BEDOTTI*

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 — 10:00 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 — 13:00 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 AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador AFONSO de Barros FARO 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 MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA**

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
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 José Carlos Gonçalvez XAVIER DE AQUINO
Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador MARCO ANTÔNIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador MAURÍCIO VALALA
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES
Desembargadora ELY AMIOKA**
Desembargador EDISON TETSUZO NAMBA**

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**
Desembargadora MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES**

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**
Desembargador HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**

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 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

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

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Maurício Fiorito
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
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
Lavínio Donizetti Paschoalão
Jair de Souza
Marco Fábio Morsello
José Eduardo Marcondes Machado
Manoel Luiz Ribeiro
Jayme Martins de Oliveira Neto
Marcus Vinícius Rios Gonçalves
Maria do Carmo Honório
Benedito Antonio Okuno
Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira
Heitor Donizete de Oliveira
Maria de Fátima dos Santos Gomes
Rogério Marrone de Castro Sampaio
Edison Tetsuzo Namba

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2093717-08.2018.8.26.0000, da Comarca de Mirassol, em que é autor SA GÔNDOLAS DE AÇO LTDA., é réu METALÚRGICA GIRASSOL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9365)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2019.

DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais - Demanda ajuizada com objetivo de desconstituir sentença de procedência - Alegação de dolo da parte vencedora, ofensa à coisa julgada e erro de fato verificável - Autora que sequer especificou as condutas dolosas que teriam sido praticadas - Inexistência de ofensa à coisa julgada, uma vez que o processo mencionado foi sentenciado em data posterior à sentença objeto desses autos - Ademais, observa-se que as ações não possuíam a alegada identidade de objetos - Ausência de erro de fato verificável pela análise dos autos em que proferida a sentença - Autora que pretende sanar a ausência da apresentação de contestação, buscando seja analisada documentação não constante dos autos originários - Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada por AS Gôndolas de Aço Ltda. contra Metalúrgica Girassol Ltda., objetivando desconstituir a r. sentença proferida nos autos da ação nº 1002879-97.2016.8.26.0358, que resultou na declaração de inexigibilidade das duplicatas objeto dos autos, e na condenação da ora autora ao pagamento de indenização por danos morais.

Sustenta a autora que a sentença rescindenda resultou de dolo da parte vencedora, além de ter ofendido a coisa julgada, uma vez que a nota fiscal discutida naqueles autos já teria sido objeto de sentença nos autos da ação nº 1002534-34.2016.8.26.0358, onde declarada a sua regularidade. Afirma que se trata de erro de fato verificável do exame dos autos.

Por meio do despacho de fls. 724/725, foi deferida a tutela de urgência para o fim de suspender o cumprimento da sentença rescindenda até ulterior determinação.

A ré apresentou contestação (fls. 738/743) defendendo a improcedência da ação, sob a argumentação de que inexistiu dolo de sua parte, bem como não há qualquer ofensa à coisa julgada ou erro de fato verificável por ocasião da sentença.

É o relatório.

O presente feito está em condições de julgamento, por não demandar produção de provas.

Passo ao julgamento do processo no estado em que se encontra, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

A autora pretende a rescisão da r. sentença proferida nos autos da ação nº **1002879- 97.2016.8.26.0358**, sob a alegação de que resultou de dolo da parte vencedora, ofendeu a coisa julgada, e foi proferida em razão de erro verificável pelo exame dos autos.

Razão não lhe assiste, contudo.

Ao que se verifica pela análise dos autos em que proferida a sentença objeto da presente demanda, a Metalúrgica Girassol Ltda. (ré na presente ação rescisória) ajuizou contra a SA Gôndolas de Aço Ltda. (autora) e o Itaú Unibanco S/A ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais.

Afirmou ter sido surpreendida com a negativação de 4 títulos emitidos pela SA Gôndolas e lançados a protesto pelo Itaú, quais sejam, as duplicatas nºs 159734, 159735, 159736 e 159737.

Após regular citação, apenas a instituição financeira apresentou contestação, defendendo a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da

Acesso ao Sumário

ação e, no mérito, a improcedência. A SA Gôndolas, por outro lado, deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar, tornando-se revel.

Nesse contexto, sobreveio - em 10 de janeiro de 2017 - sentença de procedência, para declarar a inexigibilidade das duplicadas descritas na inicial, tornar definitiva a sustação dos protestos já deferida em tutela de urgência, e condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00.

Pois bem.

A SA Gôndolas afirma que a sentença resultou de dolo da outra parte. Entretanto, sequer esclarece as razões para tal alegação, deixando de especificar condutas e, muito menos, prova-las.

Por oportuno, consigno que o ajuizamento - por parte da Metalúrgica Girassol Ltda. - da ação que aqui se discute em data pouco posterior à distribuição de processo em que também pleiteou a inexigibilidade de duplicatas, não constitui fato suficiente a caracterizar a hipótese de dolo prevista no inciso III do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Importante notar a distinção nos objetos das ações, uma vez que a primeira ação distribuída teve por objeto as duplicatas de nºs 156834, 156835, 156836, 156837, 158221, 158222, 158223, 158224, 158225, 158226, 158227, 159731, 159732 e 159733; enquanto a segunda discutia os títulos nºs 159734, 159735, 159736 e 159737.

Não houve, portanto, a alegada coincidência de duplicatas.

Certo é que não há nenhuma evidência de dolo por parte da parte vencedora, que - em seu direito constitucional de ação - ajuizou demanda afirmando o desconhecimento de duplicatas levadas a protesto e viu a ação ser julgada procedente diante da ausência de comprovação sobre a existência de negócio a dar guarida à emissão dos títulos negativados.

Do mesmo modo, inexiste qualquer razão para que se reconheça ofensa à coisa julgada.

Como supramencionado, as ações nº 1002879-97.2016.8.26.0358 (objeto dessa ação rescisória) e nº 1002534-34.2016.8.26.0358 discutiram duplicatas distintas.

Ademais, a sentença que se pretende ver rescindida foi proferida em 10 de janeiro de 2017, enquanto a sentença que - segundo argumenta a autora - daria azo à rescisão por ofensa à coisa julgada foi proferida apenas em 02 de maio de 2017, e transitou em julgado em 14/06/2017.

Ora, a sentença do processo nº 1002534-34.2016.8.26.0358 foi proferida cinco meses depois da sentença objeto dos autos!!

No que concerne à alegação de erro de fato verificável pelo exame dos

Acesso ao Sumário

autos, melhor sorte não assiste à autora.

Isso porque o "erro de fato" mencionado pelo autor não é verificável pela análise dos autos da Ação nº 1002879-97.2016.8.26.0358.

Em verdade, fica evidente que - com o ajuizamento da presente ação rescisória - a autora pretende mesmo é sanar a ausência da apresentação de contestação no curso do processo, buscando que haja análise de documentação não constante dos autos originários, apesar de existente ao tempo da citação (anote-se que a documentação não foi juntada nos autos por lapso somente a ela atribuído - já que, regularmente citada, tornou-se revel).

No entanto, é necessário atentar-se que o erro de fato previsto no inciso VII do artigo 966 do CPC, e autorizador da rescisão do julgado, não se confunde com ausência de provas, devendo decorrer de análise acurada da prova já disponível no processo de origem.

Indevida, portanto, a tentativa de que o erro de fato seja constatado por meio da análise de provas colacionadas em outro processo (ainda que este tenha contado com as mesmas partes).

Nesse sentido:

> *AÇÃO RESCISÓRIA - INADEQUAÇÃO DO PEDIDO - MÉRITO APRECIADO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, POR INAPLICABILIDADE DA HIPÓTESE DO ARTIGO 485, INCISO IX, E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ERRO DE FATO) AO CASO - ERRO DE FATO SOMENTE AUTORIZARIA A RESCISÃO DA COISA JULGADA SE FOSSE PERCEPTÍVEL MEDIANTE OS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS DO PROCESSO ORIGINÁRIO, O QUE NÃO OCORRE - AUTORES QUE, ADEMAIS, FORAM REVÉIS NO PROCESSO ORIGINÁRIO, DANDO CAUSA À PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUE RESULTOU NA CONDENAÇÃO QUE SUPORTARAM - JUÍZO RESCINDENDO NEGATIVO, POR INADEQUAÇÃO DOS FATOS A QUALQUER DAS HIPÓTESES AUTORIZADORES DE RESCISÃO DA COISA JULGADA - AÇÃO IMPROCEDENTE* (TJSP; Ação Rescisória 0242273-30.2011.8.26.0000; Relator (a): Flavio Abramovici; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo Anastácio - Vara Única; Data do Julgamento: 17/01/2012; Data de Registro: 19/01/2012)

Posto isto, pelo meu voto, **julgo improcedente a Ação Rescisória, e condeno a autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa.**

Levantará o réu o depósito em caução (fls. 715/716) (art. 968, II, CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2242792-24.2018.8.26.0000, da Comarca de Guará, em que é autor FÁBIO LEGHETTI, é ré ROSANA GOMIERO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.766)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES, ITAMAR GAINO, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, MAIA DA ROCHA, ROBERTO MAC CRACKEN e EDGARD ROSA.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. Prova nova (CPC, 966, VII). Documento posterior à decisão rescindenda não enseja ação rescisória. Precedentes. Ação desacolhida.

VOTO

Cuida-se de ação rescisória que objetiva a rescisão de v. acórdão que reformou r. sentença e condenou o ora autor ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00 e verbas sucumbenciais. Funda-se em *prova nova* (cf. CPC, 966, VII), produzida posteriormente ao acórdão rescindendo, dando conta de que não existiu "segundo apontamento", no qual se fundou a condenação impugnada.

É o relatório.

Consoante se verifica do v. acórdão em referência, o autor da presente demanda foi condenado a indenizar a ré por danos morais, em decorrência de segundo apontamento indevido: "*Incontroverso também, que o réu comunicou as associações de restrição ao crédito acerca do cancelamento do protesto. Ocorre que, após obter tal cancelamento, a autora foi surpreendida com a informação de que o mesmo título teria gerado um novo protesto, perante o mesmo tabelionato, disponibilizado ao público em 11/05/2015, como se denota da certidão de fls. 16, ensejando o ajuizamento da presente demanda em face do oficial responsável pelo cartório, na qual ela pleiteou o cancelamento do ato e o arbitramento de indenização por dano moral.*" (fl. 121, em 06/12/2016)

Acesso ao Sumário

O autor traz *documento novo*, consistente em ofício da empresa *Boa Vista Serviços S/A*, datado de 07/12/2017 confirmando que "*o protesto em pauta foi realizado e cancelado nas datas informadas por V. Sa. Não existindo qualquer protesto ativo em nossa base em relação ao CPF 081.378.268-66 com os dados citados valor R$ 220,00 protestado em 20/05/2011*." (fl. 205).

Ocorre, entretanto, que o v. acórdão rescindendo é anterior ao mencionado documento, pois data de 06/12/2016, e tanto a doutrina como a jurisprudência são uníssonas no sentido de que "*Não se considera prova nova, assim, o documento produzido após a prolação da decisão rescindenda*" (cf. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., RT, pág. 1388).

"*O documento novo apto a aparelhar a ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do CPC, deve ser preexistente ao julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso oportune tempore, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento jurisdicional favorável. Precedentes do STJ: REsp 906.740/MT, 1ª Turma, DJ de 11.10.2007; AR 3.444/PB, 3ª Seção, DJ de 27.08.2007 e AR 2.481/PR, 1ª Seção, DJ 06.08.2007.*" (REsp 815.950/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/03/2008, DJe 12/05/2008)

Pois bem, pelo que se vê do trecho da dita *prova nova* acima transcrito, o documento não demonstra aquilo que pretende o autor, mas apenas repete o que foi documentado nos autos da ação de conhecimento originária.

Ainda com respeito à rescisão, impõe-se que se diga ainda: "*Não é rescindível a sentença em que o juiz, ainda quando errando na apreciação da prova, declarou expressamente que decidia como o fez porque determinado fato ocorrera" (RTJ 98/972). No mesmo sentido: RSTJ 3/682, à p. 684, RT 627/83, 632/123, à pag. 126.*" (cf. *ob. cit.*, pág. 1389)

Acrescente-se também: "*Como regra, 'a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam ação rescisória' (STJ, REsp 147.796/MA, 4ª T., j. 25.05, 1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; ...*". (cf. *ob. e pag. cit.*)

Acesso ao Sumário

A denominada *prova nova* apenas confirmou o que já consta dos autos, de modo que nada traz de novo efetivamente para o que já foi discutido na ação de origem.

Com o máximo respeito a entendimento diverso, a presente ação está sendo utilizada como sucedâneo de recurso, a exigir reapreciação da matéria fática e outra valoração da prova, o que não se admite.

Pelo exposto, pelo meu voto, é desacolhida a ação.

Converto à ré o depósito de fls. 209/210. Sucumbência a cargo do autor, fixando-se honorários no importe de 10% (dez por cento) do valor atualizado da

causa, como base no art. 85, § 2º, CPC.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065081- 95.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes AMERICA PROPERTIES LTDA. e ROSSI RESIDENCIAL S/A, é agravado REINALDO SILVA VAREA.

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 25.637)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2019.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - desconsideração da personalidade jurídica - relação consumerista configurada - aplicabilidade da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, logo, a mera insolvência e a ausência de bem penhorável livre e desimpedido de ônus, já admite a desconsideração - Inteligência do art. 28, caput, e § 5º, do CDC - configurada a formação de grupo econômico fraudulento entre as agravantes, a justificar a inclusão no polo passivo da demanda - decisão mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 412/415, que em autos de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, dentre outras medidas, acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica

da executada e reconheceu a formação de grupo econômico, determinando a "*inclusão das sócias/acionistas AMERICA PROPERTIES LTDA., ROSSI RESIDENCIAL S/A e RENATA ROSSI CUPPOLONI, no polo passivo*".

Alegam os agravantes, em breve síntese, que a r. decisão recorrida deve ser reformada, haja vista que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, após esgotadas toda as demais vias possíveis e só pode ser decretada se restar comprovado o desvio de finalidade, a confusão patrimonial e o abuso ou fraude, ausentes no presente feito. Destaca que as Executadas Sândalo e Minulo são empresas com personalidades jurídicas completamente distintas das empresas Rossi e América, sendo empresas autônomas e independentes. Ainda suscita que não foram esgotados todos os meios de localização de bens das executadas originárias, o que por si só demonstra a violação ao disposto no art. 805 do CPC.

Recurso processado, sem efeito suspensivo. Recolhido o preparo.

Contraminuta às fls. 288/292.

Informações às fls. 293/294.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Em que pese as alegações das agravantes, sua irresignação não merece prosperar, haja vista que, apesar das executadas originárias Sândalo Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e Minulo Empreendimentos S/A continuarem ativas, restou demonstrado nos autos que está havendo oposição de obstáculos ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, já que não existem saldos nas contas bancárias das empresas e nem bens imóveis livres de constrição.

Assim, com efeito, ao caso, se aplica o Código de Defesa do Consumidor e a teoria da menor desconsideração da personalidade jurídica, artigo 28, §5º, do CDC, segundo a qual a mera insolvência ou a existência de obstáculos ao ressarcimento do consumidor permite a desconsideração, o que é patente no caso.

Acesso ao Sumário

Em outras, palavras, o presente processo, como se disse, tem causa em relação de consumo, decorrente da prestação de serviços decorrentes da incorporação, construção e comercialização de imóvel financiado, sendo certo que o art. 28 do CDC tem tratamento diferente do art. 50 do Código Civil, dispondo aquele que: "*o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*", e o seu § 5º que: "*também poderá ser*

desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores". Destarte, o mero estado de insolvência e a ausência de bem penhorável da sociedade suficiente para a garantia da execução, já admite a desconsideração.

Oportuna a transcrição jurisprudencial do STJ:

"*A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial." (REsp 279.273/SP, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. DJe 29-03-2004)*

É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um 'obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores' (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor) (REsp 1111153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013)

Em outras palavras, com relação à demonstração de fraude ou desvio patrimonial, é de se dizer que estes requisitos **não são** necessários para a configuração da desconsideração quando se trata de relação de consumo, como a dos autos.

Isto porque a relação de consumo adota a Teoria Menor a Desconsideração da Personalidade Jurídica, bastando somente o fato de a personalidade jurídica da empresa funcionar como obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, sem ser necessária a prova da fraude ou abuso de direito ou confusão patrimonial.

No caso, embora não se tenha notícia de inatividade ou encerramento irregular das empresas executadas originárias, há evidente obstáculo ao ressarcimento do prejuízo do consumidor, até porque as executadas nem sequer indicaram a existência de bens livres e suficientes para serem penhorados, logo, como consequência restaram configurados os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica nos termos do art 28, §5º, do CDC.

Confira-se, ainda, precedentes deste E. Tribunal:

"Compra e venda. Ação de indenização em fase de cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Relação de consumo. Aplicação do art. 28 e do § 5º do referido artigo (Teoria Menor), como instrumento ao ressarcimento dos danos causados ao consumidor.

Acesso ao Sumário

Precedentes. Insolvência da devedora caracterizada. Decisão mantida. Recurso desprovido. O Código de Defesa do Consumidor apresenta uma regra especial e ampliativa acerca das hipóteses cabíveis de desconsideração, consoante prescreve o art. 28, dentre elas a infração da lei ou a prática de ato ilícito, ou seja, ato que viole o dever jurídico contratual, bem como o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. E, mais específico o § 5º, do art. 28 do CDC, que dispõe como acréscimo 'também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores'". (AI 2010986-52.2018.8.26.0000, Rel. Kioitsi Chicuta, j 06/03/2018)

"Cominatória c/c indenizatória de danos fundada na compra e venda de veículo, em fase de cumprimento. Desconsideração da pessoa jurídica. Admissibilidade a fim de proteger o consumidor. Desconsideração permitida com base na ampla previsão do art. 28, § 5º, CDC, diante da relação consumerista identificada, determinada a anterior citação dos sócios e oportunizados contraditório e ampla defesa. Decisão mantida. Agravo improvido" (Agravo de Instrumento nº 2238691-75.2017.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Soares Levada, J. 16.02.2018).

"Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c/c pedidos de devolução de valores e de indenização. Decisão que, em cumprimento de sentença, deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, ora executada. Insurgência. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da executada com fundamento no art. 28, 'caput' e § 5º, do Código de Proteção ao Consumidor. Agravo não provido" (Agravo de Instrumento nº 2247302-17.2017.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morais Pucci, J. 23.01.2018)

Diante de tais considerações, a r. decisão recorrida deve ser mantida, pois, em se tratando de relação de consumo, mostra-se cabível a adoção da medida excepcional para decretar a desconsideração da personalidade jurídica das executadas Sândalo Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e Minulo Empreendimentos S/A, a fim de coibir conduta abusiva da executada, fundada nos obstáculos criados para inviabilizar a satisfação do consumidor.

Em suma, justifica-se a inserção das empresas agravantes (America Properties Ltda. e Rossi Residencial S/A), no polo passivo da presente demanda para responder pelo crédito do consumidor ora agravado, nos termos do art. 28, §5º, do CDC, já que, como bem salientou o MM Juiz *a quo*, configurou-se a formação de grupo econômico fraudulento entre elas.

Isto porque, as agravantes possuem sócios em comum, conforme se

Acesso ao Sumário

constata pelos documentos de fls. 7/10 e 12/13 dos autos principais. E, ainda, verificou-se que a proposta de venda do imóvel - causa de pedir da ação principal (fls. 116, do processo principal), foi impressa em papel timbrado da Rossi.

Além disso, as empresas Sândalo e Rossi possuem atividades idênticas, qual seja, "Incorporação de Empreendimentos Imobiliários Compra e Venda de Imóveis Próprios" e têm sede no mesmo endereço.

No mesmo sentido, observa-se que as empresas America Properties Ltda. e a empresa Sândalo também possuem endereços idênticos e atividades coligadas e afins: as duas constroem e uma delas, vende, aluga, etc.

Desse modo, pela análise dos documentos, além de haver uma evidente utilização da personalidade jurídica da ré como um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos exequentes/consumidores, comprova- se a formação de grupo econômico entre as agravantes e as executadas originárias, pelo que se impõe a aplicação da regra do art. 28, §5º, do CDC.

Neste mesmo sentido já se posicionou este E. Tribunal sobre caso idêntico:

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da executada para incluir no polo passivo empresas do mesmo grupo econômico. Insurgência das empresas incluídas no polo passivo. Decisão mantida. Efetivo exercício do contraditório na hipótese (art. 135 do CPC). Desnecessidade de verificar abuso de direito ou confusão patrimonial. Possibilidade de desconsideração ante o mero estado de insolvência da empresa devedora na hipótese de relação de consumo (art. 28 do CDC). Provas e documentos dos autos sugerem que a executada não possui bens para solver o débito. Alegação de insolvência sequer controvertida, bem como não indicados quaisquer bens a penhorar. Empresas incluídas no polo passivo que integram o mesmo grupo societário (art. 28, §2º, CDC). Mantida, nesse cenário, a desconsideração da personalidade jurídica. Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2222571-20.2018.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacareí - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2018; Data de Registro: 11/12/2018)

Neste diapasão conclui-se que a r. decisão recorrida está correta e deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012516-57.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes 3Z SUMARÉ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e VIVA VISTA ALAMEDA SPE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., é agravado THIAGO DE OLIVEIRA VEROLA.

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 42442)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 20 de maio de 2019.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Bem imóvel para entrega futura - Ação indenizatória - Atraso na finalização das obras e entrega do imóvel - Demora incontroversa, para além do prazo previsto no contrato, mesmo considerado o período de tolerância de 180 dias - Caso fortuito ou força maior não verificados - Súmula nº. 161 TJSP - Lucros cessantes devidos em razão do atraso - Dano presumido - Súmula 162 deste Tribunal - Tese jurídica nº2 aprovada no julgamento do IRDR nº. 0023203-35.2016.8.26.0000 - Inviabilidade de se tomar como data de entrega a data de expedição do habite-se, porquanto nesta não se imitiram os adquirentes na posse do bem Súmula nº. 160 TJSP - Ressarcimento de dispêndios suportados pelo autor relacionados à regularização do contrapiso do apartamento (variações em alguns pontos de 0,5 a 1 cm na espessura, que deveria ser uniforme) - Factível que tais vícios só tenham sido notados depois de entregues as chaves, ao se colocar o piso definitivo - Ausência de apontamento das irregularidades quando da vistoria do imóvel pelo comprador e da entrega das chaves não exime a vendedora de sua responsabilidade - Dano moral caracterizado - Atraso

Acesso ao Sumário

exagerado, superior a 1 ano depois de escoado o prazo de tolerância, não pode ser tido como mero dissabor - Montante indenizatório fixado (R$ 12.000,00) que está até aquém dos parâmetros comumente adotados por esta Câmara , não havendo de se falar em redução - Decisão interlocutória mantida - Recurso não provido

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de julgamento parcial de mérito de ação indenizatória, condenou a ré a indenizar o autor: **a)** pelos lucros cessantes, na quantia de 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, mensalmente, desde o primeiro dia depois de escoado o prazo de tolerância de 180 dias até a data de entrega das chaves, com atualização pelos índices da tabela prática deste TJSP e acrescidos de juros de mora a partir da citação; **b)** pelos gastos com contrapiso no valor de R$ 1.661,61, atualizados desde o desembolso e acrescidos de juros de mora desde a citação; **c)** pelos danos morais sofridos, no valor de R$ 12.000,00, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios desde o arbitramento; **d)** quanto as despesas processuais, além dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação. Ficou pendente de julgamento a questão relacionada à inversão da multa moratória, objeto de suspensão processual determinada em razão do processamento de recurso representativo de repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça.

Recorre a ré, sustentando, em síntese, não ter causado atraso na entrega da obra, tendo este ocorrido por motivo de caso fortuito ou força maior, que escapa de seu controle gerencial. Menciona que o "habite-se" só foi expedido em 30.03.2017. Refere-se à alta do preço da matéria-prima e à escassez de mão-de-obra especializada. Argumenta não ter havido comprovação de que o imóvel adquirido poderia ter sido locado caso entregue no tempo contratualmente previsto, sendo incabível, por conseguinte, sua condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes. Afirma que, caso se entenda devida tal indenização, o termo final de seu cômputo deveria ser a data de expedição do "habite-se", não da entrega das chaves, pois é naquela data que se considera entregue o empreendimento. Impugna também sua condenação ao reembolso de despesas com o contrapiso do imóvel, já que o autor agravado não fez objeção alguma a respeito quando da realização da vistoria. Sustenta não ter havido dano moral indenizável. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada nos termos acima.

Efeito suspensivo indeferido.

Recurso processado com resposta.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Sabe-se que as partes celebraram, em 14.12.2012, compromisso de compra e venda, por meio do qual o autor agravado THIAGO tornou-se compromissário comprador do apartamento nº 43, localizado na torre "D" do empreendimento imobiliário "Condomínio Viva Vista Alameda", a ser construído pela ré agravante VIVA VISTA e entregue até dezembro de 2015 (já contabilizado o prazo de tolerância de 180 dias). Contudo, a unidade habitacional somente viria a ser entregue muito tempo depois, em 27.06.2017, tendo sido ulteriormente notado, concomitantemente, irregularidades na laje sobre a qual se implantaria o piso.

Cuida o presente agravo da decisão que, nos termos vistos no relatório acima, julgou antecipadamente parte das questões meritórias, nos termos do art. 356, II, do Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, as adversidades mencionadas pela ré agravante (falta de matéria prima, escassez de mão-de-obra e entraves com as autoridades municipais) não a eximem da responsabilidade pelo incontroverso atraso de 18 meses na entrega do imóvel compromissado à venda, pois tais inconvenientes nada mais são que fortuitos internos, que nada têm a ver com a excludente de responsabilidade prevista no art. 393 do Código Civil. Neste sentido a Súmula nº 161 deste Tribunal de Justiça: "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente*".

Também não cabe questionar o tipo de indenização cabível pelo atraso na entrega da obra. Pela regra da Súmula 162 do TJSP, incidem lucros cessantes, pouco importando saber a destinação do imóvel, se para uso próprio, ou locação. O prejuízo é sempre presumido. Confira-se: "*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio*".

Tal orientação, inclusive, foi ratificada pela Turma Especial de Direito Privado I deste Tribunal no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº. 0023203-35.2016.8.26.0000, que firmou a tese jurídica nº 5 nos seguintes termos: "*O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo*

Acesso ao Sumário

final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada".

Segundo o mesmo tema acima transcrito, o cálculo dos lucros cessantes, deve abranger o período transcorrido até a data da disponibilização da posse direta da unidade já regularizada, não bastando a mera expedição de "habite-se", que não afasta a mora contratual atribuída à vendedora (Súmula 160 do TJSP).

Quanto à indenização referente à reparação de irregularidades no contrapiso, alega o autor agravado ter verificado que, diferentemente do que constou do memorial de acabamentos (fls. 45-46 dos principais), a laje preparada para piso colado não era uniformemente de 2 centímetros, apresentando em alguns locais do apartamento variações de 0,5 a 1 centímetro, fazendo-se necessária a contratação de mão-de-obra especializada e a compra de produtos para reparar o problema (fotografias e recibos de pagamento às fls. 47-54).

Não se poderia eximir a ré agravante da responsabilidade de ressarcir o recorrido pelo dispêndio extra, pelo simples fato de não ter havido apontamento a respeito quando da vistoria do imóvel e entrega das chaves. Isso porque é bastante factível que o vício na laje do apartamento somente tenha sido notado quando da colocação do piso definitivo, sendo pouco provável que o agravado, que não trabalha com construção civil, por si só, pudesse em rápida visita ao bem adquirido prontamente identificar as indigitadas irregularidades. Aliás, a existência destas sequer é impugnada.

Finalmente, tampouco há de se falar em acolhimento do pleito recursal relativamente à condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Ainda que se entenda que o mero inadimplemento contratual pela vendedora, a princípio, não acarrete dano a direito da personalidade, passível de reparação pecuniária, no caso, faz o autor jus à indenização.

Isso porque o atraso exagerado, por 1 ano e meio, como ocorrido, teve sim o condão de gerar situação de notável angústia à parte autora, que experimentou incerteza e instabilidade por período prolongado. Neste sentido tem se posicionado esta Câmara: Apel. 0011214-18.2011.8.26.0223, rel. Christine Santini, j. em 11.08.2015; Apel. 4002112- 97.2012.8.26.0309, rel. Augusto Rezende, j. em 24.07.2017; Apel. 1026015-79.2016.8.26.0114, rel. Francisco Loureiro, j. 24.07.2017).

Ademais, no que concerne ao montante indenizatório, sua fixação em R$ 12.000,00 (doze mil reais) está até aquém dos parâmetros comumente adotados por este colegiado (e.g., Apel. nº. 9090999-31.2009.8.26.0000, j. em 08.05.2012; Apel. nº. 4000005-28.2012.8.26.0100, j. em 07.10.2014), não havendo de se falar em redução.

Em suma, a decisão agravada de julgamento antecipado parcial do mérito não merece quaisquer reparos, devendo ser integralmente mantida.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2199861-06.2018.8.26.0000, da Comarca de Adamantina, em que é agravante RONALDO PAGAN, é agravado ALESSANDRO RODRIGO BUFOM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.543)**

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

São Paulo, 13 de junho de 2019.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade. Elementos suficientes para evidenciar o abuso da personalidade, configurado no desvio de finalidade, conforme disposto no artigo 50 do Código Civil. Requisitos para o acolhimento do incidente se encontram preenchidos. Inclusão de ex-sócio no polo passivo da demanda. Acerto. Título executivo formado dentro do biênio estabelecido nos artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil. Responsabilidade do agravante pela dívida cobrada. Efeito suspensivo cassado. Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto tempestivamente contra a r. decisão de págs. 54/61, que acolheu incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para determinar que ex-sócio seja incluído no polo passivo do cumprimento de sentença.

Alega o agravante que, desde 03 de dezembro de 2014, não fazia mais parte da diretoria da sociedade executada, tendo vendido suas ações em 23 de janeiro de 2015, portanto, não participou e não estava presente quando do encerramento da filial em Oswaldo Cruz, tampouco da transformação em

sociedade limitada. Afirma que sequer houve o encerramento das atividades da executada, mas apenas da filial e mudança societária, ressaltando a limitação da responsabilidade do acionista. Assevera que não há prova de qualquer ato praticado pelo recorrente que caracterizasse violação à lei ou aos estatutos sociais para viabilizar a passagem para o seu patrimônio, não sendo suficientes para tanto a inexistência de bens e o não pagamento da dívida. Aduz que a frustração da execução, pela falta de bens, não basta para a inadimplência da pessoa jurídica ser estendida contra a pessoa física dos sócios. Sustenta que não consta prova segura e eficaz do abuso da personalidade jurídica, ou outro fato fraudulento que justificasse o acolhimento do incidente de desconsideração. Afinal requer o provimento do recurso, antecedido da outorga de efeito suspensivo, para que seja afastada a desconsideração da personalidade jurídica.

Processado o agravo com a concessão de efeito suspensivo, pág. 66.

Apresentada contraminuta, sendo rebatida integralmente a pretensão do agravante, págs. 70/96.

É o relatório.

2. A r. decisão agravada merece ser mantida.

Trata-se de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada Pagan Distribuidora de Tratores e Veículos, que fora acolhido para a inclusão no polo passivo da ação de indenização em fase de cumprimento de sentença de Claudio Roberto Pagan, Jair José Pagan, Ronaldo Pagan, Reinaldo Armando Pagan, Renato Pagan e Rosangela Pagan Storti, págs. 54/61.

O agravante alega que não fazia mais parte da diretoria da sociedade desde 03 de dezembro de 2014 e que vendeu suas ações em 23 de janeiro de 2015, logo, não estaria presente quando do encerramento da filial em Oswaldo Cruz, que ocorreu em 07 de junho de 2016, nem por ocasião da transformação em sociedade limitada em 29 de fevereiro de 2016.

Com efeito, o recorrente Ronaldo Pagan figurou como membro da diretoria da empresa executada, com exercício do mandato até o primeiro quadrimestre de 2015, conforme arquivamento na Junta Comercial em dezembro de 2014, pág. 40, sendo que vendeu suas ações em janeiro de 2015, com o respectivo arquivamento na Junta Comercial em março de 2015, pág. 45.

Sucede que, em caso de cessão de quotas, o cedente responde solidariamente com o cessionário perante a sociedade e terceiros pelas obrigações que tinha como sócio até dois anos depois de averbada a modificação no contrato, nos termos dos artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil, portanto, a escusa temporal não pode favorecer o agravante Ronaldo Pagan.

A sentença foi prolatada em 12 de novembro de 2015, com trânsito em julgado em 09 de dezembro de 2015, págs. 181/188, logo, embora Ronaldo

Acesso ao Sumário

Pagan não figurasse mais como diretor nem sócio da empresa ré, ainda estava no período de dois anos de responsabilidade perante terceiros em razão da extensão de sua obrigação no biênio posterior à averbação da modificação societária na Junta Comercial.

Ademais, o ato ilícito que ensejou a propositura da ação de indenização por danos morais, julgada procedente, se dera em 2013 e meados de 2014, época em que o recorrente Ronaldo Pagan figurava como sócio e membro da diretoria da empresa executada.

No caso em exame, foram infrutíferas as medidas para satisfação do crédito do agravado abrangendo pesquisas junto ao BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD, não sendo encontrados bens passíveis de penhora em nome da empresa executada, além disso, restou configurado o abuso da personalidade, consistente no desvio de finalidade, o que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, conforme disposto no artigo 50 do Código Civil.

Frise-se que não se trata de mera insuficiência de patrimônio social para fazer frente a débitos de responsabilidade da pessoa jurídica, mas também de encerramento das atividades em filiais, em indício de dissolução irregular da sociedade, pág. 41, bem como caracterizada a má-fé na condução dos negócios por parte dos sócios que atuaram apenas em prol de seus próprios interesses.

Assim, o redirecionamento da execução em face da pessoa dos sócios está em condições de sobressair, haja vista o abuso da personalidade jurídica, mediante o encerramento das atividades na prática, inclusive com fechamento dos estabelecimentos comerciais, bem como a saída dos sócios, sem antes dar cumprimento ao título executivo judicial ora executado.

Cumpre anotar que o capital da empresa executada constava na Junta Comercial como sendo no montante de R$3.700.000,00, pág. 44, porém, decorridos anos de tramitação do feito, não foram localizados bens para pagamento do débito, tampouco houve movimentação bancária, o que causa estranheza e denota o mau uso da personalidade jurídica, com a ocultação de patrimônio diante dos credores da sociedade.

Acesso ao Sumário

Relevante destacar que os sócios não respondem pelas dívidas sociais quando ocorre a regular extinção da empresa com a competente quitação de suas obrigações sociais, o que não se verifica no caso em exame; ao contrário, observa-se que os sócios da executada utilizam-se da empresa para prejudicar terceiros, cessando as atividades empresariais e retirando-se do quadro societário sem saldar as dívidas.

Desta forma, em que pesem as razões do agravante, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada deve prevalecer, pois estão preenchidos os requisitos do artigo 50 do Código Civil, cabendo a inclusão do ex-sócio no polo passivo da demanda, nos moldes determinados pelo juízo *a*

quo.

Sobre o tema, oportunas as transcrições jurisprudenciais:

"*Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Processo Civil. Responsabilidade civil. Cumprimento de sentença. Violação ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Inteligência do art. 50 do CC/2002. Aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Tribunal de origem que afirma a existência de desvio de finalidade e confusão patrimonial. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Precedentes. Agravo não provido. 1. Não se verifica a alegada violação ao art. 535 do CPC/73, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, não sendo possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional, ou ausência de fundamentação. 2. No caso, em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 3. O Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes nos autos, consignou que a sociedade empresária atingida pela desconsideração encontra-se inativa e que seus bens são utilizados para fins particulares dos sócios. Rever a conclusão a que chegou o acórdão recorrido importaria o reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento.*" (AgInt no AREsp 589840/RS. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. J. 18/05/2017).

"*Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais, fase de cumprimento de sentença. Na fase de cumprimento de sentença, foi deferida a desconsideração da personalidade jurídica da executada. Pretensão dos exequentes de inclusão de ex-sócia, que se retirou da empresa, ao tempo da constituição do débito. Observância ao disposto nos artigos 1.003, parágrafo único, e 1032, ambos do Código Civil. Maior parte dos pagamentos feitos pelos compradores ocorreu no período em que a agravada integrava o quadro social da executada. Sentença e início da fase de execução se deu antes que se completasse dois anos da retirada da agravada do quadro*

Acesso ao Sumário

social da executada original. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2275213-67.2018.8.26.0000. Relator Desembargador Edson Luiz de Queiroz. Nona Câmara de Direito Privado. J. 10-05-2019).

"*Agravo de instrumento. Fase de cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Cabimento. Encerramento irregular da empresa associado à inexistência de patrimônio. Decisão agravada mantida. Recurso não provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2167794-85.2018.8.26.0000. Relator Desembargador Nestor Duarte. Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado. J. 31-01-2019).

"*Agravo de instrumento. Ação de reparação civil cumulada com obrigação de fazer. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Decisão agravada que determinou a inclusão do ex-sócio no polo passivo da demanda. Ajuizamento da ação que ocorreu dentro do biênio estabelecido nos artigos 1.003 e 1.032, ambos do Código Civil. Ex-sócio é responsável pelo débito cobrado, devendo ser incluído no polo passivo da ação. Decisão mantida. Recurso desprovido.*" (Agravo de Instrumento nº 2057963-05.2018.8.26.0000. Relator Desembargador L. G. Costa Wagner. Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado. J. 26-11-2018).

"*Responsabilidade civil. Ação de indenização. Fase de cumprimento de sentença. Inconformismo contra decisão que indeferiu o pedido de inclusão dos ex-sócios no polo passivo da demanda. Se o ajuizamento da ação ocorreu dentro do biênio estabelecido nos artigos 1.003 e 1.032, ambos do Código Civil, não há como excluir a responsabilidade dos ex-sócios pelo débito cobrado, devendo ser incluídos no polo passivo da demanda. Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento 2061619-67.2018.8.26.0000. Relator Desembargador Dimas Rubens Fonseca. Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado. J. 12-06-2018).

Por último, não restaram verificadas, por ora, as hipóteses de litigância de má-fé previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil, sendo inviável a imposição de penalidade nesta sede recursal.

3. Com base em tais fundamentos, **cassa-se o efeito suspensivo e nega-se provimento ao agravo de instrumento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2243361-25.2018.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é agravante SOLANGE SILVA BRAZ, são agravados PATRICIA VIEIRA ADAMO LOPES,

ROMILDA VIEIRA ADAMO e DENISE ADAMO DA CRUZ.

ACORDAM, em 10ª 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 36214)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e COELHO MENDES.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: PENHORA - Fase de cumprimento da sentença - Valores executados provenientes de honorários advocatícios - Pretendido bloqueio de numerário - Aplicação financeira de longo prazo - Possibilidade - Hipótese não abrangida pelo art. 833, X do NCPC - Ausência, ademais, de comprovação de que tal valor de destinaria ao custeio de despesas indispensáveis da coexecutada-agravada e da respectiva família - Os vencimentos não são suscetíveis de penhora, salvo em caso de pagamento de dívida alimentar - Incidência, nessa fase e ante as peculiaridades do caso, do art. 833, §2º, do NCPC - Decisão reformada - AGRAVO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada às fls. 23/25 que, em fase de cumprimento de sentença em ação anulatória destinada ao recebimento de honorários de sucumbência, dentre outros aspectos, indeferiu o pedido de penhora sobre os vencimentos percebidos pela executada-agravada Patrícia Vieira Adamo Lopes, bem como sobre os valores depositados em plano de previdência privada (VGBL) (Processo nº 1002801-63.2016.8.26.0048 2ª Vara Cível da Comarca de Atibaia).

Em busca de reforma, sustenta a agravante a possibilidade da constrição dos valores pretendidos, por presentes os requisitos legais.

Recurso sem pedido liminar.

Sem contraminuta - cf. certidão de fls. 43.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta acolhimento.

Fase de cumprimento de sentença com vistas ao recebimento da honorária de sucumbência.

O valor do crédito apontado pela agravante, em relação a cada uma das executadas-agravadas, consta às fls. 663/665 (autos de origem).

Estabelece a lei, como regra geral, a impossibilidade de determinados bens sofrerem constrição judicial.

Pretende a agravante, nessa sede, o bloqueio de valores depositados em plano de previdência privada (VGBL) de titularidade da executada-agravada Patrícia - fls. 33/35.

Dispõe o Estatuto Processual Civil em vigor:

"*Art. 833: São impenhoráveis:*

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

Como esclarecido em julgado do Col. STJ: "*o art. 649, X, do CPC* [equivalente ao art. 833, X, do NCPC], *não admite interpretação extensiva, de modo a abarcar outras modalidades de aplicação financeira, de maior risco e rentabilidade, que não detêm o caráter alimentício da caderneta de poupança, sendo voltados para valores mais expressivos e/ou menos comprometidos, destacados daqueles vinculados à subsistência mensal do titular e sua família. Essas aplicações visam necessidades e interesses de menor preeminência (ainda que de elevada importância), como aquisição de bens duráveis, inclusive imóveis, ou uma previdência informal (não oficial) de longo prazo*" (Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 1.330.567 - RS, julgado em 16 de maio de 2013). No mesmo sentido: (Recurso Especial nº 1.504.802/SP, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10.08.2017).

E, ainda que fosse outro o entendimento, também não restou comprovado, pelo pólo agravante, o caráter alimentar de tais valores. Assim, possível se mostra a realização de penhora sobre ativos de previdência privada (VGBL), valendo citar os seguintes julgados:

> "*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Penhora de ativos de fundo de previdência privada (VGBL). Insurgência. Alegação de impenhorabilidade. Artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Fundo híbrido sem caráter alimentar. Precedentes. Penhora mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2219268-95.2018.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Miguel Petroni Neto, j. em 9.04.2019);
>
> "*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora. Previdência privada. Admissibilidade. Recorrente dispõe de economias suficientes para arcar com o valor da dívida, sem prejuízo da própria subsistência.*

Acesso ao Sumário

Evidenciada a finalidade de acumulação dos recursos a longo prazo do plano de previdência da recorrente, os valores acumulados para constituição de capital assemelham-se ao de qualquer outra aplicação financeira para efeito de penhorabilidade. Ausência de provas de que o saldo do fundo de previdência privada ostentaria natureza alimentar ou que dele dependeria o custeio de despesas indispensáveis da recorrente e da respectiva família, razoável e justa a manutenção da constrição. RECURSO IMPROVIDO." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2201637-12.2016.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Des(a). Rel(a). Silvia Maria Facchina Espósito Martinez, j. em 09.02.2017);

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo de execução de título extrajudicial. Decisão que indeferiu a constrição de saldo de VGBL, sob o fundamento de impenhorabilidade. INADMISSIBILIDADE: O valor tem natureza de aplicação financeira de longo prazo. Plano de fundo de previdência privada que não ostenta caráter de verba alimentar. Inaplicabilidade do art. 649 do CPC. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.*" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2136358-16.2015.8.26.0000, 37ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Israel Góes dos Anjos, j. em 1º.09.2015);

"*AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS EXISTENTES EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NATUREZA ALIMENTAR DA APLICAÇÃO, A QUAL POSSUI NÍTIDO CARÁTER DE INVESTIMENTO. Hipótese que não se enquadra em nenhuma das circunstâncias de impenhorabilidade previstas no artigo 833 do CPC/2015. Precedentes do STJ. Decisão reformada. O VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres), definido como de seguro de pessoa, e o PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres), previdência complementar aberta, consistem em planos de aplicação de longo prazo, regidos por normas específicas, que permitem acumulação de recursos durante determinado período e, ao final, proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. Com efeito, ao contrário do que sustenta o recorrente, tais aplicações não se amoldam perfeitamente nas hipóteses descritas no artigo 833 do Código de Processo Civil/2015 e, de plano, não seriam classificadas como verbas de natureza alimentar, destinadas à imediata e atual sobrevivência da pessoa executada. Na realidade, tendo em vista a previsão legal e a necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana, o posicionamento adotado é no sentido de reconhecer a impenhorabilidade apenas de recursos financeiros destinados exclusivamente à subsistência atual da pessoa, hipótese que*

Acesso ao Sumário

não se verifica no caso concreto. E isso porque, resta evidente que tais valores, além de estarem depositados em uma instituição financeira privada, possuem nítido caráter de investimento, tanto que, conforme elucidado pelo ofício de fls. 170 do incidente originário, a rentabilidade incidente sobre os referidos valores está sujeita à tributação, ao contrário do que ocorre na poupança, não comportando, dessa forma, a pretendia aplicação extensiva da proteção legal prevista no inciso X do artigo 833 do Código de Processo Civil. Agravo não provido." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2113944-19.2018.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Des(a). Rel(a). Sandra Galhardo Esteves, j. em 1º.09.2015).

Ainda, dispõe o art. 833, inciso IV do Código de Processo Civil: "*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; (...). §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.*"

Ao que se verifica, esta Col. Câmara reconheceu a possibilidade de penhora de numerário em relação à coexecutada Romilda Vieira Adamo, conforme anterior julgado (fls. 27/31), pretendendo-se, nessa fase, que a constrição recaia sobre valores da coexecutada-agravada Patrícia Vieira Adamo Lopes.

Assim, ante a pretensão ora formulada, demais elementos dos autos e peculiaridades apresentadas, mister se faz o acolhimento da pretensão da agravante, para o fim de autorizar a penhora sobre os vencimentos recebidos pela agravada Patrícia Vieira Adamo Lopes; limitada, contudo, a 10% (dez por cento) da quantia percebida e considerando os cálculos de fls. 663/665 (autos de origem).

Acesso ao Sumário

Desta feita, cumpre a reforma da r. decisão atacada para o fim de reconhecer a possibilidade de penhora de ativos do fundo de previdência privada (VGBL) de titularidade da coexecutada-agravada Patrícia Vieira Adamo Lopes, bem como a penhora, ante as peculiaridades do caso, sobre seus vencimentos, limitada a 10% (dez por cento) da quantia recebida e até o limite dos cálculos de 663/665 (autos de origem).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo, **COM OBSERVAÇÃO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062659-50.2019.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes JOSÉ EDUARDO VERILLO e FRANCISCA GONZALBO VIGER VERILLO, são agravados SP1 FOMENTO MERCANTIL LTDA. e SP1 FOMENTO MERCANTIL EIRELI.

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 28.570)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2019.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação de execução. Penhora de imóvel. Alegação de bem de família. Instituto da preclusão não se aplica à alegação de bem de família, haja vista seu caráter público, salvo se houver decisão judicial específica a respeito. Inocorrência no caso concreto. Impenhorabilidade do bem de família. Prevalência da Lei n. 8.009/90. Farta prova documental revela que o imóvel constrito enquadra- se na hipótese legal de impenhorabilidade. Cancelamento da penhora. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão copiada à fl. 228, na qual o juízo *a quo* deixou de conhecer a alegação de impenhorabilidade do imóvel constrito, entendendo que a matéria relativa ao bem de família já havia sido decidida em dezembro de 2017, sem posterior insurgência dos executados, e estaria, portanto, preclusa.

Recorrem os executados.

Sustentam, em breve síntese, que se pode observar, pela farta documentação acostada, que o bem em questão se trata do único imóvel que lhes pertence, inclusive certidão emitida pelo Registro de Imóveis nesse sentido; que é o

Acesso ao Sumário

endereço em que o executado foi citado; que o uso domiciliar está comprovado pelo financiamento do imóvel e pelas contas de consumo anexadas aos autos; o bem de família não pode ser objeto de penhora e hasta pública, protegido nos termos da Lei 8.009/90; a matéria tem caráter público, passível de alegação a qualquer tempo ou fase processual, não sendo atingida pela preclusão. Requer seja cassada a decisão combatida, com acatamento da arguição de bem de família e cancelando das medidas expropriatórias.

Em juízo de admissibilidade verifica-se que o recurso é tempestivo, dispensado o recolhimento do preparo em razão da gratuidade processual deferida aos agravantes (fl. 235).

Manifestou-se a parte adversa em contraminuta (fls. 241/246).

É o relatório.

A irresignação envolve a alegação de bem de família, ou seja, os agravantes pretendem a reforma da decisão combatida a fim de que seja reconhecida a hipótese de impenhorabilidade do imóvel constrito (matrícula nº 108.567, do Cartório de Registro de Imóveis de Santo André) afirmando tratar-se de seu único bem dessa natureza e que nele residem.

A decisão recorrida, copiada á fl. 228, é no seguinte sentido: "*Fls. 563/606: A matéria já foi decidida pelo juízo, em dezembro de 2017. E não recorrida (fls. 260/261). Preclusa, portanto. Aguarde-se o leilão. Int.*".

Pois bem.

É fato que a alegação de bem de família envolve matéria de ordem pública e expressão constitucional retratada no princípio da dignidade da pessoa humana e na garantia do direito social de moradia.

Deste modo, segundo o entendimento do E. STJ não se aplica o instituto da preclusão à alegação de bem de família, haja vista seu caráter público, salvo se houver decisão judicial específica a respeito.

Confira-se:

"[...] 3. Desde que não o pleito não tenha sido apreciado pelo Judiciário anteriormente, não se cogita de preclusão da garantia da impenhorabilidade do bem de família se alegada em momento anterior à alienação judicial. [...]" (STJ, AgRg no AREsp 187025/PE, relª. Minª. MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 26/08/2014).

"[...] 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, 'embora a impenhorabilidade do bem de família seja matéria de ordem pública, passível de arguição em qualquer fase do processo, na hipótese de haver decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa' (AgRg no AREsp 70.180/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/ 08/ 2013). Incidência da Súmula 83/STJ. [...]" (STJ, Ag Rg no AREsp 607413 /RJ,

rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/12/2014).

"[...] 4. É possível a arguição de impenhorabilidade do bem de família em sede de apelação contra sentença proferida em embargos à execução. Cumpre fazer uma distinção entre as hipóteses em que a questão já foi alegada e decidida no processo, daquelas em que a alegação advém tardiamente, depois de apresentada a defesa de mérito do devedor. Quando não há alegação, tampouco decisão anterior, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel. Por outro lado, a ausência de alegação oportuna, a depender do caso concreto, quando comprovada a má-fé, resolve-se na redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do que dispõe o art. 22 do Código de Processo Civil. Precedentes. [...]" (STJ, REsp 981532/RJ, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 07/08/2012).

"[...] 2. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar, que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional. Precedentes. Ausência de contrariedade ao art. 512 do CPC. [...]" (STJ, REsp 1059805/ RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, julgado em 26/ 08/ 2008).

Aqui, embora haja notícia de decisão anterior, ocorre que no despacho proferido às fls. 260/261 (dos autos originários) não houve o devido enfrentamento da questão a respeito da alegação de bem de família, tendo o juízo considerado que os executados deixaram de apresentar provas suficientes para tanto.

Prosseguindo a execução, com os atos visando à avaliação do bem, os executados novamente se manifestaram (fls. 281/283), colacionando documentação no intuito de comprovar sua tese (fls. 284/292), pedido que, igualmente, não foi considerado pelo juízo.

Assim é que, tendo em conta a relevância da matéria alegada e o seu caráter público, diante da renovação do pleito, acompanhada de elementos probatórios, além da ausência de anterior decisão fundamentada enfrentando o tema, a questão enseja apreciação, pois não configurada a preclusão.

Nesse sentido:

"*IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - Matéria de ordem pública - Alegação renovada com documentos hábeis a demonstrar tal condição - Certidão de cartório e contas de consumo - Tema que não está sujeito a preclusão - Recurso Provido: - A invocada alegação de bem de família pode ser demonstrada quando a parte renova tal pedido, juntado documentos capazes de confirmar a condição do bem de família, sem estar sujeita tal questão à preclusão processual, por se tratar de matéria de ordem pública. AGRAVO*

Acesso ao Sumário

DE INSTRUMENTO PROVIDO E PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO." (Agravo Interno Cível 2058904-52.2018.8.26.0000; Rel. Des. NELSON JORGE JÚNIOR; julg. 08/08/2018)

Superado este aspecto, passa-se a análise da questão em si, vale dizer, se o imóvel constrito - matrícula 108.597 - é ou não bem de família e, por isso, impenhorável.

A Lei n. 8.009/90 protege a moradia do casal ou da entidade familiar, direito este garantido inclusive constitucionalmente, nos termos do art. 6º da CF, nos seguintes termos:

> "Art. 1 - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.
>
> [...]
>
> Art. 5 - Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. [...]".

No caso específico dos autos originários, há farta prova documental de que o imóvel constrito, ora questionado, é bem de família, a saber:

Na petição exordial, quando da qualificação dos executados, o próprio exequente indicou o endereço do bem em questão como sendo o dos devedores (fl. 11). A inicial foi instruída com uma pesquisa de pendências financeiras em nome do réu José Eduardo (fls. 18 /19) na qual há coincidente indicação.

A mesma informação se verifica do instrumento de confissão de dívida e da nota promissória que fundamentam a pretensão executória (fls. 17/21).

Novamente se repete nos comprovantes de fls. 243 e 584/600 - contas de serviço de telefonia, energia elétrica e condomínio a partir de 2014 -, tanto quanto nas Declarações de Imposto de Renda apresentadas à Receita Federal, desde o ano calendário 2012 (fls. 244/245, 285/292 e 570/582).

Há, ainda, uma "Escritura Pública Declaratória" firmada perante o 2º Tabelionato de Notas de Santo André, em que os executados afirmam, mediante responsabilidade civil e criminal, que o referido imóvel é o único que possuem (fl. 284).

Por fim, tanto a citação do executado (fl. 61), quanto a intimação da penhora (fl. 406) se deram no endereço do imóvel constrito.

Assim, as alegações dos agravantes prosperam.

A impenhorabilidade aqui alegada, portanto, deve ser reconhecida por imperativo legal.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso para determinar o cancelamento da penhora, reconhecendo que o imóvel em questão está protegido pela exceção legal da impenhorabilidade, tratando-se de bem de família.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2067540-70.2019.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante JARAGUÁ EMBALAGENS FLEXÍVEIS LTDA., é agravado BANDEIRANTE QUÍMICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48780t.)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. ORDEM PREFERENCIAL. ART. 835 DO CPC. 1. O art. 835 do CPC informa a ordem preferencial dos bens a serem penhorados judicialmente. E esclarece que é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto (§ 1º). 2. No caso concreto, o veículo alienado fiduciariamente é sabidamente insuficiente para satisfazer o débito, de modo que a penhora sobre o faturamento não viola a ordem preferencial. 3. Embora a parte alegue que a penhora de 5% inviabiliza suas atividades, não trouxe nada aos autos a corroborar sua tese. 4. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jaraguá Embalagens Flexíveis Ltda. contra r. decisão copiada às fls. 146 que, em ação de execução proposta por Bandeirante Química Ltda., rejeitou impugnação, entendendo inexistente vício ou excesso na penhora sobre o faturamento de 5%.

A agravante alega ter havido inversão da ordem de preferência; dever a exequente buscar a satisfação de seu crédito por meio do veículo já penhorado nos autos. Afirma que a penhora de 5% de seu faturamento inviabiliza o exercício de sua atividade.

Recurso bem processado e respondido, tendo sido indeferida a tutela recursal pleiteada.

É o relatório.

A agravada Bandeirante Química Ltda. ajuizou ação de execução fundada em duplicatas mercantis, relativas à venda e compra de mercadorias entre as partes. Em dezembro de 2016, o valor da execução era de R$ 31.765,77 (fls. 12/16).

Em pesquisa efetuada mediante sistema Renajud, a exequente verificou a existência do veículo de placa DJU 1210, ano/modelo: 2011/2012; marca/modelo: VW/24.250 CNC 6X2 (fls. 73). Esse veículo possui restrição: alienação fiduciária (fls. 74).

Encontrou nos sistemas do Renajud outro veículo em nome da devedora: Fusca 1994 (fls. 75), que teria sido roubado (fls. 76).

O veículo gravado de alienação fiduciária foi penhorado (fls. 88).

Em outubro de 2017, o juízo deferiu a penhora de 5% do faturamento bruto mensal da executada (fls. 107).

O meirinho, no entanto, não teria procedido a essa penhora (fls. 115/117), porque o representante legal da executada recusou-se terminantemente a aceitar o encargo de fiel depositário.

A exequente lembrou que a penhora teria sido deferida às fls. 107, independentemente de aceitação ou recusa.

O juízo, então deferiu auxílio de força policial para cumprimento do mandado.

Diante disso, a devedora impugnou a penhora (fls. 129 e ss.), o que foi rejeitado na decisão agravada.

De se observar o rol de preferência do art. 835 do CPC.

Cuida-se de ordem meramente preferencial, mas que não pode engessar a execução. Nos termos do art. 835, a penhora observará preferencialmente uma ordem. E, nessa ordem, o primeiro bem a ser penhorado é o dinheiro, em espécie. O § 1º do mesmo dispositivo legal esclarece que "*É prioritária a penhora em*

Acesso ao Sumário

dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto."

No caso concreto, não se verifica a existência de bens suficientes e passíveis de satisfação do débito, a permitir o levantamento da penhora sobre o faturamento.

O automóvel penhorado contém restrição e é cediço que não será suficiente para integral quitação da dívida. Isso significa que a penhora sobre faturamento apenas complementa uma constrição sabidamente insuficiente, não havendo que se falar em violação à ordem preferencial do art. 835.

A devedora mostra-se inerte, esperando que a credora mova mundos e fundos em busca de bens, não agindo com dever de cooperação e colaboração.

Poderia, junto com a credora, tentar vender o automóvel extrajudicialmente, podendo obter valores muito maiores do que no leilão judicial que, aliás, é mais custoso e mais demorado. Quanto mais se demora a alienação, mais o bem se desvaloriza. E não se pode perder de vista que o veículo está alienado fiduciariamente.

Alegou a parte, ainda, que o percentual de 5% inviabiliza suas atividades, mas não demonstrou isso nem nos autos, nem neste recurso. Poderia informar seu faturamento mensal, indicar problemas financeiros, mas nada do que é alegado tem lastro; não tem, por trás, nenhum elemento de prova capaz de convencer o julgador acerca de sua veracidade.

Inviável afastar a penhora sobre faturamento, se a devedora não traz elementos que possam corroborar sua insurgência.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021568-77.2019.8.26.0000, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são agravantes MAURICIO TOMAZ DE AQUINO e JACQUELINE BEGHETTO TOMAZ DE AQUINO, é agravado BANCO DO BRASIL 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: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, vencido o 2º juiz que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.635)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de maio de 2019.
VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - Salário - Possibilidade de penhora de percentual deste, além das situações previstas no art. 833, § 2º, do CPC - Entendimento do STJ nesse sentido - Hipótese dos autos que a autoriza, considerada a ausência de bens penhoráveis e o descaso dos executados na satisfação do crédito - Prescrição intercorrente - Ausência de bens suficientes para garantir a execução - Suspensão do processo - Prazo prescricional obstado - Ausência de inércia da exequente - Desarquivamento do processo em prazo inferior ao direito material da exequente - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Agrava-se de decisão que, em execução da agravada aos agravantes, indeferiu pedido de desbloqueio de valor dito impenhorável, nos termos do artigo 833, IV, do CPC, bem como indeferiu reconhecimento de prescrição (fl. 12).

Dizem que o valor penhorado na conta da executada é proveniente de salário, portanto, impenhorável. Demais, se o credor tem direito à satisfação de seu crédito, por outro lado, não se pode olvidar da dignidade da pessoa humana, a impossibilitar da expropriação de bens necessários à subsistência do devedor. Outrossim, o entendimento do STJ de mitigação da impenhorabilidade salarial, é aplicável somente a situações excepcionais. A par disso, decorrido o prazo de prescrição intercorrente. Pedem efeito suspensivo/ativo - que indeferi (fls. 93/95).

Os agravantes apresentaram manifestação (fl. 98).

Veio resposta (fls. 100/110).

É o relatório.

2. De fato, em que pese à conta bloqueada ser de titularidade da executada Jacqueline Beghetto Tomaz de Aquino (vide fl. 36), o recurso visa, também, à declaração da prescrição. Portanto, configurada a legitimidade do executado Maurício Tomaz de Aquino para a interposição do presente agravo de instrumento.

Recurso parcialmente fundado. De fato, bloqueada a quantia de R$ 1.551,26, na conta da executada Jacqueline, no dia 07/07/2018 (fl. 36), foi

comprovada que se trata de verba salarial recebida em 06/07/2018 (vide fls. 47/48), a incidir, num primeiro momento, o disposto no art. 833, IV, do CPC.

Ocorre que, a jurisprudência do STJ tem admitido, em casos excepcionais, a constrição de percentual do salário para satisfação de dívida que não se enquadre nas exceções constantes do parágrafo segundo do referido artigo 833, desde que não haja prejuízo ao sustento do executado. A respeito:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido (REsp 1658069/GO - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Órgão Julgador: Terceira Turma - Data do Julgamento: 14/11/2017 - Data da Publicação/Fonte: DJe 20/11/2017).
>
> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE VALORES EM CONTA SALÁRIO. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE. QUESTÃO A SER SOPESADA COM BASE NA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante. 2. A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. 3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado. 4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp 1514931/DF - Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Órgão Julgador: Terceira Turma - Data do Julgamento: 25/10/2016 - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2016).

Acesso ao Sumário

Destaca-se o seguinte precedente, que aponta a importância da mitigação, em situações específicas, da regra de impenhorabilidade absoluta de salário:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. IMPENHORABILIDADE (CPC, ART. 649, IV). MITIGAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS. ELEVADA SOMA. POSSIBILIDADE DE AFETAÇÃO DE PARCELA MENOR DE MONTANTE MAIOR. DIREITO DO CREDOR. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É firme nesta Corte Superior o entendimento que reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC. 2. Contudo, **a garantia de impenhorabilidade assegurada na regra processual referida não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, podendo ter aplicação mitigada em certas circunstâncias, como sucede com crédito de natureza alimentar de elevada soma, 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. 3. 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**. 4. Sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir, excepcionalmente, a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial. 5. **Com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática**. 6. Caso se entenda que o caráter alimentar da verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimamente, os credores. 7. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1356404/DF - Relator: Ministro Raul Araújo - Órgão Julgador: Quarta Turma - Data do Julgamento: 04/6/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 23/08/2013) (**g.n.**).

No caso, trata-se de execução movida pela agravada aos agravantes que se arrasta desde fevereiro de 2009 (vide fls. 19/22), sem que tenha havido,

Acesso ao Sumário

até o momento, êxito na satisfação, inda que parcial, do crédito. Note-se que somente houve bloqueio do valor de R$1.551,26 (fl. 36), ínfimo diante do valor da dívida, que chega a R$232.710,00 (vide fl. 27). Assim, todas as tentativas de localização de bens restaram frustradas, sem que os executados/agravantes tenham manifestado interesse na quitação da dívida.

O caso, pois, se insere na situação excepcional pregada pela jurisprudência do STJ, de **forma que a penhora de 10% da remuneração líquida mensal da executada**, além de não comprometer sua subsistência digna, contribuirá para a satisfação de dívida legítima e antiga de credor de boa-fé.

Assim, é caso de reformar parcialmente a decisão, para o fim de admitir a penhora somente de 10% dos vencimentos líquidos mensais da agravante - determinando-se o desbloqueio da quantia restante.

No tocante à alegação de prescrição intercorrente, sem razão os agravantes - ausente inércia da agravada/exequente, imprescindível à sua configuração.

Afinal, esgotadas tentativas de localização de **bens suficientes dos devedores para garantia do Juízo**, o processo foi suspenso, nos termos do artigo 791, III, do CPC em 07/03/2012 (vide fl. 60).

Como sabido, naquela época e circunstância, possível da suspensão, já que não encontrados bens a penhorar; porém, a norma que a regulava, na ocasião, não a delimitava no tempo, nem impunha restrições.

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

Portanto, com o arquivamento do feito, não teve início o curso do prazo prescricional.

A esse respeito - ***mutatis mutandis***:

> DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CPC, ART 793. IMPOSSIBILIDADE E FLUÊNCIA DO PRAZO. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.- Na linha de entendimento da Corte, **estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente**. (STJ - REsp nº 280.873/PR - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. DJU 28.05.01 - v.u.) - (negrejei).
>
> PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - Execução por título extrajudicial - Inocorrência - Suspensão do processo fundada no artigo 791, III, do Código de Processo Civil - Adequação à hipótese legal - **Curso prescricional obstruído até serem encontrados bens penhoráveis**

Acesso ao Sumário

de propriedade do devedor - Inércia do exeqüente não constatada Agravo de instrumento desprovido. (Apelação Cível n. 976.368-0/6-00 - Piracicaba, 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relator: Occhiuto Júnior - j. 06.07.06) - (negrejei).

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Prescrição intercorrente - Inocorrência - Processo suspenso com base no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil, por ausência de bens penhoráveis - Inércia do exeqüente não caracterizada - Não fluência do prazo prescricional durante o período de suspensão do feito - Artigo 793 do estatuto de regência - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 7.405.472-1 - Franca, 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relator: Correia Lima - j. 23.11.09).

Os devedores, ademais, se colocaram na cômoda posição de meros expectadores da execução, sem contribuir em nada com sua resolução. O reconhecimento da prescrição representa, na verdade, prêmio à sua desídia.

A propósito, anota Nelson Néri Júnior que: "*A não localização de bens pertencentes ao devedor sobre os quais possa se proceder o arresto para* ***garantia*** *da execução leva à suspensão do processo, de acordo com o CPC 791 III, por equivaler tal situação à inexistência de bens penhoráveis e não à extinção do feito (RT 698/117)*" - (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante - 10ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 1102) (negrejei).

E, em arremate, não se verificou desídia alguma por parte da exequente, uma vez que desarquivados os autos em 16 de fevereiro de 2017 (vide fl. 64), prazo inferior ao de seu direito material (art. 206, § 5º, I, do Código Civil).

3. Pelo exposto, provê-se parcialmente o recurso - **nos termos acima**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 18876)

Respeitado o posicionamento da douta maioria, divirjo em parte apenas no que diz respeito à determinação de admitir a penhora sobre 10% dos vencimentos líquidos mensais da agravante.

Isso porque, entendo incidir na espécie o instituto da impenhorabilidade, sem aplicação ao caso das exceções previstas no artigo 833, § 2º, do Código de Processo Civil, visto que o débito cobrado não retrata dívida alimentícia, tampouco os rendimentos do recorrido são superiores a 50 salários mínimos mensais.

O caso retrata hipótese de numerário protegido pela regra da impenhorabilidade, mesmo porque a agravante, na qualidade de professora da

Acesso ao Sumário

educação básica municipal, recebe remuneração mensal no valor de R$ 1.801,53 (fl. 47) e ausente demonstração que a penhora de 10% sobre esse salário não comprometeria a sua subsistência digna.

Saliente-se que não se vislumbra presente qualquer elemento a justificar excepcionalidade à regra ínsita no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, que comporta interpretação restritiva, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VERBA DEPOSITADA EM CONTA SALÁRIO. PERCENTUAL DE 30%. IMPOSSIBILIDADE. VALOR EM CONTA POUPANÇA. INFERIOR AO LIMITE LEGAL. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ABUSO, MÁ-FÉ OU FRAUDE. 1. Julgamento sob a égide do CPC/15. 2. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é incabível a incidência de penhora sobre percentual de valores recebidos a título de salário, a teor do que prescreve o art. 833, IV, do CPC/15. 3. Exceto se comprovada a ocorrência de abuso, má-fé ou fraude e ainda que os valores constantes em conta corrente percam a natureza salarial após o recebimento do salário ou vencimento seguinte - a quantia poupada pelo devedor, no patamar de até 40 salários mínimos, é impenhorável. Precedentes. 4. Agravo conhecido. Recurso especial provido" (AREsp 1178154/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/02/2018).

"ADMINISTRATIVO. DESCONTO DE SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. I - A decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior. Por isso, em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos, observam-se as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça. II - O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte Superior, segundo o qual o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973 (com correspondência no artigo 833, inciso IV, do CPC/2015), regra que encontra exceção apenas na penhora para pagamento de prestação alimentícia. Nesse sentido: REsp 1608738/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe de 07/03/2017; AgRg no AREsp 792.337/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 06/03/2017; AgRg no REsp 1497214/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016; STJ, AgRg no REsp 1373174/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/09/2013. III - Agravo interno improvido" (AgInt no REsp 1674886/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 06/03/2018).

Acesso ao Sumário

"AGRAVOINTERNO.AGRAVOEMRECURSOESPECIAL.PENHORA SOBRE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC. 1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, é vedada a penhora das verbas de natureza alimentar apontadas no art. 649, IV, do Código de Processo Civil, tais como os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras. 2. Agravo interno a que se nega provimento" (AgInt no REsp 1090047/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 21/11/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS VENCIMENTOS E PROVENTOS DE APOSENTADORIA. 1. Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Detran- DF (fl. 10, e-STJ) e o executado, ora recorrente, é servidor público federal aposentado do cargo de telefonista do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (fl. 16, e- STJ). 2. O Tribunal de origem consignou que 'não existe qualquer óbice a impedir a penhora de 30% da verba mantida em conta corrente, ainda que proveniente do salário do devedor' (fl. 50, e-STJ). 3. Todavia, observa-se que os valores depositados na conta corrente do ora insurgente são provenientes de crédito de aposentadoria, ou seja, esta renda constitui sua verba alimentar e provê seu sustento. 4. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.184.765/PA, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux e de acordo com o regime dos recursos repetitivos, cujo acórdão veio a ser publicado no DJe de 3.12.2010, deixou consignado que o bloqueio de ativos financeiros em nome do executado, por meio do Sistema BacenJud, não deve descuidar do disposto no art. 649, IV, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, segundo o qual são absolutamente impenhoráveis 'os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'. 5. Recurso Especial provido para cassar a decisão que determinou o bloqueio de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente, considerando-se as circunstâncias do caso concreto" (REsp 1495235/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/12/2014).

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CONTRATO LOCATÍCIO. FIANÇA. PENHORA DE SALÁRIOS EM CONTA CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. TESE DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. 2. RECURSO IMPROVIDO. 1. De rigor, na espécie, a incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Casa, pois a conclusão alcançada pelo Tribunal a quo vai ao encontro da compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a impenhorabilidade absoluta do salário, prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, somente é excepcionada quando se tratar de contratos

bancários com pactuação expressa acerca do desconto por consignação, de até 30% (trinta por cento) da remuneração, e da cobrança de verbas de caráter alimentar, não alcançando o inadimplemento decorrente de relação locatícia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 677476, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/05/2015).

Por tais motivos, dava provimento em parte ao recurso para determinar a liberação integral da quantia penhorada no valor de R$ 1.551,26 e não admitir a penhora sobre 10% dos vencimentos líquidos mensais da agravante.

MENDES PEREIRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216881-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CLÁUDIA ALEXANDRA NASSU, é agravado RONALD JOSE MENDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.386)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Tutela provisória de urgência. Ordem de abstenção concedida em primeiro grau para determinar à agravante que não proceda à baixa da empresa, pertencente atualmente ao agravado, perante órgãos oficiais. Decisão mantida em razão da inexistência de motivos que justifiquem a sua revogação. Consideração ao princípio da preservação da empresa. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu tutela provisória de urgência para determinar à agravante, ex-sócia, que se abstenha de proceder à baixa da inscrição da sociedade empresária CRGV1 Comércio de Combustíveis de Ribeirão Preto, cuja integralidade das

Acesso ao Sumário

cotas pertence atualmente ao agravado, que também a administra (fls. 07/13), perante os fiscos federal e estadual, CETESB, além do registro mercantil.

Sustenta-se, em suma, que a decisão não tem fundamentação, o que ofende o disposto no art. 298 e inciso I do parágrafo único do art. 489 do Código de Processo Civil/2015 e inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o acolhimento do recurso. Pleiteia a concessão de gratuidade judiciária.

Negado efeito suspensivo e concedida a isenção do preparo do recurso, não foi apresentada contrariedade e informes foram prestados.

É o relatório.

Merece acolhido o recurso.

De efeito, junto da ausência de regular fundamentação da decisão recorrida, pouco aditada pelos informes que vieram aos autos (fls. 64/66), não se identifica a verossimilhança capaz de outorgar ao agravado a medida que lhe foi conferida.

Consta dos autos de origem que houve aquisição da totalidade das cotas de sociedade empresária, de natureza limitada, pelo recorrido, que, mesmo decorridos muito mais de cento e oitenta dias do negócio, não se propôs à sua alteração societária e nem ao registro da operação.

Como se trata de empreendimento dedicado ao ramo de combustíveis, fácil inferir que a responsabilidade da agravante persiste, seja no tocante a terceiros - responsabilidade civil em geral - seja no tocante ao meio ambiente.

Por isso seu interesse, legítimo, aliás de promover a baixa perante os órgãos da administração.

De se ver, ainda, que, instado a esclarecer se promovera o registro mercantil do contrato de cessão de cotas, o recorrido permaneceu em silêncio.

Não tem, em suma, independente de ter ou não pago pela aquisição da sociedade, direito de manter-se na sua administração, depositando todos os ônus e riscos na recorrente.

Ante o exposto, dou provimento para cassar a r. decisão recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054830-18.2019.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO, é agravado ABEL DA ROCHA SANTOS.

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 41.894)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente) e GIL COELHO.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Cheque. 1. Gratuidade. Pedido negado. Indícios de suficiência econômica. Parte que, mesmo em sede recursal, não apresenta elementos capazes de convencer sobre sua alegada insuficiência de recursos para arcar com os custos do processo. 2. Diferimento que também exige comprovação da impossibilidade de recolhimento. Indeferimento pelos mesmos fundamentos. 3. Parcelamento do recolhimento das custas. Não cabimento, no caso. Valor das custas iniciais que não atinge nem R$ 200,00 e não comporta o parcelamento pretendido. Ausência, ademais, de provas de impossibilidade de recolhimento integral. Recurso não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de fls. 122/125, que em embargos à execução de título extrajudicial (cheque), indeferiu o pedido de gratuidade formulado pelo devedor.

Inconformado, alega o agravante que o fato de ter contratado advogado particular não impede o deferimento da gratuidade e a Lei não estabelece limite de renda para a concessão do benefício. Afirma que não se exige pobreza, apenas insuficiência de recursos para o pagamento das custas e despesas processuais. Argumenta que está cheio de dívidas e impedido de utilizar o seu cartão de crédito, pois inadimplente com as faturas vencidas desde agosto/2018. Pede, alternativamente, o diferimento do pagamento das custas para o final do processo ou o parcelamento.

Denegado efeito suspensivo ao recurso (fls. 17) o agravado não apresentou resposta (fls. 21).

É o relatório.

Em que pesem as razões do recurso, a r. decisão agravada não comporta

Acesso ao Sumário

modificação.

Diz o art. 98 do Novo Código de Processo Civil que a parte com insuficiência de recursos para as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça. E o § 3º do art. 99 do mesmo Código acrescenta que presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

No entanto, essa declaração de pobreza feita pela parte gera apenas presunção relativa, uma vez que o § 2º do art. 99 do Código possibilita ao juiz *indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressuposto legais para a concessão de gratuidade*.

No caso dos autos, não convencido da alegação de pobreza feita pelo requerente, o MM. Juiz concedeu oportunidade para que comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas e despesas do processo, mediante a juntada de comprovantes de rendimentos, extratos bancários e de cartão de crédito, declaração de imposto de renda (fls. 91 dos autos principais).

E após a juntada dos documentos de fls. 95/121, indeferiu o pedido uma vez que as informações trazidas demonstraram a possibilidade de o agravante arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Com efeito, bem analisados os documentos trazidos aos autos é possível concluir que a renda da entidade familiar do requerente é suficiente para fazer frente às despesas processuais.

O extrato de fls. 37 dos autos principais, embora desatualizado e com saldo negativo, dá conta de intensa movimentação na conta do agravante, em valores incompatíveis com a declaração de pobreza.

Além disso, o requerente possui mais de um imóvel residencial, e juntamente com sua esposa aufere renda média mensal superior à R$ 4.000,00 (considerando apenas os rendimentos **tributáveis** recebidos por sua esposa, já que sua declaração não veio completa nos autos).

Tendo isso em conta, e considerando a natureza e o valor da causa (R$ 19.795,00 - fls. 18 dos autos principais), não há como afirmar que os custos desta demanda tenham potencialidade de prejudicar o sustento próprio ou da família do requerente. Apenas como exemplo, temos que a o valor da taxa judiciária inicial (1% do valor da causa), não atinge nem R$ 200,00, e pode muito bem ser suportada pelo requerente.

Tais fatos são suficientes para evidenciar a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade.

É certo que a lei não exige a condição de "miserável" para a concessão da gratuidade; mas, por outro lado, bastava que o postulante comprovasse minimamente que as despesas com os custos da demanda tivessem potencialidade

Acesso ao Sumário

de prejudicar o sustento próprio ou da família, o que, infelizmente, não foi feito no caso concreto.

Tal comprovação torna-se uma exigência cada vez mais patente, pois, infelizmente, a praxe tem revelado abusos e destempero no exercício desse direito, pechas essas que devem ser combatidas em homenagem ao principio insculpido no art. 5º da LICC: a aplicação da norma de acordo com o fim social. Afinal, até para se garantir que os necessitados façam uso da gratuidade do sistema jurisdicional é imperativo a triagem dos não necessitados.

Pelos mesmos fundamentos, deve ser indeferido o pedido subsidiário de recolhimento das custas ao final do processo, pois o diferimento exige, igualmente, comprovação, por meio idôneo, da momentânea impossibilidade financeira para recolhimento das custas, ainda que parcial (art. 5º, Lei Estadual nº 11.608/2003), o que não foi feito no caso.

E, como visto acima, o valor da taxa judiciária inicial é tão ínfimo (aproximadamente, R$ 198,00) que nem comporta parcelamento, razão porque fica indeferido.

Mas nada impede que o pedido de parcelamento seja renovado em face de eventual despesa cujo valor comporte o deferimento do benefício.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso e concedo prazo suplementar de cinco dias para o recolhimento das custas, contados da publicação deste Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2061660- 97.2019.8.26.0000, da Comarca de Piedade, em que são agravantes JIMENEZ MOTORES E IRRIGAÇÃO LTDA. e LAÉRCIO MACHADO JIMENEZ, é agravado ITAÚ UNIBANCO 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 28.146)**

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

São Paulo, 15 de maio de 2019.

WALTER FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE TITULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO QUE INDEFERIU O REQUERIMENTO DE DESBLOQUEIO DE TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULOS PERTENCENTES AOS AGRAVANTES - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - Os agravantes anuíram a acordo em que prevista a manutenção dos atos de constrição ocorridos na ação anteriormente à composição realizada entre as partes. Por conseguinte, a pretensão de cancelamento do bloqueio de transferência que recai sobre seus veículos não pode ser acolhida. - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra a parte da decisão interlocutória que, nos autos da ação de execução, indeferiu o pedido de desbloqueio dos veículos dos ora agravantes para transferência, sob o fundamento de que o acordo firmado entre as partes previu a manutenção das constrições realizadas anteriormente à composição amigável (fls. 30).

Os agravantes, postulando a antecipação dos efeitos da tutela recursal, defendem que a manutenção da constrição sobre seus cinco veículos afigura-se medida excessiva e abusiva, visto que o acordo entabulado vem sendo devidamente cumprido e o imóvel dado em garantia dele possui valor superior à R$ 1.000.000,00 (fls. 01/09).

Tempestivo e preparado, o agravo foi processado no efeito devolutivo e com intimação do agravado para resposta.

Com a contraminuta, o recurso está pronto para julgamento (fls. 342/343).

É o relatório.

O recurso não procede.

Os veículos de propriedade dos agravantes foram bloqueados via sistema RENAJUD, por determinação judicial, como garantia da execução.

Pouco após a efetivação da aludida medida, os ora agravantes realizaram composição amigável junto ao agravante.

Do aludido termo de acordo, acostado às fls. 128/131 (autos principais), constou do tópico denominado "Outras Condições", a seguinte imposição: "*A presente composição não importa em novação de dívida, permanecendo íntegras as garantias anteriormente constituídas, inclusive eventuais penhoras/bloqueios já realizados*".

Acesso ao Sumário

Pois bem. O trecho colacionado é absolutamente claro acerca da manutenção dos atos de constrição realizados na ação anteriormente à formalização da composição amigável.

Por conseguinte, a pretensão deduzida não pode ser acolhida e, assim, a r. decisão remanesce intangível.

Pelo exposto, **nega-se 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 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

Acesso ao Sumário

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 - CUMPRIMENTODESENTENÇA-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 - 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.

Acesso ao Sumário

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 - 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.

Acesso ao Sumário

VOTO

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

Sustenta o agravante, em síntese: 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.

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

Acesso ao Sumário

em favor do grupo formado por seus associados, logo lá debate-se direito coletivo e não individual homogêneo, como o versado na Ação Civil Pública promovida pelo IDEC, ação esta última que envolve deste modo peculiaridade que impede tenha a solução ditada no Recurso Extraordinário já mencionado eficácia sobre as questões abordadas nos recursos e outras decisões proferidas no âmbito da Ação Civil Pública em questão, tudo a demonstrar o descabimento da repercussão pretendida.

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

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

Conferir, a propósito:

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

Recurso especial não provido. (Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13.08.2014)

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

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

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 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

Acesso ao Sumário

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. 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

Acesso ao Sumário

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.

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

Acesso ao Sumário

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 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.

Acesso ao Sumário

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

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

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

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

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

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

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

Acesso ao Sumário

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 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*

Acesso ao Sumário

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 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

Acesso ao Sumário

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.

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

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062626-60.2019.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante CIELO S.A., são agravados CLK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES, CEL COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA., KATIA REGINA DE SOUZA DOMINGUES CALÇADOS, LUZIA SONIA BORDINI DE SOUZA ME, LCK COMÉRCIO DE CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA., KEK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES EIRELI, KCK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES EIRELI, CKS COMÉRCIO DE CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA. ME, BELÉM COMÉRCIO DE CALÇADOS ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA. ME e KLK COMÉRCIO DE

CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.629)**

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

São Paulo, 20 de maio de 2019.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RETIDOS EM CONTA DOS AUTORES, ORA AGRAVADOS, A TÍTULO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, NO MONTANTE TOTAL DE R$486.463,38, EM CINCO DIAS, BEM COMO SE ABSTENHA DE RETER QUAISQUER EVENTUAIS VALORES QUE SEJAM ORIUNDOS DO PACTO DE ACORDO DE INCENTIVO OBJETO DA PRESENTE DEMANDA, ATÉ DISCUSSÃO FINAL DOS AUTOS, SOB PENA DE ARBITRAMENTO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL.

PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, PARA QUE OS VALORES RETIDOS PERMANEÇAM DEPOSITADOS EM CONTA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU ATÉ JULGAMENTO DA DEMANDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

CIELO S.A. agrava de instrumento da r. decisão de fls. 235/237, que nos autos do pedido de tutela antecipada de caráter antecedente que promovem **CLK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES, BELÉM COMÉRCIO DE CALÇADOS ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA-ME, CKS COMÉRCIO DE CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.-ME, KCK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES EIRELI, KEK COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES EIRELI, KLK**

COMÉRCIO DE CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA, LCK COMÉRCIO DE CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA., LUZIA SONIA BORDINI DE SOUZA, KATIA REGINA DE SOUZA DOMINGUES CALÇADOS LTDA., CEL COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA., em juízo de cognição sumária determinou à agravante "... que proceda à restituição dos valores retidos em conta dos autores, a título de multa por descumprimento contratual, no montante total de R$486.463,38, em cinco dias, bem como se abstenha de reter quaisquer eventuais valores que sejam oriundos do pacto de Acordo de Incentivo objeto da presente demanda, até discussão final dos autos, sob pena de arbitramento de multa diária em caso de descumprimento a ordem judicial. Valerá a presente como ofício a fim de comunicar a a ré do aqui decidido, cabendo à autora o encaminhamento" (fls. 236).

O DD Juízo 'a quo' ponderou que: "Incontroversa a celebração do pacto de "Acordo de Incentivo" entre as partes, e, apesar de a ré se entender credora da parte autora pela importância retida, a título de multa por descumprimento contratual, incidiu a demandada em aparente ilegalidade ao reter valor contestado, mediante apropriação unilateral de dinheiro, ignorando as regras do devido processo legal, que pressupõe a busca da tutela jurisdicional contra aquele que se obrigou contratualmente, sendo vedado o exercício arbitrário das próprias razões" (fls. 235).

A agravante sustenta, em apertada síntese, que a redução da remuneração sobre as vendas realizadas, bem como das mensalidades a título de aluguel estava condicionada ao atingimento de determinadas metas de faturamento que não foram atingidas pelos agravados, daí ter efetuado a retenção "... de seus recebíveis na importância de R$ 486.463,38 (quatrocentos e oitenta e seis mil quatrocentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos), a título de restituição e indenização por descumprimento do Acordo, com o que não concorda" (fls. 3) a parte agravada.

Argumenta para revogação da tutela liminarmente concedida, que houve descumprimento do "Acordo de Incentivo" entabulado pelas partes, o que justifica a retenção efetuada, uma vez que: "(i) a cobrança de indenização por não atingimento das metas de faturamento está expressamente prevista na cláusula 2.5 do Acordo de Incentivo entabulado entre as partes; (ii) não há abusividade na monta retida, haja vista a expressa concordância das Agravadas acerca dos parâmetros empregáveis para a fixação do valor cobrado; (iii) inexistência de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que além dos valores terem sido descontados em 2016 as Agravadas não demonstraram prejuízos decorrentes unicamente da cobrança em questão ; e (iv) a r. decisão da forma como proferida é irreversível, não podendo ser albergada por esse Egrégio Tribunal" (fls. 4).

Acrescenta que a retenção foi diluída no tempo e que eventual restituição pura e simples poderá comprometer a reversão da medida em razão da situação financeira dos agravados.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado (fls. 249/255).

No referido Acordo de Incentivo a agravante estipulou na cláusula '2.5' que:

"Se, por liberalidade, a CIELO optar por manter, por um ou mais trimestres, os Benefícios ao CLIENTE, ainda que este não tenha cumprido todas as condições deste Acordo e Anexo, a CIELO poderá a qualquer tempo, cobrar do CLIENTE uma indenização que será calculada multiplicando-se a diferença entre a meta total do Volume Capturado do COLIENTE, estabelecido no Campo II, e o Volume efetivamente realizado pelo CLIENTE, pela Comissão reduzida recebida pelo Cliente a partir da assinatura deste Acordo, sem prejuízo de cobrança de eventual indenização suplementar. O CLIENTE, neste ato, concorda e autoriza que a indenização aqui referida seja feita por meio de débito na agenda do CLIENTE e/ou lojas/empresas participantes deste Acordo, ou, a critério da CIELO, por qualquer outro meio de cobrança admitido em lei" (fls. 32 dos autos principais).

Foi concedida a tutela pretendida unicamente para que o montante determinado pela decisão agravada fique depositado à conta do DD Juízo de primeiro grau até ulterior decisão deste Colegiado e mantido, no mais, o conteúdo da decisão de primeiro grau, inclusive no tocante à multa diária por seu descumprimento.

A parte agravada apresentou contraminuta à fls. 357/369 dizendo, em resumo, que as metas assinaladas pela agravante são impossíveis de serem cumpridas pela alteração do cenário econômico "... o que demonstra a evidente desproporcionalidade para atingimento da meta, quando da assinatura do instrumento em 2016, ate os dias atuais" (fls. 362).

Que a retenção dos valores em uma única vez referente a todo o período em que vigorou o contrato demonstra abusividade a causar desequilíbrio contratual e que a medida perpetrada pela agravante configura exercício de autotutela incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

É o relatório do essencial.

Da consulta aos autos de primeiro grau verifica-se que a parte agravada apresentou emenda à inicial, para que a ação passe a tramitar com pedido de anulação de cláusulas contratuais com tutela antecedente.

O DD Juízo 'a quo' recebeu a emenda e abriu prazo para réplica (fls. 359).

Diante da situação presente nos autos entendo mais prudente manter a quantia retida em depósito judicial à conta do Juízo de primeiro grau até julgamento da demanda.

Ante o exposto, meu voto dá provimento parcial ao recurso para que a quantia retida permaneça depositada à conta do DD Juízo de primeiro grau nos termos assinalados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046686-55.2019.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é agravante TECNOMUNDI INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA. - ME SANEAMENTO BÁSICO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ - SAMA, são agravados BRK AMBIENTAL MAUA S.A. e SANEAMENTO BÁSICO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ - SAMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 21 de maio de 2019.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Prestação de serviços de água potável. Ação declaratória de nulidade de débito. Fatura com valor que supera em muito o preço relativo ao consumo da médio. Queixosa que admite provável vazamento em sua rede interna. Fato imputável exclusivamente a si. Dever de manutenção que lhe é cabível. Responsabilidade em tais circunstâncias pela água esvaída e não aproveitada. Obrigação de pagamento que em tese se afigura irrefutável. Tutela provisória descabida. Pretensão à reversão da conclusão nesse sentido. RECURSO DENEGADO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por autora, o qual foi tirado dos autos do processo da ação declaratória de inexistência de dívida reportada a prestação de serviço de fornecimento de água potável.

Busca a agravante a reforma da decisão denegatória de tutela provisória antecedente com vistas à inexigibilidade de fatura com valor três vezes maior ao consumo ordinário que tem em seu estabelecimento industrial. Diz que, a confirmar a asserção da parte contrária de que o registro desse consumo maior

Acesso ao Sumário

se deve a vazamento na rede interna, a hipótese é de ausência de culpa, uma vez que a detecção depende conhecimento técnico especializado, do que não tem e não é obrigada a ter. Dá também como omissão dos prepostos da fornecedora da utilidade a omissão nessa constatação.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

É intuitivo que o dever manutenção da rede de fornecimento da utilidade em causa é limitado à geral e, portanto, até o limite da conexão desta com a rede interna do imóvel servido.

Além de inexistir disposição legal ou regulamentar estendendo essa obrigação de verificação à fornecedora de serviço à rede interna dos imóveis servidos, tal de igual modo não se revelaria razoável nas circunstâncias, já que o mínimo que se espera é que esse dever de cuidado é atribuível exclusivamente ao destinatário dos serviços.

Assim, não é razoável o argumento de que não dispõe esse destinatário de conhecimento técnico específico para a detecção de eventual vazamento da rede interna do imóvel servido ou que devesse a fornecedora da utilidade dispor de meios para essa detecção.

Com isso, é sem a menor razoabilidade a pretensão à suspensão da exigibilidade do preço público pelo consumo da utilidade pública registrada pelo hidrômetro, se a agravante não esconde, ainda que faça uso de construções frasais ambíguas e prolixas, que o aumento de consumo é atribuível exclusivamente a si e foi decorrente de vazamento da rede interna do imóvel servido.

Logo, inexiste a verossimilhança do direito alegado e, se há risco de suspensão do fornecimento dos serviços, tal não deixará de ser decorrência natural da falta de pagamento do preço público correspondente ao consumo.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015161-55.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO LEME, é agravado BANCO FIBRA S/A (INCORPORADORA).

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 32407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DENISE

ANDRÉA MARTINS RETAMERO (Presidente sem voto), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e WALTER BARONE.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS - ACORDO POSTERIOR HOMOLOGADO - AUSÊNCIA DE CRÉDITOS A RECEBER EM NOME DO EXECUTADO - INSUBSITTÊNCIA DA PENHORA - I - Decisão agravada que indeferiu a pretensão do executado, ora agravante, em ver declarada a ineficária e a insubsistencia de uma penhora deferida no rosto dos autos de outra ação, aonde ele tinha créditos a receber - Penhora deferida no ano de 2010, sem oposição das partes - Acordo judicialmente homologado em momento posterior, naqueles autos onde foi efetivada a penhora, que também restou irrecorrido pelas partes - II - Reconhecido que uma vez deferida a penhora sobre direitos que o executado tem a receber, o exequente, ora agravado, subroga-se nestes direitos, até o limite do seu crédito - Hipótese em que caberá exclusivamente ao sub-rogado, no caso, o exequente, pleiteiar o que de direito acaso eventualmente não receba seu crédito no bojo daquele processo - Aplicação do art. 857, caput e §2º, c.c. art. 18, do NCPC - Incabível discutir-se, nos autos deste agravo, o acerto ou desacerto, ou a eventual extensão, de uma decisão interlocutória proferida em outro processo - III - Terceiro interessado que deve pleitear o que entender devido nos autos daquela ação onde foi efetivada a penhora - Penhora que permanece subsistente - Decisão mantida - Agravo improvido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto em 31.01.2019, tirado de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, em face da r. decisão proferida em 05.12.2018 e publicada em 10.12.2018, a qual indeferiu o pedido do executado, ora agravante, para que fosse declarada a ineficácia da penhora determinada no rosto dos autos de outra ação.

Acesso ao Sumário

Sustenta o agravante que embora tenha sido determinada a penhora no rosto dos autos (Proc. 0112435-83.2006.8.26.0008, 3ª VC Regional do Tatuapé/SP), aos 18.01.2010, sobreveio posteriormente uma celebração de acordo naqueles autos, tendo sido intimados os terceiros interessados, dentre eles, o ora agravado, para que se manifestassem sobre a transação pretendida. O agravado, contudo, manteve-se inerte naqueles autos, mesmo após intimado por seus advogados. Aludido acordo, portanto, restou homologado e cumprido naqueles autos, não havendo mais créditos pertencentes ao agravante. Assim, não pode subsistir a penhora efetuada no rosto daqueles autos. Por desídia do agravado o acordo foi cumprido tendo o agravante recebido todo o seu crédito. Requer concessão de efeito suspensivo, a fim de que não seja levantada eventual importância transferida, e, ao final, o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão agravada (fls. 01/10).

Recurso processado com suspensividade (fls. 87/88).

Pedido de prioridade na tramitação do feito, em razão da idade do agravante (fls. 93/94), o que foi deferido às fls. 114/115.

Manifestação do terceiro interessado LF Cobrança Extrajudicial Ltda.-EPP, postulando o levantamento da penhora realizada nos autos do Processo nº 0112435-83.2006.8.06.0008, a qual é justamente o objeto deste recurso de agravo, sob o fundamento de que naqueles autos teria havido a homologação de um acordo entre as partes envolvidas na lide, ocasião em que o crédito do ora agravante já teria sido devidamente satisfeito, restando, inclusive, extinto o feito em face do mesmo (fls. 96/98).

Decorrido o prazo *in albis* sem apresentação de contraminuta (fl. 113).

Intimadas as partes a se manifestar acerca da petição do terceiro interessado, o Banco Fibra S/A, ora agravado, manifestou-se aduzindo que se opôs expressamente ao acordo homologado naqueles autos, onde ocorreu a penhora no rosto dos autos, e que somente não interpôs recurso em face daquela r. decisão que homologou o acordo, pois foi salvaguardado o seu direito em relação àquela penhora (fls. 119/124). Juntou documentos às fls. 125/246.

O agravante, Paulo Leme, por sua vez, manifestou-se reiterando a necessidade de provimento do recurso, tornando sem efeito a decisão que determinou a penhora no rosto dos autos, devolvendo-se os valores advindos daquele juízo, para a garantia da penhora entre o agravante e o Banco Fibra (fls. 248/251).

É o relatório.

Trata-se de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, no bojo da qual foi deferida a penhora no rosto dos autos de outra ação (Proc. 0112435-83.2006.8.26.0008, 3ª VC Regional do Tatuapé/SP), até o limite de R$625.311,50, atualizado até 16.07.2010, na qual o executado, ora agravante,

teria valores a receber.

Conforme reconhecido pelo próprio agravante, a penhora no rosto dos autos foi deferida aos 18.01.2010, através de decisão que restou irrecorrida pelas partes, conforme atesta o termo de penhora xerocopiado à fl. 26.

Passados mais 09 (nove) anos da efetivação da penhora, o executado, ora agravante, peticionou nos autos desta execução, requerendo a declaração de ineficácia da constrição determinada no rosto daquele feito, e a consequente insubsistência da penhora, visto que não teria mais nenhum crédito a receber naqueles autos, em decorrência de um acordo firmado entre as partes naquele processo (fls. 77/79).

O MM. Juiz "a quo", então, proferiu a r. decisão agravada, nos seguintes termos (fl. 22):

"*Fls. 1.101:* ***INDEFIRO, pois o executado não tem disponibilidade sobre a penhora determinada, não podendo impedi-la, ao argumento de não haver crédito no outro processo****. Aguarde-se a resposta do Juízo destinatário (fl. 1.095)*".

Contra esta r. decisão insurge-se o agravante.

No caso em epígrafe, aplica-se o disposto no art. 857, do NCPC:

"**Art. 857. Feita a penhora em direito e ação do executado, e não tendo ele oferecido embargos ou sendo estes rejeitados, o exequente ficará sub-rogado nos direitos do executado até a concorrência de seu crédito.**"

Ou seja, a partir do momento que foi efetivada a penhora nos autos daquela outra ação, aonde o ora agravante tinha valores a receber, o exequente, ora agravado, sub-rogou-se naqueles direitos, até o limite do seu crédito.

Ainda que tenha havido a homologação de um acordo posterior naqueles autos, onde foi efetivada a penhora, verifica-se que o Banco Fibra S/A, ora agravado, foi devidamente intimado naqueles autos, e se opôs expressamente contra à homologação do acordo em questão, tendo restado, segundo suas alegações, salvaguardado o seu direito àquela penhora, conforme revelam os documentos xerocopiados às fls. 184/186 deste agravo.

De qualquer forma, não cabe discutir no bojo deste agravo de instrumento, o acerto ou desacerto da decisão de homologação judicial de acordo, vez que proferida em outro processo, e da qual as partes não interpuseram recurso.

E ainda, importante ressaltar que nos autos do AI nº 2158152-93.2015.8.26.0000, esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, através desta relatoria, já entendeu pela manutenção da penhora efetivada no rosto daqueles autos, ante a ausência de demonstração de suposta impenhorabilidade daqueles valores (fls. 203/206).

Mesmo que o agravante, eventualmente, tenha interesse e legitimidade

Acesso ao Sumário

para pleitear a declaração de insubsistência da penhora determinada no rosto dos autos do Proc. nº 0112435-83.2006.8.26.0008 (3ª VC Regional do Tatuapé/SP), pois, segundo suas alegações, não haveria mais créditos em seu nome a receber naquela ação, não cabe a esta C. Turma Julgadora, através do presente agravo de instrumento, reformar ou interpretar a extensão de uma decisão interlocutória proferida nos autos de outro processo, e sobre a qual não foi interposto qualquer recurso pelas partes.

Ademais, nos termos do art. 857, §2º, do NCPC, acaso o exequente, ora agravado, sub-rogado, eventualmente não receba o seu crédito naqueles autos, caberá somente a ele buscar as medidas cabíveis para a satisfação de seu crédito.

É o que dispõe o §2º, *in verbis*:

"**§ 2º A sub-rogação não impede o sub-rogado, se não receber o crédito do executado, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens**".

Neste sentido, portanto, deve ser devidamente observado o que dispõe o art. 18 do NCPC: "**Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico**".

Por fim, no tocante à manifestação do terceiro interessado (fls. 96/98), pugnando pelo levantamento da penhora efetivada no rosto dos autos, caberá ao mesmo pleitear o que de direito nos autos onde foi realizada a penhora.

Postas estas premissas, ausente desacerto da r. decisão agravada, nega-se provimento ao agravo, mantendo-se a penhora subsistente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023687-45.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ANA MARIA DE LIMA FALCÃO, são agravados CARLOS ROBERTO BIAZÃO e CANDIDA LUCIA PIRES BIAZÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.343)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2019.

CAMPOS PETRONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Locação imobiliária residencial escrita. Ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença. R. despacho que indeferiu o pedido de penhora do imóvel dos caucionantes. Agravo só da exequente. Penhora admissível. Garantia real prestada por terceiros. Desnecessário que tivessem integrado a lide, bastando a sua intimação acerca da penhora. Dá-se provimento ao recurso, com observação, tudo dentro dos estreitos limites do agravo.

VOTO

Trata-se de agravo instrumental interposto pela autora/exequente, em ação de cobrança, envolvendo reparação de danos causados no imóvel locado para fins residenciais, em fase de cumprimento de sentença, contra despacho de fl. 07 (original 71), o qual teria negado provimento aos embargos declaratórios opostos, mantendo a decisão de fl. 06 (66, dos autos principais), que teria indeferido o pedido de penhora do imóvel de propriedade dos caucionantes.

Insiste a agravante, em síntese, que o caucionante do contrato ofereceu o imóvel em garantia e que a Súmula 268, do C. STJ não se aplica às hipóteses de caução, mas somente de fiança. Alega que a caução é garantia real que pode ser executada independentemente do proprietário integrar o polo passivo da lide.

Valor da causa de **R$ 3.200,00** em 2014.

Este Relator não concedeu o pleiteado efeito suspensivo, nem requisitou informações. Intimada a parte contrária para contraminuta, o prazo transcorreu *in albis*.

É o relatório.

O recurso comporta provimento, tudo dentro dos estreitos limites do agravo, observando-se que não se discute sobre bem de família.

Cuida-se de ação reparatória de danos fundada em contrato locatício imobiliário residencial escrito já em fase de cumprimento de sentença (os réus são revéis).

Após tentativas frustradas de localização de bens penhoráveis dos locatários/réus, a exequente pediu a penhora do imóvel dado em caução, o que foi indeferido com fundamento, por analogia, na Súmula 268, do C. STJ.

Se é garantia de caução (e não fiança) há precedentes desta Corte no sentido de que é desnecessário que os caucionantes tenham integrado a lide, sendo inaplicável a supramencionada Súmula. Isso porque a caução é instituto diverso da fiança, tratando- se de garantia real prestada por terceiros, de modo

Acesso ao Sumário

que o bem caucionado responde pela dívida oriunda do contrato locatício independentemente da integração do proprietário no polo passivo.

Apenas para melhor ilustrar, veja-se, sempre com negritos nossos:

Locação. Imóvel residencial. Cumprimento de sentença. Contrato de locação garantido com caução em bem imóvel de terceiro. **Decisão insurgida de indeferimento de penhora do imóvel caucionado. Possibilidade, sem necessidade de que tenham os caucionantes integrado o polo passivo da demanda. Garantia real. Precedentes jurisprudenciais**. Recurso provido. **O fato de os caucionantes não integrarem o polo passivo da demanda não é impedimento para que a constrição recaia sobre o imóvel dado em caução, pois a garantia tem natureza de direito real, bastando a intimação dos caucionantes do ato de penhora**, consoante precedentes jurisprudenciais deste Tribunal. (TJSP; Agravo de Instrumento 2276030-34.2018.8.26.0000; Relator: Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/03/**2019**; Data de Registro: 19/03/2019).

==========

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Gratuidade da justiça concedida (art. 99, §3º, do CPC), sem efeitos retroativos. Cumprimento de sentença. Contrato de locação. Despejo por falta de pagamento cumulado com pedido de cobrança. **Penhora de bem imóvel oferecido em caução por terceiro. Possibilidade. Desnecessidade de integração do caucionante no polo passivo da fase de conhecimento. Mera intimação. Garantia que possui natureza de direito real e não se confunde com fiança**. Excesso de execução não constatado. Comparecimento espontâneo do réu revel, nos autos, para fins de impugnação, que gera ciência inequívoca da sua intimação, com incidência da multa de que trata o art. 513 do CPC. Recurso provido em parte apenas para conceder os benefícios da gratuidade da justiça, sem fins retroativos. (TJSP; Agravo de Instrumento 2245283-04.2018.8.26.0000; Relator: Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/**2018**; Data de Registro: 14/12/2018).

==========

Locação comercial. Ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança. Cumprimento de sentença. **Penhora de imóvel dado em caução locatícia. Garantia real prestada por terceiros. Desnecessidade de que tenham integrado a lide. Possibilidade de penhora. Necessidade de intimação pessoal dos caucionantes.** Recurso provido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2210172-90.2017.8.26.0000; Relator: Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/**2018**; Data de Registro: 28/02/2018).

==========

Acesso ao Sumário

Agravo de instrumento - Ação de cobrança - Contrato de locação - Cumprimento de sentença - Indeferimento de penhora sobre o bem imóvel dado em **caução** e garantia real da locação pelos caucionantes - Possibilidade da penhora. No caso ora sob exame, com razão o exequente, ora agravante, em pleitear a penhora do bem no cumprimento de sentença. **Nos termos do contrato de locação, os caucionantes deram em caução imóvel de sua propriedade, como garantia da obrigação do locatário. Portanto, a caução real foi devidamente averbada na respectiva matrícula do imóvel caucionado - Desnecessária a participação dos caucionantes na fase de conhecimento** em razão da averbação da garantia na matrícula do imóvel no cartório de registro de imóveis. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2093822-19.2017.8.26.0000; Relator: Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017).

Não se olvida, porém, da necessidade de intimação dos caucionantes do ato da penhora.

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso, com observação, tudo dentro dos estreitos limites do agravo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028962-38.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.F.G.S.B., é agravado A.N.E.A.S - C.S.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24751)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Penhora de veículos do executado, tendo sido nomeada a credora como depositária. Alegações de

Acesso ao Sumário

excesso de penhora e de impenhorabilidade de um dos veículos. INADMISSIBILIDADE: A alegação de excesso de penhora só poderá ser apreciada após a avaliação dos bens. Aplicação do art. 874 do CPC. Situação que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 833, inciso V do CPC para reconhecimento da impenhorabilidade do veículo. Decisão mantida.

PENHORA - BLOQUEIO DE CIRCULAÇÃO E NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO - Pretensão de revogação do bloqueio de circulação dos veículos e de que o devedor seja nomeado depositário desses bens. ADMISSIBILIDADE: incabível o bloqueio de circulação dos veículos, porque essa medida não traz efetividade à execução, por não ser providência destinada à expropriação de bens e satisfação da dívida. Considerando-se a anuência da credora, deverá o devedor ser nomeado como depositário dos bens, nos termos do art. 840, §2º do CPC. Decisão reformada.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 71/72 que, no processo de execução movido pela A.N.E.A.S., mantenedora do C.S.L., contra L.F.G.S.B., determinou a penhora sobre dois veículos do executado, com o bloqueio de sua circulação, tendo sido a credora nomeada como depositária desses bens.

Sustenta o agravante que há excesso de penhora. Explica que o valor da execução é de R$61.148,27, ao passo que o da penhora dos veículos é de R$149.807,00. Alega a impenhorabilidade de um dos veículos, sob o fundamento de que ele é utilizado para o exercício de sua profissão. Discorre sobre a ilegalidade da restrição de circulação de seus bens e sobre a necessidade de que ele seja nomeado depositário desses veículos. Pleiteia a antecipação da tutela recursal e ao final o provimento do recurso para determinar a manutenção da penhora somente sobre o veículo Toyota Corolla, com o levantamento da constrição do veículo remanescente; para o reconhecimento da impenhorabilidade do veículo VW Jetta; ou para a manutenção dos veículos em sua posse até eventual arrematação, com a ordem de que ele seja nomeado depositário desses bens.

Acesso ao Sumário

A tutela antecipada recursal foi deferida parcialmente somente para

determinar o levantamento provisório do bloqueio para circulação dos veículos e para impedir a realização de atos expropriatórios sobre eles até a apreciação da questão pela Turma Julgadora (fl. 139).

A agravada apresentou contraminuta a fls. 144/153 e arguiu a irregularidade no recolhimento do preparo do recurso.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Não há irregularidade do preparo, considerando-se que o agravante recolheu a taxa judiciária, nos termos do art. 4º, §5º da Lei Estadual nº 11.608/2003. O comprovante do preparo, de forma legível, foi juntado a fl. 138.

Ademais, não há pedido de justiça gratuita, conforme entende a agravada.

Trata a questão de processo de execução em que o Juízo determinou a penhora sobre dois veículos do executado, consistentes no VW Jetta TL AL, Placas (...), ano 2016/2016, e Toyota/Corolla XEI Dynam, placas (...), ano 2016/2017.

Acontece que a alegação de excesso de penhora deve ser verificada após a avaliação dos bens, oportunidade em que será possível aferir eventual falta de relação entre o valor executado e o dos bens penhorados.

É o que se extrai do art. 874 do CPC:

"***Art. 874. Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar:***

I - reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios;

II - ampliar a penhora ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao crédito do exequente".

No momento da avaliação é que poderá ser aferido o excesso de penhora. Por ora, não há elementos para indicar o alegado excesso, especialmente porque não se sabe o estado de conservação dos veículos. Depois da avaliação dos bens essa matéria poderá ser apreciada.

Nesse sentido:

*"**EXCESSO DE PENHORA - Pedido de desconstituição da penhora que recaiu sobre dois imóveis - Impossibilidade - Possibilidade de apuração de eventual excesso somente após a avaliação dos bens penhorados - Inteligência do disposto no artigo 874, I, do CPC - Decisão mantida - Recurso não provido**" (Agravo de Instrumento nº 2026374-58.2019.8.26.0000, Rel. Des. Mario de Oliveira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. em 03/04/2019).*

Acesso ao Sumário

Também não há como ser reconhecida a impenhorabilidade de um dos veículos.

O agravante exerce a profissão de advogado e afirma que o veículo é utilizado para o desempenho de sua função. Não restou suficientemente demonstrada a alegada impenhorabilidade do bem em questão.

O art. 833, inciso V do Código de Processo Civil dispõe que:

"***São absolutamente 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;

[...]"

Em que pese a eventual facilitação do exercício de atividade do agravante com o veículo penhorado, não se trata de máquina ou ferramenta essencial ao seu desenvolvimento.

Ressalte-se que é possível ao executado se locomover outros meios, inclusive por transporte público ou privado nessa Capital, de forma que o veículo constrito não se mostra imprescindível ao exercício da profissão.

Nesse sentido, já se posicionou esta C. 37ª Câmara de Direito Privado:

*"**Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Impugnação à penhora de veículo - Rejeição - Alegação de impenhorabilidade, nos termos do previsto pelo art. 833, V, do CPC - Excepcionalidade não demonstrada [...]**" (Agravo de instrumento nº 2032795-64.2019.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Gomes, j. em 08/04/2019).*

Por ora, incabível o bloqueio de circulação dos veículos, porque essa medida não traz efetividade à execução, por não ser providência destinada à expropriação de bens e satisfação da dívida.

Ademais, não há elementos para concluir que haja intenção de ocultação desses veículos para que a medida mais gravosa seja adotada.

Nesse sentido, há julgado desta C. Câmara:

*"**Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão agravada que determinou o bloqueio de circulação dos veículos encontrados em nome do Executado. Restrição que coloca em risco a continuidade da atividade econômica do Executado, além não contribuir efetivamente para a execução, uma vez que os bens já se encontram com restrição quanto à transferência. Medida cabível apenas em situações excepcionais, até porque não há informação quanto ao risco de não localização dos referidos bens. Recurso provido**" (Agravo de instrumento nº 2143546-89.2017.8.26.0000, Rel. Des. João Pazine*

Acesso ao Sumário

Neto, j. em 12/09/2017).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questão semelhante a dos autos, razão pela qual ilustram este julgamento.

Por fim, considerando-se a anuência da credora (fl. 176 da execução), deverá o devedor ser nomeado como depositário dos bens, nos termos do art. 840, §2º do CPC:

> ***"Art. 840. Serão preferencialmente depositados:***
>
> ***I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz;***
>
> ***II - os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial;***
>
> ***III - os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, em poder do executado.***
>
> ***§ 1º No caso do inciso II do caput, se não houver depositário judicial, os bens ficarão em poder do exequente.***
>
> ***§ 2º Os bens poderão ser depositados em poder do executado nos casos de difícil remoção ou quando anuir o exequente.***
>
> ***[...]"***

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento somente para que o devedor seja nomeado depositário dos seus veículos e para que seja revogada a restrição de circulação desses bens móveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048943-53.2019.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes SILVIO ROBERTO ARCANJO e ADRIANA SILVA SANTOS ARCANJO, é agravado GT COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.808)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS

Acesso ao Sumário

GOZZO (Presidente) e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual. Ação de reparação por perdas e danos. Decisão que concedeu medida cautelar de arresto de bens, inclusive dos sócios. Medida de urgência bem concedida no cenário que então de apresentava, sem prejuízo de eventual revogação, na origem, depois de aperfeiçoado contraditório (diferido), à luz das alegações e elementos de convicção apresentados (ou não) pelo réu, ora agravante, que aqui, e por ora, não podem ser apreciados. RECURSO DESPROVIDO, na parte conhecida.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Silvio Roberto Arcanjo e outra contra a decisão digitalizada a fls. 46/48 dos autos da ação de reparação por perdas e danos com pedido de liminar, movida por GT Comercial Importadora e Exportadora Ltda., que concedeu a tutela antecipada para "*determinar o bloqueio das matrículas listadas à p. 21, item 'a', da petição inicial; bem como o bloqueio de veículos e ativos financeiros, até o limite de R$ 8.776.224,00, em nome de todas as pessoas físicas e jurídicas referidas á p. 22, item 'f' a 'j', da inicial*".

Pugna pela concessão do efeito suspensivo e reforma da decisão ao argumento de que "*a r. decisão recorrida, 'data vênia' comando absolutamente nulo, posto que concedeu medida de urgência para bloqueio de bens e ativos financeiros dos Agravantes que não são parte do processo e contra os quais não houve pedido de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, seja concedido efeito ativo/suspensivo ao presente recurso, comunicando-se o juízo de primeira instância para que tomem as medidas necessárias visando o desbloqueio de bens e valores dos Agravantes que se viram privados dos seus bens do dia para a noite sem se quer saber os motivos da constrição*" (fls. 2).

Foi concedida medida de urgência (fls. 311/312).

Contraminuta (fls. 317/331).

II - Fundamentação.

A agravada ajuizou ação de reparação por perdas e danos com pedido de

Acesso ao Sumário

liminar (*inaudita altera parte*) em face de Pacto Assessoria Empresarial Ltda. e outros aduzindo que firmou contrato de assessoria e consultoria tributária com os requeridos para obtenção de créditos de ICMS que "em tese" seriam acumulados e homologados pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 40/47 dos autos originais).

Adquiriu R$ 2.4000.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) em créditos de ICMS. Inicialmente foram disponibilizados no "sistema" da Fazenda o valor de R$ 1.512.000,00 (um milhão quinhentos e doze mil reais) em créditos.

Pagou R$ 1.964.787,52 (um milhão, novecentos e sessenta e quatro mil e setecentos e oitenta e sete reais e cinquenta e dois centavos) para aquisição de referidos créditos (fls. 48/117 dos autos originais).

Porém, a agravada recebeu uma notificação e foi fiscalizada pela Secretaria da Fazenda para comprovar da origem dos créditos (fls. 125/165 dos autos originais). Ocasião, em que percebeu que os créditos adquiridos nunca existiram, pois em que pese tenham sido enviados a contabilidade os *e-mails* do sistema E-CREDAC, tudo não passou de um golpe (fls. 118/119 dos autos originais).

Em virtude desta situação a agravada esta em débito de ICMS junto a Secretaria da Fazenda no montante de R$ 8.776.244,00 (oito milhões, setecentos e setenta e seis mil e duzentos e quarenta e quatro reais).

Após a fiscalização contatou os requeridos, mas nada foi feito (fls. 168/183 dos autos originais).

Juntou uma vasta documentação comprovando a existência de indícios de autoria delitiva, bem como inúmeras transferências bancárias e compras de imóveis realizadas pelos sócios dos requeridos (fls. 187/261 dos autos originais).

Sobreveio então a decisão agravada, que considerou: "*por ter como pano de fundo uma conduta de todo duvidosa no âmbito civil, e que em tese desborda até o viés criminal, justifica-se o receio de que as rés (operadas, claro, por seus sócios), ajam com a mesma conduta de fundo duvidoso, do que cabível a cautela que se almeja neste momento processual. Ainda na mesma ordem de ideias, os documentos de p. 187/261 demonstram vertiginoso acréscimo patrimonial dos sócios das rés, em data coincidente com a do recebimento dos valores fruto da negociata em tela (que sequer seriam as titulares do crédito tributário, mas apenas agentes operacionais), a também indiciar que tudo não passou de um golpe. Ressalto que todas essas colocações se fazem em juízo SUMÁRIO. Não há prejulgamento, e tudo está sujeito ao contraditório, mas enquanto isso não ocorre, o momento atual recomenda acautelar um eventual resultado final a favor da autora. Há probabilidade do direito, como dito, e também perigo de dano, pela possibilidade de pulverização patrimonial ante o conhecimento desta ação, conforme artigo 300, caput, do Código de Processo*

Acesso ao Sumário

Civil. Diante disso, CONCEDO a tutela antecipada, e o faço para determinar o bloqueio das matrículas listadas à p. 21, item 'a', da petição inicial; bem como o bloqueio de veículos e de ativos financeiros, até o limite de R$ 8.776.244,00, em nome de todas as pessoas físicas e jurídicas referidas à p. 22, itens 'f' a 'j', da inicial. A medida deve ser cumprida de imediato. Eventuais custas faltantes serão solvidas mediante intimação da autora, após a realização das diligências. Acolhe-se o valor apontado, ainda que superior ao do desembolso, porque compreende multas fazendárias decorrentes do apontamento fraudulento".

Examinando a petição recursal e, principalmente, notando sua semelhança ao que foi arguido e trazido em sede de contestação, percebe-se que a grande maioria das alegações dos agravantes neste recurso e os documentos nos quais ela se funda **não foram apreciados pelo insigne MM. Juiz *a quo* quando da concessão da liminar**, mesmo porque concedida *inaudita altera parte*.

A sede recursal se destina ao reexame de decisões proferidas à luz dos elementos de convicção (alegações e provas) **de que dispunha o juiz da causa quando a prolatou. O mais, inédito, que se apresenta, deve ser apreciado pelo MM. Juiz a quo (porque competência originária sua) para, em tese, eventual revogação da medida provisória concedida em contraditório diferido, mas que** (diferido ou prévio, não importa) **deve ser levado a efeito na origem, e não *per saltum*, nesta sede recursal, com indevida supressão do primeiro grau de jurisdição**.

Não por outra razão **os agravantes, na contestação que apresentaram, deduziram as mesmas alegações inéditas postas neste agravo de instrumento e expressamente requereram ao MM. Juiz a quo a revogação ("levantamento" da liminar) da medida de urgência concedida** (cf. fls. 567/583 dos autos originais).

Dito isso, resta apenas aferir se, nesses termos, foi bem concedida a liminar *inaudita altera parte*, isto é, sem nenhum prejuízo do pedido de revogação e da respectiva decisão que deverá ser proferida na origem à luz das alegações e documentos inéditos que foram apresentados pelos réus, mesmo porque o contraditório, em qualquer uma de suas modalidades (diferido ou prévio) deve ser levado a efeito em primeiro grau de jurisdição e não *per saltum*, em sede de agravo, inclusive sem observância do duplo grau de jurisdição e do princípio da dialeticidade.

Pois bem.

O agravo não comporta provimento, na parte conhecida.

Preliminarmente, impende deixar assentado que, em rigor, a **petição inicial já incluiu os sócios no polo passivo**, exatamente porque alvos expressos das medidas de urgência (bloqueios/restrições dos bens nela indicados) pranteadas pela autora, e por esta havidas por cautelares.

Acesso ao Sumário

Efetivamente, mais adequada seria, **sem prejuízo das medidas de urgência requeridas**, a observância do disposto no artigo 134, § 2º, do CPC.

Essa questão meramente formal, porém, não tem o condão de impor a reforma da decisão agravada, **mormente porque, por óbvio, o sistema processual claramente agasalha a possibilidade de antecipação dos efeitos das medidas de urgência (até mesmo em caráter antecedente), inclusive nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, por isso que se trata de ação promovida incidentalmente (cúmulo ulterior de demandas) ou já em caráter principal (art. 134, § 2º, do CPC)**. (Se em qualquer demanda pode ser concedida medida provisória de urgência, satisfativa ou meramente cautelar, inclusive em caráter antecedente, parece evidente que também pode ser concedida em relação à ação (incidental ou principal) que tenha por escopo a desconsideração da personalidade jurídica.

Em suma, é irrelevante, neste caso concreto, a circunstância meramente formal de terem sido pedidas, na petição inicial, medidas de urgência havidas (corretamente) por cautelares e não já em caráter principal, como também (e mais adequado) seria.

Isso se confirma já de há muito com o expresso pronunciamento do juízo *a quo* no sentido do processamento do incidente de personalidade jurídica, com ordem de citação dos (sócios) réus (cf. fls. 283 dos autos principais). Aliás, os sócios já foram citados e apresentaram contestações.

Pois bem.

O bloqueio de bens dos sócios é medida de urgência que se impôs, *inaudita altera parte*, diante das provas então existentes nos autos, a bem indicar a existência de direito provável.

O perigo da demora se consubstanciou na possibilidade de risco de dano irreparável ou, quando menos, de difícil ou incerta reparação, pois sem as medidas de urgência (no contexto fático existente ao tempo da prolação da decisão agravada) o alegado crédito da autora ficaria despido de garantia.

O arresto cautelar tem lugar quando presente prova de fato que autoriza concluir, em cognição sumária, pela existência de risco à eficácia e à utilidade do provimento jurisdicional perseguido, consoante o artigo 301 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido se colhe do seguinte julgado deste E. Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

> "*Agravo de instrumento. Falência.* ***Decisão que determinou arresto e bloqueio de ativos da agravante, em incidente próprio de autos de falência****. Possibilidade, antes de decidida a desconsideração, que se acautele seu resultado último. Pedido formulado pelo administrador, na origem, escudado em* ***sérios indícios de confusão e***

***desvio patrimonial que, de fato, recomendam a medida acautelatória. Contraditório diferido, próprio das tutelas de urgência, que não se confunde com a ausência de contraditório**. Decisão mantida. Recurso desprovido.*" (AI 2065954-66.2017.8.26.0000 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Rel. Cláudio Godoy - Acórdão julgado em 19 de março de 2018 e publicado no DJe em 19 de março de 2018).

Consoante o artigo 300 do Código de Processo Civil, "**a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**".

No escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "*duas situações distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência*". Assim, "*a primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o periculum in mora, segundo expressa disposição do CPC 300*", explicando que "*esse perigo, como requisito para concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em casos de antecipação de tutela*". Ademais, "*também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris)*", pois "*a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução*" (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Páginas 857/858).

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, "*o caput do art. 300 traz os requisitos para a concessão da tutela antecipada de urgência (cautelar ou satisfativa), quais sejam, evidência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*", ou seja, "*para a concessão da tutela de urgência* **cautelar** *e da tutela de urgência* **satisfativa (antecipação da tutela)** *exigem- se os mesmos e idênticos requisitos*: **fumus boni iuris e periculum in mora**" (Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Página 498, negritos no original).

Daniel Amorim Assumpção Alves leciona que, segundo o qual o artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, "*tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito*", sustentando, adiante, que "*tanto na tutela cautelar quanto na tutela de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito*". O autor invoca o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no sentido de que "*a redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de*

Acesso ao Sumário

urgência, exigindo a probabilidade e o perigo na demora os requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada" (Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2016. Página 476).

Como visto, a concessão da medida de antecipação de tutela pressupõe cumulativamente a urgência (risco de dano de impossível, difícil ou incerta reparação) e a existência de direito provável (isto é, fundamentação e elementos de convicção relevantes, indicativos da autora lograr êxito na demanda).

No caso concreto, como bem entendeu o magistrado singular, além do perigo de dano decorrente das transações realizadas pelos sócios das requeridas, é possível entrever a probabilidade do direito da autora diante dos documentos que juntou aos autos (fls. 40/261 dos autos originais).

Os documentos indicam, ao menos em um juízo de cognição sumária, a probabilidade do direito, acrescentando-se ainda o oferecimento de uma *notitia criminis* ao Ministério Público do Estado de São Paulo para apuração dos fatos junto ao âmbito criminal (fls. 120/124).

Maiores considerações não são necessárias e nem devidas neste grau de jurisdição e nem no estágio do processo quando deferidas as medidas de urgência, **sem prejuízo, é óbvio, de na origem - e em tese - haver revogação ou modificação delas**, como é próprio desse instituto, mormente quando se trata de pronunciamento *inaudita altera parte*, com contraditório diferido.

III - Conclusão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080818-41.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OLDEENE DE SOUZA CUNHA, é agravado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

SERGIO GOMES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento - Ação declaratória cumulada com indenização - Pleito de concessão da assistência judiciária gratuita a autora - Deferimento - Benefício postulado que não é concedido apenas aos miseráveis, mas também àqueles que estejam em situação econômica que não lhes permita arcar com os custos do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família - Ausência de sinais de riqueza que pudessem apontar para a existência de recursos financeiros suficientes para suportar os custos da lide - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão (fls.26) que, em ação de reintegração de posse, indeferiu pedido de concessão da assistência judiciária gratuita a autora.

Sustenta a agravante, em síntese, que é estudante e sobrevive com a ajuda de parentes, salienta que trouxe aos autos Carteira de Trabalho e Previdência Social (fls.15), comprovante de ausência de declaração de imposto de renda (fls.12) e que, portanto, restou evidenciada a sua situação de impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, colaciona jurisprudência. Requer provimento.

O efeito suspensivo foi concedido.

Dispensadas informações do juiz da causa e resposta do agravado, posto que não formada relação jurídica processual na origem no momento da interposição deste agravo de instrumento; inexistindo advogado constituído nos autos, é possível o imediato julgamento deste recurso, em respeito ao princípio da celeridade processual.

É O RELATÓRIO.

O presente recurso é conhecido independentemente do recolhimento das custas, levando-se em conta que a matéria discutida versa sobre a assistência judiciária gratuita.

O recurso comporta provimento.

Cuida-se de ação declaratória com pleito indenizatório por danos morais na qual o magistrado de piso indeferiu a gratuidade de justiça a agravante, nos termos da decisão proferida a fls. 26 dos autos originários.

Com efeito, para "superar os obstáculos que a pobreza opõe ao ingresso em juízo e acesso à justiça" (Cândido Rangel Dinamarco, Fundamentos do Processo

Acesso ao Sumário

Civil Moderno, vol. 2, 3ª ed, pág. 840), a Constituição Federal assegura àqueles que não dispõem de recursos suficientes o benefício da assistência judiciária (art.5º, inc. LXXIV).

Por outro lado, o art. 98 da Lei 13105/15, dispõe que: "*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.*"

Porém, o deferimento da assistência judiciária gratuita não está adstrito apenas à singela declaração de que o requerente é pessoa pobre na acepção jurídica do termo; há que concorrer circunstância que evidencie situação fática de miserabilidade, caracterizada pela inviabilidade de sustento próprio ou da família.

Na hipótese em comento, verifica-se a presença da verossimilhança das alegações do agravante de insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas e custas processuais.

A Defensoria Pública de São Paulo adota como critério para atendimento a pessoa que tenha renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais.

De outro lado, levando-se em conta a realidade socioeconômica do país, razoável entender como necessitada, para fins de obtenção de assistência judiciária, a pessoa física que se acha desobrigada de apresentar Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda.

Para essa declaração, conforme Tabela Progressiva para o cálculo mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, para o ano calendário 2017/exercício 2018, quem recebeu rendimentos tributáveis (sobre os quais incide o imposto de renda da pessoa física) cuja soma foi inferior ao valor de R$ 28.559,70, encontra-se dentro da faixa de isenção.

In casu, a agravante encadernou aos autos documento que comprova o seu *status* de isenta de declaração do imposto de renda de 2018 (fls.12 dos autos originários) e Carteira de Trabalho e Previdência Social que demonstra que o último vínculo empregatício da autora há muito se encerrou (fls.13/15), tem-se o triste quadro no qual a autora se encontra impossibilitada de arcar com as custas, pois o seu pagamento comprometeria, indubitavelmente, a sua subsistência.

Outrossim, não há óbice ao deferimento da gratuidade de justiça no caso de contratação de advogado para o patrocínio da causa, nos termos do que dispõe o §4º, art. 98 do NCPC.

Diante desse cenário, ressalvado o entendimento proferido pelo juízo 'a quo', neste momento processual, não se verificam sinais de riqueza que possam apontar para a presença de recursos financeiros suficientes para suportar os custos da lide.

Acesso ao Sumário

Frise-se, por oportuno, que para a concessão do benefício legal não é necessário que a parte seja miserável, apenas que demonstre que seus rendimentos são insuficientes para arcar com as despesas do processo.

Conforme precedente citado no CPC Anotado de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, em notas de rodapé ao art. 5º da Lei nº 1.060/50:

"*Somente em situações em que salte aos olhos inexistir a necessidade alegada é que cabe o indeferimento de ofício da assistência judiciária (RT 824/278)*".

Assim, reputa-se cabível a concessão da assistência judiciária gratuita, pois, ao que consta, não possui a parte recorrente condições financeiras para arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, considerando-se que essas despesas não dizem respeito apenas às custas iniciais.

Observa-se, por oportuno, que o benefício poderá ser revogado na hipótese do art. 100 do CPC/2015, caso haja impugnação da parte contrária, a quem cabe o ônus de provar se a autora possui ou não condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais.

Vide, ainda, entendimento sufragado em casos similares por este E. Tribunal de Justiça, a saber:

"Agravo de Instrumento. Condomínio. Ação Anulatória de Cobrança Indevida. Justiça Gratuita. Benefício indeferido em Primeira Instância. Insuficiência de recursos. Circunstâncias pessoais que permitem reconhecer a hipossuficiência financeira. Decisão reformada. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2124351-21.2017.8.26.0000, rel. BONILHA FILHO, j. 27/07/17).

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA FÍSICA - PEDREIRO - Hipótese em que o agravante aufere renda mensal inferior a três salários mínimos, fato que faz presumir a sua impossibilidade financeira - A contratação de financiamento de veículo e advogado particular, por si só, não elide a presunção legal de fazer jus ao benefício de assistência judiciária - Aplicação do art. 99, §§s 3º e 4º, do NCPC - Benefício concedido - Agravo provido". (Agravo de Instrumento nº 2004493-30.2016.8.26.0000, rel. Salles Vieira, j. 28/4/16).

"AGRAVO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA NÃO INFIRMADA POR OUTROS ELEMENTOS. DIREITO AO BENEFÍCIO. DECISÃO DE INDEFERIMENTO INSUBSISTENTE. AGRAVO PROVIDO. Nos termos da legislação de regência sobre a matéria, o benefício da assistência judiciária não é concedido apenas aos miseráveis, mas também àqueles que estejam em situação econômica que não lhes permitam pagar despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da família." (Agravo de Instrumento nº 2081383-10.2016.8.26.0000, rel. ADILSON DE ARAUJO, j.

Acesso ao Sumário

10/5/16).

Destarte, a r. decisão vergastada comporta integral reforma, a fim de que seja concedido a agravante o benefício da assistência judiciária gratuita.

Isto posto, dão provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2053638-50.2019.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante MAR DO PACÍFICO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é agravado COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.572)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - Insurgência contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência requerida - Perigo de dano evidente - Probabilidade do direito verificada - Energia é serviço de caráter essencial, com importância indubitável à vida moderna e ao desempenho da atividade econômica desenvolvida pela autora - Não se admite que o fornecimento de energia seja interrompido devido à existência de débitos pretéritos - Precedentes do C. STJ - Requerida que deve se abster de interromper o fornecimento de energia elétrica ao imóvel da recorrente enquanto perdurar a discussão sobre a regularidade da cobrança trazida aos autos, devendo ainda se abster de inscrever o nome da

Acesso ao Sumário

demandante nos órgãos de proteção ao crédito no que se refere ao débito discutido até cognição exauriente da questão - Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **MAR DO PACÍFICO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com obrigação de não fazer que move contra **COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ**, objetivando a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santos, Dr. Paulo Sérgio Mangerona, que indeferiu a tutela de urgência requerida (fls. 34).

Sustenta a agravante que restam verificados os requisitos necessários à concessão da tutela, pois não foi notificada acerca da vistoria realizada e da substituição do relógio e não pode ter suspenso o fornecimento de energia elétrica em virtude da suposta dívida pretérita alegada pela ré. Diz que nunca deixou de pagar uma fatura e foi surpreendida com a cobrança de R$ 30.513,82 relativos ao suposto faturamento a menor entre abril de 2017 e agosto de 2018. Pugna seja determinado que a ré se abstenha de interromper o fornecimento de energia elétrica ou o reestabeleça caso já tenha assim procedido, devendo ainda se abster de negativar o nome da empresa junto aos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de pagamento de multa.

Recurso tempestivo, tramitou com a concessão da liminar pleiteada.

Não apresentada contraminuta (fls. 46), os autos foram encaminhados para julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com obrigação de não fazer movida pela empresa autora em razão da alegada cobrança indevida de consumos pretéritos por parte da requerida, que comunicou a possibilidade de suspensão de fornecimento de energia caso não haja pagamento do débito.

Recebida a inicial, o Juízo *a quo* indeferiu a tutela de urgência de urgência requerida, contra o que se insurge a demandante.

Respeitado o entendimento do magistrado de 1º Grau, entendo que a decisão comporta reforma.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, as modalidades de antecipação provisória dos efeitos do provimento final pretendido foram agrupadas no gênero "tutelas provisórias", que tem por espécies as tutelas de

Acesso ao Sumário

urgência e as de evidência.

Ambas têm por característica o fato de serem fundadas em cognição ainda superficial, e por terem como escopo a melhor distribuição dos ônus da demora inevitável do processo.

A tutela provisória de urgência pode ser satisfativa ou cautelar, e, para ambos os casos, tem por requisitos genéricos a demonstração (i) da probabilidade do direito e (ii) do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda, de comprometimento da utilidade do provimento final.

Sobre a probabilidade do direito, trata-se da "*plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido fumus boni iuris (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há 'elementos que evidenciem' a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300 do CPC).*" (Fredie Didier Jr. e outros, *In* "Curso de Direito Processual Civil", v. 2, Juspodivm, pp. 609-609).

Quanto ao segundo requisito, trata-se da "*impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo*" (Daniel Amorim Assumpção Neves, *In* "Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, Juspodivm, pp.476).

In casu, com relação à probabilidade do direito, possível sua identificação, já que a energia é serviço de caráter essencial, com importância indubitável à vida moderna e ao desempenho da atividade econômica desenvolvida pela autora, e que, embora admissível a interrupção do fornecimento por inadimplemento sem justa causa, diante da realidade dos autos, a suspensão afigura-se como exercício abusivo de direito, deixando de se pautar pelos limites impostos por seus fins econômicos ou sociais e pela boa-fé.

Com efeito, não se admite que o fornecimento de energia seja interrompido devido à existência de débitos pretéritos, como é o caso dos autos.

Neste sentido é o posicionamento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NAS PROVAS. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ILEGÍTIMA A SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS EM RAZÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. Ausente a violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão de origem fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, resolvendo todas as questões levantadas pela agravante.*

Acesso ao Sumário

2. O Colegiado de origem consignou, com base no arcabouço probatório dos autos, que a dívida cobrada foi fundada em débito pretérito. A revisão desse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

3. A jurisprudência do STJ considera ilegítima a interrupção no fornecimento de água decorrente de débito pretérito, em virtude da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos. Incidência da Súmula 83 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1.454.152/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Diva Malerbi, DJ: 15/12/2015; grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. TARIFA DE ÁGUA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO EM RAZÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DOS DANOS MORAIS. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VALOR DO DANO MORAL. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. DISPOSITIVOS NÃO INDICADOS. SÚMULA 284/STF.

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que é vedada a suspensão no fornecimento de serviços de energia e água em razão de débitos pretéritos. O corte pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo.

2. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a comprovação de danos morais demanda o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Revelam-se deficientes as razões do recurso especial quando a recorrente limita-se a tecer alegações genéricas, sem, contudo, apontar especificamente qual dispositivo foi contrariado pelo Tribunal a quo, fazendo incidir a Súmula 284 do STF.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp nº 752.030/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ: 20/10/2015; grifou-se).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DÉBITOS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. De acordo com a jurisprudência deste STJ, o Ministério Público ostenta legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública objetivando

Acesso ao Sumário

resguardar direitos individuais homogêneos dos consumidores.

2. Não é lícito à concessionária interromper o serviço de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em virtude da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp nº 300.270/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJ: 17/09/2015; grifou-se).

Ademais, manifesto o perigo de dano caso haja a interrupção do fornecimento de energia elétrica ao imóvel da requerente, já que isso compromete o desenvolvimento da sua atividade econômica. Além disso, eventual negativação de seu nome relativa ao débito discutido pode indevidamente comprometer sua obtenção de crédito no mercado.

Portanto, é de rigor a manutenção do serviço público de fornecimento de energia elétrica enquanto perdurar a discussão sobre a regularidade da cobrança trazida aos autos, tendo em vista a sua imprescindibilidade para a manutenção da atividade econômica desenvolvida pela agravante, devendo ainda a requerida se abster de inscrever o nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito no que se refere ao débito discutido nestes autos até cognição exauriente do feito, sob pena de multa de R$ 500,00 por dia sem fornecimento de energia ou por dia de manutenção de eventual inscrição realizada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para conceder a tutela provisória pleiteada pela agravante, determinando que a agravada se abstenha de i) interromper o fornecimento de energia elétrica ao imóvel da requerente e de ii) inserir o nome da empresa autora nos órgãos de proteção ao crédito no que se refere ao débito cobrado enquanto perdurar a discussão sobre a regularidade da cobrança objeto deste feito, sob pena de multa, nos termos constantes do aresto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080383-67.2019.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante JOAQUIM BASILIO, são agravados TOCANTINS TRANSPORTES PESADOS LTDA. e ALBERTO FAISÇAL JORDÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.024)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 5 de junho de 2019.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Gratuidade processual. Descabimento na espécie. Elementos informativos que permitiam concluir presente apenas dificuldade financeira momentânea. Cabimento do diferimento, não à vista da Lei estadual 11.608/03, mas em face do artigo 98 § 5º do CPC. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em autos de ação de execução fundada em crédito por honorários advocatícios, indeferiu pedidos do exequente de gratuidade processual e de diferimento de custas.

O requerente insiste no cabimento do benefício da gratuidade.

Para tanto ele salienta "*não ter no momento condições econômico financeiras para arcar com as custas e os encargos processuais*" e enfatiza que se mostrava suficiente para concessão da gratuidade a declaração naquele sentido.

Ao lado disso o recorrente assevera que ao menos havia de ser autorizado o diferimento das custas para o final do processo com base no artigo 5º, inciso II da Lei Estadual 11.608/03.

É o relatório.

O agravo se volta contra despacho inicial, isto é, lançado em autos nos quais ainda não houve o chamamento as parte contrária, o que dispensa a intimação do executado para responder ao recurso.

Pois bem.

O Código de Processo Civil anuncia ser suficiente à concessão da gratuidade processual, no caso de pessoa natural, a declaração da parte no sentido de não deter suficientes recursos financeiros (artigo 99, § 3º).

Todavia, a presunção de veracidade que se forma em torno da aludida declaração é meramente relativa, tanto que o § 2º daquele dispositivo autoriza o Magistrado a indeferir o pedido "*se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade*".

Na espécie isso ocorreu, isto é, antes de decidir sobre o pedido o Juiz mandou que a parte juntasse prova da efetiva impossibilidade de arcar com as despesas do processo, medida que bem se justificava, conforme ele assim

consignou:

"*2. A isenção do recolhimento de taxa judiciária somente será deferida mediante comprovação por meio idôneo da momentânea impossibilidade de arcar com as custas e despesas do processo, sem prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família, em analogia ao que dispõe o artigo 5º , LXXIV da Constituição Federal.*

3. Assim, considerando que a parte autora, celebrou negócio jurídico de direito privado de elevado valor, que ensejou a propositura desta ação, para a análise do pedido de gratuidade, no prazo de 15 dias, deverá a parte autora apresentar:

a) cópia das últimas folhas da carteira de trabalho, ou dos três últimos comprovante de renda mensal, bem como de seu eventual cônjuge/ companheiro;

b) cópia dos extratos bancários de todas as contas de sua titularidade, e de eventual cônjuge/companheiro, dos últimos três meses;

c) cópia dos extratos de todos os cartões de crédito, e de eventual cônjuge/ companheiro, dos últimos três meses;

d) cópia das três últimas declarações do imposto de renda (inclusive de eventual cônjuge/companheiro) apresentada à Secretaria da Receita Federal".

O litigante então apresentou os documentos vistos a fls. 182 e seguintes e à vista deles o Magistrado negou a gratuidade sob a seguinte motivação:

"*Da análise da declaração de fls. 204/211, verifica-se que o exequente possui capacidade financeira para suportar custas desta ação, sem comprometimento de sua renda, pois no campo de bens e direito observa-se que possui vários imóveis, de elevado valor comercial, além de vários veículos, o que descaracteriza a condição da hipossuficiência alegada.*"

Pois esse era mesmo o caso, já que a detenção de patrimônio de valor significativo era incompatível com a obtenção de gratuidade.

No entanto, os mesmos documentos autorizavam reconhecer que apesar daquele patrimônio o autor não detinha pronta disponibilidade financeira, eis que seus bens não contavam com liquidez.

Assim, caso era de se lhe deferir o pedido subsidiário, de diferimento da taxa judiciária.

Não, por certo, com base na Lei Estadual 11.608/2003, já que tal diploma limita o diferimento às situações indicadas no artigo 5º, inciso II, rol que não pode ser ampliado pelo intérprete porque isso importaria em renúncia de receita, o que é vedado pelo artigo 150, § 6º, da Constituição da República.

O diferimento podia ser concedido, sim, com respaldo no artigo 98, § 5º,

Acesso ao Sumário

do atual Código de Processo Civil, que textualmente autoriza o Juiz a dispensar o litigante do pronto pagamento devido por atos específicos.

Assim, estando o agravante à vista da falta de liquidez de seu patrimônio momentaneamente impossibilitado de suportar as despesas pertinentes ao ajuizamento da ação, caso era de se dispensá-lo desse pronto recolhimento, relegando-se o pagamento para o término do processo.

Em suma, para o fim indicado dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077945-68.2019.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que são agravantes OLIVEIRA & FARIA FESTAS E EVENTOS LTDA. e JUDITE DE OLIVEIRA FARIA, é agravado VLADIMIR DONIZETTI DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.924 – JV)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Decisão interlocutória - Determinação de citação do réu para viabilizar o oferecimento de contrarrazão a recurso de apelação interposto contra sentença de indeferimento da petição inicial - Aplicação direta do artigo 331, §1º do CPC de 2015 - Insuficiência da promoção de simples intimação de advogado pela imprensa oficial - Necessidade de que seja empreendida diligência no endereço indicado pela própria parte autora - Ausência de comprovação de que o réu esteja fora do território nacional - Imposição de encargos da sucumbência - Questão a ser solvida no âmbito do apelo e que não pode ser apreciada neste agravo - Recurso conhecido em parte e desprovido na parcela conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, que, em sede de ação de exclusão de sócio, ao receber a apelação apresentada pela recorrente contra a sentença de indeferimento da petição inicial, determinou a citação do réu para, querendo, apresentar contrarrazões (fls. 18).

A agravante requer, de início, o deferimento da gratuidade judiciária para o processamento do presente recurso. No mais, sustenta a desnecessidade de intimação do agravado para apresentar contrarrazões. Frisa que o agravado reside fora do país e constituiu advogado com poderes para receber citação, sendo possível a intimação, via imprensa oficial. Insurge-se, por fim, contra a condenação imposta na sentença, relativa ao pagamento ou depósito das custas judiciais. Pretende reforma da decisão, inclusive com o deferimento de efeito suspensivo (fls. 01/07).

Foram concedidos os benefícios da gratuidade à agravante apenas para fins de processamento deste recurso e indeferido o efeito suspensivo (fls. 59/60).

Foram prestadas informações (fls. 64/65).

O agravado não foi localizado (fls. 67).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Diante do que consta do Aviso de Recebimento (AR) devolvido pelos Correios, não se logrou sucesso na comunicação da parte-ré acerca do ajuizamento do presente recurso de agravo de instrumento (fls. 67).

O trâmite deste recurso deve, inobstante, prosseguir, sem a necessidade de novas diligências.

A citação é o ato pelo qual é constituída a relação processual, vinculando as partes entre si e estas perante o Estado-Juiz.

Antes da citação, não existe um processo (observado o estrito significado técnico-jurídico do vocábulo) e, como consequência, não é viável promover, neste estágio de um feito, uma intimação da parte-ré, encarregando da prática de um novo ato processual, com a observância de um prazo específico. Ninguém pode ser intimado para realizar um ato processual sem estar integrado a um processo.

Interpretado o artigo 1.019 do CPC de 2015, cabe considerar que a parte-ré, caso não tenha sido citada, é, na verdade, notificada do ajuizamento do agravo de instrumento. Ela não é intimada, porque, como o acima ressaltado, não pode ser compelida à pratica de um ato processual, ou seja, ao oferecimento da contraminuta. Ela só é cientificada do agravo por carta, nada mais, possibilitando-se, com isso, o conhecimento imediato da pendência do

Acesso ao Sumário

recurso, em complemento ao mecanismo estatuído no anterior artigo 1.018, que faculta a apresentação de cópias nos autos principais, ou à comunicação feita pela segunda instância ao Juízo "a quo", que viabilizam a ciência imediata do fato em momento imediatamente posterior à citação.

Há a previsão de uma notificação, mas não, de uma intimação e esta notificação opera efeitos limitados e circunscritos ao próprio agravo em trâmite, sem constituir um requisito de validade do julgamento do recurso pelo colegiado.

Conjugado o artigo 1.008 do CPC de 2015 e tendo em conta que o julgamento de segunda instância substituirá o de primeira instância, dada sua superioridade, os agravos interpostos antes da citação devem respeitar, frente à falta de integração da parte-ré no feito, os mesmos requisitos de validade já previstos para a apreciação do pleito original.

O julgamento deste recurso, como resultado, não deve aguardar seja completada a citação e frustrada a notificação da parte-ré, o trâmite do agravo de instrumento, também, não fica obstado.

Frustrada a notificação, a parte-ré, caso citada após o julgamento do agravo, tomará ciência do conteúdo deste julgamento quando integrada ao processo, isto é, numa oportunidade posterior, como ocorre com a decisão primitiva.

Não é criado um obstáculo ao julgamento do recurso de agravo, não se concebendo seja pesquisada a localização da parte-ré e ultimadas diligências em segunda instância, inclusive com a potencialização da publicação de editais.

No mais, a decisão recorrida, em sede de ação de exclusão de sócio, ao receber a apelação apresentada pela recorrente contra a sentença que indeferiu a petição inicial, determinou a citação do réu para, querendo, apresentar contrarrazões.

Irresignada, a agravante recorre, mas o recurso não comporta provimento.

Num primeiro plano, ressalta-se que a pretensão da agravante, de dispensa da citação do agravado contraria dispositivo legal expresso.

Com efeito, a decisão recorrida está fundada no artigo 331, § 1º, do CPC de 2015, que, para a hipótese dos autos, diante da interposição de apelação contra sentença de indeferimento da petição inicial, determina a citação do apelado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.

O texto legal é muito claro e, sobre o assunto, com precisão, José Rogério Cruz e Tucci (Comentários ao Código de Processo Civil, Coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, Saraiva, São Paulo, 2016, Vol. VII, p.145) explica que: "Mantidos, por outro lado, os termos da sentença, ainda que de forma implícita, de acordo com o §1º do artigo 331, o juiz determinará a citação do réu para o fim de apresentar contrarrazões à impugnação, tudo de conformidade com as exigências da garantia do devido

processo legal. A providência aí prevista é de suma relevância, porque, citado o réu, tem a faculdade de apresentar os argumentos que desejar, sobretudo aqueles de ordem pública, a evitar futura perda de tempo com a possibilidade de proferimento de nova sentença. Aduza-se, por oportuno, que o silêncio do réu, deixando de apresentar resposta ao recurso, não produz qualquer efeito de ordem material ou processual. É evidente, no entanto, que a matéria fulcral da impugnação interposta pelo autor, depois de julgada pelo tribunal, restará preclusa, não mais podendo ser reexaminada em momento posterior".

Por outro lado, antes de se tentar a citação do agravado no endereço fornecido pela própria agravante na petição inicial da presente demanda, não cabe cogitar de uma mera intimação pela imprensa oficial de advogado que, apesar de constituído pelo agravado, não apresentou a procuração nos presentes autos, ainda mais porque não há efetiva comprovação de que o agravado encontra-se, atualmente, em país estrangeiro, ainda que não tenha sido localizado quando de tentativa de intimação para apresentação da contraminuta. É possível, ressalve-se, apenas empreender uma citação pessoal na pessoa do advogado, caso seja confirmada a manutenção efetiva de uma relação de representação atual e a conferência de poderes especiais e específicos para o ato de integração da parte ao processo.

Por fim, ressalta-se que a pretensão de exclusão da condenação ao pagamento de custas judiciais diz respeito ao próprio mérito do apelo já interposto, ausente deliberação a respeito na decisão ora recorrida, razão pela qual essa parcela do recurso, não pode ser conhecida.

Tudo somado, nenhum reparo merece a decisão recorrida.

Conhece-se, por isso, de parte do recurso, para lhe negar provimento na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2040512-30.2019.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é agravante FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS FEOB, é agravado LUCAS RENAN PAULINO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26053)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER

Acesso ao Sumário

ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - COMPETÊNCIA - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO CONSTANTE EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E REMESSA DOS AUTOS À COMARCA DO DOMICÍLIO DO AGRAVADO - IMPOSSIBILIDADE. O simples fato de a relação jurídica mantida entre a Agravante e o Agravado ser de consumo não acarreta, por si só, a caracterização da cláusula de eleição como abusiva, havendo a necessidade de ser comprovada a hipossuficiência do consumidor ou a sua dificuldade de acesso ao judiciário. No caso em tela, o foro eleito no contrato de adesão mantido entre as partes é o mesmo do local frequentado pelo Agravado ao longo do curso universitário fornecido pela Agravante, assim, inexiste, a princípio, a identificação de que o consumidor terá prejuízo em exercer sua defesa. Ademais, o domicílio do Agravado (Casa Branca - SP) encontra-se a aproximadamente 44 km (quarenta e quatro quilômetros) de distância do foro da comarca de São João da Boa Vista - SP, o que garante, num primeiro momento, a eficácia da cláusula. Como se observa, foi precipitada a decisão recorrida. Isto porque, o Juízo a quo não poderia, por sua iniciativa, substituir a parte e declarar, de ofício, a sua incompetência ao reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro por se tratar de uma relação de índole consumerista. Na realidade, caberá ao Agravado, no momento próprio, comprovar a sua hipossuficiência como consumidor ou a sua dificuldade de acesso ao judiciário, para que, partir de então, possa o magistrado declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro e remeter o processo à comarca do seu domicílio. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL. -

Acesso ao Sumário

DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto por FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS - FEOB, nos autos da "AÇÃO DE COBRANÇA", que move em face de LUCAS RENAN PAULINO, contra a decisão copiada à fl. 27, do Juiz MISAEL DOS REIS FAGUNDES, que, de ofício, declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos para a Comarca de Casa Branca - SP.

Inconformada, a Agravante alega, em síntese, que: a) inexiste abusividade na cláusula de eleição de foro; b) o fato do contrato ser de adesão não implica na possibilidade da competência territorial ser declinada de ofício; c) o foro eleito é o mesmo do local frequentado pelo Agravado ao longo do curso universitário contratado entre as partes; d) inexiste, num primeiro momento, a identificação de que o Agravado terá prejuízo em exercer sua defesa; e) a especial circunstância da relação jurídica mantida entre as partes ser de consumo não implica necessariamente da caracterização da cláusula de eleição de foro como abusiva; f) é de ser considerado também que é competente o foro do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita (fls. 01/18).

Anoto que o recurso foi preparado (fl. 19) e instruído com as peças de fls. 20/36.

Às fls. 38/39, por força do que restou fixado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais 1704520/MT e 1696396/MT (Tema 988) foi deferido o processamento do presente recurso, bem como concedido o efeito suspensivo pretendido.

Na mesma oportunidade, foi dispensada a intimação do Agravado para apresentar resposta, uma vez que não integra a relação processual.

Destaco que não houve oposição ao julgamento do presente recurso por meio de sessão virtual desta Câmara (fl. 42).

Por fim, anoto que a Ilustre Representante do Ministério Público em 2º Grau declinou de apresentar parecer nos autos (fls. 48/51).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, a decisão deve ser reformada.

Como é cediço, "(...) O fato isoladamente considerado de que a relação entabulada entre as partes é de consumo não conduz à imediata conclusão de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é abusiva, sendo necessário para tanto, nos termos propostos, perscrutar, no caso concreto, se o foro eleito pelas partes inviabiliza ou mesmo dificulta, de alguma forma, o acesso ao Poder Judiciário (...)" (STJ; REsp 1089993/SP, Rel. Ministro MASSAMI

Acesso ao Sumário

UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 08/03/2010)

Neste sentido, destaco:

> **CONSUMIDOR**. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. **AÇÃO DE COBRANÇA**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. **CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE.** REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Exceção de incompetência da qual se extrai o presente recurso especial, interposto em 14/03/2014 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se é abusiva a cláusula de eleição de foro prevista em contrato de prestação de serviços ao consumidor. 3. Inexistentes os vícios do art. 535, do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. **A jurisprudência do STJ tem se orientado pela indispensável demonstração de prejuízo ao exercício do direito de defesa do consumidor para restar configurada a nulidade da cláusula de eleição de foro.** 5. **Esta posição intermediária protege a parte vulnerável e hipossuficiente e, ao mesmo tempo, permite o desenvolvimento equilibrado e harmônico da relação de consumo, sempre com vistas às concretas e particulares realidades que envolvem as pessoas do consumidor e do fornecedor.** 6. **Acaso comprovada a hipossuficiência do consumidor ou a dificuldade de acesso ao judiciário, o magistrado está autorizado a declarar a nulidade da cláusula de eleição e remeter o processo à comarca do domicílio do consumidor.** 7. Na hipótese, primeiro e segundo graus de jurisdição foram uníssonos ao registrar que não há prejuízos à defesa do recorrente. Rever essa conclusão em recurso especial encontra óbice na Súmula 7/STJ. Preserva-se, portanto, a validade da cláusula de eleição de foro. 8. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ; REsp 1707855/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 23/02/2018) (Grifei)

Como se observa, o simples fato de a relação jurídica mantida entre a Agravante e o Agravado ser de consumo não acarreta, por si só, a caracterização da cláusula de eleição como abusiva, havendo a necessidade de ser comprovada a hipossuficiência do consumidor ou a sua dificuldade de acesso ao judiciário.

No caso em tela, o foro eleito no contrato de adesão mantido entre as partes é o mesmo do local frequentado pelo Agravado ao longo do curso universitário fornecido pela Agravante, assim, inexiste, a princípio, a identificação de que o consumidor terá prejuízo em exercer sua defesa.

Ademais, o domicílio do Agravado (Casa Branca - SP) encontra-se a aproximadamente 44 km (quarenta e quatro quilômetros) de distância do foro da comarca de São João da Boa Vista - SP, o que garante, num primeiro momento, a eficácia da cláusula.

Acesso ao Sumário

Este é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA - Foro de eleição - Contrato de prestação de serviços educacionais - Declinação da competência em razão da desconsideração/ineficácia da cláusula de eleição do foro - Inadmissibilidade - Ainda que a hipótese em tela cuide de contrato de adesão, não restou configurada a dificuldade de um dos estipulantes em exercer o seu direito de defesa, necessária para caracterizar a nulidade da cláusula de eleição de foro - Recurso provido para manutenção do feito na Comarca originária. (TJSP; Agravo de Instrumento 2040476-85.2019.8.26.0000; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019) (Grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - **Interposição contra a decisão que determinou a redistribuição de ação de cobrança para a Comarca da agravada. Mensalidade escolar. Foro de eleição. Declinação de ofício. Eficácia da cláusula**. Decisão reformada. (TJSP; Agravo de Instrumento 2041684-07.2019.8.26.0000; Relator (a): Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2019; Data de Registro: 25/03/2019) (Grifei)

Como se observa, foi precipitada a decisão recorrida.

Isto porque, o Juízo *a quo* não poderia, por sua iniciativa, substituir a parte e declarar, de ofício, a sua incompetência ao reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro por se tratar de uma relação de índole consumerista.

Na realidade, caberá ao Agravado, no momento próprio, comprovar a sua hipossuficiência como consumidor ou a sua dificuldade de acesso ao judiciário, para que, partir de então, possa o magistrado declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro e remeter o processo à comarca do seu domicílio.

Razão pela qual, deve a decisão ser reformada.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para determinar que os autos permaneçam sob a jurisdição do Juízo *a quo***.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013547-52.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante BOA VISTA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado JOSUÉ ADRIANO VIEIRA PINTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.672)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES E JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse e pedido de perdas e danos - Sentença de parcial procedência - Insurgência da parte autora - Compra e venda de lote - Relação de consumo configurada entre as partes - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Rescisão contratual - Possibilidade de retenção de parte do montante pago pela parte ré para custeio de despesas com publicidade e administração do empreendimento - Incidência das Súmulas 1, 2 e 3 desta Corte de Justiça - Montante retido que deverá ser mantido em 20% dos valores pagos - Devolução deve se dar em uma única parcela - Descabida a fixação de taxa de ocupação, visto que se trata de bem imóvel sem edificação - Honorários fixados em conformidade com o artigo 85 do Código de Processo Civil - Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos,

Acesso ao Sumário

Ao relatório de fls. 37 acrescento ter a r. sentença apelada julgado parcialmente procedente o pedido para declarar rescindido o contrato de compra e venda celebrado entre as partes e determinar à parte requerente que proceda à restituição ao réu dos valores recebidos, autorizada a retenção de 20% do valor. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 800,00 que deverão ser pagos pelo requerido ao patrono da parte autora.

A requerente interpôs recurso de apelo (fls. 43/54), pugnando pela reforma da r. sentença. Aduz que a rescisão ocorreu por inadimplemento do apelado e que ele deve ser condenado a arcar com taxa de ocupação do imóvel. Acrescenta que a posse do imóvel foi transmitida ao réu em agosto de 2014 e, desde então, ele encontra-se usufruindo do mesmo. Por fim, argui que a rescisão contratual gera a perda do sinal em detrimento do promitente comprador. Pugna pela reforma da r. sentença e pela condenação do apelado em honorários sucumbenciais no importe de 20% sobre o valor da causa, além do prequestionamento da matéria.

Sem contrarrazões.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A sentença apelada não comporta reforma e deve ser mantida nos termos Artigo 252 do Regimento Interno desta Corte de Justiça ("Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada houver de mantê-la").

Neste sentido já se decidiu por este E. Tribunal de Justiça (9264698-97.2008.8.26.0000-Apelação - Relator: Walter Fonseca; 0008361-07.2012.8.26.0577 - Apelação - Relator: Eduardo Siqueira; 0001182-04.2009.8.26.0035 - Apelação - Relator: Jacob Valente; 0004265-82.2010.8.26.0038-Apelação-Relator:MarinoNeto;0000487-46.2010.8.26.0607 - Apelação - Relator: Caetano Lagrasta; 0019028-68.2011.8.26.0001 - Apelação - Relator: Spencer Almeida Ferreira; 0005752-33.2012.8.26.0292 - Apelação - Relator: Donegá Morandini; 0010369-74.2010.8.26.0011 - Apelação - Relator: Ribeiro da Silva; 9128120-93.2009.8.26.0000 - Apelação - Relator: Fábio Quadros; 0032532-52.2008.8.26.0000 - Apelação - Relator: Miguel Brandi; 0014864-83.2012.8.26.0564 - Apelação - Relator: Theodureto Camargo).

Na mesma senda julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.09.2007; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.12.2004; REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 1.12.2003.

Inequívoca a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, tendo em vista que a relação jurídica "sub judice" enquadra-se como relação de consumo, nos termos dos artigos 1º e 2º daquele Diploma legal.

Acesso ao Sumário

A parte ré, na condição de compromissária compradora de bem imóvel, é vulnerável na relação contratual estabelecida com a parte autora, a qual, por outro lado, é empreendedora da área imobiliária, que atua objetivando lucro, sendo assim, fornecedora sujeita às normas consumeristas.

Inegável, ademais, que o contrato celebrado é de adesão, uma vez que a maioria de suas cláusulas foi estipulada pela fornecedora, de modo unilateral, sem que o consumidor pudesse discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo, nos termos do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

A parte ré adquiriu o bem, Lote 137, Quadra 10 no loteamento Jardim Boa Vista II, através de contrato de compra e venda de imóvel, em agosto de 2014, porém, acabou por inadimplir o contrato.

Neste contexto, a retenção de parte dos valores pagos é admitida segundo jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça, conforme restou sedimentado nas Súmulas 1, 2 e 3 do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Seção de Direito Privado:

> **Súmula 1:** O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem;
>
> **Súmula 2:** A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição; e
>
> **Súmula 3:** Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção.

E também, de acordo com a Súmula 543, recentemente aprovada pelo Col. Superior Tribunal de Justiça, que prescreve:

> **Súmula 543:** 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.

A retenção de parte dos valores é justificada com fundamento no ressarcimento de despesas administrativas, uma vez que a rescisão do contrato causa a redução do fluxo de caixa, bem como a necessidade de devolução das parcelas pagas, o que onera todo o empreendimento, justificando a retenção.

Deste modo, a retenção deve ser mantida, conforme determinado pela r. sentença, no importe de 20% dos valores pagos, quantia que se mostra suficiente para compensar os gastos administrativos da vendedora e ressarcir eventuais

Acesso ao Sumário

prejuízos, mantendo-se, assim, o equilíbrio do contrato.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL FIXADO CONFORME A ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA DA CAUSA E ADEQUADO AO ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA N. 7. 1. O Tribunal de origem baseou-se na interpretação de fatos, hipótese em que o comprador sequer usufruiu do imóvel objeto do contrato, para determinar a retenção de 20% (vinte por cento) das parcelas pagas. Rever tal premissa implicaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. 2. O percentual de retenção fixado pelo Tribunal estadual está de acordo com os parâmetros desta Corte. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1079367/SP, Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, data de julgamento: 28/04/2015).

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR. RESSARCIMENTO DO PROMITENTE VENDEDOR PELA UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO EM QUE O CONTRATO FOI CUMPRIDO. CABIMENTO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do compromissário comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção de 20% das prestações pagas, mais as despesas referentes ao recolhimento de impostos, taxas de condomínio, seguro e outros débitos exigidos até o habite-se, mais as perdas e danos pela utilização do imóvel, considerando o valor correspondente à locação durante o período entre a mora e a reintegração. 2. A retenção de percentual sobre o valor das prestações pagas visa, entre outras coisas, a ressarcir o promitente vendedor pela utilização do imóvel durante o período em que o contrato foi cumprido. 3. Recurso especial dos primeiros recorrentes não provido. Recurso especial do segundo recorrente provido.

(Recurso Especial nº 963.073 DF, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, data de julgamento: 22/03/2011).

Da mesma forma, colacionam-se precedentes desta C. Câmara, que adotam percentuais semelhantes ao ora adotado:

1012968-56.2016.8.26.0011 Apelação/Promessa de Compra e Venda

Relator(a): Donegá Morandini

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/08/2017

Data de registro: 16/08/2017

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS. 1.- Desistência do contrato. Desfazimento do ajuste contratual. Medida necessária, ainda que estabelecidas as cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade. Desinteresse pela preservação do ajuste que importa, na prática, em descumprimento da avença, pelo adquirente, incutindo-lhe os efeitos do inadimplemento contratual. Resolução do pactuado por reconhecimento do ilícito assumido, na petição inicial, pelo proponente. Inteligência, na espécie, do disposto no art. 475 do Código Civil. Precedentes. 2.- Reparação dos prejuízos sofridos pela empreendedora. Retenção adequada de parte dos valores quitados. Percentual estabelecido em 20% do saldo liquidado, com devolução do restante em parcela única. Preservação. Contrato que disciplina retenção superior. Falta, entretanto, de demonstração de prejuízos superiores aos ordinariamente resultantes da despactuação. Devolução parcelada, segundo o C. STJ, que se mostra abusiva. 3.- Ônus da sucumbência. Repartição da verba. Medida adequada. Inércia, outrossim, na devolução voluntária e em parcela única, dos valores liquidados pelos compradores, que confirma a necessidade da demanda e, por consequência, na realização do princípio da causalidade. APELO DESPROVIDO.

1012278-16.2014.8.26.0005 Apelação/Promessa de Compra e Venda

Relator(a): Alexandre Marcondes

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 12/08/2017

Data de registro: 12/08/2017

Ementa: Compromisso de compra e venda. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores. Rescisão por culpa da compradora. Restituição de 80% das quantias pagas pelo autor, com retenção de 20% pela ré para fazer frente às suas despesas administrativas e de comercialização. Súmula nº 1 do TJSP. Precedentes da Câmara e do STJ. Obrigação de pagar a comissão de corretagem não informada previamente ao promitente comprador. Restituição devida. Abusividade da cobrança da taxa de assessoria técnico-imobiliária (taxa SATI). Restituição também devida. Entendimento consolidado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.599.511/SP. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

Ademais, conforme já transcrito na Súmula 2 do Tribunal de Justiça de São Paulo, a devolução das quantias pagas pelo comprador deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando a forma de parcelamento.

No que tange a pretensão da parte autora de que o réu seja condenado a título de taxa de ocupação, esta não merece prosperar.

O juízo "a quo" determinou às fls. 31/32 que, no prazo de 05 dias, a autora comprovasse a existência de edificação no imóvel descrito na inicial, para fins de apuração de taxa de ocupação. Ocorre que a requerente deixou o prazo transcorrer *in albis*, inexistindo qualquer prova acerca de construção no local, que poderia ensejar a taxa de ocupação.

Nesse sentido, a r. sentença: "*Cuida-se de negócio envolvendo lote de terra nua, ao que tudo indica, sem qualquer edificação até a presente data, pois, devidamente intimada, a autora deixou de comprovar a existência de construção no local. Neste caso, indevida a cobrança de taxa de ocupação a título de indenização, pois não houve ocupação*" (fls. 39).

Assim, descabida a fixação de taxa de ocupação no presente caso, uma vez que o objeto do contrato compreende um lote, sem qualquer edificação.

Ainda, tem-se que o valor dos honorários advocatícios fixado pelo juízo *a quo* se mostra razoável e em conformidade com o disposto no artigo 85 do Código de Processo Civil, ou seja, em consonância com o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa e trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço quando analisado o disposto.

Portanto, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, tendo conferido satisfatória resolução à lide.

Incabível na espécie a aplicação do Artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil porque a parte recorrente não foi condenada no pagamento de honorários advocatícios.

Considera-se prequestionada a matéria legal ventilada nos autos, sem negativa de vigência de qualquer dispositivo.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso, mantidos os termos da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005597-45.2011.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que são apelantes/apelados ELIAS PAULO PAGNANO, SUELI PAGNANO MARIZ e EOLO MARQUES PAGNANO, é apelado/apelante ASSOCIAÇÃO BENEFICIENTE EM PROL DA VIDA MISSÃO ALFA (JUSTIÇA GRATUITA), Apelados ENÉAS DE PAULA ALBUQUERQUE (ESPÓLIO), AUTA AMARAL ALBUQUERQUE, ANA LUCIA ALBUQUERQUE MACHADO, JOVENAL RODRIGUES SANTANA e TERCEIROS INTERESSADOS, INCERTOS E DESCONHECIDOS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso adesivo e negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.948)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE USUCAPIÃO. 1.- Recurso adesivo. Indeferimento da justiça gratuita. Concessão de prazo para o recolhimento pertinente. Desinteresse manifestado pela parte. Deserção configurada. 2.- Usucapião. Procedência do pedido. Inexistente oposição manifestada pelos proprietários ou por terceiros. Propositura da ação, ainda, em 2011, com tempo mais que suficiente à confirmação do lapso prescricional (art. 1.238, Código Civil). Indicada ausência de citação editalícia, com falta de planta do imóvel e inexistência do "animus domini". Objeções não acolhidas. Supostos vícios na citação que só permitem alegação pela parte interessada. Comparecimento dos recorrentes, com a apresentação da defesa, mais que suficientes ao devido processo legal. Memorial descritivo e levantamento panimétrico, subscritos por engenheiro civil, suficientes à individualização imobiliária. Ânimo de proprietária, ainda, decorrente do exercício dos atos possessórios sem subordinação ou autorização prestada por terceiros. Pagamento do IPTU, pelos opoentes, que não afasta o acolhimento da pretensão aquisitiva. Simples obrigação tributária. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO, COM DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Ação de usucapião julgada procedente pela r. sentença de fls. 285/293, cujo relatório é adotado, proferida pelo MM. Juiz de Direito Jamil Chaim Alves, para "declarar o domínio dos requerentes, Associação Beneficente em Prol da Voda Missão Alfa, representada por sua Presidente Ana Lucia de Mattos Brito da Fonseca, sobre o imóvel descrito na inicial, conforme memorial descritivo e

planta de fls. 42/44 e certidões do CRI de fls. 12/13".

Recorrem as partes, inconformadas.

O Espólio de Elias Paulo Pagnano busca, inicialmente, a concessão da justiça gratuita, afirmando não possuir rendimentos suficientes ao custeio do preparo recursal. Sem prejuízo, sustenta a presença de vício processual, faltante a publicação de edital dos vizinhos, da planta de área usucapienda, além da ausência do requisito subjetivo necessário à prescrição aquisitiva, necessariamente por se mostrar distante a prova do "*animus domini*" (fls. 301/312).

Por seu lado, a Associação pretende, exclusivamente, "majorar o valor de condenação a título de honorários de sucumbência, de R$-2.000,00 para o valor de R$-10.000,00 a serem pagos por cada contestante na presente ação" (fls. 318/322).

Contrarrazões (fls. 323).

Indeferida a justiça gratuita, sobreveio, em relação ao ESPÓLIO DE ELIAS, o recolhimento necessário (fls. 339/341).

É o RELATÓRIO.

2.- O recurso adesivo está deserto. Indeferida a gratuidade, tocava ao apelante a quitação das despesas recursais. Com a ausência de tal providência, a deserção é necessária.

Depois, promovido o pagamento do preparo pelo coapelante Espólio de Elias, conhece-se do seu recurso, cujo mérito, entretanto, não possibilita acolhimento.

Com efeito.

A posse arguida pela recorrida encontra-se comprovada e se arrasta ao longo de extenso período. Não bastassem os documentos de fls. 36 e 37, os quais trazem informações de que a área é utilizada pela apelada desde o ano de 2001 ("...**exercendo sua função na cidade há mais de 10 anos**"), subsistem fotografias indicativas de construção realizada na localidade (fls. 30/35) e matérias jornalísticas das quais se identifica o desempenho de atividade beneficente no imóvel objeto da lide (fls. 38/41).

De outro lado, identifica-se a presença de atos constitutivos da apelada com a indicação de que a sede coincide com o imóvel da ação (fls. 17). Por mais que o recorrente desenvolva a impugnação calcada na falta de elementos próprios ao "animus domini", é sabido que no período que antecede o ajuizamento do feito assim como aquele sobrevindo durante a relação processual não se vislumbrou a oposição dos proprietários tabulares, nem tampouco por parte de terceiros, daí suficiente o reconhecimento de que o tempo de posse foi realizado sem nenhuma oposição por parte dos interessados.

Vale lembrar, aliás, que **"cabe, tendo em vista o disposto no artigo 462**

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil, o reconhecimento e declaração da usucapião ocorrida durante a tramitação do processo" (STJ, REsp 1210396/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão), de modo que havendo tempo suficiente à prescrição aquisitiva a objeção não permite acolhimento.

Pouco impressiona, neste cenário, que o apelante tenha mantido o pagamento do IPTU, particularidade a esvaziar o *animus domini* arguido pela adversária. Trata-se, na verdade, de uma obrigação tributária autônoma, sem a qual não se mostra descartável o ânimo de proprietário exigido pelo art. 1.238 do Código Civil, de modo que é possível a declaração de usucapião mesmo que os possuidores tenham realizado o pagamento do imposto.

Do mesmo modo, os questionamentos de ordem processual não vingam. A começar pela imputada ausência de ato citatório, por edital, dos vizinhos e interessados na lide, forçoso recordar que essa alegação apenas tocaria aos prejudicados, sem qualquer legitimidade ostentada pelo apelante, a quem procedeu à oferta da contestação e cumpriu, satisfatoriamente, o devido processo legal.

Ademais, sobre a falta de documento necessário ao ajuizamento da ação, pondera-se que a apresentação de memorial descritivo (fls. 42) e de levantamento panimétrico (fls. 43/44), ambos subscritos por engenheiro civil, são suficientes à individualização imobiliária, com inegável possibilidade de se aferir a área total ocupada pela apelada, além de eventual ocupação de imóveis limítrofes.

Por todas as colocações acima deduzidas, mostrou-se insuperável o decreto de procedência da ação, preservando-se o desfecho de fls. 285/293, exigindo-se, em contrapartida, a majoração dos honorários de sucumbência para o equivalente a R$-2.500,00, nos termos do art. 85, par. 11, do CPC, sem igual estipulação no que toca à recorrida, considerando que o apelo por ela interposto não recebeu contrariedade (fls. 329).

RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO, COM DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000359-65.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado EA SPORTS ELECTRONIC ARTS LTDA., é apelado/apelante ROGER RODRIGUES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, deram provimento parcial ao recurso do autor e

negaram provimento ao recurso da ré, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.255)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2019.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Violação a direito de imagem - Ação indenizatória - Procedência - Inconformismo das partes - Inexistência de prescrição por se tratar de violação continuada após a colocação dos jogos no mercado consumidor - Inocorrência de "supressio" diante da inexistência de relação contratual - Violação ao direito de imagem comprovada que gera o dever de indenizar - Juros moratórios a partir do evento danoso, conforme Súmula 54 do STJ - Preliminares afastadas - Recurso do autor parcialmente provido e improvido o da ré.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização por violação a direito de imagem, com pedido de danos morais, ajuizada por **Roger Rodrigues da Silva** em face de **Eletronic Arts Ltda.**, julgada procedente pela r. sentença de fls. 1255/1260, cujo relatório se adota, que condenou a empresa ré ao pagamento de indenização pelo uso indevido de imagem de jogador profissional de futebol em jogos Fifa Soccer 2009, 2010, 2012 e 2013 e Fifa Manager 2010, 2012, 2013 e 2014 no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada edição, com correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde a publicação da r. decisão e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Diante da sucumbência, a ré arcará com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Os embargos de declaração, opostos pelas partes às fls. 1262/1272 e 1275/1277, foram rejeitados às fls. 1280.

Inconformadas, apelam as partes.

Apela a ré às fls. 1284/1340 sustentando: a) inexistência de documentos indispensáveis à propositura da demanda; b) ocorrência de prescrição quanto ao pleito indenizatório relativo às edições Fifa Soccer 2009, 2010 e 2012 e FIFA

Acesso ao Sumário

Manager 2010, tendo em vista que não se trata de uma violação continuada; c) incidência de supressio, em razão da atuação tardia do apelante quanto à defesa dos seus interesses; d) os contratos firmados com a FIFPRO, por si só, autorizam o direito à imagem do jogador, por tratar-se de contratos de licença para uso e exploração dos direitos de imagem dos jogadores de diversos países, incluindo do Brasil, pelo período de novembro de 2003 a dezembro de 2015, além de configurar uma cadeia de contratos envolvendo: jogadores, Sindicatos Estaduais, FENAPAF, FIFPRO até se chegar às rés; e) o "quantum" indenizatório se revela absolutamente distante da prática do mercado, em razão da falta de fama e renome do autor, além do fato de ser impraticável esse valor considerando o número de jogadores que participam desses jogos; f) a sucumbência deve ser integralmente do autor, requerendo a reforma do julgado.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação às fls. 1821/1838, alegando, em síntese, que: a) o valor da indenização deve ser fixado considerando o número de lançamentos dos jogos em que a imagem e demais características do ora apelante é utilizada, no valor de R$ 20.000,00 por aparição; b) incidência dos juros de mora a partir do evento danoso, nos termos do art. 398, do CC e Súmula 54 do STJ.

Recursos processados e respondidos (fls. 1854/1913 e 1914/1946).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Em juízo de admissibilidade, reconhecida a tempestividade dos apelos e os recolhimentos dos preparos, recebo os recursos nos seus regulares efeitos.

Será feito uma análise conjunta dos recursos do autor e ré, em razão da identidade de alegações fáticas e jurídicas, destacando-se aquelas mais relevantes para a solução do *decisium*.

DA PRESCRIÇÃO E DA "SUPRESSIO"

No caso em tela, não se trata apenas de veiculação inicial do videogame e sim de violação continuada, tendo em vista que o fato se prolongou no tempo após o lançamento e colocação dos jogos no mercado consumidor, presumindo-se que sua comercialização se dá de maneira continuada, ainda que nova edição seja lançada, razão pela qual a prescrição é afastada.

Confira-se, deste Tribunal de Justiça de São Paulo, precedente envolvendo ação também movida contra a requerida apelante:

> *"Prescrição afastada. Matéria afeta a direito de intimidade e, portanto, personalíssimo. A veiculação da imagem do autor, ademais, não se esgota apenas com o lançamento do jogo, mas se protrai no tempo assumindo caráter contínuo e permanente" (TJSP. Apelação nº 1010206-91.2016.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. James Siano, j. 03.05.2017).*

Acesso ao Sumário

Não há que falar, outrossim, do instituto da "supressio". Como já asseverado por este E. Tribunal em diversas situações análogas a dos autos:

"De supressio não se cogita porque, conforme já decidiu este Tribunal de Justiça de São Paulo em caso envolvendo a requerida, não há ligação contratual direta com o autor, afastando a aplicação da boa fé objetiva, inexistindo como afirmar que a demora do autor na propositura da ação teria ocasionado para a requerida o pensamento de que não mais o faria. Há de se conjugar, em relação contratual, não apenas a inércia, mas que dela resultou justa expectativa de que não mais exerceria o direito em discussão". (TJSP. Apelação nº 1131119-05.2016.8.26.0100, 4ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 22.03.2018).

"O autor não assumiu qualquer compromisso de conduta com a ré. Não firmou, com ela, qualquer avença. Logo, não havia base legal alguma para que a ré criasse expectativa legítima quanto ao não exercício, pelo autor, de eventual direito de ressarcimento por uso indevido de sua imagem. Tampouco há que se falar em autorização tácita do autor para uso de sua imagem nos jogos eletrônicos. Não tendo o autor qualquer relação com a ré, de nenhum modo poderia ela concluir, inequivocamente, que, por seu comportamento, o autor teria autorizado, ainda que violado seu direito fundamental e personalíssimo à imagem, e se tratando, no caso, de violação de caráter permanente, que se protrai no tempo (eis que os jogos permanecem em comercialização e uso, apesar do lançamento de versões posteriores), o autor tem direito de buscar a reparação que entende devida, sendo irrelevante que os games em que utilizada a imagem e características do autor tenham sido lançados em 2011, 2012 e 2014 e que a demanda tenha sido ajuizada em 2015". (TJSP, Apelação nº 1008890-77.2015.8.26.0100, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, 6ª Câm. Dir. Privado, j. 08.02.2018).

DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA DEMANDA

A ré alega que "o apelado deixou de acostar aos autos os jogos reclamados, o que verdadeiramente IMPEDE que a demanda seja analisada e julgada na plenitude devida" e "com base nas próprias alegações por ele tecidas na exordial não resta configurada, in casu, impossibilidade e/ou dificuldade na obtenção de quaisquer documentos pelo apelado" - fls. 1289/1290.

Não há que se falar em falta de documentos essenciais à propositura da demanda, tendo em vista que, ao contrário do que alega a ré, é desnecessário trazer aos autos os referidos jogos eletrônicos, uma vez que os documentos acostados à inicial já se consideram suficientes ao julgamento da lide.

Afasta-se, ainda, a alegação da ré de que seu direito de defesa foi

Acesso ao Sumário

prejudicado, até porque a demanda se mostrou clara e objetiva com os fatos alegados pelo autor e ré, diante de todos os argumentos trazidos e documentos acostados à presente ação.

DO USO INDEVIDO DA IMAGEM

Sustenta a ré que não houve uso indevido de imagem, não gerando o dever de indenizar, tendo em vista possuir contratos de licença para uso e exploração dos direitos de imagem dos jogadores com a FIFPRO e que tais contratos asseguram a cessão do direito de imagem de jogadores de diversos países, incluindo do Brasil, pelo período de novembro de 2003 a dezembro de 2015.

Essa questão já foi discutida por este Tribunal de Justiça de São Paulo, e passo a transcrever parte do julgado, a fim de ver como fundamento para o desacolhimento recursal envolvendo a requerida: "*Afirma que a FIFPRO é uma organização internacional responsável pela representação de associações de atletas de futebol profissional de todo o mundo, dentre as quais a Federação Nacional dos Atletas Profissionais do Futebol FENAPAF, do Brasil, esta, por sua vez, entidade nacional associada e responsável pela representação de diversos sindicatos estaduais de jogadores de futebol, dentre eles os sindicatos dos profissionais dos Estados dos Clubes em que atuou o autor. Assim, sustenta a ré que o encadeamento da cessão de uso dos direitos dos jogadores se dá da seguinte forma: os jogadores de determinado Estado são representados pelo respectivo sindicato; os sindicatos, por sua vez, representados pela FENAPAF; e a FENAPAF, finalmente, pela FIFPRO, que veio a celebrar contrato com a ora ré. O encadeamento sucessivo de cessões construído pela ré, contudo, não se sustenta por falta de suporte probatório, sendo a tal fim insuficiente os contratos havidos entre ela e a FIFPRO*". (Apelação nº 1062693-72.2015.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, em 06.03.2018).

Ora, o encadeamento sucessivo de cessões construído pela ré não se sustenta, por si só, tendo em vista que o direito à imagem é personalíssimo, conforme previsão legal nos artigos 87 e 87-A da Lei nº 9.615/98, abaixo transcrito:

Art. 87. A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o ***nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos****, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.*

Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.

Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido

Acesso ao Sumário

ou explorado, ***mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.***

No caso em tela, não houve autorização expressa de direito de imagem do autor com a ré, afastando a possibilidade desse encadeamento sucessivo de cessões de direito.

DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO

O autor requer a majoração da verba indenizatória para R$ 20.000,00 por edição do jogo, considerando o número de jogos em que sua imagem foi utilizada e, por outro lado, apela a ré alegando que o valor arbitrado pelo juízo "a quo" foi exorbitante. Com razão assiste o autor, em parte, acerca do *quantum* fixado em primeira instância, sendo condizente o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) por aparição, nos jogos FIFA Soccer 2009, 2010, 2012 e 2013 e FIFA Manager 2010, 2012, 2013 e 2014. O *quantum* indenizatório é razoável e tem sido adotado por este E. Tribunal em situações análogas envolvendo a mesma ré. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória. Direito de imagem. Reprodução não autorizada de imagem de jogador profissional em jogos de videogame. Sentença de parcial procedência para condenação da ré ao pagamento de R$ 5.000,00 por aparição do autor em cada um das edições dos jogos (2011 e 2012 do FIFA Soccer e 2011, 2012, 2013 e 2014 do FIFA Manager). (TJSP. Apelação 1130940-71.2016.8.26.0100; Relator: José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/09/2018).

DANOS MORAIS DIREITO DE IMAGEM - Autor, jogador profissional de futebol, que pede indenização pelo uso indevido e desautorizado de sua imagem em jogos de videogame, pela ré - Sentença de procedência - Preliminares de denunciação da lide, inépcia da petição inicial e prescrição afastadas - Direito à indenização corretamente reconhecido, consoante Súmula 403, do Superior Tribunal de Justiça - Ré que não logrou comprovar que o autor tenha, de fato, autorizado a exploração comercial de sua imagem - Cessão realizada pela FIFPRO que não supre a necessidade de autorização pelo próprio detentor do direito, ausentes provas de que a FIFPRO ou qualquer outro órgão ao clube de futebol fossem legitimados a realizar a indigitada cessão - Valor da indenização, todavia, que comporta adequação à extensão do dano efetivamente sofrido pelo autor - Valor de R$ 5.000,00 por cada edição dos onze jogos em que sua imagem figurou, a totalizar montante indenizatório de R$ 55.000,00 que se mostra adequado - Precedentes desta 9ª Câmara de Direito Privado - Sucumbência, pela ré, mantida - Inteligência da súmula 326

Acesso ao Sumário

do STJ - PRELIMINARES AFASTADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP. Apelação 1029549-73.2016.8.26.0100; Relator (a): Ângela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/10/2017).

APELAÇÃO - Ação de indenização por dano moral - Direito de imagem - Autor, jogador profissional de futebol, pede indenização pelo uso indevido e desautorizado de sua imagem em jogos de videogame - Sentença de procedência das lides principal e secundária. APELAÇÃO DO AUTOR - Pleitos de (1) majoração da verba indenizatória; (2) cômputo de juros moratórios a partir da citação; e, (3) imposição dos ônus sucumbenciais exclusivamente à ré - Cabimento – Majoração necessária - Quantum *indenizatório majorado para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), ou seja, R$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela edição de cada jogo, levando em conta o parâmetro utilizado por este Egrégio Tribunal de Justiça, em caso análogo - Valor que é suficiente para, de uma só vez, compensar o sofrimento experimentado pelo autor, bem como punir a conduta da ré, com a finalidade de evitar a reincidência, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Precedentes do TJSP [...] (TJSP. Apelação 1008890-77.2015.8.26.0100; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 08/02/2018).*

Apelação. Violação a direito de imagem. Ação indenizatória. Procedência. Inconformismo das partes. Afastadas as preliminares de cerceamento de defesa, inépcia da inicial e prescrição. Devida indenização pela exploração da imagem e apelido desportivo do autor em atividade comercial sem a devida autorização (Súmula STJ nº 403). Mantido o quantum indenizatório de R$ 30.000,00. Reforma apenas no tocante à incidência dos juros moratórios, que deve se dar de cada evento danoso (Sumula STJ nº 54). Recurso da ré não provido e recurso do autor parcialmente provido. [...] A tal respeito, a r. sentença, igualmente, não comporta qualquer reparo, porquanto bem ponderadas as peculiaridades do presente caso, em especial, a quantidade de jogadores e de clubes em cada edição, consoante se extrai da transcrição de seus termos a seguir, ora utilizada como razão de decidir pela manutenção do quantum indenizatório em R$ 5.000,00 por aparição (TJSP. Apelação 1010550-72.2016.8.26.0100; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 25/04/2017).

Acesso ao Sumário

Levando em consideração, portanto, tal fundamentação, é devido a indenização por uso indevido de imagem ao autor no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por aparição, referente aos jogos FIFA SOCCER 2009, 2010, 2012 e 2013 e FIFA MANAGER 2010, 2012 e

2013 e 2014, totalizando o montante de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

DOS JUROS DE MORA, DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA

Razão assiste o autor acerca do "dies a quo" do juros de mora, tendo em vista tratar-se de responsabilidade extracontratual. É devido, portanto, a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso, conforme os termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

No caso em tela, a data do evento danoso, corresponde à data de cada lançamento dos jogos FIFA SOCEER e FIFA MANAGER, ou seja, a data que marca o início da utilização indevida da imagem do autor pelas rés.

Quanto à correção monetária, fica mantida conforme disposto na r. sentença.

Diante do improvimento do recurso da ré, majoro os honorários advocatícios em 15%, em cumprimento ao §11 do art. 85, do Código de Processo Civil.

Em razão do parcial provimento do recurso do autor, deixo de majorar os honorários recursais.

Nesse sentido o entendimento do STJ:

"Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular e interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou desprovimento do recurso." ***(AgInt no REsp 1.652.928-RN, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, v.u., j. 27/06/2017).***

Ante o exposto, afastadas as preliminares, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso do autor, fixando o valor da indenização em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), e determinando que os juros de mora incidam a partir dos eventos danosos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002775-74.2018.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante SANTA ANGELA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., são apelados ALAN DUVIVIER CURDOGLO e CAMILA BERNARDO ULRICH.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

Acesso ao Sumário

provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.876)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), PAULO ALCIDES e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESCISÃO DO NEGÓCIO. PLEITO INDENIZATÓRIO. CASO TÍPICO DE ARREPENDIMENTO DOS ADQUIRENTES. ATO QUE CAUSA PREJUÍZO À CREDORA. PENA PARA O DESCUMPRIMENTO QUE DEVE SER FIXADA, PARA QUE NÃO IMPORTE EM INCENTIVO AO INADIMPLEMENTO. DEVOLUÇÃO QUE, EM HIPÓTESES ANÁLOGAS, É DE SER LIMITADA A 80% DOS VALORES ADIMPLIDOS. SENTENÇA, TODAVIA, QUE DETERMINOU O RESSARCIMENTO DE 75% DAQUELE MONTANTE. INVIABILIDADE DE SUA REFORMA, NESTE PONTO, DADA A AUSÊNCIA DE RECURSO DA PARTE INTERESSADA, A FIM DE NÃO SE CARACTERIZAR 'REFORMATIO IN PEJUS'. PERCENTUAL QUE DEVERÁ INCIDIR APENAS SOBRE O TOTAL ADIMPLIDO A TÍTULO DE PREÇO DO IMÓVEL, EXCLUÍDA ASSIM A COMISSÃO DE CORRETAGEM, QUE NÃO COMPORTA RESSARCIMENTO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. TENDO OS ADQUIRENTES DADO CAUSA AO DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO, E POSTULANDO O RESSARCIMENTO DE VALORES DE MANEIRA DIVERSA DO QUE FORA CONVENCIONADO, É APENAS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA QUE TEM O CONDÃO DE CONSTITUIR, E LIQUIDAR, O CRÉDITO DE QUE SERÁ TITULAR. PRECEDENTES DO STJ. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Acesso ao Sumário

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente ação declaratória de nulidade de cláusula c.c. pedido de rescisão contratual e restituição de valores pagos, ajuizada por Alan Duvivier Curdoglo e Camila Bernardo Ulrich em face de SPE Santa Ângela Empreendimento Imobiliário Ltda.

Os autores sustentam ter celebrado com a ré compromisso de compra e venda de imóvel, tendo efetuado o pagamento de parte do preço. Dizem que, em razão de divergências com a vendedora acerca da renegociação do saldo devedor, desistiram de prosseguir com a compra. Afirmam que, comunicado tal intento à vendedora, ela fez proposta de devolução parcial dos valores pagos, com a retenção de parte considerável do montante adimplido, com o que não concordaram. Pedem, pois, seja decretada a rescisão do contrato, declarando-se a nulidade da cláusula que dispõe de maneira que alegam ser abusiva - sobre o decaimento de valores pagos, e bem a condenação da requerida a lhes ressarcir o equivalente a 90% do total adimplido, incluindo a comissão de corretagem.

O Juízo (fls. 236/244) assinalou, de início, inexistir controvérsia quanto à desistência externada pelos autores quanto ao prosseguimento do negócio. Aludindo às Súmulas 543 do STJ e 1 deste Tribunal, considerou cabível a pretendida rescisão, admitindo-se, todavia, a retenção, pela ré, de parte dos valores pagos como forma de composição dos prejuízos por ela sofridos ante o insucesso do negócio, por iniciativa dos compradores. Ponderou que a comissão de corretagem não comporta qualquer ressarcimento, uma vez que foi paga em apartado, diretamente aos corretores responsáveis pela intermediação do negócio, tendo sido seu valor previamente informado aos adquirentes do imóvel. Quanto ao montante adimplido exclusivamente a título de preço da coisa, entendeu de fato nula a cláusula contratual que dispõe a respeito da retenção de valores, por estipular decaimento substancial e a devolução de maneira parcelada. Considerou, assim, razoável o perdimento à razão de 25% - devendo, pois, a ré restituir aos demandantes os restantes 75%, em parcela única, na forma da Súmula 2 deste Tribunal, corrigidos monetariamente desde a data de cada desembolso e com juros de mora desde a data da citação. Com tal conclusão, julgou parcialmente procedente a demanda.

Opostos embargos de declaração pela ré (fls. 246/252) e pelos autores (fls. 253/262), foram eles rejeitados (fl. 288/292).

Inconformada, a requerida apela (fls. 295/312), sustentando a reforma da decisão. Sustenta, em primeiro lugar, que o contrato firmado com os autores possui cláusula expressa, e validamente pactuada, a dispor sobre a retenção de

Acesso ao Sumário

valores em caso de desistência do negócio, e bem sobre a forma de devolução - parcelada - do total a ressarcir. Assim, postula seja o ressarcimento determinado consoante os parâmetros ali traçados. Em segundo lugar, aponta que a sentença reconheceu, em sua fundamentação, a legalidade do repasse das despesas de corretagem aos adquirentes, mas não reproduziu tal declaração em sua parte dispositiva. Pretende, assim, seja sanada a omissão a respeito. Por fim, pugna a modificação do termo *a quo* de contagem dos juros moratórios, para que passem a incidir sobre a data do trânsito em julgado da decisão. Conclui pela reforma, com a modificação do ônus da sucumbência.

Processado o recurso (fl. 317), vieram aos autos contrarrazões (fls. 319/335).

É o relatório.

2. Cuida-se de ação que objetiva a rescisão de compromisso compra e venda de imóvel e a devolução, aos autores, do equivalente a 90% dos valores pagos até o momento.

Julgada parcialmente procedente a demanda, decretou o Juízo a rescisão do negócio e autorizou a ré a reter 25% dos valores adimplidos pelos demandantes. Contra a sentença sobreveio o presente reclamo da demandada - que está, com efeito, a merecer parcial acolhida.

Em primeiro lugar, colhe-se da prova documental que as partes firmaram compromisso de compra e venda (fls. 24 e ss.) para aquisição de uma unidade autônoma em incorporação imobiliária. Foi o imóvel identificado como a sala comercial n.º 808 do empreendimento denominado 'Praxx Itatiba', neste município, ao qual se atribuiu o preço de R$ 181.177,00, a ser pago em prestações, tal qual previsto na cláusula 4ª (fls. 24/25).

Tendo pago os autores apenas parte do preço, passaram então a postular o desfazimento da avença, em razão de supostas divergências havidas com a vendedora quanto à renegociação do saldo devedor do valor do bem.

Assim, diante do incontroverso inadimplemento dos demandantes, a rescisão do contrato era mesmo de rigor. A discussão deve-se fazer, na verdade, em torno do percentual das quantias pagas a ser restituído aos requeridos.

Como cediço, em hipóteses de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, o percentual a ser restituído deve ser variável, e isso somente o caso concreto pode explicitar.

Sem muita dificuldade, todavia - e sobre esse tema - quatro situações, genericamente consideradas, devem ser anotadas. Primeira, a mora exclusiva da devedora, que, por exemplo, não entrega a obra no prazo. A segunda, quando o comprador se coloca em mora, não efetuando o pagamento, mas de imediato pleiteia a rescisão. A terceira, quando o comprador se coloca em mora e somente depois de tempos é que toma a iniciativa. A quarta, quando a iniciativa é

Acesso ao Sumário

tomada pela própria alienante, diante da mora. A isso se acrescentem mais duas situações: *o imóvel haver sido ou não ocupado, e bem a permanência nele, ainda, do comprador.*

Aliás, a referência nessa ordem não foi aleatória. Objetiva, claramente, demonstrar a gradação que a restituição deve ter em função desses elementos. A jurisprudência, por sinal, tem admitido a retenção de 10% a 30%, conforme as várias hipóteses.

A leitura dessa matéria, todavia, é algo diversa. A insuportabilidade do contrato pode decorrer de culpa do adquirente - quando menos, em atentar para obrigação que assumiu - ou, efetivamente em razão da imprevisão, de que cuida o artigo 477 do Código Civil (antigo 1092 do diploma revogado). E bem da onerosidade excessiva, de que cuida seu artigo 478.

O adquirente que não obrou, em tempo algum, em mora, suspendendo o pagamento quando do vencimento dos prazos contratuais para entrega da obra, notificando, de imediato, sua intenção em não mais prosseguir no contrato, não pode ser tratado como aquele que, simplesmente, deixa de pagar e, quando instado, toma alguma iniciativa. Quem deixa de pagar e não diz porque o faz quebra a expectativa de recebimento do credor e pode causar outros prejuízos que não exclusivamente aqueles decorrentes da falta do valor devido.

Daí que, nessas hipóteses - e bem quando a mora é do construtor, incorporador, do loteador, do vendedor, etc. - a restituição deve ser integral, sem qualquer retenção. Não tendo dado causa seja ao atraso seja à mora, não pode ser por isso punido.

Quando o comprador, todavia, pela insuportabilidade do contrato, acaba por colocar-se em mora, *por culpa sua*, esse raciocínio já não pode ser aplicado. Causou, com o inadimplemento, prejuízo ao credor, não só pelo não pagamento, mas pelo conjunto de consequências que aí decorrem. Pode, por exemplo, comprometer todo o empreendimento. Pode causar prejuízo a todos os participantes. Ou pode gerar um custo financeiro para o credor, que haverá de suportar aquela parcela para a continuidade do empreendimento.

É obvio, não se desconhece, que essa prova demandaria debate amplo e específico, nem sempre possível ou de interesse das partes.

Mas - **e como é o caso** - *não se verificando quer a onerosidade excessiva quer a teoria da imprevisão* - ao contrário, o inadimplemento singelo dos autores por culpa sua, a retenção é devida.

Aliás, alguma consequência para o descumprimento há de ser fixada, pena de incentivo ao inadimplemento, o que o direito não deve admitir. Ademais, sem ciência do intento de rescindir, não pode o credor repassar o bem a terceiro.

A jurisprudência tem assim se orientado:

"***Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador***

Acesso ao Sumário

inadimplente. A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. Esta quantia a ficar retida varia de caso para caso: ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. Precedente. Recurso conhecido e provido em parte" (STJ - Resp. n. 476.775-MG - 4ª T - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 20.05.2003).

"***Civil e Processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas (25%). Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II 53 e 54. Código Civil, art. 924. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. Pretensão que não fica obstada pelo fato de o comprador, no momento em que notifica a vendedora dessa pretensão, se achar em dia com as parcelas, por não ser razoável exigir-se, para a prova da alegação das dificuldades econômicas, o prévio inadimplemento obrigacional, se o autor prefere ainda honrar, apesar dos ônus, seus compromissos, até o instante em que submete a questão ao Poder Judiciário. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção elevada. Precedentes. Recurso especial conhecido e parcialmente provido***" (STJ - Resp. n. 218.032-MG - 4ª T - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 08.04.2003).

"***Civil e processual. Acórdão. Nulidade não configurada. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo o ressarcimento integral das importâncias pagas. Retenção de 25% em favor da vendedora, como***

Acesso ao Sumário

ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção que ora se eleva. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ - Resp. n. 180.356-SP - 4ª T - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 26.05.2003).

"***Civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Ação pretendendo o ressarcimento integral das importâncias pagas. Retenção em favor da vendedora, como ressarcimento de despesas. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Fixação de percentual de retenção em favor da construtora. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e parcialmente provido***" (STJ Resp. n. 78.221-SP 4ª T Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior j. 26.08.2003).

"***COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Rescisão amigável. Obrigação de devolução das prestações recebidas. Cláusula penal que prevê descontos compensatórios excessivos. Nulidade. Equivalência a pacto comissório. Sentença que autorizou retenção de apenas 30%. Restituição de 70% corrigidos. Percentual inferior ao devido, segundo jurisprudência assente. Improvimento ao recurso da incorporadora. Precedentes do STJ. Aplicação do art. 53 do CDC. Rescindido compromisso de venda e compra de imóvel, deve o promitente vendedor, quando não tenha havido ocupação da coisa, restituir, corrigidos, 90% (noventa por cento) das prestações que recebeu. De modo que, se sentença o condenou a restituir apenas 70% (setenta por cento), não tem o de que se queixar***" (TJSP - Ap. Cível n. 107.803-4 - 2ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Cezar Peluso).

Sem que a credora *prove* dano maior - o que, em tese, se admite - parece adequado limitá-lo a 10%. Esse percentual, de resto, vem admitido usualmente como prefixação das perdas e danos.

E tem a credora, ainda, despesas administrativas, de elaboração de

Acesso ao Sumário

contratos, publicidade, taxas e impostos. Havendo despesas outras, parece que esse percentual, se o contrário não se demonstrar, deve ser fixado em 10%, igualmente.

Com isso, no caso concreto, *não tendo havido ocupação do imóvel*, mostrar-se-ia adequada, portanto, a restituição da ordem de 80% (oitenta por cento) do valor pago - admitida, pois, a retenção de 20% (vinte por cento) -, o que se mostra absolutamente razoável. O bem continua novo e não foi desvalorizado pelo uso.

Tendo, todavia, o Juízo determinado o decaimento em percentual ainda maior - a abranger 25% do total adimplido pelos autores - razão não há para reforma da decisão neste ponto, sob pena de caracterizar-se inadmissível *reformatio in pejus*.

Igualmente, havendo sido declarada, no bojo da sentença, a legalidade do repasse, aos autores, das despesas relativas à comissão de corretagem, é de todo óbvio que o percentual de retenção determinado há de ser aplicado exclusivamente sobre os valores adimplidos a título de preço do imóvel pelos autores. Despicienda era, portanto, a reprodução de tal fundamento na parte dispositiva da decisão - de maneira que não se tem por caracterizada qualquer omissão na sentença.

No que se refere aos juros, ***e revendo posicionamento anterior deste Relator***, tem-se que é caso de sua fixação, de fato, a contar da data do trânsito em julgado da decisão condenatória, já que a iniciativa do desfazimento partiu dos próprios adquirentes inadimplentes.

Assim porque, na espécie, foram os próprios autores adquirentes que pleitearam o desfazimento da avença, por força da desistência que externaram quanto ao prosseguimento da compra do bem. E não se conformando, ademais, com a utilização - em sede extraprocessual ainda - do mecanismo convencional de apuração do montante a ressarcir, é que ajuizaram a presente demanda, postulando seu afastamento e, via de consequência, o arbitramento judicial das consequências patrimoniais da rescisão. Nesta senda, a requerida não deu - como é elementar - causa ou concausa ao desfazimento do negócio jurídico. Ao revés, tal se deveu à iniciativa da parte requerente.

Como se sabe - e tal é a dicção do artigo 394 do Código Civil, só incorre em mora:

"***o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer***".

E, como referido, a vendedora não manifestou, aqui, oposição à restituição de valores à parte demandante *de acordo com o que previa a cláusula contratual pactuada acerca do tema* - até porque não foi este o pedido formulado inicialmente pelo demandante. Sua oposição se deu, com efeito, ao pedido tal

Acesso ao Sumário

qual formulado no bojo da petição inicial - *i.e.*, de que, afastada a cláusula respectiva, se procedesse ao reequacionamento da devolução de valores, na esteira mesmo da rescisão.

Houvessem, pois, os autores postulado a restituição de valores nos termos convencionados, e houvesse ainda a ré ofertado contestação a um tal pleito, neste caso dúvida não restaria de que a incidência de juros moratórios haveria de se dar, mesmo, a partir da citação. Por outro lado - e como se colhe na hipótese - encerrando o pleito inicial a pretensão ao reequacionamento dos valores a ressarcir, *de forma diversa do que previa o contrato*, eventual oposição da ré, manifestada em contestação, não pode ser entendida como recalcitrância ou inadimplemento contratual. Em decorrência disso, apenas quando - *e se* - reconhecido o direito dos adquirentes, no todo ou em parte, ao ressarcimento na forma que postularam, é que se poderá cogitar de mora da vendedora, dando azo ao início da contagem dos juros.

De mais a mais, e sob tais circunstâncias, a fixação do termo *a quo* da contagem dos juros moratórios na data da citação, *quando a culpa pelo insucesso do negócio é do próprio demandante*, transmutaria o inadimplemento em verdadeira aplicação financeira remunerada a altas taxas, premiando o incumpridor em detrimento da parte inocente - o que, por óbvio, não se pode, nesta sede, coonestar.

Este tem sido, ademais, o posicionamento hoje adotado por majoritária parcela da jurisprudência, a incluir-se a do Superior Tribunal de Justiça. Assim:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INICIATIVA DO COMPRADOR. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSTOS E TAXAS CONDOMINIAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA N. 283/STF. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. 1. A caraterização da revelia não induz a uma presunção absoluta de veracidade dos fatos narrados pelo autor, permitindo ao juiz que, para formar o seu convencimento, analise as alegações formuladas pelas partes em confronto com as provas constantes dos autos. Jurisprudência do STJ. 2. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida suficientes para mantê-la enseja o não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 3.* ***Na hipótese em que a rescisão contratual deu-se por iniciativa do comprador, por não mais suportar o pagamento das parcelas, o termo inicial dos juros moratórios é a data do trânsito em julgado, pois inexiste mora anterior da parte ré/vendedora.*** *4. Considerando o pedido da parte nas razões do recurso e em respeito ao princípio da adstrição, é cabível a fixação do termo*

inicial dos juros moratórios como sendo a data da devolução do imóvel. 5. Agravo regimental parcialmente provido" (AgRg no REsp 1.342.255/SP, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 11.3.2016).

"*DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO PARCIAL DOS VALORES PAGOS. TAXA DE OCUPAÇÃO DEVIDA POR TODO O PERÍODO DE POSSE SOBRE O IMÓVEL. ENTENDIMENTO ADOTADO PARA EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO COMPRADOR. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resolução do compromisso de compra e venda, por parte do promissário comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. Ocorrendo a resolução do compromisso por culpa do promissário comprador, este deverá ser ressarcido parcialmente sobre o valor pago. 3. No caso em julgamento, considerando suas peculiaridades, a taxa de ocupação deve incidir desde o início da permanência no imóvel até sua efetiva devolução, tendo em vista a necessidade de não gerar enriquecimento sem causa por parte do promissário comprador. 4.* ***Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão.*** *5. Recurso especial provido*" (REsp 1.211.323/MS, Quarta Turma, Rel. Min. desta Relatoria, DJe 20.10.2015).

"*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMESSA. COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA PELO PROMITENTE COMPRADOR. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DECISÃO JUDICIAL. SÚMULA 83/STJ. 1.* ***A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o termo inicial dos juros de mora na hipótese de devolução de valores decorrente de resolução de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador é a data do trânsito em julgado da decisão****. 2. Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no AREsp 474.503/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 17.9.2014).

"*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. VIOLAÇÃO DO ART. 396 DO CC. TERMO*

Acesso ao Sumário

INICIAL DOS JUROS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PRECEDENTES. 1. ***A Segunda Seção deste Tribunal Superior sufragou o entendimento de que, 'na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão'*** *(REsp 1.008.610/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 03.09.2008). [...] 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*" (AgRg nos EDcl no REsp 1.354.293/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 15.9.2014).

"*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - DESISTÊNCIA MOTIVADA POR PARTE DO COMPRADOR - RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL - DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - PRECEDENTES. INSURGÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR. 1.* ***'Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão.'*** *(REsp 1008610/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Segunda Seção, DJe 3/9/2008). 2. Agravo regimental não provido*" (AgRg no AREsp 18.316/PE, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 22.5.2012).

"*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO NA DECISÃO LIQUIDANDA. SÚMULA 254 DO STF E ART. 293 DO CPC. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. É de ordem pública a matéria atinente à fixação dos juros de mora nas decisões judiciais. Inocorrência de afronta ao art. 517 do CPC. 2. 'Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação' (Súmula 254 do STF). Incidência do art. 293 do CPC. 3.* ***A Segunda Seção deste Tribunal Superior sufragou o entendimento de que 'na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula***

Acesso ao Sumário

penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão' *(REsp 1.008.610/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 03.09.2008), porquanto somente a partir daí é que surgiu a mora da promitente-vendedora. 4. Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no REsp 759.903/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Des. Convocado do TJRS, DJe 28.6.2010).

"*DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PERCENTUAL DE RETENÇÃO DO VALOR PAGO. DEVOLUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. [...] 4.* ***A Segunda Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp. 1008610/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, ocorrido em 26/03/2008, com publicação no DJe de 03/09/2008, entendeu que, havendo pedido de que a retenção seja em percentual diverso do contratado, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado.*** *5. Recurso especial de VALTER ANTÔNIO CAGNA E CÔNJUGE não conhecido e recurso especial de INPAR CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA provido em parte*" (REsp 297.760/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro - Des. Convocado do TJAP, DJe 30.11.2009).

Com esta conclusão, portanto, é que se reforma pontualmente a sentença para, como referido, mantido o perdimento dos valores pagos no percentual de 25%, estabelecer que tal percentual incidirá apenas sobre os montantes adimplidos a título de preço do imóvel (excluindo-se, portanto, a comissão de corretagem, que não comporta qualquer ressarcimento); e para determinar a contagem dos juros moratórios a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

Ante o resultado, era mesmo de rigor o reconhecimento de reciprocidade na sucumbência. Serão, pois, repartidas as custas e despesas processuais; a ré arcará com os honorários advocatícios em favor dos patronos dos autores, na proporção de 10% do valor da condenação; e os autores arcarão com a honorária dos defensores da ré no valor, arbitrado por apreciação equitativa, de R$ 2.000,00 - já levando em consideração a majoração desta versa em grau de recurso, face o parcial provimento do apelo, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

3. Nestes termos, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013756-

12.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, são apelados CARLOS TOLEDO (JUSTIÇA GRATUITA), PEDRO ARAUJO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e NEUSA DE SOUZA GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49322)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente), RUI CASCALDI E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: SEGURO HABITACIONAL - Competência da Justiça Estadual - Inépcia da petição inicial afastada - Legitimidade ativa "ad causam" da seguradora - Litisconsórcio passivo necessário com o agente financeiro que atuou restritamente ao contrato de financiamento de que não se cogita - Legitimidade ativa "ad causam" da adquirente do imóvel por "contrato de gaveta" - Aplicação da legislação consumerista - Prescrição ânua - Inocorrência - Danos contínuos e permanentes - Impossibilidade de ser fixada data para início da contagem do prazo prescricional - Danos físicos no imóvel que são resultantes de vícios de construção - Causas internas - Exclusão expressa de cobertura securitária - Ação improcedente - Inversão do ônus de sucumbência, observada a gratuidade - Sentença reformada - Apelação provida.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 874/878 em que, em hipótese de "ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária" (fls. 1), ajuizada por Carlos Toledo, Pedro Araújo da Silva e Neusa de Souza Gonçalves contra a Companhia Excelsior de Seguros, o pedido foi julgado procedente para condenar a seguradora a indenizar os autores dos vícios existentes em seus respectivos imóveis. Foram carreados à ré os ônus de sucumbência. Inconformada, apelou a vencida (fls. 881/895), sustentando que seria hipótese de afetação do FCVS e, portanto, de interesse da CEF. Portanto, a Justiça Federal seria competente para

Acesso ao Sumário

julgamento do feito. Ainda, alegou carecer a coautora Neusa de legitimidade ativa "ad causam". Além disso, a petição inicial seria inepta por faltar documento indispensável à propositura da ação, qual seja o aviso de sinistro. Sustentou ser a Cohab Pop Bauru litisconsorte passiva necessária. No mérito, alegou prescrição da pretensão indenizatória. Ademais, os vícios de construção estariam excluídos da cobertura securitária. Defendeu a inaplicabilidade da legislação consumerista no caso concreto. Por fim, requereu o afastamento da multa decendial. Oferecidas contrarrazões (fls. 970/1.041), foram os autos remetidos a este Tribunal.

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

Não se vislumbra ter a Caixa Econômica Federal interesse jurídico na causa, à luz do entendimento firmado por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1091393/SC, afetado sob o rito dos repetitivos (temas 50 e 51), no sentido de que, aos contratos vinculados ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66) celebrados entre 2 de dezembro de 1988 e 29 de dezembro de 2009, seria imprescindível comprovar documentalmente o comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA.

Ademais, "*Inexistindo nos autos comprovação de risco ou impacto jurídico ou econômico do FCVS, tampouco do FESA, não se verifica qualquer repercussão prática na edição da Lei nº 13.000/2014, que incluiu o art. 1º-A, §§ 1º a 10, da Lei nº 12.409/2011*" (AgRg no AREsp nº 358.713 - SC, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Moura Ribeiro, em 1/12/16, DJe 13/12/16).

Em suma, ausente interesse jurídico da Caixa Econômica Federal a autorizar sua intervenção no feito, incabível a remessa dos autos para a Justiça Federal.

Nada há a ser deliberado acerca da preliminar de inépcia, questão já julgada no Acórdão de fls. 653/656.

Ainda, é plena a legitimidade passiva da seguradora, haja vista que a pretensão indenizatória é referente ao contrato de seguro habitacional. Também por isso, não se há de cogitar de litisconsórcio passivo necessário do agente financeiro, que, no caso, atuou restritivamente quanto ao contrato de financiamento. Neste sentido:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO HABITACIONAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS EM IMÓVEL ADQUIRIDO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AGENTE FINANCEIRO ATUANDO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE NA FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. 1. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de*

que a seguradora tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação que cinge contrato de seguro habitacional, regido pelas regras do Sistema Financeiro de Habitação. 2. O agente financeiro não ostenta legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada, quando atua em sentido estrito. 3. No presente caso, a responsabilidade contratual do agente financeiro diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo nas épocas acordadas e à cobrança dos encargos estipulados no contrato, razão pela qual não se cristaliza hipótese de solidariedade no caso sob exame. 4. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de verificar a responsabilidade do agente financeiro em tais hipóteses, demandaria a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de provas, providências vedadas em sede de recurso especial (Súmulas 5 e 7 do STJ). 5. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp n. 1193639/PR, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 17/4/18, DJe 20/4/18).

Tampouco há de falar-se de ilegitimidade ativa da coautora Neusa de Souza Gonçalves, que figura como compromissária compradora do imóvel objeto da presente ação. Não é razoável que, por ter celebrado o denominado "contrato de gaveta", seja excluída da proteção securitária, cujo prêmio mensal recebido pela seguradora assumiu o pagamento. Frise-se, aliás, que a protegê-la servem-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, que são perfeitamente aplicáveis ao caso.

Por fim, com relação à alegada prescrição ânua, não é suscetível de acolhimento o argumento, visto que, cuidando-se de hipótese em que se discutem danos contínuos e permanentes, não é possível fixar data para início da contagem do prazo prescricional. Vale lembrar que, "*Sendo os danos ao imóvel de natureza sucessiva e gradual, sua progressão dá azo a inúmeros sinistros sujeitos à cobertura securitária, renovando seguidamente a pretensão do beneficiário do seguro e, por conseguinte, o marco inicial do prazo prescricional*" (AgRg no AREsp 484.874 - SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª. Minª. Nancy Andrighi, em 10/6/14, DJe de 13/6/14).

Quanto à questão de fundo, o laudo pericial (fls. 718 e seguintes) apurou que as avarias verificadas nos imóveis decorrem de "falhas de projeto e vícios construtivos" (fls. 754), resultando, em suma, fissuras na alvenaria.

Com efeito, afirmou o *expert* que "Os imóveis objetos do presente feito apresentam patologias diversas condicionadas à material com vida útil vencida, falhas de projeto, vícios construtivos diversos e danos decorrentes das ampliações realizadas" (fls. 751).

Respeitado o entendimento do Juiz de Direito, constatando-se que as

Acesso ao Sumário

anomalias surgidas na residência dos autores são decorrentes de falhas de projeto e de execução de obra (causa interna), não são elas objeto de cobertura da apólice em questão; não importa haver ou não risco de desabamento.

Ocorre que, em matéria de danos físicos, as hipóteses são elencadas na cláusula 3ª (fls. 90) cumulada com a cláusula 5ª, "a" e "b" (fls. 91), das "Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos". A apólice prevê de forma clara e expressa que os prejuízos passíveis de indenização estão relacionados aos danos materiais resultantes diretamente dos riscos cobertos, não havendo previsão de cobertura para os danos relacionados à construção.

Tenha-se em mente que a negativa de cobertura de riscos derivados de vícios construtivos, prevista em cláusulas contratuais expressas e claras, não encerra qualquer abusividade ou nulidade. Neste sentido é o entendimento consolidado desta 1ª Câmara de Direito Privado:

> "SEGURO HABITACIONAL - Legitimidade passiva da CEF não configurada, a impedir o deslocamento do feito para a Justiça Federal - Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal (CEF) possui interesse jurídico para ingressar na lide somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 e, cumulativamente, quando o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66) - Ausência de comprovação do segundo requisito no caso em tela - Alegação de ilegitimidade passiva rejeitada - Prescrição inexistente, se não há como determinar o termo inicial pela progressão dos danos encontrados no imóvel - Inocorrência de responsabilidade da seguradora em relação a danos que tenham origem em defeito da construção - Apólice que circunscreve o risco apenas a danos externos, e não a vícios construtivos - Ação improcedente - Recurso provido" (Apelação nº 0007603-33.2015.8.26.0024 - Andradina, Rel. Des. Francisco Loureiro, v. un., julgado em 18/4/17, DJe 26/4/17).
>
> "Seguro habitacional. Vício de construção. Preliminares repelidas em saneador, sem oportuno recurso. Alegação de incompetência já afastada pela Câmara. Prescrição inocorrente. Sinistro decorrente de falhas construtivas, com emprego de materiais e técnicas inadequados. Hipótese que a apólice exclui expressamente da cobertura. Precedentes da Câmara. Ação improcedente. Recurso provido" (Apelação nº 0003887-04.2010.8.26.0596 Serrana, Rel. Des. Augusto Rezende, v. un., julgado em 19/9/17, DJe 27/9/17).
>
> "Seguro habitacional. Competência da Justiça Estadual, ausente interesse da CEF. Precedente do STJ. Questão, ademais, já decidida em duas oportunidades. Desacolhida arguição de prescrição. Carência de

Acesso ao Sumário

ação pela quitação do financiamento. Inocorrência. Responsabilidade da seguradora que subsiste, quanto ao período de cobertura, enquanto não transcorrido o lapso prescricional. Precedentes deste Tribunal. No mais, alegados danos físicos nos imóveis, resultantes de vícios de construção. Causas internas. Ausência de cobertura. Interpretação do contrato. Precedentes da Câmara. Improcedência. Sentença reformada. Recurso provido" (Apelação nº 0014434-19.2009.8.26.0506 Ribeirão Preto, Rel. Des. Claudio Godoy, v. un., julgado em 20/9/16, DJe 27/9/16).

Consigna-se, outrossim, ter a Turma Julgadora plena ciência da orientação adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do RESp 1622608-RS (3ª Turma do STJ, v.un., Relª Minª Nancy Andrighi, em 11/12/18, DJe de 19/12/18) segundo a qual, em matéria de seguro desta natureza, "*os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto)*". Pondere-se, todavia, que a hipótese fática em exame é diversa, visto que há na apólice expressa exclusão de cobertura no que tange a vícios de construção.

Se alguma responsabilidade pelo ocorrido puder ser atribuída a alguém, em tese, poderia ser acionado o construtor.

Dessa forma, sendo os vícios existentes no imóvel decorrentes de falhas intrínsecas à construção, inexiste a pretendida cobertura securitária.

Por fim, indevida a indenização pleiteada pelos autores, é certo que não há de se falar de multa decendial.

É, pois, reformada a sentença para julgar-se improcedente a ação, devendo arcar os autores integralmente com custas, despesas processuais e honorários advocatícios aos patronos da ré, ora arbitrados em 15% do valor da causa, aí já considerado o trabalho adicional em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade de justiça.

Nestes termos, dá-se provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034501-67.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ADRIANO MAGALHÃES SOARES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES.

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 40.851)**

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

São Paulo, 6 de maio de 2019.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Parcial procedência - Recurso interposto unicamente pelo autor, reiterando a ocorrência de dano moral indenizável - Acolhimento - Negativação do nome do autor, pela ré, decorrente de valor declarado indevido - Dano moral configurado e que decorre do injusto apontamento - Quantum indenizatório - Cabível a fixação em R$ 8.000,00 (sendo excessiva a estimativa feita na exordial) - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito de Débito cumulada com Indenização por Danos Morais, julgada parcialmente procedente para o fim de declarar inexigível o débito objeto da demanda, no valor de R$ 1.566,52, impondo à ré a obrigação de não encaminhamento aos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa no importe de R$ 3.000,00. Diante da sucumbência recíproca, as partes suportarão os honorários do advogado da parte contrária, fixada em R$ 800,00, ressalvada a honorária deferida ao autor.

Embargos de declaração às fls. 272/277, rejeitados pela r. decisão de fls. 282.

Inconformado, apela o autor (fls. 285/292), sustentando a necessidade de reforma parcial da r. sentença recorrida, no tópico que afastou a pretensão reparatória a título de danos morais. Sustenta a ocorrência destes últimos, diante da inclusão indevida de seu nome, por parte da apelada, em cadastro de proteção ao crédito. Aguarda o provimento recursal, fixando-se a indenização postulada.

Contrarrazões às fls. 295 e seguintes.

Lançado o despacho de fls. 307, sobreveio a manifestação de fls. 310/311.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

De início, recebo o apelo interposto, no duplo efeito, passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do CPC.

Também de rigor afastar pleito de suspensão deduzido pela apelada, diante do deferimento da liquidação extrajudicial do grupo PDG. Com efeito, encontrando-se o feito na fase de conhecimento, deve prosseguir até a formação do título executivo judicial.

Nesse sentido, julgado da 3ª Câmara de Direito Privado, extraído dos autos da Apelação n. 4009483-81.2013.8.26.0114, Rel. BERETTA DA SILVEIRA, conforme segue:

"**COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Ação de restituição. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO OU SUSPENSÃO DO FEITO EM DECORRÊNCIA DO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA RÉ. Possibilidade de prosseguimento do feito até a formação do título executivo judicial.**

(...)

De início, cumpre afastar o pedido de extinção da demanda ou, alternativamente, de suspensão desta em decorrência do deferimento da recuperação judicial da requerida. Uma vez que o feito encontra-se em fase de conhecimento, a sua tramitação até a resolução do mérito e consequente formação do título executivo judicial não apresentaria qualquer prejuízo ao procedimento da recuperação judicial. Ressalte- se que a determinação de suspensão das ações (art. 52, III, da Lei 11.101/2005) excepciona as hipóteses que demandem quantias ilíquidas (art. 6, §1º, da Lei nº 11.101/2005), tal como o presente caso. Assim, até a formação do título executivo judicial não há que se suspender o feito ou submetê-lo ao juízo recuperacional..."

E ainda:

"APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NA PLANTA. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por perdas e danos. Sentença de procedência parcial. Inconformismo das rés. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Fato notório. Descabimento de suspensão da tramitação do presente feito, uma vez que a ação demanda quantia ilíquida. Aplicação do art. 6º, § 1º da Lei nº 11.101/2005. Precedentes. (...)" (Apelação nº 1008682-65.2015.8.26.0562, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 10/05/2017).

O recurso comporta parcial provimento.

Respeitado o entendimento do d. Magistrado sentenciante, configurada a ocorrência de dano moral indenizável.

Com efeito, o valor que ensejou o apontamento do nome do autor era mesmo indevido e inexigível e nesses termos foi declarado pela r. sentença

Acesso ao Sumário

guerreada.

Ora, a negativação ocorreu, ao que se depreende da comunicação de fls. 28 (sequer suspensa, diante do indeferimento da tutela antecipada postulada).

Em vista disso, o dano moral é devido e decorre de ato ilícito praticado pela recorrida em efetuar o apontamento do nome do recorrente por valor que não era por este último, devido.

A inscrição no órgão de proteção ao crédito tem, inquestionavelmente, reflexos no conceito moral de alguém. Ainda assim, com relação aos danos morais, os mesmos ocorreram, já que é sabido que se de um lado o abalo devido de crédito é determinado pelo próprio Direito, como meio de proteção a terceiros de boa-fé, o abalo injusto, indevido, viola a ordem jurídica, podendo causar, como aqui causou, danos extrapatrimoniais (morais). Doutrina e jurisprudência são abundantes neste campo, podendo-se destacar o seguinte julgado, publicado por WILSON BUSSADA, na Obra DANOS MATERIAIS E MORAIS, Volume IV, pág. 3313, quando diz:

"**BANCO - Dano moral caracterizado. Responsabilidade civil. Registro indevido do nome do correntista na central de restrições de órgão de proteção ao crédito. Ato ilícito absoluto. Indenização devida.**

Ementa oficial: Responde, a título de ato ilícito, absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome do cliente em central de restrições de órgão de proteção ao crédito."

Com relação ao *quantum* fixado a título de indenização, como se sabe, não existe um critério determinado para o arbitramento a título de dano moral. A fixação fica ao livre arbítrio do julgador que deve observar a particularidade do caso que lhe é apresentado a decidir.

Deve-se balizar sempre pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando ao mesmo tempo compensar a dor sofrida e desestimular o causador do dano a reiterar o ato praticado.

De outra parte, não deve gerar o enriquecimento ou empobrecimento de qualquer das partes; nem daquela que busca a reparação, nem da que causou o dano.

Convém transcrever trecho da Apelação Cível n. 218.449-1, que teve como relator o eminente Desembargador Antonio Manssur, ao comentar sobre o assunto:

"*É sabido, à saciedade, que a indenização, em casos como o retratado nestes autos, deve situar-se, o mais possível dentro da razoabilidade e da realidade, evitando-se, ainda, que a vítima de dano moral venha a enriquecer-se por conta do mesmo; não é esta, à toda evidência, a intenção da lei; o dano moral não pode e não deve ser causa de enriquecimento do ofendido; a*

Acesso ao Sumário

indenização, em pese ao arbítrio do Magistrado, deve ser fixada em montante compatível, considerados o grau de culpa, a posição do ofendido na sociedade e a capacidade econômico- financeira do causador do dano."

Ainda acerca desse mesmo tema, RICARDO FIÚZA, na Obra CÓDIGO CIVIL COMENTADO, 6ª Edição, Editora Saraiva, às págs. 913, observa que:

"**O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante è a sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo' (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit. P. 247 e 233; v. também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit. P. 33-42; Rui Stocco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 4ª ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 762; e Antonio Jeová Santos, Dano moral indenizável, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-65, v. acórdãos em JTJ, 199/59; RT, 742/320.**"

Colocadas essas premissas e atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o valor inscrito e sua duração, entendo que a importância de R$ 8.000,00 (oito mil reais) mostra-se apta a reparar o dano causado, sem ensejar o enriquecimento ilícito do apelante (sendo excessiva a estimativa feita na exordial). A correção monetária, por seu turno, tem seu termo inicial como a data do arbitramento - Súmula 362 do STJ e os juros de mora contados da data da citação.

Exatamente por conta disso, o recurso é parcialmente provido para condenar a apelada ao pagamento da indenização a título de danos morais, na forma do parágrafo anterior, arcando agora com a integralidade das custas e verba honorária do patrono do apelante, ora fixada em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007349-59.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado BRASIL FERRAZ RICO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

Acesso ao Sumário

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 da ré e deram parcial provimento do recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17695)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), RÔMOLO RUSSO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. REPAROS EM IMPLANTE COCLEAR. Demanda visando compelir a ré a oferecer cobertura de reparos em implante coclear. Sentença de parcial procedência. Recurso de ambas as partes.

1. Negativa de cobertura. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Reparos de implante coclear é ato inerente ao tratamento (art. 51, IV e §1º, do CDC, e ao art. 424 do CC). Irrelevância da alegação que se trata de procedimento não constante do rol da ANS. Inteligência da Súmula n. 102 do TJSP. Precedentes. Cobertura devida.

2. Danos materiais. Incontroversa a existência de negativa verbais anteriores. Ressarcimento dos gastos devido.

3. Danos morais. Conduta que atrasou o reparo. Mau funcionamento do implante que prejudica o dia-a-dia do autor. Indenização devida, em patamar razoável.

4. Recurso da ré desprovido. Recurso do autor parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*ação de indenização por danos materiais e morais com tutela provisória de urgência, de natureza antecipada, em caráter antecedente*" movida por segurado em face da operadora de seu plano de saúde. O autor alega que é portador de deficiência auditiva neurossensorial profunda bilateral e requer o custeio de reparo do seu implante coclear, assim como pleiteia a

condenação da requerida em danos materiais, por conta de antigos gastos com a manutenção do referido implante, e em danos morais, considerando a situação vivenciada por conta da negativa.

Em r. decisão de fls. 94/95 foi deferida a tutela de urgência, "*mas de forma distinta da pleiteada, para determinar que a UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO providencie, ou custeie no prazo máximo de 30 (trinta) dias, (contados a partir da intimação), o reparo necessário no aparelho do autor, para que passe a funcionar perfeitamente, nos termos do laudo técnico, e orçamento de fls. 34/37, com base na declaração médica de fl. 33 , tendo em vista que a parte requerida, devido ao volume de prestadores de serviço e pacientes que atende, possa alcançar melhor valor de mercado ao reparo do implante coclear do autor. O descumprimento da obrigação aqui contida ensejará a aplicação de multa diária no valor de R$ 1 .000,00, limitada a R$ 10.000, 00.*"

Sobreveio r. sentença (fls. 181/184 - proferida em 06/08/2018; DJE de 03/12/2018) que julgou a ação, nos seguintes termos:

> *(. . .)*
>
> *Ante o exposto, nos termos do artigo 487 do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial para confirmar a antecipação dos efeitos da tutela anteriormente concedida e assim o faço para determinar que a ré autorize e custeie o reparo necessário no aparelho do autor, para que passe a funcionar perfeitamente, com base na declaração médica de f l. 33.*

Apelam ambas as partes.

Em sua apelação (fls. 187/195), o autor defende, no que tange aos danos materiais, que "*vem arcando com custos de manutenção do implante, os quais, como a própria sentença reconheceu, são de responsabilidade da Apelada, mas que esta, reiteradamente, se esquiva sem qualquer justificativa plausível em suportar. As notas fiscais de f ls. 43 /51 atestam o gasto que, atualizados, chegam a monta de R$ 19.366, 39 (dezenove mil, trezentos e sessenta e seis reais e trinta e nove centavos). Conforme se verifica pela Carteira do Plano de Saúde de fls. 28, o plano do Apelante vige desde 06 /03 /2003 e, obviamente, como consumidor de um plano de saúde há tanto tempo, o Apelante, antes de arcar com os próprios meios a manutenção do implante, em meados dos anos de 2015 e 2016, já havia procurado a Apelada para o suporte necessário; entretanto, diante da sua inércia, não restou alternativa ao Apelante senão buscar a ajuda de familiares para arcar com os altos custos que deveriam ter sido suportados pela Apelada, gerando, assim, o dever de ressarcimento. O documento que materializa a recusa, adveio de uma notificação formal criada pelo Apelante para que a recusa da Apelada, que até então era verbal, pudesse ser comprovada,*

Acesso ao Sumário

mas o ilícito carecedor de reparação é a este documento anterior e portanto, não pode ser olvidado. Convém destacar ainda que o Apelante, que estava sem poder ouvir e com sérias l imitações em sua capacidade de comunicação, não pode ser responsabilizado por buscar por meios próprios a solução imediata de seu problema, que era, na verdade, por dever legal, de responsabilidade da Apelada, com a qual mantém um plano desde 2003. Além disso, ressalta-se que, diante da negativa da cobertura por parte da Apelada, que ocorreu até mesmo antes do dia 26 /06 /2017, o Apelante fez uma denúncia em face do plano junto ao Núcleo da Agência Nacional de Saúde Suplementar de São Paulo (ANS), requerendo explicações e providências, o que deu origem a diversos protocolos (fls. 41/ 42), todos infrutíferos."

Quanto aos danos morais, sustenta que "*A recusa injustificada de cobertura da manutenção posterior do Implante Coclear à qual o Apelante faz jus por obrigação contratual e legal constitui conduta i lícita que gera o dever de indenizar por tratar-se de lesão contratual grave que favorece significativa angústia ao Apelante, instabilidade emocional, e porque não frisar também o agravamento de seu quadro clínico, uma vez que ficar sem escutar retarda o processo auditivo*." Afirma que "*A falta do Implante tem afetado de maneira significativa a rotina do Apelante e até mesmo sua autoestima e dignidade. Portanto, é evidente que a negativa desarrazoada por parte da Apelada em custear o equipamento necessário à garantia da audição do Apelante trouxe severos e diversos danos a ele, tais como: 1. Danos físicos, porque a falta de estímulo permanente ocasiona um retrocesso na capacidade auditiva, pois o cérebro para de receber o estímulo sonoro necessário para tanto; 2 . Danos Emocionais, pois sem o implante o Apelante permanece mergulhada na mais absoluta surdez. Completamente dispensável e talvez impossível elencar o quão angustiante, frustrante e cruel mantê-la em tão doloroso estado.*"

Requer que "*a Apelada seja condenada ao pagamento dos custos de manutenção do implante suportados pelo Apelante, que somam a quantia R$ 19.366, 39 (dezenove mil trezentos e sessenta e seis reais e trinta e nove centavos) a ser atualizado e acrescido de gastos vindouros até o efetivo pagamento, e seja condenada ao pagamento a título de indenização por danos morais no valor nunca inferior a R$ 10.000, 00*".

Ausente o recolhimento do preparo por ser o autor beneficiário da gratuidade. Tempestivo, o recurso foi recebido e processado devidamente.

Em sua apelação (fls. 198/206), a ré defende que "*a simples leitura da avença é bastante para demonstrar que a prestação de serviços é restrita aos procedimentos constantes no rol da ANS e descritos no contrato, não comportando entendimento diverso. Importante deixar consignado que não se pode considerar como abusiva uma negativa emitida em conformidade com os dispostos normativos em vigência. Neste aspecto, temos que a operadora*

Acesso ao Sumário

apenas e tão somente reproduziu a conduta que lhe cabia, em conformidade com os ditames pelos quais está obrigada; qual seja, de acordo com as normativas emitidas pela ANS. (...) Inexiste demonstração de descumprimento legal ou contratual por parte da Requerida que pudesse justificar a necessidade de intervenção judicial para a solução da demanda. Isto posto, deverão prevalecer os termos da contratação e da regulamentação da ANS, sem qualquer responsabilização da Requerida por despesas decorrentes de exame/ procedimento não coberto contratual e legalmente."

Sustenta que "*decisão a quo fundamentou a procedência invocando de forma equivocada o CDC (...) Entender abusiva qualquer limitação em relação ao tratamento de saúde é pretender que os contratos de consumo se tornarem ilimitados em direitos e limitados em obrigações, o que contraria sobremaneira o Direito e a Justiça. Não estamos diante de cláusula de interpretação dúbia, de modo a justificar uma interpretação mais favorável ao consumidor. A redação permite fácil e imediatamente a compreensão e extensão dos direitos do Autor e, conforme anteriormente demonstrado, a manutenção e acessórios é de responsabilidade do beneficiário.*"

Requer a improcedência da ação.

Tempestivo e com as respectivas custas recolhidas, o recurso da ré foi devidamente processado.

Contrarrazões às fls. 210/ 219 e 220 /224, respectivamente, pela parte ré e autora.

É o relatório.

1 - NEGATIVA DE COBERTURA

A ré sustenta a legalidade da recusa argumentando que o reparo do implante coclear do autor não possui cobertura contratual, assim como não consta no rol de procedimentos de cobertura obrigatória da ANS.

Ao contrário do que sustenta a ré, a relação das partes deve ser regida de acordo com os princípios da legislação consumerista, haja vista a cristalina relação de consumo no caso em questão. Nesse sentido, devem ser consideradas abusivas todas as cláusulas que vão de encontro com os objetivos inerentes à própria natureza do contrato, com violação ao art. 51 , IV e §1 º, do Código de Defesa do Consumidor, e ao art. 424 do Código Civil:

"*CDC, 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; (. . .)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando- se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso".

"*CC, Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*".

Não é necessário que o contrato de prestação de serviços à saúde ou a Agência Reguladora relacionem expressamente cada um dos procedimentos a que os beneficiários terão direito nem o procedimento adequado ao tratamento de cada moléstia, lembrando que "*o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura*" (REsp 668 .216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15 /03 /2007)

Assim, aplica-se ao caso a Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

***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 utilização do implante, atrelada a procedimento cirúrgico, é condição *sine qua non* para o êxito do tratamento. Negar sua cobertura equivale a negar a própria finalidade da prestação de serviço, que é o objeto do contrato que une as partes. Pelo mesmo raciocínio, se o implante necessita de reparo, é dever da ré dar cobertura ao seu conserto.

Desse modo, é abusiva a recusa de cobertura da reparação do implante coclear prescrito ao autor (fls. 32 /33), sendo irrelevante se tratar de procedimento não previsto no Rol da ANS.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça em caso envolvendo negativa de cobertura relacionada à mesma questão da presente lide:

PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - NEGATIVA DE COBERTURA - Autora que teve recusada a cobertura de troca do "processador de fala do implante coclear e acessórios da orelha esquerda" –Procedimento indicado em razão de a autora ser portadora de deficiência auditiva bilateral, e já havia sido submetida à cirurgia de implante coclear na orelha esquerda no ano de 2010, e atualmente o seu processador de fala que se pretende a troca encontra-se em mau

*estado de funcionamento devido ao desgaste natural (seis anos de uso) e está defasado em relação aos processadores atuais disponíveis no mercado, conforme relatório médico - Alegação de inexistência de cobertura contratual para fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico e por não constar no rol dos procedimentos obrigatórios da ANS - Recusa indevida - Abusiva cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de prótese quando esta é necessária ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde – **No caso, embora o pedido da autora não seja de colocação da prótese coclear, as operadoras de saúde estão obrigadas a cobrir a troca quando esta necessidade estiver relacionada ao não funcionamento adequado do aparelho, e quando devidamente atestada pelo médico assistente**, conforme consulta realizada no sítio eletrônico da ANVISA - Ademais, irrelevância de não constar do rol da ANS - Existência de expressa indicação médica - Rol que é meramente exemplificativo, não taxativo, servindo apenas como referência básica para operadoras de plano de saúde - Aplicação da Súmula 102 do TJ/SP - Pedido da ré para redução da verba honorária, com a aplicação do art. 85 , parágrafo 8º do CPC - Alegação de inexistência de proveito econômico por se tratar de obrigação de fazer - Justificativa de que a autora atribuiu à causa valor vultoso e de forma aleatória - Impugnação ao valor da causa que deveria ter sido arguida em preliminar de contestação (artigos 293 e 337 , III, CPC), e não somente nesta fase recursal - Incidência de preclusão - Manutenção da verba honorária fixada na r. sentença em 10% sobre o valor atualizado da causa - Sentença mantida na integralidade - Honorários recursais devidos - RECURSO DESPROVIDO.*

(TJSP; Apelação Cível 1003001-89.2016.8.26.0462; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Poá - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2018; Data de Registro: 07 /11 /2018)

Dessa forma, a cobertura do reparo do implante coclear do autor, conforme solicitado por seu médico, é devida, ficando a r. sentença mantida nesse ponto.

2 - DANOS MATERIAIS

Alega o autor que a negativa da ré na cobertura de reparos do seu implante é anterior ao dia 26/06/2017, uma vez que em meados dos anos de 2015 e 2016 já havia procurado a ré para tais fins, tendo, no entanto, seus pedidos negados. Diz que, diante da inércia da ré, não lhe restou alternativa senão buscar a ajuda de familiares para arcar com os custos dos reparos do referido implante, tendo em vista, ainda, que estava com sérias limitações em sua capacidade de comunicação.

Acesso ao Sumário

Defende que "*não pode ser responsabilizado por buscar por meios próprios a solução imediata de seu problema, que era, na verdade, por dever legal, de responsabilidade da Apelada, com a qual mantém um plano desde 2003.*" Sustenta que "*O documento que materializa a recusa, adveio de uma notificação formal criada pelo Apelante para que a recusa da Apelada, que até então era verbal, pudesse ser comprovada, mas o ilícito carecedor de reparação é a este documento anterior e portanto, não pode ser olvidado*."

Observa-se que a existência de negativa verbal em relação ao período anterior à 26/06/2017 não foi impugnada em contestação. Acerca dos danos materiais, a ré em contestação apenas reiterou a ausência de direito à cobertura, e não que não teria havido solicitação de cobertura anteriormente: "*DOS DANOS MATERIAIS - Nesta linha de raciocínio, Excelência, é certo que não há qualquer dever de reembolso ao Requerente, haja visto que as notas f iscais juntadas nos autos se referem à manutenção do seu aparelho coclear que, como se viu, tal obrigação jamais foi assumida pela Requerida, fosse legal ou contratualmente.*" (fl. 117)

Assim, a existência de negativa verbal em relação ao período anterior à 26/06/2017 é incontroversa (art. 341 do Código de Processo Civil).

Outrossim, é incorreta a r. sentença ao dizer que não poderia haver ressarcimento de danos materiais ocorridos antes da citação ("*Em relação aos danos materiais pleiteados, não pode a requerida suportar os encargos arcados pelo requerente, anteriores a recusa da Unimed Campinas datada de 26 de junho de 2017 (fls. 38 /40), nem tampouco com qualquer despesa experimentada pela parte autora antes de sua citação neste feito.*"), tendo em vista que o ato ilícito e o dano podem ser anteriores à citação. A citação é relevante apenas para a fluência dos juros de mora (art. 405 do Código Civil).

Pontua-se que é irrelevante que a negativa de cobertura seja meramente verbal.

A ré também não impugna especificamente os gastos que o autor alega ter tido em razão da negativa.

Desse modo, devido o ressarcimento dos gastos que o autor teve para a manutenção do aparelho (fls. 43/51), com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora a contar da citação.

3 - DANOS MORAIS

Alega o autor que a negativa da ré "*em custear o equipamento necessário à garantia da audição do Apelante trouxe severos e diversos danos a ele, tais como: 1. Danos físicos, porque a falta de estímulo permanente ocasiona um retrocesso na capacidade auditiva, pois o cérebro para de receber o estímulo sonoro necessário para tanto; 2. Danos Emocionais, pois sem o implante o Apelante permanece mergulhada na mais absoluta surdez.*"

Acesso ao Sumário

É evidente a importância da constante manutenção do implante coclear para a saúde do autor, sendo que o incorreto funcionamento do mesmo provoca dificuldades em seu dia-a-dia.

Apesar da liminar ter sido deferida no início da ação (26/02/2018 - fls. 94/95), observa-se que o autor já estava com problemas no aparelho pelo menos desde 31/01/2018 (fls. 35/37).

Além disso, para as manutenções anteriores, o autor, como é incontroverso, teve que se valer da ajuda de familiares, devido ao alto custo dos reparos, o que certamente provoca constrangimento, sem falar no maior tempo que o autor teve que conviver com o aparelho em mau funcionamento.

Desse modo, havendo atraso nos reparos em razão das negativas de cobertura e considerando que a questão atrapalha as mais básicas atividades do dia-a-dia do autor, verifica-se a existência de dano moral indenizável no caso.

Diante dos elementos pontuados, levando em conta também que o autor é beneficiário da gratuidade, a quantia de R$ 5.000, 00 se mostra adequada à compensação do dano.

A correção monetária se dará a partir do presente arbitramento. Os juros de mora correm a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

4 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se parcial provimento** para condenar a ré: i) ao ressarcimento dos gastos que o autor teve para a manutenção do aparelho (fls. 43/51), com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora a contar da citação; ii) ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$ 5.000,00, corrigida monetariamente a partir do presente arbitramento e com juros de mora desde a citação.

Diante da alteração promovida e considerando o disposto na Súmula nº 326 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, condena-se a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10 % do valor da condenação pecuniária (danos materiais e morais) somado ao equivalente monetário da obrigação de fazer (R$ 9.902,10 - orçamento de fls. 34/37).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040072-18.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado JOÃO CANDIDO PORTINARI, é apelado/apelante HOSPITAL E PRONTO SOCORRO PORTINARI LTDA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré, dando por prejudicado o do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.347)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO e SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Direito à personalidade. Ausência de autorização de uso do nome (patronímico) do pai do autor - falecido pintor famoso mundialmente (Portinari) - em nome empresarial de hospital. Discussão que não se submete à Lei de Direitos Autorais porque não houve utilização de seu nome ou obra com fins comerciais. Questão relativa a direito de personalidade. Violação, entretanto, não verificada, porque, além de não se vislumbrar intento comercial (art. 18, CC), não há prejuízos ao finado, mas simples homenagem. Nosocômio, ademais, situado em rua com o nome do pintor. Ação julgada improcedente. Recurso da ré provido, prejudicado o do autor.

VOTO

Relatando ser filho e único descendente do pintor Cândido Portinari, o autor ajuizou ação de obrigação de fazer contra a sociedade ré, pretendendo que retire de seu nome empresarial o patronímico de sua família, que, sustenta, só pode ser utilizado com autorização dos descendentes. Cumulativamente, pleiteou fosse indenizado por danos materiais e morais.

Citada, a acionada não ofereceu resposta.

A r. sentença de parcial procedência, decretou a obrigação de fazer e condenou a ré no pagamento de indenização por danos morais, arbitrados em R$ 10.000,00.

Inconformadas, apelam as partes.

O acionante insiste que os danos materiais decorrem do próprio uso indevido e são presumidos, devendo ser apurados em liquidação. Clama, ademais, pela elevação das verbas indenizatória e honorária.

De seu turno, a ré afirma que não utilizou da obra ou da imagem do pai

Acesso ao Sumário

do autor para fins comerciais, inexistindo dano capaz de ferir a privacidade, intimidade ou honra do artista. Informa que a alusão ao nome do finado deve-se ao fato do estabelecimento estar localizado à Av. Cândido Portinari. Por fim, reclama da desproporcionalidade do valor dos honorários de advogado arbitrados.

Há contrariedade às fls. 196/209 e os preparos foram recolhidos.

É o relatório, adotado o de fls. 125.

Embora o autor tenha-se valido, para formular seus pleitos, de artigos da Lei dos Direitos Autorais e, quando da análise perfunctória no Agravo de Instrumento n. 2977893-48.2014.8.26.0000, este Relator tenha vislumbrado que a discussão poderia envolver propriedade industrial, a causa de pedir está consubstanciada tão somente na utilização indevida do nome do famoso pintor falecido.

Em outras palavras, o que se está a discutir é a violação a direito de personalidade - sendo o nome um de seus atributos - e se essa utilização tem o condão de causar prejuízos ao falecido, aqui, legitimado por seu descendente, nos moldes do que permite o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

Diante da revelia, restou incontroversa a inexistência de autorização do patronímico do finado artista, mas, respeitado o convencimento da ilustre Juíza sentenciante, a improcedência era de rigor.

O artigo 18 do Código Civil dispõe que, ***sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial***.

Como se verá, todavia, o nome do finado e renomado pintor não está sendo explorado comercialmente pela ré.

Em primeiro lugar, a causa de pedir está consubstanciada apenas e tão somente na utilização do nome **Portinari**, não na reprodução de qualquer de suas valiosas obras.

Por outro lado, em consulta ao *site* da ré, na apresentação, encontra-se o seguinte texto:

> *Nasce em 18 de agosto de 1978, com a razão social de Mediclínica Anhanguera, prestigiando a população da região oeste de São Paulo. Com 30 anos de experiência, em um bairro carente de recursos, foi então inaugurada em 2008 uma nova sede com um novo nome: Hospital e Pronto Socorro Portinari.*
>
> *Contamos com infraestrutura moderna, equipamentos de última geração e profissionais altamente capacitados, oferecendo serviços que primam pela excelência, atendendo desde pequenos procedimentos até cirurgias de alta complexidade.*
>
> *Nós, do Hospital Portinari, acreditamos que o passado é o alicerce para o futuro. Exatamente por esta razão que faz parte do nosso cotidiano*

Acesso ao Sumário

a inovação, a dedicação e o respeito pelo ser humano[1].

Assim, verossímil a alegação de que a escolha baseou-se, em princípio, no fato de o estabelecimento estar sediado na Av. Cândido Portinari.

Por outro lado, não se vislumbra qual constrangimento ou dano que a utilização do nome pelo nosocômio poderia ensejar a reparação civil.

Ao contrário, a escolha demonstra uma homenagem e reconhecimento de seu legado, o que, todavia, não atrairá maior ou menor clientela.

Ora, trata-se de um hospital e não, por exemplo, de uma galeria ou escola de artes, cuja associação poderia trazer alguma dúvida ao público alvo e cuja associação com serviços mal prestados poderia macular a imagem do finado.

Aliás, em caso análogo, envolvendo o também renomado artista Alfredo Volpi, cujo nome foi utilizado para designar uma sala de convenções em empreendimento comercial, o Desembargador Percival Nogueira assinalou:

> *Mister se faz consignar que, consagrado pela obra artística, o nome do pintor conhecido nacional e internacionalmente passou a integrar a cultura brasileira, e será sempre lembrado, se não em salões de convenções, em escolas, informativos, artigos, e em diversos eventos.*
>
> *Não se vislumbra como uma lembrança, utilizada como uma homenagem não só ao pintor em referência, mas aos outros contemporâneos que igualmente teriam recebido idêntica consideração, poderia concorrer para o "desgaste" do nome do artista ou até mesmo a "perda de contrato", circunstâncias forçosas demais para enquadramento na hipótese de obtenção de proveito econômico. Impende observar que a mera utilização do nome não atrairá turistas ao espaço, como tentou fazer crer o autor*[2].

Em arremate, a situação não se refere à utilização do nome ou das obras do artista com objetivo de exploração lucrativa, quando, então, seria necessária autorização da família e licença de uso, mas de singela homenagem sem fins lucrativos.

Essas, em suma, as razões pelas quais dou provimento ao recurso da ré para julgar improcedente a ação, invertida a sucumbência, prejudicado o do autor.

É como voto.

Acesso ao Sumário

1 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original), acesso em 31/08/2017.

2 TJSP; Apelação 0343359-15.2009.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2013; Data de Registro: 02/11/2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1075045-57.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS S.A. e AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelada IVANILDE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33448)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde coletivo empresarial. Pleito de declaração de nulidade de cláusulas contratuais, com consecutivo afastamento de reajuste técnico por sinistralidade de 2016 a 2018 e aplicação exclusivamente do reajuste anual, de acordo com o reajuste-teto autorizado pela ANS aos planos individuais e familiares nos anos informados. Sentença de procedência parcial. Inconformismos das rés. Não provimento. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP).

1. Em planos de saúde coletivos, muito embora não haja, aprioristicamente, ilicitude na cláusula contratual que preveja reajuste anual das mensalidades dada a majoração da sinistralidade ou dos custos operacionais [reajuste técnico], não há prova suficiente que justifique os aumentos da mensalidade no montante aplicado, nem a participação efetiva da estipulante do plano de saúde, ou de seus beneficiários individuais, no cômputo de tais reajustamentos, o que os torna, em concreto, abusivos. Violação ao dever de transparência e informação plena e válida ao consumidor e ao disposto nos arts. 46 e 54, § 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Limitação da

Acesso ao Sumário

declaração de abusividade, e restituição da quantia paga a maior relacionada aos reajustes impugnados no intervalo discriminado pela petição inicial. Possibilidade de readequação da conduta das rés pró-futuro, consoante firmado na decisão que julgou embargos de declaração opostos contra a sentença.

2. Rejeitados pedidos subsidiários dos apelos. Aplicação de índice de reajuste substitutivo determinado pela sentença (índice-teto autorizado pela ANS para os planos individuais e familiares). Restituição do valor em excesso pago desde a data dos respectivos desembolsos em razão dos reajustes expurgados decorre do reconhecimento da abusividade dos reajustes anuais e por sinistralidade questionados na inicial.

3. Recursos de apelação das corrés Amil e da Qualicorp desprovidos.

VOTO

Ao relatório de fls. 310/311, acrescente-se que o E. Juiz de Direito Miguel Ferrari Júnior proferiu sentença em que julgou procedentes em parte os pedidos iniciais da ação movida por Ivanilde da Silva contra Amil Assistência Médica Internacional S/A e Qualicorp Administradora de Benefícios S/A, de acordo com o seguinte dispositivo: "*julgo procedente a demanda para limitar o reajuste da mensalidade do contrato firmado entre as partes ao percentual autorizado pela ANS para os planos individuais a partir do ano de 2016 e condenar as rés a restituir à autora os respectivos valores cobrados a maior, com correção monetária aplicada desde a data de cada desembolso, juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e mediante capitalização simples ou linear e observada a prescrição trienal.*" (fl. 321).

Em razão da sucumbência mínima da parte, custas e honorários pelas rés, fixada verba honorária de sucumbência em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, observados os parâmetros dos incisos I a IV do parágrafo 2º do artigo 85 do CPC/15.

Sentença prolatada em 25.10.2018 (fl. 321).

Em decisão de 22.11.2018, rejeitados os embargos de declaração da corré Amil, com observação de que "*é importante deixar claro que a limitação dos reajustes aos índices divulgados pela ANS aplica-se tão somente ao período debatido nesta demanda. Com relação aos reajustes futuros, caso haja irregularidades, o tema deverá ser novamente trazido à baila, em nova*

Acesso ao Sumário

demanda, porquanto nova será a causa de pedir. Isso porque, em tese, conforme exposto na sentença, os reajustes das mensalidades dos planos coletivos não estão limitados aos índices divulgados pela ANS para os planos individuais. No caso em tela, contudo, essa limitação foi imposta em razão da ausência de demonstração da efetiva sinistralidade verificada no período e no percentual apontado pela ré" (fl. 332/333).

Ambas as rés apelam.

Primeiro apela a ré Qualicorp (fls. 339/359). Defende que o contrato celebrado pelas partes tem a natureza de coletivo por adesão, firmado entre a corré-apelante Qualicorp, a outra corré Amil, destinado a membros vinculados ao SIMPI, de acordo com a Resolução Normativa 195/2009 da ANS. Assinala que esse contrato é regido pelas RN 195 e 196/2009 da ANS, e não pela Lei Federal 9.656/98, que é destinada, de modo geral, aos contratos individuais. Afirma que até o CNJ, ao editar o Enunciado 22 na I Jornada de Direito da Saúde, já teria firmado entendimento relativo à inaplicabilidade dos índices de reajuste-teto divulgados pela ANS aos contratos coletivos por adesão. Assinala que os reajustes anuais, aplicados nos meses de julho de 2016 a 2018, na proporção de 22,49%, 19,63% e 19,95% foram devidamente cientificados às partes envolvidas. Defende a legalidade do reajuste anual, à vista da sua previsão legal, contratual e a sua causa econômica, vista a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato coletivo e garantia da continuidade do atendimento do plano. Assinala que esse reajuste tem por finalidade a readequação dos valores mensais do plano frente ao aumento de custos verificado no período. Afirma que este reajuste está em conformidade com as regras contratuais dispostas no Manual do Beneficiário (cláusulas 12.1. e 12.2., cf. fl. 345). Cita o artigo 19 da RN 195/2009 da ANS como permissivo autorizador à inserção de reajuste anual em contratos coletivos, dispensada a sua vinculação aos critérios de reajuste dos planos individuais e fixada a possibilidade de atenção, na fixação do reajuste do plano coletivo, a parâmetros como variação de custos e sinistralidade. Sinaliza que os reajustes anual, por índice de sinistralidade e por mudança de faixa etária são diversos entre si. O reajuste anual se caracteriza por "*qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato*", consoante se prevê no artigo 19, caput e parágrafo 1º, da RN 195/2009 da ANS. Já o reajuste por sinistralidade é "*apurado levando-se em consideração a relação entre as despesas e as receitas do benefício. As despesas são apuradas através do cálculo da soma do valor pago pelo atendimento médico hospitalar, prestado aos beneficiários e coberto pela apólice coletiva, independentemente de ter sido realizado pela rede de prestadores referenciados ou, por prestadores não referenciados (livremente escolhidos pelo beneficiário, pagos através de reembolso). O índice de sinistralidade tem relação direta,*

Acesso ao Sumário

portanto, com a utilização do seguro- saúde" (fl. 346). Por fim, o reajuste por mudança de faixa etária pode ser aplicado quando houver a ocorrência da transição de bloco etário, com aplicação automática dos percentuais previamente comunicados ao beneficiário.

No ponto seguinte, argumenta que a ANS não tem competência para fixar o valor máximo de reajuste aos planos coletivos por adesão, apenas tem a competência de monitorar continuamente tais reajustes anuais que são fixados diretamente pelas operadoras e entidades de classe.

Defende a corré Qualicorp ter prestado estrita informação ao consumidor sobre o reajuste anual, expedido o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde - MPS, com detalhamento das regras da aplicação do reajuste. Reforça que o guia Prático, elaborado pela ANS, também traz informações sobre a aplicação de reajustes nas mensalidades de quem deseja contratar plano coletivo por adesão. Adverte que a data de aniversário do contrato não se confunde com a data da adesão, já que a data de aniversário de contrato é firmada entre a operadora de saúde e a entidade de classe estipulante. Afirma que todos os beneficiários vinculados à entidade e ao mesmo contrato sofrerão reajuste anual na mesma época, em observância à regra presente do artigo 20 da Resolução 195 da ANS.

No ponto seguinte, a Qualicorp alega que o reajuste é legítimo e adequado, não tendo qualquer ingerência no cálculo e apuração do reajuste, mas apenas de negociar e informar aos usuários os percentuais calculados. Afirma ser mera estipulante do contrato. Sinaliza ser a corré e operadora do plano, a Amil, quem arca com os custos do atendimento dos beneficiários do plano de saúde, sendo ela quem fixa o reajuste e cobra as mensalidades. Ressalta que não pode responder pelo aumento impugnado, já que sua função seria limitada à negociação dos índices e à informação aos beneficiários. Destaca que o reajuste é fundado em normas legais e contratuais e decorre da exaustiva negociação havida entre operadora do plano e administradora de benefícios. Afirma que, cumprindo a sua função de negociar os índices, não teria concordado com o índice apresentado pela outra corré Amil e, em defesa do consumidor, negociou com a operadora outro índice, inferior ao mínimo previsto no estudo atuarial que embasara a existência do reajuste. Sinaliza estar agindo de boa-fé na condução da negociação, seja pela proporcionalidade, seja pela necessidade e adequação do reajuste que fora ao final aplicado, de forma transparente, ao plano de saúde coletivo por adesão.

Acesso ao Sumário

Prossegue por defender a legalidade do reajuste por faixa etária. Afirma que em razão de aniversário do beneficiário dependente da parte apelada foi aplicado percentual de 25%, a partir de junho de 2018, porque ele aniversariou aos 19 anos. Afirma que esse reajuste foi fixado de modo claro e transparente, sendo que a apelada teve plena ciência, no ato da celebração e adesão do

contrato, sobre as cláusulas ali contidas, emitindo sua livre manifestação de vontade. Menciona que o artigo 3º da RN 63/2003 da ANS foi devidamente respeitado. Argumenta que a fixação de diferentes valores de mensalidade de planos e seguro saúde de acordo com a faixa etária não configura tratamento discriminatório a beneficiários da carteira, já que respeitado o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que, ao consagrar o princípio da igualdade, permite sejam tratados desigualmente os desiguais. Anota também que a apólice do plano/seguro saúde é registrada na ANS pela operadora de saúde, e somente depois do registro deste produto na agência a administradora de benefícios contrata o produto com a operadora de saúde. Menciona que quando o beneficiário altera de faixa etária a operadora do plano de saúde automaticamente aplica o percentual conforme disposto no contrato, passando a cobrar em fatura da administradora de benefícios este montante, que é repassado ao beneficiário, na forma do artigo 13 e 14 da RN 63/2003. Destaca que o reajuste aplicado por mudança de faixa etária está em conformidade com as estipulações contratuais.

No ponto seguinte, rejeita a pretensão de devolução simples dos valores supostamente pagos a maior. Caso mantida a condenação, requer seja acolhida a pretensão subsidiária deste recurso de que a devolução de mensalidades cobradas a maior ocorra em relação àquelas vencidas a partir da propositura da ação. Afirma que somente a partir deste momento, ajuizamento da ação, a autora-apelada revelou inconformismo com a cláusula contratual.

Requer, enfim, o provimento do apelo para que seja julgado improcedente o pedido inicial, ou, no mínimo, afastada a condenação da parte apelante de substituir os reajustes anuais estabelecidos contratualmente por aqueles autorizados pela ANS para os contratos individuais/familiares no mesmo período, bem como a restituir valores pagos a maior.

Na sequência, apela a outra corré Amil (fls. 365/382). Defende inicialmente que o contrato em questão é coletivo por adesão, sendo inviável a extensão de incidência de regras previstas exclusivamente para os planos individuais aos coletivos. Argumenta que a parte apelada aderiu ao contrato por livre e espontânea vontade, tendo ciência da previsão de reajustes anuais e sinistralidade, devendo respeitar as condições contidas no contrato em razão dessa sua anuência livre de vícios, sob pena de se violar a regra de preservação do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). Reforça que esse contrato coletivo se trata de uma estipulação em favor do terceiro, e o artigo 436 do CC/02 dispõe expressamente que o terceiro fica sujeito às condições e normas do contrato se a ele anuir. Afirma que a autora-apelada tenta induzir o juízo em erro ao alegar que os reajustes de seu plano devem respeitar os parâmetros impostos pela ANS. Ressalta que apenas nos contratos individuais os reajustes ocorrem anualmente de acordo com os tetos fixados pela ANS, além da mudança de faixa etária eventual. Nos planos coletivos empresariais e por adesão, como

Acesso ao Sumário

o da autora, os índices de reajuste baseiam- se na aferição de sinistralidade e também pela mudança de faixa etária, sendo que os reajustes são definidos de acordo com as condições contratuais pactuadas entre as partes, operadora de saúde, administradora de benefícios e entidade de classe. Suscita que o cálculo do reajuste é realizado com base na variação dos custos dos serviços médicos e hospitalares, frequência de utilização e despesas administrativas do período, de acordo com metodologia prevista no contrato avençado. Ressalta que o reajuste é aplicado de acordo com a sinistralidade apurada para cada contrato coletivo por adesão. Afirma que não há abusividade ou unilateralidade na fixação e aplicação dos reajustes, à vista da anuência prévia das partes envolvidas sobre esse tipo de reajustamento. Destaca que a operadora do plano de saúde se vale de cálculo atuarial para definir o valor da mensalidade a ser paga pelos beneficiários. Esse cálculo atuarial é um método matemático de análise de riscos assumidos, conceitos econômicos, financeiros e dados probabilísticos, com determinação do montante de recursos e contribuições necessários ao pagamento das despesas administrativas e atendimentos futuros. Afirma que é necessário que exista equilíbrio econômico- financeiro no contrato coletivo. Aponta que o STJ já tem entendimento firmado no sentido de ser, em favor das operadoras, permitida a revisão ou reajuste em contrato coletivo de plano de saúde em caso de aumento de sinistralidade que causa prejuízo estrutural ou onerosidade excessiva, nos termos dos artigos 478 e 479 do Código Civil de 2002. Argumenta que os reajustes são necessários para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Destaca também que nos contratos coletivos há direta interferência do grupo contratante ou da carteira, já que são eles que determinam a formação do preço a partir dos estudos atuariais de sinistralidade. Afirma que os valores de mensalidade recebidos devem ser suficientes para custear os gastos havidos por todos os integrantes da carteira, daí a se permitir adequação de valores na renovação anual do contrato. Menciona que prestadores de serviços de plano privado de assistência à saúde o fazem em caráter empresarial, no aspecto essencialmente econômico, e o controle do equilíbrio da relação contratual é preponderante, sob pena de não se ter viabilidade econômica do negócio e se suceder reiterados inadimplementos, desligamento de credenciados e, por fim, até a liquidação extrajudicial ou alienação da carteira de segurados para outra operadora. Afirma que o reajuste por sinistralidade decorre do desequilíbrio das condições previstas no contrato, em que a coluna dos débitos ou pagamentos ameaça ser maior do que a receita auferida, e poder tornar inviável a manutenção do plano. Assinala que a autora-apelada teve plena condição de examinar o contrato que foi firmado, não podendo, neste instante, requerer a alteração de suas cláusulas que foram amplamente negociadas pelas partes contratantes. Agrega que o reajuste anual e por sinistralidade tem por base o estudo atuarial, na forma do artigo 19, parágrafo 1º, da RN 195/2009. Ressalta que o plano

Acesso ao Sumário

coletivo não se submete aos reajustes-teto divulgados ela ANS. Destaca a seguir que cabe ao contratante do plano, órgão de classe, na defesa de interesses de seus filiados, realizar tratativas para evitar o reajuste ou obter desconto no percentual. A insurgência do beneficiário individual, mero aderente e terceiro, apenas gera estado mais vantajoso em relação aos demais contratantes individuais e implica em desequilíbrio contratual. Ressalta que o reajuste da mensalidade por conta de sinistralidade, por si só, não se reveste de ilicitude, tal qual já destacado de entendimento em enunciado editado pelo CNJ (Enunciado 22 da I Jornada de Saúde Suplementar). Defende que a aplicação do reajuste também decorre de sua obrigação legal, já que ela tem de destinar recursos financeiros para formação de Fundo Garantidor do Segmento de Saúde Suplementar (FGS), na forma do artigo 4º da RN 191/2009, sob pena de incidir em sanções previstas na RN 124/2006 da ANS.

Prosseguindo, argumenta que não há dever de repetição de indébito, ou de valores supostamente pagos a maior. Menciona que o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, para ser aplicado, exige o preenchimento de dois requisitos, cobrança indevida e necessária presença de má-fé em tal cobrança. Afirma que os reajustes foram aplicados de maneira legal, respeitado o contrato pactuado entre as partes. Aponta que não há qualquer má-fé, já que o plano contratado prevê expressamente a incidência dos reajustes impugnados.

Requer, enfim, o provimento do apelo para se julgar improcedentes os pedidos iniciais, "*para que se reconheça que os reajustes foram aplicados de acordo com a lei vigente e o contrato pactuado; (...) ante a inexistência de abusividade da cláusula contratual que detém os reajustes anuais e por sinistralidade; (...) para declarar indevido o ressarcimento dos valores de mensalidade supostamente pagos a maior; (...) para que seja afastada a multa ou que sua aplicação seja limitada, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade*" (fl. 381).

Processados os apelos, ofertadas contrarrazões (fls. 394/410).

Autos entrados no Tribunal em 13.02.2019, distribuídos para esta Relatoria em 18.02.2019, por prevenção em virtude do Agravo de Instrumento 2185430-64.2018.8.26.0000, e conclusão definitiva para julgamento na mesma data.

É o relatório.

Os recursos da rés Amil e Qualicorp não comportam provimento, devendo ser confirmada a sentença proferida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP).

De início, deve restar consignado que a avença celebrada está submetida aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Como lei especial, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável

Acesso ao Sumário

exatamente às relações jurídicas de consumo que se encontram sob o seu pálio, na qual se insere pacificamente o vínculo reticular entre a pessoa jurídica que contrata os serviços de assistência médica, o beneficiário individual que adere a esse plano e a operadora de plano de saúde que os fornece, estando a última rotulada sob a figura de fornecedora de serviço (artigo 3º, parágrafo segundo, CDC).

Aliás, súmula do STJ recentemente editada congrega o entendimento da aplicabilidade do CDC às operadoras de plano de saúde [**Súmula 608**: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*"]. No mesmo sentido, **Súmula 100** deste E. Tribunal ["*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais*"].

A pessoa jurídica na condição de estipulante (no caso o SIMPI) pode ser enquadrada na situação de consumidora, à vista do tipo da relação negocial firmada, em que as bases contratuais são estipuladas, com vantagem, pela operadora do plano de saúde, competindo à estipulante submeter-se às suas cláusulas, não só com poder de negociação limitado, a exemplo da definição do preço-base da mensalidade para cada beneficiário, mas também pela hipossuficiência técnica em relação a determinadas passagens do contrato.

Em outra premissa, como pacificamente aceito neste E. Tribunal, reproduzido em enunciado sumular, ressalta-se que "*[o] beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe*" [Súmula nº 101, TJ-SP].

Trata-se de aplicação da regra prevista no parágrafo único do artigo 436 do Código Civil de 2002, que versa a respeito da estipulação em favor de terceiro e fixa que "*ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438*".

Acesso ao Sumário

Desse modo, é admitida a impugnação feita pelo beneficiário individual, e eventuais dependentes, aos termos originários pactuados entre a estipulante e a operadora do plano de saúde, uma vez se inserir na condição de destinatário direto e imediato das prestações e contraprestações lá fixadas.

Avançando ao mérito da demanda, temos que o índice por sinistralidade se liga basicamente aos custos efetivos que a massa de usuários tenha submetido à operadora: são custos das despesas médico-hospitalares, serviços auxiliares de diagnóstico e despesas administrativas ligados à efetiva utilização do plano.

Este Desembargador tem seguido o entendimento de que não há, aprioristicamente, abusividade na cláusula contratual que preveja reajuste das

mensalidades dado o aumento da sinistralidade ou dos custos operacionais, no tocante a planos de saúde coletivos, empresariais ou por adesão.

Mas ressalto a necessidade concomitante de haver obrigatória demonstração de que os reajustamentos são realmente imperiosos para a manutenção do equilíbrio do plano de saúde, sob pena de se reconhecer a onerosidade excessiva e abusividade no reajuste aplicado.

A parte ré, integrada tanto pela administradora de benefícios, quanto a operadora do plano de saúde, é portadora do ônus da prova de demonstrar essa correlação dos custos com a cláusula contratual autorizadora dos reajustes, até em razão de possuir, em exclusividade, os documentos necessários a uma tal verificação.

Todavia, não houve, no presente caso, qualquer prova documental suficiente que ateste e justifique a majoração procedida pela parte ré e sua compatibilidade com o pactuado no contrato e nas normas regulatórias.

A liberdade contratual aludida por ambas as rés não está totalmente aberta a seu arbítrio, tendo, por sua vez, de respeitar os critérios que conduzem à exigência de previsibilidade e probidade na aplicação das cláusulas contratuais.

Ademais, a utilização excepcional ou anormal por um grupo de beneficiários tende a acarretar um aumento substancial do uso do plano, e, consequentemente, uma majoração do risco.

Essa operação, todavia, não pode gerar como resultado uma transferência automática e unilateral do incremento dos custos havidos em direção ao consumidor, sob pena de frustração ao objeto do contrato, que é a prestação dos serviços médico-hospitalares em preservação do equilíbrio da relação negocial originária. Não pode, portanto, causar uma distorção qualificada pela elevação desmesurada do preço da contraprestação e uma inviabilização do pagamento, em médio ou longo prazo, criando-se um fator de expulsão.

Ademais, nada nos autos indica que tenha a parte requerida agido com transparência ao informar à parte autora o reajuste que implementou.

Far-se-ia necessário comprovar previamente a correspondência atuarial entre o aumento das mensalidades e a intensificação da sinistralidade, notadamente em relação **comparativa** com os anos anteriores, bem como conceder oportunidade para discussões negociais a esse respeito.

A parte ré-apelante, tanto a Amil quanto a Qualicorp, não trouxe qualquer documento além do instrumento contratual em suas contestações que trouxesse analiticamente a composição dos custos, despesas e receitas auferidas ao longo do intervalo que teria justificado a imposição do reajuste por sinistralidade impugnado na petição inicial, não estando acompanhados das faturas técnicas relativas ao uso de cada um dos serviços, não se podendo aferir se, de fato, todos os serviços que teriam sido utilizados realmente o foram e tenham sido pagos,

Acesso ao Sumário

desembolsados e ativados em prol da beneficiária individual, vinculada à pessoa jurídica estipulante.

E principalmente, não há qualquer indicação de que esses números tenham sido entregues a conhecimento da parte maior interessada em sua análise, a autora.

Sequer houve explanação dos motivos que justificaram os percentuais de reajuste, ou como se aperfeiçoaram as dificultosas e complexas operações matemáticas previstas nas cláusulas contratuais, obscuras e imprecisas (cláusula 12, itens 12.1. e 12.2., fls. 146), de modo a se possibilitar ao beneficiário aderente um amplo conhecimento do conteúdo do contrato.

Como bem frisou o juízo sentenciante, *verbis*:

"*Trata-se de ação na qual a autora se insurge contra os reajustes anuais ocorridos na mensalidade do plano de saúde de 2016 a 2018, nos percentuais de 22,49%, 19,63% e 19,95%, respectivamente, sob a alegação de que estes são abusivos, tornando a obrigação excessivamente onerosa.*

No caso ora sob exame, estamos diante de um plano de saúde de caráter coletivo, a Amil 700 QP Nacional PJCA, como bem se depreende dos documentos de páginas 251/272.

Pela sistemática legal vigente, o aumento das mensalidades dos planos de saúde coletivos independe de autorização da ANS e não se submete aos percentuais por ela divulgados e autorizados.

O modelo contratual coletivo permite a diminuição do valor da mensalidade, ante a maior concentração do princípio da solidariedade que informa os contratos de seguro. É cediço que as mensalidades dos contratos coletivos empresariais são mais atraentes do que aquelas estipuladas para os planos individuais e familiares. A formação de um grupo permite que a operadora ofereça planos com preços mais acessíveis, ante os elementos fatoriais presentes na espécie.

Outro dado marcante aos planos coletivos é a sinistralidade. Este elemento é inerente aos contratos de seguro em geral e ganha relevo nos contrato de seguro saúde de natureza coletiva. As operadoras de planos de saúde coletivos podem promover o aumento das mensalidades conforme o aumento da sinistralidade verificado dentro do grupo segurado. É o que se depreende da cartilha de reajustes das mensalidades dos planos de saúde editada pela ANS. Segue o texto extraído do sítio oficial www.ans.gov.br: Os planos coletivos não precisam de autorização prévia da ANS para aplicação de reajuste, salvo no caso de autogestão não patrocinada, mantida exclusivamente por recursos de seus beneficiários. Os percentuais de reajuste aplicados aos planos

Acesso ao Sumário

coletivos, independentemente da data da celebração do contrato, devem ser comunicados à ANS até trinta dias após a sua cobrança. Assim, nos reajustes aplicados às mensalidades dos contratos coletivos, prevalecerá o disposto no contrato ou índice resultante de negociação entre as partes contratantes (operadora de plano de saúde e pessoa jurídica), ficando para a operadora apenas a obrigação de comunicar os reajustes à ANS. Embora não haja a necessidade de prévia autorização da ANS, esta faz um monitoramento dos reajustes aplicados nos contratos coletivos. No caso de contratos coletivos, a operadora pode aplicar mais de um aumento por ano de contratação. Muitas vezes a justificativa do reajuste em planos coletivos é o aumento da sinistralidade do plano. Esse termo reflete a ideia de uma reposição de custos diante da intensa utilização do plano pelo grupo de beneficiários.

Assim, o reajuste das mensalidades do contrato coletivo de saúde tem por escopo manter o seu equilíbrio econômico financeiro. E o reajuste é o resultado da conjugação do índice de sinistralidade com a variação dos custos médico hospitalares. Diversos fatores são levados em consideração para a apuração dos custos médicos e hospitalares, dentre eles novos procedimentos obrigatórios impostos pela ANS, elevação dos honorários médicos, aumento do número de internações, investimentos realizados em novas tecnologias, aumento do perfil etário da população etc.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve a oportunidade de enfrentar a questão, tendo assim decidido:

Contrato. Prestação de serviços. Plano de saúde coletivo. Cláusula. Ação declaratória de nulidade de cláusula julgada improcedente. Pretensão de reajuste das mensalidades com base no índice da inflação (9,84%) divulgado pela FIPE e previsto no pacto, ou naquele autorizado pela ANS (11,75%) para os contratos individuais. Improcedência. Reajustamento em 62,32% com base na soma do índice da inflação pactuado no contrato, mas percentual de déficit apresentado em planilha de custas, não contestada. Adoção de critério que não se afigura necessariamente cumulativo, face à incidência dos índices atual ordinário, admitido pela Lei n.º 9.069/95, aplicado conforme o IPC-Saúde FIPE, e o extraordinário, incidente a qualquer tempo, 'em função de reavaliação dos cálculos atuariais ou variação dos custos dos serviços.' Reconhecimento. Ausência de abusividade nas cláusulas de reajuste e, ainda, do necessário equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes contratantes. Sentença de procedência. Recurso provido. (2ª Câm. Direito Privado, AP. Cível n.º 427.387-4/3-00, rel. Desembargador José Roberto Bedran)

Declaratória Inexistência de débito e nulidade de título c.c. indenização por danos morais e materiais assistência médica hospitalar

Acesso ao Sumário

alegação de reajuste aplicado em desacordo com cláusula contratual inadmissibilidade. O reajuste encontra conforto da cláusula 16.2.1 do aditamento n.º 1, que autoriza à apelada, unilateralmente, a aplicação de reajuste técnico na hipótese de aumento da sinistralidade se a apelante entende que o percentual aplicado está em desacordo com a referida cláusula, incumbia a ela apontar especificamente quais seriam os equívocos praticados pela demandada, não podendo transferir essa incumbência para a prova pericial recurso improvido. (AP. Cível n.º 7.206.542-8, relator Desembargador Pedro Alexandrino Ablas) Plano de saúde. Ação de revisão de cláusulas contratuais que prevêem reajuste das mensalidades em desacordo com o índice legal divulgado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS. Improcedência. Conformação. Ausência de abusividade e de violação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Apelação provida. (AP. Cível n.º 413.127-4/0-00, Rel. Dês. José Roberto Bedran)

Vale ainda destacar trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Luiz Antonio de Godoy, por ocasião do julgamento do recurso de apelação n.º 440.349.4/6: De imediato, é de se observar que, como esclarecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em seu sítio na Internet, ela regula todos os planos (individuais e coletivos) contratados ou adaptados a partir de 1º de janeiro de 1999, ou seja, assinados após o início da vigência da Lei n.º 9.656/98, sendo que, segundo sua orientação, na elaboração dessa lei, o legislador entendeu que nos planos coletivos há maior poder de negociação junto às operadoras, o que, em tese, resultaria na obtenção de percentuais menores de reajuste. Assim é que o reajuste dos planos coletivos faz-se com base na livre negociação entre operadoras e os grupos contratantes (empresas, fundações, associações etc), cuidando-se de negociação entre representantes de duas pessoas jurídicas. A Agência Nacional de Saúde Suplementar limita-se a monitorar esses reajustes, mas não define um índice como teto, porque, repita-se, na elaboração da Lei n.º 9.656/98, o legislador entendeu que o poder de negociação ou barganha dos contratos coletivos tende a levar à obtenção de reajustes mais satisfatórios. Segundo esclarece, mantém, desde junho de 2000 um permanente monitoramento dos percentuais aplicados aos planos coletivos médico-hospitalares e odontológicos (novos e antigos), os quais devem ser comunicados em até trinta dias para reajuste de planos coletivos e nem estabelece um percentual máximo a ser aplicado. Os reajustes devem ser aplicados de acordo com as relações contratuais estabelecidas, após a devida negociação entre operadora e pessoa jurídica contratante, sem que seja necessário definir-se um teto. (...)

Por tudo isso, em tese, não há falar-se em abusividade no índice de

Acesso ao Sumário

reajuste proposto. O fato de a porcentagem ser alta não significa que seja abusiva.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello: O sistema de prestação de saúde suplementar, embora se fundamente no artigo 199 da Carta, está regulamentado na Lei nº 9.656/1998, de cunho federal, ainda em vigor. Segundo as regras previstas no marco legal do setor de saúde suplementar, a higidez financeira das operadoras de plano de saúde mostra-se fundamental. A razão é óbvia: como os contratos de seguro-saúde envolvem situações em que o indivíduo encontra-se fragilizado, porque convalescente, seria extremamente grave a impossibilidade de obter a cobertura médica previamente contratada por falta de recursos financeiros da operadora. Na vida cotidiana, normalmente, as pessoas contribuem por longos períodos até que façam uso do plano de saúde. Seria injusto que, após tal lapso, não pudessem gozar dos benefícios dessa modalidade de seguro. Com efeito, nos termos do artigo 8º, inciso VI, da Lei nº 9.656/1998, um dos requisitos para autorizar as operadoras a funcionar é a viabilidade econômico-finaceira dos respectivos planos de assistência à saúde. Sem isso, revela-se imprópria a citada autorização. A norma de ordem pública volta-se ao resguardo da coletividade, consoante assinalado anteriormente. Além disso, o § 4º do artigo 9º da lei autoriza o órgão regulador a Agência Nacional de Saúde Suplementar a promover a suspensão de planos ou produtos, caso se verifique o desequilíbrio econômico-financeiro. (...) A higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde. A noção de seguro um contrato aleatório pressupõe o justo equilíbrio entre o prêmio pago pelos beneficiários e a taxa de verificação de sinistros. É um cálculo de cunho atuarial que ajuda a evitar o distanciamento entre eles, sendo certo que o volume de recursos arrecadados deve ser superior aos custos decorrentes do pagamento de serviços médicos, sob pena de inviabilidade econômica da operadora e do respectivo plano. Para tanto, faz-se necessário, de um lado, que o prêmio pago pelos beneficiários seja suficiente ao funcionamento do sistema e, de outro, no caso das operadoras que exploram tal objeto de modo lucrativo, que proporcionem algum retorno na realização do empreendimento empresarial. (in Planos de Saúde, Aspectos Jurídicos e Econômicos, Organização e Coordenação de Luiz Augusto Ferreira Carneiro, Editora Forense, páginas 11/13 os grifos e destaques não constam dos originais).

A despeito disso tudo, diante dos princípios gerais de lealdade e informação que decorrem do postulado maior da boa-fé objetiva (CC, artigo 422), a seguradora tem o dever de demonstrar de forma precisa

Acesso ao Sumário

a real necessidade de readequação do valor da prestação mensal devida pelo segurado, bem como o montante necessário para fazer frente aos custos acumulados no período. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: Plano de saúde. Contrato coletivo empresarial. Reajustes não sujeitos aos índices de reajustes impostos pela ANS. Possibilidade em tese de pactuação da chamada cláusula de sinistralidade, destinada a reequilibrar os termos do contrato em caso de excessivo aumento dos custos, por decorrência da elevada utilização dos benefícios do plano. Necessidade de justificativa, entretanto, quanto a eventual aumento que se pretenda promover com base nessa perspectiva. Pretensão da ré, no caso, de reajuste das mensalidades em percentual da ordem de 42%. Desequilíbrio econômico-financeiro não convenientemente demonstrado pela operadora. Elevação descabida. Ausência de submissão ademais do reajuste extraordinário ao órgão governamental de controle, conforme previsto pelo contrato. Sentença que acolheu demanda consignatória com base no valor originário, promovida pela titular do plano, confirmada. Apelação da ré desprovida. (Apelação nº 0019441-12.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 30 de abril de 2013, Relator Fabio Tabosa)

A seguradora tem o dever de prestar contas aos contratantes de tudo aquilo que influenciar direta e indiretamente na precificação da mensalidade do contrato. Não basta à operadora enviar uma correspondência ao contratante para dizer-lhe que em razão do aumento dos custos médicos e da sinistralidade da carteira teve de promover o aumento da mensalidade em determinada porcentagem. Tal comunicação, por si só, não tem qualquer valia jurídica. Para cumprir a sua obrigação contratual de informação, a seguradora tem de abrir ao público as suas contas para possibilitar o seu exame e contraste. A simples divulgação do percentual de aumento aplicado em razão da sinistralidade no período sem qualquer demonstração clara e objetiva impõe ao contratante consumidor uma posição manifestamente desvantajosa no curso da execução do contrato, por lhe subtrair qualquer possibilidade de defesa e manifestação a respeito da correção dos cálculos apresentados pela operadora.

CLÁUDIA LIMA MARQUES obtempera que: O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do Nebenpflicht, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever

Acesso ao Sumário

essencial, dever básico (art. 6º, III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. A jurisprudência brasileira valorizou o dever de informar, sua origem na boa-fé e seus efeitos para determinar a prestação esperada: para além de constituir direito básico do consumidor, a correta prestação de informação revela-se, ainda, consectário da lealdade inerente à boa-fé objetiva e constitui ponto de partida a partir do qual é possível determinar a perfeita coincidência entre o serviço oferecido e o efetivamente prestado. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento do consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus pró-ativo atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor, superando a caveat emptor. Como vimos, informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar comum o que era sabido apenas por um. Informar é dar forma, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é comunico-are , é chegar ao outro, é aproximar-se. A informação é tema transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, os saberes, conhecimentos, imagens sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e acima de tudo informação é um direito. Nas relações entre leigos e experts, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos, as chances e tudo o mais que for essencial para exercitar o seu direito de escolha; ou não informar, não compartilhar a informação que detém. Daí ser o dever de informar dever oriundo da boa-fé altamente valorado na complexa sociedade de riscos e da informação contemporânea, uma maneira de o direito reequilibrar a relação de consumo. Em resumo, o que existe atualmente nos contratos complexos contemporâneos de consumo é uma necessidade de informação, cuja compensação é regulada em detalhes pelo CDC através da imposição de um dever de informar. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor O novo regime das relações contratuais 6ª edição, RT, páginas 800/801).

O Código de Defesa do Consumidor é de meridiana clareza ao estatuir que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de forma unilateral (CDC, artigo 51, inciso X).

Na espécie vertente, a impossibilidade de o contratante contrastar os cálculos apresentados pela operadora de plano de saúde traduz uma

Acesso ao Sumário

hipótese de alteração unilateral do preço da mensalidade.

Cabe destacar que a requerida juntou a variação de custos médico-hospitalares, frequência de utilização e despesas administrativas do período, com metodologia vaticinada no contrato firmado.

No entanto, não foi revelada através de cálculos atuariais a efetiva necessidade dos reajustes nos patamares realizados.

Além disso, no momento de especificar provas, a ré QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENFÍCIOS SA nada requereu.

CLÁUDIA LIMA MARQUES vaticina que: Como ensina a doutrina e a jurisprudência, o déficit informativo é uma característica das relações entre leigos e profissionais, daí o CDC, por exemplo, exigir que o fornecedor informe em detalhes o preço (art. 52) ou receba um orçamento (prévio) e especificado (art. 40). Em se tratando de relações intercomerciantes ou entre empresários, ambos são profissionais e intervêm os usos e costumes comerciais, daí ser o déficit informativo menor e abusividade destas práticas e cláusulas muito discutível, como bem identificou a jurisprudência. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor O novo regime das relações contratuais 6ª edição, RT, página 1133). Há que se considerar que na espécie vertente o vício não está propriamente na cláusula de reajuste. Não se trata de genuíno vício congênito, mas sim de eiva na execução da cláusula, na sua aplicação prática. O comportamento adotado pela ré durante a execução do sinalagma é que viola os preceitos acima ventilados. Seja como for, há inexorável violação ao preceito da boa-fé objetiva, assim entendida no caso concreto como dever de informação, explicitação, explanação e demonstração a respeito dos dados numéricos que compõem os cálculos de fixação do percentual de reajuste derivado da denominada sinistralidade. Diante da tecnicidade do tema, não basta à operadora apresentar gráficos e cálculos tendentes a demonstrar apenas formalmente o acerto do percentual de aumento. Há que colocar à disposição de todos os segurados os documentos comprobatórios do percentual fixado. Há, em suma, um dever geral de abrir as contas para consulta pública, nomeadamente para aqueles com os quais a operadora de plano de saúde mantém vínculo contratual.

Nessa quadra fático-jurídica, muito embora sejam diversos os regimes jurídicos dos contratos individuais e coletivos, ante a falta de demonstração cristalina a respeito da legitimidade do percentual apresentado pela ré, deve ser acolhido o pleito de limitação do aumento ao índice divulgado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para o período.. (...)." **(fl. 312/320)**.

Com efeito, vê-se claramente uma hipótese em que a fixação do reajuste

Acesso ao Sumário

por sinistralidade, na forma como pactuado e aplicado concretamente, estabelece uma prestação excessivamente onerosa à parte consumidora, além de permitir uma atuação unilateral da parte fornecedora na variação dos valores cobrados a título de mensalidade, pondo o consumidor em patente desvantagem, ambas as condutas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso V; artigo 51, incisos IV e X, CDC).

Na medida em que se procede ao aumento de forma impositiva e unilateral, sem espaço para a plenitude de comunicação ao consumidor, constata-se violação ao dever de informação e transparência (dispostos nos arts. 46 e 54, § 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor), norteado pela boa-fé objetiva, que deve pautar as relações entre consumidor e fornecedor.

Expurgados os reajustes anuais e fundados com sinistralidade aplicados pela operadora do plano de saúde e pela administradora de benefícios, conveniente conservar a orientação da sentença que, por medida de equidade, determina a aplicação, como fator substitutivo, exatamente aqueles reajustes que foram colocados como parâmetro de comparação para a aferição da abusividade, qual seja, aqueles índices-teto autorizados pela ANS para os planos individuais e familiares nos intervalos impugnados.

Quanto aos pleitos subsidiários apresentados por ambas as corrés, devem ser igualmente rejeitados.

Relativamente à questão da restituição dos valores indevidamente pagos em razão do reajuste expurgado, constitui decorrência do reconhecimento da nulidade da aplicação do reajuste, no tempo impugnado, a devolução do valor que tenha sido indevidamente pago, obedecida a regra da prescrição trienal (artigo 206, § 4º, inciso IV, CC/02), inexistente motivo para limitar a sua devolução apenas das prestações que se venceram a partir da data da distribuição da demanda.

E como decidido acertadamente pela sentença, correção monetária incidente desde a data do desembolso da quantia líquida (a data em que ocorreu a perda patrimonial da parte lesada, consoante art. 1º, parágrafo 1º, da Lei Federal 6.899/1981), além de juros de mora desde a citação (artigo 240, CPC/15 mais artigo 405, CC/02).

Por esses motivos, mesmo não sendo o caso de declaração de nulidade da cláusula que prevê o reajuste por sinistralidade (reconhecida pela sentença apenas ineficaz, e não impugnada em recurso, independente ou adesivo, de interesse da parte autora), confirma-se a sentença para julgar procedentes em parte os pedidos iniciais, com fundamento no artigo 487, I, CPC/15, para afastar a aplicação do reajuste anual e por sinistralidade exclusivamente pelo período especificamente impugnado na exordial (2016 a 2018), aplicando-se em lugar apenas o reajuste anual na proporção mensurada pela ANS para os

Acesso ao Sumário

contratos individuais e familiares, preservados outros reajustes fundados em outros motivos, ordenada a restituição dos valores pagos a maior em razão dos reajustes expurgados.

Como decidido nos embargos de declaração à sentença, a declaração de ineficácia da cláusula de reajuste anual e por sinistralidade não tem o condão de afetar reajustes futuros, visto que se abre a possibilidade de a ré adotar postura contratual leal com o consumidor, abrindo a seu conhecimento e esfera de controle as questões atinentes ao cômputo do reajuste anual financeiro e de sinistralidade vigente para os próximos anos.

Tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da parte autora, na condição de parte apelada, em decorrência da interposição do recurso de interesse da parte ré, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação, tudo com fundamento no artigo 85, parágrafo 11, do Novo Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, nega-se provimento aos recursos de apelação da Amil e da Qualicorp.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023657-60.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada R.S.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado/apelante N.L.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 da ré e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35799)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente), MOREIRA VIEGAS e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

JAMES SIANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. União estável desde 1999 com casamento de 11.01.2003 a 17.05.2006, ocasião em que autor ficou responsável pelo pagamento de alimentos à ré na proporção de 34% de sua aposentadoria. Alegação de melhora na condição financeira da ré e piora da situação econômica do autor. Sentença de parcial procedência, para reduzir os alimentos devidos à ré para 25% da aposentadoria do autor. Apela a ré, alegando que o valor fixado não atende suas necessidades; o autor não comprovou modificação de sua situação econômica; os alimentos representam o mínimo necessário à subsistência da ré; o réu ficou com a maior parte dos bens do casal, na separação, em troca da pensão. Apela o autor, aduzindo que o divórcio pôs fim aos deveres de assistência mútua; pagou alimentos à ré mais de sete anos; descabimento da manutenção da obrigação alimentar ad aeternum; necessidade ao menos da redução para 10% do valor do benefício.

RECURSO DA RÉ. Alimentos. Possibilidade de se pleitear alimentos do cônjuge, desde que comprovada a necessidade. Ausência de comprovação de incapacidade laborativa. Possibilidade do exercício de profissão que não tenha como fator limitador a idade e o tempo de ausência no mercado de trabalho, podendo ainda laborar na própria residência. Recurso improvido.

RECURSO DO AUTOR. Dificuldades devidamente comprovadas, fazendo jus o autor à exoneração integral dos alimentos. A ré recebeu o pensionamento por mais de dez anos e sua retirada súbita poderia representar prejuízo à sua subsistência. Pertinência da manutenção do pagamento do percentual de 25% da aposentadoria do autor até dezembro/2019, para que a ré possa se adequar à sua nova realidade, estando o autor exonerado do pagamento a partir de janeiro/2019.

Ônus sucumbenciais. Sucumbimento preponderante da ré, ensejando sua responsabilização exclusiva pelos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios de

Acesso ao Sumário

R$ 300,00.

Recurso da ré improvido. Recurso do autor parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelações (f. 325/334 e 340/351) interpostas contra a sentença de f. 309/311, que julgou parcialmente procedente a *ação de exoneração de alimentos* proposta por N.L.S. em face de R.S.S., para reduzir os alimentos devidos à ré para 25% da aposentadoria do autor.

As partes conviveram em união estável desde 1999 e contraíram casamento em 11.01.2003, sobrevindo a separação em 17.05.2006, ocasião em que ficou convencionado o pagamento de alimentos à ré, correspondentes a 34% do benefício da aposentadoria do autor. Autor e ré não tiveram filhos, porém a ré tem 4 filhos maiores de relacionamento anterior.

O autor propôs a demanda exoneratória alegando melhora na condição financeira da ré e piora da sua situação econômica.

Foi realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento (f. 238), com colheita de prova oral (f. 239/245), sobrevindo a sentença de parcial procedência.

Foram opostos embargos de declaração pelo autor (f. 317/318), acolhidos à f. 319 para sanar erro material.

Apela a ré, alegando: (i) o valor fixado não atende as necessidade da ré; (ii) o autor não comprovou modificação de sua situação econômica; (iii) a pensão foi objeto de acordo em ação de separação consensual; (iv) o autor possui rendimentos suficientes a manter os alimentos; (v) os alimentos representam o mínimo necessário à subsistência da ré; (vi) o réu ficou com a maior parte dos bens do casal, na separação, em troca da pensão.

Apela o autor, aduzindo: (i) o divórcio pôs fim aos deveres de assistência mútua; (ii) pagou alimentos à ré mais de sete anos; (iii) descabimento da manutenção da obrigação alimentar *ad aeternum*; (iv) a ré teve melhora na condição financeira e possui 4 filhos maiores; (v) os alimentos deveriam ter caráter excepcional, apenas em caso de incapacidade laborativa; (vi) enfrenta problemas de saúde; (vii) necessidade ao menos da redução para 10% do valor do benefício.

Recursos respondidos (f. 358/359 e 360/370).

É o relatório.

RECURSO DA RÉ.

Improcedem as razões recursais.

Em que pesem as ponderações da ré, sua pretensão não comporta guarida.

Acesso ao Sumário

Com efeito, existe a possibilidade de se pleitear alimentos ao ex-cônjuge, com base nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, e no art. 1.694[1] do Código Civil.

A obrigação alimentar, neste caso, está vinculada à efetiva necessidade daquele que pleiteia os alimentos, não podendo ser determinada com base em mera presunção de necessidade, devendo atender ao binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentando, que, não obstante declinado, deve ser também comprovado.

Contudo, a obrigação do ex-cônjuge prestar alimentos à sua ex-mulher deve ser analisada à luz do art. 5º, I, da Constituição Federal, segundo o qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Corroborando o conteúdo do mencionado dispositivo, o art. 226, § 5º, da CF, ao tratar especificamente sobre a unidade conjugal, estabelece que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

A igualdade entre homens e mulheres trouxe equilíbrio às relações conjugais, acarretando a inadmissibilidade de se exigir do ex-cônjuge o pagamento de pensão alimentar, **salvo em hipóteses especialíssimas** em que aquele que pede alimentos **não possua condições nem meios para prover a própria subsistência**. Tal entendimento se reflete no posicionamento mais recente do STJ sobre o tema:

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. EX-CÔNJUGES. EXCEPCIONALIDADE. OBRIGAÇÃO COM TERMO CERTO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ALIMENTANDA QUE TRABALHA EM EMPRESA FAMILIAR E AUFERE RENDA DOS BENS PARTILHADOS QUANDO DA SEPARAÇÃO. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE CONTIDO NA SÚMULA N° 7/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO.
>
> 1 - Nos termos da jurisprudência atualmente consolidada no STJ, os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados, como regra, com termo certo, somente se justificando a manutenção por prazo indeterminado do pensionamento em face de situação excepcional, como a incapacidade permanente para o trabalho ou a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho.
>
> 2 - Hipótese em que Tribunal de origem, soberano na análise da prova, concluiu pela procedência do pedido de exoneração, em face das possibilidades financeiras da alimentanda, bem como em razão da não comprovação da incapacidade de prover o próprio sustento, de forma

Acesso ao Sumário

1 **Art. 1.694**. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

> que a tese defendida no recurso especial demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula nº 7/STJ.
>
> 3 - Agravo interno a que se dá provimento para negar provimento ao agravo em recurso especial. (STJ - Quarta Turma - AgInt nos EDcl no AREsp 679175/SP - rel. designado Min. MARIA ISABEL GALLOTTI - j. 07.03.2017 - DJe 18.04.2017).

Quanto às condições da ré, algumas considerações se fazem necessárias.

Inicialmente, não houve demonstração do enfrentamento de doença grave (f. 164/166, 169/171, 187/188 e 291/296), mas sim de doenças que acometem grande parte da população, entretanto não inviabilizam o exercício de atividade laborativa.

Ademais, muito embora alegue impossibilidade de ingresso no mercado de trabalho, a ré, atualmente com 54 anos (f. 155), não demonstrou qualquer incapacidade laborativa, que a impedisse de exercer alguma profissão que não tivesse como fator de limitação a idade e o tempo de ausência do mercado de trabalho, existindo, ainda, a possibilidade de exercer atividade laborativa sem nem mesmo se deslocar de sua residência.

Quanto ao autor, houve demonstração de gasto considerável em relação à saúde (f. 262), não se podendo desconsiderar que conta atualmente com 69 anos de idade (f. 15) e na terceira idade geralmente os gastos com a saúde se elevam.

Em suma, ambas as partes possuem problemas de saúde, o autor é idoso e pensionou a ré por mais de dez anos, tempo considerado mais do que suficiente para que a ré se preocupasse com sua subsistência, independentemente dos alimentos recebidos, até porque o autor não vai viver eternamente.

Aliás, impende ressaltar que, nos termos do art. 1.694[2], CC, a obrigação de o autor prover alimentos à ré equivaleria à dos filhos desta.

A questão dos ônus sucumbenciais será tratada após a apreciação do recurso do autor.

RECURSO DO AUTOR.

O recurso comporta parcial provimento.

De fato, as dificuldades atravessadas pelo autor restaram devidamente demonstradas nos autos, fazendo ele jus à exoneração integral dos alimentos.

Entretanto, não se pode desconsiderar que a ré recebeu o pensionamento por mais de dez anos, de modo que a retirada súbita do valor integral pode representar prejuízo à sua subsistência.

Aliás, os alimentos devidos ao ex-cônjuge têm sido admitidos por tempo determinado, somente a fim de permitir a recolocação no mercado de trabalho.

Acesso ao Sumário

2 **Art. 1.694**. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Neste sentido o entendimento da Corte Superior:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PROLONGADA. OCIOSIDADE. POSSIBILIDADE. PARENTESCO. SOLIDARIEDADE. ARTIGOS 1.694 E 1.695 DO CÓDIGO CIVIL. NOVO PEDIDO.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a fixação indefinida de alimentos a ex-cônjuge, que, à época da decretação dos alimentos, possuía condições para sua inserção no mercado de trabalho.
>
> 2. O fim do casamento deve estimular a independência de vidas e não o ócio, pois não constitui garantia material perpétua.
>
> 3. O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges é regra excepcional que desafia interpretação restritiva, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, tais como a impossibilidade do beneficiário em laborar ou eventual acometimento de doença invalidante.
>
> 4. A obrigação que perdura por quase duas décadas retrata tempo suficiente e razoável para que a alimentanda possa se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge.
>
> 5. No caso dos autos, não restou demonstrada a plena incapacidade da recorrida para trabalhar, impondo-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que há inúmeras atividades laborais compatíveis com a situação de saúde explicitada em atestados médicos, que não impedem todo e qualquer labor.
>
> 6. O ordenamento pátrio prevê o dever de solidariedade alimentar decorrente do parentesco (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil), remanescendo à alimentanda a possibilidade de formular novo pedido de alimentos direcionado a seus familiares se de fato ficar demonstrado não possuir condições de prover, parcial ou totalmente, a própria subsistência.
>
> 7. Recurso especial provido. (STJ - Terceira Turma - REsp 1608413/MG - rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - j. 02.05.2017 - Dje 05.05.2017).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.
>
> 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante.
>
> 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo

Acesso ao Sumário

em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão e recebeu pensão alimentícia por um ano e seis meses, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro da ex-cônjuge. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - Terceira Turma - REsp 1531920/DF - rel. Min. NANCY ANDRIGHI - j. 04.04.2017 - Dje 11.04.2017).

A ré já teve retirado quase 10% dos alimentos desde a prolação da sentença (janeiro/19 - f. 311), se mostrando pertinente a manutenção do percentual remanescente até o mês de dezembro/2019, momento em que o autor estará exonerado integralmente do pagamento, a partir de janeiro/2020.

Desta forma, a ré terá mais um tempo para de adequar a sua nova realidade.

Por fim, considerando o sucumbimento preponderante da ré, de rigor sua responsabilização exclusiva pelos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios de R$ 300,00, como estabelecido na sentença (f. 311).

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso da ré** e **dá- se parcial provimento ao recurso do autor**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010014-90.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante J.F.B. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada M.N.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 23428)**

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

São Paulo, 15 de maio de 2019.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Investigação de paternidade e alimentos. Sentença de parcial procedência. Fixação do encargo alimentar em 30% (trinta por cento) sobre rendimentos líquidos ou 50%

sobre salário mínimo. Irresignação do genitor.

PROVA DA PATERNIDADE. Prova técnica (DNA), apontando vínculo biológico entre os envolvidos. Paternidade reconhecida.

ALIMENTOS. Aplicação do artigo 1566 do Código Civil e artigo 229 da Constituição Federal. Obrigação dos pais solidaria em relação ao sustento dos filhos. Necessidades presumidas em razão da tenra idade da menor. Possibilidades do genitor evidenciadas. Movimentação bancária incompatível com alegação de impossibilidade financeira em prover alimentos. Dever de pensionamento, sob pena de paternidade irresponsável, sem possibilidade de minoração do encargo, sob pena de aviltamento do encargo. Condições pessoais do alimentante foram devidamente sopesadas para correta fixação dos alimentos. Sentença que bem analisou os fatos, sem possibilidade de alteração do percentual fixado.

TERMO INICIAL. Alimentos fixados retroagem à data da citação. Aplicação da regra do art. 13, § 2º da Lei nº 5.478/68.

BASE DE CÁLCULO. Fixação pormenorizada. Exclusão da incidência sobre adicionais e gratificação. Neste tópico, a sentença é reformada. Parte do recurso não conhecida, ante a reiteração de pedido para exclusão de consectários já excluídos na origem (FGTS e verbas rescisórias).

RESULTADO. Recurso parcialmente provido, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de investigação de paternidade e alimentos iniciada como alimentos gravídicos. A pretensão inicial foi julgada parcialmente procedente para reconhecer paternidade do réu em relação à menor e para condenar o genitor ao pagamento de alimentos, no importe de 30% sobre rendimentos líquidos [incluídas todas as verbas, exceto FGTS e rescisórias] ou 50% sobre salário mínimo, para o caso de desemprego ou trabalho autônomo, desde a citação, além de condenação em custas e verba honorária fixada em 10% sobre valor da

causa.

O genitor apela. Alega impossibilidade financeira em prover o encargo alimentar, vez que autônomo, paga aluguel, possui outro filho e parcos rendimentos, roga pela minoração e divisão dos custos com a genitora. Por fim, pede exclusão da base de cálculo alimentos dos respectivos consectários: "*horas extras, FGTS e respectiva multa, 1/3 sobre as férias, os adicionais de qualquer natureza, os prêmios e gratificações, a PLR, o imposto de Renda, as contribuições sindicais*". Para hipótese de desemprego, visa redução dos alimentos de 50% (cinquenta por cento) para 20% (vinte por cento) sobre salário mínimo.

O recurso foi devidamente processado, com apresentação de contrarrazões (fls. 171/177) e parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento ao apelo (fls. 189/192).

É o relatório do essencial.

BREVE RELATO

Inicialmente, a presente ação foi iniciada como alimentos gravídicos, convertida em investigação de paternidade e alimentos.

Narra a inicial que a genitora iniciou relacionamento amoroso com o réu, sobrevindo gravidez, confirmada paternidade biológica. Porém, sem auxílio e sem possibilidades financeiras para acompanhamento da maternidade, pugna pela contribuição paterna, vez que sua remuneração, como auxiliar de enfermagem, é insuficiente para atuais necessidades, inclusive porque contribui sustento de filha de primeiras núpcias.

Sobre o réu, diz que o mesmo possui dever paterno e condição financeira em suportar o encargo alimentar sem prejuízo de subsistência próprio ou de familiares, porque trabalha em empresa própria, J.F.B.M.B. Assim, interpôs a apresente ação visando fixação dos alimentos em favor da filha no valor de R$700,00.

Por sua vez, o D. Juiz de Primeiro Grau entendeu pela procedência dos pedidos vestibulares e aditivos para reconhecer a paternidade do réu em relação à autora, além de fixar verba alimentar em 30% (trinta por cento) sobre rendimentos líquidos sobre todas as verbas, exceto FGTS e rescisória ou 50% sobre salário mínimo. Irresignação do genitor.

PROVA PATERNIDADE

No caso, não houve impugnação à conclusão da perícia judicial. Nela, foi apresentada o seguinte desfecho:

> "*A paternidade de J.F.B. em relação M.N.P., filha de D.N.P., não pode ser excluída pelo sistema de Polimorfismo de DNA em todos os locos analisados, com uma probabilidade de paternidade de 99, 999999999%.*"

Acesso ao Sumário

Feitas essas ponderações, passa-se à análise do mérito recursal, interposto exclusivamente em relação ao percentual dos alimentos e base de cálculo.

ALIMENTOS

Cuida-se de pretensão relativa a alimentos naturais, destinados a alimentação, medicamentos, vestuário, habitação, tratamento de saúde, dentre outras despesas que são presumidas para o desenvolvimento da recém nascida com dignidade, nos limites do "*necessarium vitae*".

A obrigação alimentar do pai em relação a filha menor decorre de lei. As despesas com os filhos devem ser suportadas pelos pais, em conjunto. É uma obrigação solidária.

O artigo 1566, do Código Civil de 2002, dispõe que:

"*São deveres de ambos os cônjuges:*

IV - Sustento, guarda e educação dos filhos."

Artigo 226, da Constituição Federal:

"*§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*"

Artigo 229, da Constituição Federal:

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

Portanto, inexiste dúvida acerca da obrigação materna a auxiliar no sustento de filha recém nascida, sendo descabida eventual discussão paterna acerca de questões pessoais da genitora da infante (impugnação de gastos no importe de R$700,00). Este e outros argumentos foram sopesados, devendo aqui, tão somente, assegurar à criança pensionamento adequado.

Para a fixação do montante devido a título de pensão alimentícia é necessário observar as necessidades da alimentanda e as possibilidades da alimentante, nos expressos termos do artigo 1694 § 1º, do Código Civil de 2002.

Na lição de Caio Mário:

"***Necessidade**. São devidos alimentos quando o parente que os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo trabalho, à própria mantença. Não importa a causa da incapacidade, seja ela devida à menoridade, ao fortuito, ao desperdício, aos maus negócios, à prodigalidade. (...)*

***Possibilidade**. Os alimentos devem ser prestados por aquele que os forneça sem desfalque do necessário ao próprio sustento. O alimentante os prestará sem desfalque do necessário ao próprio sustento. Não encontra amparo legal que a prestação de alimentos vá reduzi-lo a condições precárias, ou lhe imponha sacrifício de sua própria subsistência, quando aquele que se porá em risco de sacrificá-la se vier a dá-los. Se*

o alimentante não os puder fornecer na razão de seu próprio sustento, prestá-los-á dentro daqueles limites, cumprindo ao alimentado reclamar de outro parente a complementação.

***Proporcionalidade**. Os alimentos hão de ter, na devida conta, as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado. Vale dizer: serão fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não tem cabida exigi-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a prestá-los com sacrifício próprio ou da sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores (§ do art. 1.964)*".

(*in* Instituições de Direito Civil, VI e V, Direito de Família - Ed. Forense, p. 497/499).

In casu, as necessidades da menor são presumidas vez que recém nascida. De outro lado, a infante deve ser socorrida também pela genitora, até porque esta possui total de vencimentos de R$2.182,77 como auxiliar de enfermagem (fl. 22), e reúne condições para contribuição de sustento conjunto.

Em relação às possibilidades do alimentante, apesar de alegar não ter condições de arcar com o valor do encargo alimentar (*porque reside em uma casa de 2 cômodos, paga aluguel residencial e comercial, pensiona outro filho, sendo autônomo - vendedor de galão de água*) fato é que comprovou movimentação bancária incompatível com a alegada hipossuficiência financeira.

Também não vinga alegação de despesas de consumo à redução do encargo alimentar vez que comuns a todas as pessoas e não afasta a obrigação de colaborar com o sustento da filha. No tocante ao pagamento de alimentos à outro filho, verifica-se que este alcançou maioridade civil (fl. 45), presumindo-se que apto prover o próprio sustento, sem prova de auxílio paterno no seu sustento.

E, por fim, a pensão alimentícia não pode ser fixada em valor irrisório ou aviltante, sendo que o percentual arbitrado obedece aos requisitos legais, questão igualmente ponderada em parecer D. Procurador Geral de Justiça, confira-se: "*O quantum alimentar estabelecido pelo juízo a quo não se afigura excessivo e está de acordo com o critério adotado pelas cortes superiores.*"

Finalmente, no que diz respeito ao termo inicial da incidência dos alimentos, aplica-se a regra do artigo 13, § 2º da Lei nº 5.478/68 que dispõe: "*em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação*".

In casu, a melhor solução, realmente é a manutenção da r. sentença, vez que as provas dos autos permitem concluir que o genitor, aufere renda suficiente a suportar o encargo alimentar fixado em 30% (trinta por cento) sobre rendimentos líquidos, para o caso de emprego formal ou 50% (cinquenta por cento) sobre salário mínimo, para o caso de trabalho autônomo ou desemprego,

Acesso ao Sumário

sem que com isso o genitor sofra prejuízos em sua manutenção, atendendo aos tradicionais parâmetros legais de necessidade-possibilidade.

Estabilizado o percentual alimentar, passa-se à análise da base de cálculo dos alimentos.

BASE DE CÁLCULO. ALIMENTOS

Observe-se que a r. sentença de fls. 140/142 fixou base de cálculo incidente sobre todas as verbas, exceto FGTS e rescisórias. Por sua vez, o réu apresenta discordância sobre os seguintes consectários: "*horas extras, FGTS e respectiva multa, 1/3 sobre as férias, os adicionais de qualquer natureza, os prêmios e gratificações, a PLR, imposto de Renda, contribuições sindicais*".

HORAS EXTRAS

Acerca da incidência dos alimentos sobre hora extra, este relator reviu posicionamento anteriormente adotado, curvando-se ao entendimento dominante do STJ e precedentes da Corte Paulista, passando a entender que referida verba integra a base de cálculo da pensão alimentícia, dada sua natureza remuneratória.

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.098.585-SP, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, já proclamou: "*O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória* ***e integra a base de cálculo*** *para incidência dos alimentos fixados em percentual sobre rendimentos líquidos do devedor*".

Na esteira do decidido, transcreve-se entendimento da 9ª Câmara de Direito Privado, pelo voto da lavra do Desembargador Galdino Toledo Júnior, confira-se:

> "*ALIMENTOS. Pleito formulado em prol das duas filhas menores. Fixação do encargo em 30% dos rendimentos líquidos ou 40% do salário mínimo nacional, quando ausente vínculo empregatício. Apelo que visa à exclusão da incidência da obrigação sobre as* ***horas extras, 13º salário e 1/3 constitucional de férias. Impossibilidade.*** *As primeiras integram os rendimentos do genitor de forma habitual e permanente e as duas últimas são verbas de natureza remuneratória. Recurso desprovido*." (TJSP - Apelação nº 0004838-41.2010.8.26.0032, Relator: Galdino Toledo Júnior - Registro: 2011.0000245438 - Voto nº 7.579 - julgamento 25.11.2011).

Assim, os valores recebidos à título de hora extra, integra rendimento, passando a fazer parte da base de cálculo da pensão alimentícia.

FGTS E VERBA RESCISÓRIA

Ante o teor da r. sentença, referidos consectários foram excluídos da base

de cálculo da verba alimentar, razão pela qual, neste ponto, o recurso não é conhecido.

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS

Acontece que o C. Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento, em recurso repetitivo, de que o adicional de férias (ou terço constitucional) integra a base de cálculo da pensão alimentícia.

Aplica-se ao caso o teor do julgado efetuado sob o regime dos recursos repetitivos, conforme REsp n. 1.106.654/RJ (rel. Min. Paulo Furtado, 2ª Seção, j. 25/11/2009:

> "DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. **TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS**. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO SOB A TÉCNICA DO ART. 543-C DO CPC.
>
> 1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.
>
> 2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ - Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.
>
> 3. Recurso especial provido".

A propósito:

> "Os alimentos são calculados sobre o total dos rendimentos do alimentante, excluídos apenas os descontos obrigatórios impostos por lei (previdência social e imposto de renda). Assim, incidem sobre horas extras, gratificação natalina (13º salário), adicional de férias, adicional noturno, adicional por conta de feriados trabalhados, PIS/PASEP, conversão de férias em pecúnia e indenizações trabalhistas que digam com diferenças salariais. Isso em razão de tais gratificações integrarem, para todos os efeitos, o conceito de remuneração (Manual de Direito das Famílias, 2005, Revista dos Tribunais, páginas 476/477)."

Assim, o adicional (ou terço constitucional) das férias por se trata de verba remuneratória habitual e permanente, deve, pois, fazer parte integrante da base de cálculo do pensionamento.

ADICIONAIS

Tal verba possui caráter aleatório, estando vinculadas a situações especiais ou excepcionais, prestigiam o trabalho do empregado além da jornada comum. Por isso também não incorporam efetivamente o patrimônio funcional do alimentante, razão pela qual, neste ponto, a r. sentença de fls. 140/142 merece reforma para sua exclusão da base de cálculo.

PRÊMIOS

As verbas de natureza salarial integram a base de cálculo da pensão

Acesso ao Sumário

alimentícia, assim consideradas aquelas previstas nos artigos 457 e 458, CLT e em contratos e convenções de acordos coletivos ou individuais.

> *Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.*
>
> *§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.*
>
> *Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por fôrça do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.*

Assim, os valores recebidos a título de prêmio, integra remuneração, devendo integrar a base de cálculo da pensão alimentícia.

BÔNUS/BONIFICAÇÃO/GRATIFICAÇÃO

Inicialmente, importa anotar que, de forma geral, *bônus/bonificação/gratificação* nada mais é do que pagamento feito por liberalidade do empregador, como meio de reconhecer os serviços prestados pelo empregado ou, ainda, como recompensá-lo pelo tempo de serviço prestado à empresa onde trabalha.

Somente se constituem em verbas de natureza salarial aquelas consideradas aquelas previstas nos artigos 457 e 458, CLT e em contratos e convenções de acordos coletivos ou individuais.

> *Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.*
>
> *§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.*
>
> *Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.*

Assim sendo, as verbas consistentes em *bônus/bonificações* e *gratificações* possuem caráter aleatório, estando vinculadas a situações especiais ou excepcionais, prestigiam o trabalho do empregado além da jornada comum. Por isso não incorporam efetivamente o patrimônio funcional do alimentante, razão pela qual, neste ponto, a r. sentença de fls. 140/142 merece reforma para sua exclusão da base de cálculo.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR)

Sobre a matéria, dispõe o artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros

Acesso ao Sumário

> que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XI participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

A princípio, entendia-se que a participação dos lucros e resultados da empresa dependia da ocorrência de lucro da empregadora. Assim, por se tratar de verba incerta, eventual e de natureza exclusivamente indenizatória, sobre ela não incidiriam os alimentos.

Entretanto, esta relatoria reviu posicionamento, curvando-se ao entendimento do STJ e precedente da Corte Paulistana, passando a entender que referida verba integra a base de cálculo da pensão alimentícia. Há perfeita caracterização de proventos ordinários, em razão do trabalho exercido pelo empregado.

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.332.808-SC, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, já proclamou: "*Desde que não haja disposição transacional ou judicial em sentido contrário, as parcelas percebidas a título de participação nos lucros e resultados integram a base de cálculo da pensão alimentícia quando esta é fixada em percentual sobre os rendimentos*".

Na esteira do decidido, transcreve-se entendimento da 5ª Câmara de Direito Privado, pelo voto da lavra do Desembargador James Siano, confira-se:

> "*AGRAVO REGIMENTAL. Insurgência contra decisão monocrática que deu parcial provimento ao agravo de instrumento. Descabimento. A incidência dos alimentos deve ocorrer sobre todas as verbas habituais recebidas pelo agravante, incidindo também sobre 13º salário, férias, horas extras, férias convertidas em pecúnia, comissões e abonos e PLR, em razão de tais gratificações integrarem, para todos os efeitos, o conceito de remuneração. O FGTS e as verbas rescisórias têm natureza exclusivamente indenizatória, não comportando a incidência de alimentos. Agravo regimental improvido.*
>
> (TJSP - Agravo Regimental nº 2117329-43.2016.8.26.0000/50000, Relator: James Siano - Registro: 2016.0000627261 Voto nº 25449 - julgamento em 30.08.2016).

Assim, os valores recebidos à título de participação nos lucros configuram rendimento, devendo integrar a base de cálculo da pensão alimentícia.

IR e CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

No caso, tendo em vista o resultado da r. sentença, com determinação de alimentos *sobre rendimentos líquidos*, sua consequência lógica é exclusão de descontos obrigatórios, consistentes estes em Imposto de Renda retido na fonte e contribuição previdenciária. Igual analogia, serve para contribuição sindical, enquanto esta for exigida, ante o teor da recente reforma trabalhista, razão pela

Acesso ao Sumário

qual, neste ponto o recurso não será conhecido.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

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

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso no réu, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002552-92.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes MARCO ANTONIO DE CASTRO e CLAUDIA ANDREA DE ALMEIDA CASTRO, são apelados VANESSA AFFONSO e ALEXANDRE APARECIDO CORREA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24302)**

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

São Paulo, 20 de maio de 2019.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Apelação - Compra e venda - Presença de vícios aparentes e ocultos - Vendedora que possui a responsabilidade de reparar apenas os vícios aparentes a que se comprometeu, pois é razoável admitir que os compradores aquiesceram com os demais - Confissão dos danos estruturais (trincas nas paredes) pelo construtor do imóvel - Responsabilidade solidária da

Acesso ao Sumário

vendedora com o construtor com relação aos vícios ocultos - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação indenizatória.

Alegam os apelantes: a) os réus devem ser condenados de forma solidária; b) a solidariedade de ambos decorre do contrato havido entre eles; c) a ré estava ciente dos problemas apresentados no imóvel, mas não buscou nenhum ajuste nesse sentido; d) todos os vícios reclamados devem ser reparados; e) o réu, engenheiro responsável pela obra, se disponibilizou a proceder aos reparos no imóvel; f) não houve mau uso do bem; g) as obras realizadas pelos réus não foram suficientes para sanar todos os vícios; e h) a ré arrolou como testemunha pessoa de seu círculo de amizade, e por isso deve incorrer na multa por litigância de má-fé.

2. Os autores pretendem a condenação da ré (vendedora do bem) por ter descumprido a obrigação assumida de consertar os inúmeros vícios aparentes do imóvel. Buscam ainda a responsabilização do réu (engenheiro responsável pela obra) em face da solidez do bem.

O dispositivo da sentença recorrida:

"À vista do exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial, para condenar a ré Vanessa Affonso a pagar aos autores indenização por danos materiais no importe de R$ 600,00, valor a ser acrescido de correção monetária conforme a tabela do E. TJ/SP a partir da propositura da ação (24.01.2011), bem como de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação (18.03.2011). Outrossim, condeno o corréu Alexandre Aparecido Corrêa a pagar aos autores a quantia de R$ 2.000,00, montante a ser acrescido de correção monetária conforme a tabela do Eg. TJ/SP a contar da propositura da ação (24.01.2011) e de juros moratórios legais de 1% ao mês, desde a citação (10.03.2011) Declara os feitos extintos, com análise de mérito, com fulcro no art. 487, inc. I, do CPC. No que tange à distribuição dos ônus sucumbenciais, passo a arbitrá-los considerando o princípio da causalidade (terem os réus dado causa ao ajuizamento da demanda), bem como terem os autores decaído de maior parte de sua pretensão inicial. Arcarão os autores com o pagamento de 50% da totalidade das custas e despesas processuais, quanto cada réu arcará com o montante de 25% sobre as mesmas. Os honorários advocatícios serão arbitrados no montante máximo de 20% do valor atualizado atribuído à causa, nos termos do § 8º, do art. 95, do CPC, por não ser o valor da condenação expressivo para tal fim. O montante será acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado. Elaborado o cálculo, arcarão os autores com o

Acesso ao Sumário

pagamento de 50% do montante aferido, impondo-se destinar 25% a cada grupo de advogados. Por outro lado, arcarão os réus com 50% do montante remanescente, impondo-se a cada qual efetuar o pagamento de 25% do valor apurado ao patrono dos autores".

Os autores elaboraram uma lista extensa das imperfeições do imóvel, presentes em todos os cômodos da casa adquirida, assim como da área externa, tais como: necessidade de troca da pia do lavabo e espelhos de interruptor de luz, portas com vidros quebrados e fechaduras sem acabamento, portas pegando no chão, furo no teto, falta da tampa do alçapão, rejuntes do banheiro amarelados, batentes quebrados, miracemas sujas e quebradas, chaminé da churrasqueira quebrada e trincada, porta com maçaneta descascada, azulejos quebrados, tetos dos banheiros "machucados", teto da sala com ondulações, pisos manchados, ausência de acabamento nas laterais dentro do espelho d'água, pintura retocada e mal acabada e trincas nas paredes.

Os reparos exigidos pelos autores podem ser resumidos, na grande maioria, em benfeitorias necessárias, ou seja, aquelas destinadas a conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Excetuando-se os danos estruturais, que não são de fácil e imediata constatação, todos os outros eram aparentes, facilmente identificados pelos compradores. Presentes esses vícios, exsurge aos possíveis compradores relevante elemento de negociação, podendo, inclusive, reclamar abatimento do preço.

Os autores não foram iludidos, compraram o bem no estado em que se encontrava, não obstante a vendedora tenha assumido a obrigação de reparar parte dos defeitos reclamados para concretização do negócio, e somente por estes deve ser responsabilizada, pois é razoável presumir que, com exceção dos vícios reclamados, os compradores aquiesceram com os demais.

Com relação aos danos estruturais, estes foram reconhecidos pelo construtor e em que pese tenha tentado corrigi- los, não obteve sucesso.

Assim, por se tratarem de vícios ocultos, estende-se à vendedora o dever de repará-los conjuntamente com o construtor.

Nesse sentido:

IMÓVEL - Compromisso de compra e venda - Falhas estruturais - Defeitos de construção - Vícios ocultos - Responsabilidade dos vendedores e do construtor das benfeitorias - Dano material consistente no valor necessário às reformas, apurado em laudo oficial - Dano moral não caracterizado - Recursos não providos. (TJSP; Apelação Cível 1001905-34.2014.8.26.0066; Relator (a): Mônica de Carvalho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/05/2018; Data de Registro: 14/05/2018).

A recíproca, contudo, não é verdadeira, pois não é possível atribuir ao

Acesso ao Sumário

construtor a responsabilidade pela ausência de benfeitorias no imóvel. Esse dever é exclusivo do proprietário do bem, na hipótese, a vendedora.

Assim, de rigor o reconhecimento da responsabilidade solidária apenas da ré (vendedora) com relação à reparação dos danos estruturais do bem.

Por fim, a consequência do arrolamento de testemunha que possui vínculo de amizade com a parte interessada não é a punição com a multa por litigância de má-fé, a não ser a admissão de sua oitiva mero informante.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ao recurso da autora apenas para reconhecer a responsabilidade solidária da ré (vendedora) com relação ao dano estrutural (oculto).

Considerando o resultado do recurso deixo de majorar os honorários advocatícios, a par do que dispõe o § 11 do art. 85 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005596-72.2018.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante/apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, são apelados/apelantes JOSÉ BELEZI e MARIA APARECIDA RUSSO BELEZI.

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 da ré e deram provimento, em parte, ao dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43372)**

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

São Paulo, 21 de maio de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Plano de saúde. Reajuste por mudança de faixa etária. Contrato antigo e não adaptado. Previsão de reajustes por mudança de faixa. Preliminar de não conhecimento do recurso por suposta violação ao princípio da dialeticidade. Afastamento. Apelante que rebateu expressamente os fundamentos da sentença. Prescrição. Pretensão de

Acesso ao Sumário

revisão de cláusulas contratuais que não está sujeita à prescrição. Repetição do indébito, por outro lado, que se sujeita à prescrição trienal, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Tese sedimentada nos recursos especiais repetitivos nºs 1.360.969/RS e 1.361.182/RS. Reajuste por mudança de faixa etária. Ausência de abusividade no reajuste por alteração de faixa etária desde que: (a) haja previsão contratual; (b) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores; e (c) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. Tese fixada pelo C. STJ em julgamento processado sob o rito de recurso repetitivo (REsp 1.568.244/RJ – Tema nº 952). Contratação de plano de saúde na modalidade individual desde os idos de 1991 e não adaptado. 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. Aumento por faixa etária. Contrato que não declina os índices de reajuste por faixa etária, a impossibilitar, em absoluto, o prévio conhecimento, por parte do segurado, do 'quantum' de aumento previsto em cada fase, desrespeitando logo o primeiro requisito tratado pelo Recurso Repetitivo acima referido. Abusividade configurada. Reajuste com base em US (unidades de serviço). A cláusula contratual não foi redigida de forma clara e direta, não sendo possível ao contratante verificar a correção dos valores. Inadmissibilidade. Impossibilidade de determinar no caso concreto, por meio de perícia atuarial, os reajustes adequados, vez que a cláusula referida não obedece ao requisito formal de validade. Honorários fixados em 10% da condenação que se mostra razoável. Sentença reformada em parte. RECURSO DESPROVIDO da

Acesso ao Sumário

ré e PROVIDO EM PARTE dos autores.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual de reajuste de plano de saúde c.c. repetição de indébito e pedido de tutela antecipada pela r. sentença de fls. da lavra da i. Magistrada Erika Ricci, de relatório adotado.

Apela a ré, alegando preliminarmente que houve cerceamento de defesa, somente a perícia atuarial/contábil poderia afirmar se o reajuste aplicado está correto ou qual reajuste deveria ser aplicado. O indeferimento da pretensa prova não somente engendra o cerceamento de defesa da apelante, mas resulta em uma sentença incompleta e fora dos padrões da justiça. No mérito aduz que todos os reajustes aplicados no contrato encontra previsão legal e não viola a boa-fé objetiva. Os demais reajustes incididos no contrato do apelado no decorrer dos anos, dizem respeito aos reajustes anuais praticados pela ANS. Decretar a nulidade da cláusula de reajuste impactará o mutualismo do contrato. Os reajustes da faixa etária e sua aplicação possuem previsão, não podendo ser declarado nulo por clara afronta ao equilíbrio contratual. Requereu a revogação da liminar até a realização da prova pericial.

Recurso adesivo dos autores, alegando que no tocante a prescrição em recurso repetitivo o STJ, firmou-se o Tema 610, fixou o prazo de prescrição trienal para os casos de revisão de cláusula contratual nos seguros saúde com repetição de indébito. Com relação a fixação dos honorários pleiteou a majoração dos honorários advocatícios em razão do trabalho realizado pela advogada.

Contrarrazões (fls. 331/341 e 350/360).

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual de reajuste de plano de saúde c.c. repetição de indébito e pedido de tutela antecipada proposta por José Belezi e outra em face de Sul América Companhia de Seguro Saúde, objetivando a declaração de nulidade da cláusula abusiva que prevê reajuste das mensalidades por faixa etária, mantendo-se os índices autorizados pela ANS por termo de compromisso para os reajustes anuais; sejam ressarcidos os valores pagos a mais nas mensalidades a partir de julho de 2017, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais.

A r. sentença de fls. 286/291, julgou procedente a ação, confirmando a tutela antecipada, determinado á ré que emita os boletos das prestações com reajustes autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, excluindo-se os reajustes em função da faixa etária, bem como declarou abusiva e a nulidade do índice aplicado no valor das mensalidades em razão da idade da segurada, e determinou que o reajuste das prestações deva ser somente aquele autorizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Condenou a

Acesso ao Sumário

ré a restituir de forma simples as quantias indevidamente desembolsadas pelos autores, observada a prescrição ânua das parcelas que antecedem o ajuizamento da presente demanda. Os valores devidos deverão ser atualizados pela tabela pratica do TJSP a contar do desembolso de cada parcela e acrescidas de juros de mora, à taxa legal, a contar da citação. Condenando, ainda, a ré a arcar com as custas, despesas processuais e honorários fixados em 10% do valor da condenação.

O recurso da ré não merece acolhimento e o dos autores merece acolhimento em parte.

De início, afasta-se a preliminar de não conhecimento do recurso pleiteado pela ré em contrarrazões, visto que os recorrentes rebateram expressamente os fundamentos da sentença no que pretender ver reformada.

Da prescrição.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento processado sob o regime de recurso repetitivo (**REsp 1360969/RS e REsp 1361182/RS-Tema 610**), firmou o entendimento de que "*na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002*".

In casu, dentre as diversas teses analisadas no julgado acima, importa ao presente a de **nº 2**, que expressa o seguinte:

"***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*" (STJ 2ª Seção REsps nºs 1.360.969/RS e 1.361.182/RS Rel. Designado Min. **Marco Aurélio Bellizze**, j. em 10.08.2016, Votação Majoritária).

Assim, somente a pretensão de ressarcimento de valores, indevidamente pagos, está sujeita à prescrição, aplicando-se o prazo de 03 (três) anos, eis que o mencionado pedido tem o enriquecimento sem causa por fundamento (CC, artigo 206, § 3º, inciso IV).

Do reajuste por mudança de faixa etária

No que concerne aos planos de saúde na modalidade individual ou familiar, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **REsp 1.568.244/RJ**, sob o rito dos recursos repetitivos (**Tema 952**), declarou a ausência de abusividade no reajuste por alteração de faixa etária desde que:

Acesso ao Sumário

"***(a)*** *haja previsão contratual;* ***(b)*** *sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores; e* ***(c)*** *não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso*".

Quanto ao aumento de mensalidade de usuários idosos, impende acrescentar que este relator, em diversas oportunidades, se posicionou no sentido de reconhecer a abusividade do reajuste do plano de saúde em razão da mudança de idade aos segurados com mais de 60 anos, em atenção à Súmula 91 do TJ/SP, todavia, ainda quanto ao julgamento do REsp nº 1.568.244/RJ, o STJ firmou o entendimento de que o artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, o qual veda "*a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade*" não impede, por si só, o reajuste das prestações pagas pelo consumidor, mas apenas inibe o aumento da mensalidade que não tenha pertinência com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato, de modo a configurar uma discriminação desproporcional ao idoso.

À vista de tais diretrizes, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os parâmetros a serem observados para os reajustes em três hipóteses diferentes, nos seguintes termos:

> "*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*". (grifamos).

Acesso ao Sumário

Como o contrato firmado pelos autores foi celebrado em 1991, conforme documento juntado aos autos, segue-se a diretriz apontada no item "**a**", do precedente da Corte Superior acima destacado: "[...] *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*".

Portanto, em princípio, os reajustes previstos em tais contratos não são ilegais, ainda que abarquem faixas etárias acima de 60 anos, devendo ser verificado, no caso concreto, se a cláusula que prevê o reajuste está de acordo com a Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS e se os percentuais de aumento estão em consonância com a legislação consumerista.

Sendo assim, não pode ser acolhido o pleito autoral no que tange à declaração de nulidade da cláusula que preceitua o reajuste por mudança de faixa etária. Ela é válida, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no recurso representativo da controvérsia, mas sua aplicação e eficácia ficam condicionadas ao preenchimento dos requisitos formais e materiais destacados.

No presente caso, verifica-se que a Cláusula 15.1 do contrato celebrado entre as partes contempla previsão dos reajustes aplicados: "*15.1 - O prêmio mensal estipulado na data do início da vigência do seguro será aquele estabelecido, na tabela de prêmios da Seguradora, para a faixa etária em que se enquadre o Segurado. 15.2 - As faixas etárias de que trata o seguro são as seguintes: até 17 anos; de 18 a 55 anos; de 56 a 66 anos; e acima de 65 anos. 15.2.1 - Ocorrendo alteração na idade do Segurado ou na de qualquer dos seus Dependentes segurados, que signifique deslocamento para outra faixa etária, os respectivos prêmios mensais serão cobrados no mês de ocorrência, de acordo com os preços então vigentes. 15.3 - Os prêmios mensais expressos em US serão convertidos em cruzeiros e depois transformados em BTN fiscal, tomando-se como base as datas em que passaram a vigorar os valores em cruzeiros da US vigentes nas respectivas datas previstas para o pagamento do seguro*" (fls. 44/58).

Na espécie, mesmo que a cláusula em referência contemple expressamente o aumento por faixa etária, não indica o respectivo percentual, vinculando a correção do prêmio ao número de unidades de saúde (US). Aliás, a tabela de US a que alude o contrato não veio para os autos, não sendo possível se verificar quais os critérios que foram adotados pela empresa Ré para calcular o valor em reais das referidas "unidades".

Neste particular, a Sul América não comprovou que preencheu a exigência constante da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS, ou seja, que submeteu à aprovação da Agência a Tabela de Prêmios, a que faz referencia na cláusula supramencionada, incumbência que lhe cabia em decorrência do artigo 373,

Acesso ao Sumário

inciso II, do Código de Processo Civil.

Este caso versa evidentemente sobre relação de consumo, de modo que se lhe aplica o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do enunciado da Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*".

E, à evidência, não se trata a ré de entidade de autogestão.

No mesmo sentido, a Súmula nº 100 desta Corte: "*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais*".

Conforme preconiza o artigo 39, inciso V, do CDC, "*É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*".

Portanto, as normas da legislação consumerista não foram respeitadas, visto que não informou expressamente e claramente os percentuais de aumento para cada faixa etária e não houve comprovação de que eles emanaram de base atuarial idônea.

De tal modo, todo reajuste deve vir amparado por informações claras e precisas destinadas aos segurados, para que possam de antemão visualizar se possuem condições de arcar com as mensalidades e se preparar para o desembolso das quantias necessárias ao adequado adimplemento contratual.

Desse modo, não é possível identificar a forma de cálculo do índice de aumento aplicado às mensalidades pagas pelo destinatário final do serviço. Portanto, incontestável a abusividade de seu conteúdo, que aumenta a vulnerabilidade do consumidor e o insere em situação de passividade frente às condutas praticadas unilateralmente pelo fornecedor.

A propósito, precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÃO. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. restituição de valores e pedido de tutela antecipada. Sentença de parcial procedência. Insurgência das partes. A ré sob a alegação de que os reajustes são lícitos e estão previstos contratualmente e o autor pelo afastamento dos reajustes aplicados desde 2007. Cabimento em parte da pretensão do autor. Pedido inicial que englobava apenas os reajustes havidos após julho de 2011. Impossibilidade de inovar em sede recursal. Hipótese em que não há percentual fixado contratualmente e não esclarecida ao consumidor a forma de aplicação e necessidade da denominada 'unidade de serviço US'. Reajustes por faixa etária e percentuais aplicados em razão da idade após julho de 2011 afastados. Mantida a devolução dos valores pagos a maior respeitando o prazo prescricional trienal. Sentença reformada em parte. Recurso da ré a que se*

Acesso ao Sumário

nega provimento e do autor a que se dá provimento em parte" (Apelação nº 1079091-60.2016.8.26.0100, Rel. José Rubens Queiroz Gomes, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 16.01.2018).

"*REVISÃO CONTRATUAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Contrato individual de plano de saúde - Nulidade de reajustes aplicados por mudança de faixa etária e devolução dos valores pagos a maior - Procedência parcial do pedido - Inconformismo da ré - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Cláusula contratual que prevê os reajustes que não é clara quanto aos porcentuais a serem aplicados em cada faixa etária - Condicionamento abusivo à denominada US - Unidade de Serviço, de cálculo incompreensível ao beneficiário - Desvantagem exagerada do consumidor - Abusividade corretamente reconhecida quanto aos reajustes discutidos (56,75% aos 56 anos e 5% anual a partir dos 72 anos) - Entendimento consolidado no Recurso Especial Repetitivo n. 1.568.244/RJ - Aplicação razoável dos índices autorizados pela ANS - Reembolso dos valores pagos a maior - Sentença mantida. Preliminar afastada e recurso desprovido*" (Apelação nº 1004985-69.2017.8.26.0011, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 04/09/2018).

"*APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. Ação de revisão de reajustes por faixa etária, com pedido de repetição do indébito. Validade da cláusula que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária. Recurso repetitivo (Tema 952). Contrato anterior à Lei nº 9.656/98. Disciplina dos reajustes por faixa etária deve ficar restrita ao estabelecido em cada contrato, observadas, quanto à abusividade dos percentuais, as normas do CDC e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da ANS. Cláusula contratual que não padece de ilegalidade em abstrato, mas cobrança, no caso concreto, de reajuste por faixa etária após os 60 anos, inclusive com reajustes anuais sucessivos a partir dos 72 anos, que se mostrou abusiva. Ausência de estipulação dos índices incidentes em cada faixa. Escalonamento da variação dos prêmios que determinou ônus excessivo aos maiores de 61 anos de idade, na medida em que, embora fixadas 7 faixas etárias, foram estabelecidas 3 faixas para maiores de 60 (61 a 65 anos, 66 a 70 anos e 71 anos). Não observância dos conceitos de prevenção da antisseletividade e de solidariedade intergeracional. Beneficiários das faixas mais avançadas acabam por subsidiar os das faixas mais jovens. Abusividade reconhecida. Inteligência do art. 51, inc. IV e X, CDC. Aplicação dos índices divulgados pela ANS. Litigância de má-fé não caracterizada. Contrato trazido pela ré que, embora seja de proposta diversa, relaciona-se ao mesmo produto. Ausência de prova inequívoca de conduta dolosa. Sentença de improcedência reformada para afastar a incidência dos reajustes a partir dos 60 anos de idade, com a sua substituição pelos índices da ANS, bem como para condenar a ré à restituição das quantias pagas a maior, observado o prazo prescricional*

Acesso ao Sumário

trienal, a ser apurado em liquidação. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO" (Apelação nº 1003019-92.2016.8.26.0565; Rel. Des. Alexandre Coelho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 30.01.2019).

E não se pode admitir, ainda, que a alteração das parcelas dos segurados, no mecanismo acima noticiado, sirva de incentivo para a exclusão de beneficiários do plano de saúde pela decorrente impossibilidade de pagamento das mensalidades.

Por isso, os reajustes declarados abusivos devem ser expurgados das contribuições da autora.

Como bem ressaltou o juiz *a quo* na r. sentença:

"*Dessa forma, na hipótese vertente, a ilegalidade não está nos reajustes por faixa etária propriamente dita, mas sim, no índice aplicado, sem amparo em critério objetivo e previamente aferível pelo segurado, que onera demasiadamente o prêmio pago pelo consumidor, discriminando o idoso, devendo ser afastados, em conformidade com o posicionamento do recurso repetitivo supramencionado. Importante frisar que, a mensalidade do plano de saúde da autora sofreu expressivo aumento em decorrência da mudança de faixa etária, acrescida, ainda, dos reajustes anuais, o que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, encontrando, assim, vedação no artigo 51, incisos IV e X do Código de Defesa do Consumidor*" (fls. 290).

Destarte, não tendo sido preenchidos os itens (b) e (c) da tese fixada pelo STJ no recurso repetitivo acima aludido, não se considera válido no presente caso o reajuste de mensalidade fundado na mudança de faixa etária.

Por fim, não há que se falar em perícia atuarial, pois tal questão, inclusive, foi objeto de apreciação por esta 3ª Câmara de Direito Privado no julgamento da Apelação Cível nº 1094296-32.2016.8.26.0100, da relatoria do Des. Viviani Nicolau, julgada em 16.04.219, que peço vênia para transcrever:

(...) "*Não se ignora que, no julgamento do REsp nº 1.568.224/RJ, o relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA aponta a possibilidade de substituição do índice de reajuste comprovadamente abusivo por outro, que observe a dinâmica da faixa etária na qual o usuário do plano de saúde ingressara, a ser obtido por meio de cálculos atuariais em sede de liquidação de sentença, de forma a manter o equilíbrio econômico-financeiro do reajuste.*

No caso em tela, contudo, não foi demonstrada observância de requisito formal de validade da cláusula que prevê os reajustes em razão de alteração de faixa etária. A inexistência de demonstração dos percentuais a serem aplicados em razão da mudança de cada faixa etária impossibilita a apuração de qual seria o percentual apto a manter o equilíbrio contratual".

Neste panorama, deve ser mantida a sentença que reconheceu a nulidade do reajuste fixado com base na mudança da faixa etária.

Acesso ao Sumário

Não se mostra razoável a majoração do valor dos honorários advocatícios.

Considerando o grau de zelo dos profissionais que defenderam os interesses dos autores e levando-se em conta o trabalho realizado por estes, os honorários fixados em 10% do valor da condenação se mostra razoável.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010167-37.2018.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, é apelada NEUSA HELENA CUSTODIO DE BONIS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.336)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 21 de maio de 2019.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE COLETIVO. Reajustes por variação dos custos médico-hospitalares (VCMH). Ônus da ré de comprovar a origem dos respectivos aumentos. Regra prevista no artigo 333, II, do CPC de 1973, reproduzida no artigo 373, II, do NCPC. Possibilidade de reajustes por sinistralidade e VCMH, pois têm o escopo de manter o sinalagma contratual. Abusividade, porém, dos índices de reajuste discutidos no caso concreto, em virtude da absoluta ausência de prova do incremento dos custos médico- hospitalares do plano coletivo. Devida a aplicação dos índices previstos pela ANS para os planos individuais e familiares, a fim de manter o equilíbrio do contrato. Aplicável a prescrição trienal à pretensão de devolução dos valores pagos a maior

Acesso ao Sumário

no caso em tela. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 232/235, que julgou procedente a ação proposta por NEUSA HELENA CUSTODIO DE BONIS em face de AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA S/A.

Fê-lo a r. sentença, basicamente, porque reconheceu a abusividade dos reajustes aplicados pela requerida.

Recorre a requerida alegando, em apertada síntese, a legalidade dos reajustes aplicados, por se tratar de contrato coletivo. Afirma ser incabível qualquer restituição à autora, por ausência de responsabilidade civil. Sustenta ocorrência de prescrição trienal em relação à pretensão restitutória.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 270/293, pede o provimento do recurso.

O apelo foi contrariado às fls. 299/312.

É o relatório.

1. O recurso comporta parcial provimento.

Cuida-se de ação de revisão de reajustes das parcelas mensais do prêmio de plano de saúde coletivo celebrado entre a Associação dos Metalúrgicos Aposentados da Região do ABC, à qual se vincula a autora, e a operadora de plano de saúde ora requerida, em 24 de março de 2009 (fls. 117/176 e fls. 178/219).

O contrato previu modalidade de reajuste financeiro pelo VCMH e por sinistralidade (cláusulas 21.1 e 21.2 - cf. fls. 204/205).

Em razão da suposta aplicação de tais reajustes, a autora, que no ano de 2010 pagava a prêmio no valor de R$340,08, passou a efetuar pagamentos mensais no montante de R$1.891,60, a partir do ano de 2018 (fls. 54/55).

Por entender serem abusivos tais reajustes, a autora pretende a revisão das prestações para adequá-las aos índices da ANS, bem como a devolução dos valores pagos a maior, desde o ano de 2010.

São os fatos postos a julgamento.

2. Pontuo, inicialmente, que a ação se limita à discussão da abusividade dos reajustes derivados do suposto aumento da sinistralidade. Não é objeto de discussão eventuais reajustes em razão da mudança de faixa etária.

Cláusulas de reajuste contratual de acordo com a variação dos custos médico-hospitalares não são leoninas *in abstrato*, e visam apenas a manutenção do equilíbrio contratual.

Definem-se os contratos de seguro saúde, ou plano de saúde, ou medicina pré-paga como aqueles que envolvem "*a transferência onerosa e contratual de*

Acesso ao Sumário

riscos futuros à saúde do consumidor e de seus dependentes, mediante a paga de um prêmio, que dá origem ao pagamento direto ou o reembolso dos gastos e serviços médico-hospitalares" **(Cláudia Lima Marques, Planos Privados de Assistência à Saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. RDC, v. 31, p. 134)**.

Diz ainda a doutrinadora que três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. São a razão de ser dos contratos de planos e seguro saúde, pois possibilitam aos adquirentes a transferência legal de riscos futuros, envolvendo a saúde própria e a de dependentes, mediante pagamento prévio e determinado de quantia em dinheiro **(ob. cit., p. 136)**.

De sorte a proteger os contratantes e beneficiários dos riscos futuros, imprevisibilidade e insegurança, necessária a revisão periódica das prestações contratuais com base em critério pré-estabelecido, como a sinistralidade ou a variação dos custos médico-hospitalares. Dessa forma, obtém-se o desejado equilíbrio contratual e se garante a consecução dos fins sociais e econômicos a que o contrato cativo se propõe.

Por outro lado, a manutenção do equilíbrio do contrato depende da correta aplicação dos índices de reajuste contratados, sob pena de ilícito contratual. Os reajustes são lícitos, desde que não violem o contrato ou a lei.

Trata-se precisamente do ponto controvertido no caso concreto.

A questão relevante a ser decidida não está na legalidade em tese e em abstrato de reajustes por variação de custos médico-hospitalares em planos coletivos de saúde, mas sim de demonstração de que tal variação de custos realmente ocorreu, e em qual intensidade.

3. A requerida não se desincumbiu do ônus de demonstrar a correta aplicação da cláusula contratual de reajustes (cláusulas 21.1 e 21.2, fls. 204/205).

No caso em comento, verifica-se que os aumentos das mensalidades do plano da autora, apesar de baseados em suposto aumento dos custos com assistência médico-hospitalar, não tiveram sua incidência devidamente justificada.

Não se juntaram aos autos documentos ou planilhas aptas a demonstrar a variação dos índices de custos hospitalares e médicos. Com base nessas informações, seria possível verificar o efetivo incremento das despesas médicas e hospitalares até então cobertas, ou mesmo a ampliação de custos decorrente da incorporação de novas tecnologias e procedimentos cobertos pelo plano.

Todavia, a ré se limitou a juntar o contrato celebrado com a estipulante (fls. 117/176 e 178/219), e planilha de cálculo demonstrando a evolução do

Acesso ao Sumário

valor do prêmio por meio da aplicação dos reajustes impugnados (fls. 220/222).

Sem a produção das provas necessárias a justificar o aumento aplicado, não resta alternativa à procedência do pedido.

4. Obviamente, era ônus da seguradora demonstrar que a variação verificada, apta à aplicação do reajuste, tem fomento em documentos e dados idôneos e coincide com os reajustes do valor do prêmio.

Não se trata de simples inversão do ônus da prova, vez que impossível pretender que a autora demonstrasse tais fatos.

Aplica-se o princípio da carga probatória dinâmica, pelo qual cada uma das partes deve levar ao juiz os elementos de prova ao seu alcance, fazendo a demonstração da correção de seu comportamento **(Luis Andorno, La responsabilidad civil medica, AJURIS, v. 59. p. 224)**.

Atribuir ao beneficiário ou mesmo ao estipulante o ônus de provar a inocorrência do incremento dos custos médicos não faz sentido, diante da completa ausência de elementos em mãos a demonstrá-lo.

Razoável seja o ônus posto nas costas da seguradora, que, além de deter *expertise* na área médica, tem em mãos todos os documentos clínicos capazes de comprovar o efetivo incremento do índice de sinistralidade.

Lembre-se, por fim, que o aumento da sinistralidade enquadra-se na categoria de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, a justificar a aplicação do artigo 333, inciso II, do CPC, regra tradicional do ônus da prova reproduzida no artigo 373, inciso II, do novo Código de Processo Civil, mormente em vista do fato de que as autoras contestam a utilização do plano em tão altos patamares a justificar a majoração pretendida.

E nem se alegue que a requerida deveria ser previamente intimada pelo Juízo *a quo* para demonstrar de distorção atuarial geradora dos reajustes aplicados. Trata-se de simples prova documental, a ser apresentada em sede de defesa.

5. Diante da abusividade decorrente dos desamparados reajustes, admissível o reajuste proposto pela requerente, segundo o índice da ANS, uma vez afastados os reajustes praticados pela requerida.

Seria desarrazoada a exclusão pura e simples dos índices efetivamente adotados, sem substituí-los por outros para a correção do valor do prêmio. Afinal, as partes convencionaram a adoção de reajustes por variação de custos médico-hospitalares, a fim de manter o equilíbrio do contrato, de modo que não se pode admitir a simples supressão do dispositivo. A medida implicaria evidente desequilíbrio contratual, o que não se pode admitir na integração do contrato pelo Poder Judiciário.

Logo, afigura-se correta no caso em tela a substituição dos índices

Acesso ao Sumário

aplicados pelas variações autorizadas pela ANS para planos individuais ou familiares no período. Trata-se de indexador setorial, auditado e verificado por agência reguladora, que reflete o custo geral dos serviços hospitalares e médicos.

A solução ora proposta ao litígio encontra ressonância na jurisprudência desta 1ª Câmara de Direito Privado, como se pode notar das ementas de Acórdãos abaixo transcritas:

> *"Seguro saúde - Contrato coletivo empresarial - Elevação das mensalidades em função do aumento do índice de sinistralidade - Necessidade de comprovação do fato, não bastando mera manifestação unilateral da operadora - Reajustes que devem ocorrer conforme os índices divulgados pela ANS para os contratos individuais, à falta de comprovação do índice relativo à variação dos custos médico-hospitalares, do período - Devolução dos valores cobrados a maior mantida - Recurso da ré não provido"* ***(TJSP, Apelação n. 1011779-43.2016.8.26.0011, Rel. Des. Augusto Rezende, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 15.08.2017)***
>
> *"Seguro saúde coletivo. Reajuste da mensalidade sem a devida indicação da natureza ou origem, se por reajuste financeiro ou por sinistralidade. Reajuste no percentual de 28,80%, mas sem qualquer comprovação sobre como apurado tal índice. Dever de transparência e informação. Pretendido reajuste que deveria ser convenientemente explicado justificada. Abusividade reconhecida. Sentença mantida. Recursos desprovidos"* ***(TJSP, Apelação n. 1078157-05.2016.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 31.07.2017)***
>
> *"Apelação Cível. Plano de Saúde. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual. Reajuste anual de mensalidade por aumento da sinistralidade. Inexistência de abusividade na cláusula contratual que permite tal reajuste, para manutenção do equilíbrio financeiro do contrato. Ausência, entretanto, de demonstração dos fatores que levaram ao reajuste por aumento de sinistralidade indicado na inicial. Ônus da prova imputável à ré. Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso de apelação"* ***(TJSP, Apelação n. 0165454-43.2011.8.26.0100, Rel. Des. Christine Santini, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 24.05.2017)***

6. Uma vez reconhecida a ilicitude dos reajustes concretamente praticados pela requerida, necessária, ainda, a restituição dos valores pagos a maior pela autora não alcançados pela prescrição.

Nesse ponto, comporta parcial provimento o recurso da requerida, para o fim de reconhecer a incidência da prescrição trienal.

Com efeito, em relação ao prazo prescricional para exercício da pretensão de revisão de cláusula contratual que prevê reajuste de plano de saúde e respectiva repetição dos valores supostamente pagos a maior, o C. STJ recentemente pacificou seu entendimento em sede de recurso repetitivo (tema 610), consoante

Acesso ao Sumário

a tese firmada no julgamento dos **Recursos Especiais n. 1360969/RS e n. 1361182/RS**, do seguinte teor:

"*Na vigência dos contratos de plano ou seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em vinte anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, §3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002*".

De acordo com a inicial, insurgiu-se o demandante contra os reajustes de seu plano de saúde aplicados a partir de 2010, quando já vigente o Código Civil de 2002, e, portando, aplica-se a prescrição trienal nele prevista.

Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 06 de agosto de 2018, conforme informações constantes do sistema SAJ, imperioso reconhecer a prescrição parcial da pretensão do autor à devolução dos valores pagos a maior, pois aplicável o prazo trienal à espécie.

Apenas as mensalidades pagas a partir de 06 de agosto de 2015 não foram atingidas pela prescrição e podem ter seu pedido de devolução apreciado, pois não escoado o prazo trienal antes do ajuizamento da presente ação.

Ressalto, por fim, que como não existe abusividade em abstrato da cláusula que prevê os reajustes por sinistralidade ou pela variação dos custos médico-hospitalares, novos aumentos sob tais fundamentos são permitidos, desde que efetivamente comprovada sua origem.

7. Em suma, o recurso comporta parcial provimento, aplicando-se ao caso a prescrição trienal para a pretensão de devolução dos valores eventualmente pagos em excesso, a serem apurados em liquidação, de acordo com os parâmetros ora estabelecidos, corrigidos a partir do desembolso e com juros de mora a partir da citação.

A modificação do resultado repercute na distribuição da sucumbência, que passa a ser recíproca.

A ré pagará aos patronos da autora honorários de sucumbência no montante de 10% sobre o valor da restituição a ser realizada.

Por sua vez, também a autora deverá pagar aos patronos da ré honorários de sucumbência no montante de 10% sobre o valor da restituição a ser recebida.

Dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001434-32.2018.8.26.0210, da Comarca de Guaíra, em que é apelante JONAS

NOGUEIRA LELLIS, é apelado EDVALDO DONIZETE MORAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25399)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2019.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - VEREADOR - MANIFESTAÇÃO REALIZADA DA TRIBUNA DA CÂMARA - IMUNIDADE PARLAMENTAR RECONHECIDA - POSTURA LIMITADA AO EXERCÍCIO DO MANDATO - NÃO TANGENCIAMENTO DOS LINDES DO ILÍCITO - SENTENÇA CONFIRMADA - APELO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobando os termos em que vazada a R. sentença de fls., que houve por improcedente Ação Ordinária, em que buscava o Autor indenização por danos morais por disparates proferidos pelo Requerido na tribuna da Câmara Municipal de Guaíra, difundidos os ataques por meio de mídias sociais; rijo o *decisum* na inexistência de dano, questionado o Requerente enquanto gestor da Santa Casa do município, evidente a pertinência da fala do vereador com o exercício do mandato, pesar da dureza das palavras proferidas.

Insurge-se o Autor, com insistir no cunho pessoal da fala, incabível o reconhecimento da imunidade material do Recorrido, evidente a ilegalidade cometida, de acordo com as mídias acostadas aos autos.

Recurso com processamento bastante. Respondido.

Esse o brevíssimo relato.

À guisa de exórdio, não se há de falar em intempestividade do recurso; isso porque, a contagem realizada pelo Apelado não levou em conta o feriado do carnaval, que suspende o prazo recursal. Assim, publicada a sentença em 27/02/2019 (fls. 143), inicia-se a contagem no dia 28/02 e encerra-se em 25/03/2019; tempestiva, portanto, a apelação que foi interposta em 22/03/2019.

Deveras, a r. sentença é incensurável, e deu exato desate à hipótese, e em verdade prostra de morte a tese por que porfia o recurso da Requerente.

Acesso ao Sumário

Isso porque, ver que as palavras foram atiradas da tribuna da Câmara de Vereadores e brandidas na condição de Vereador. Demais disso, evidente que a intervenção do Apelado ocorreu em função de valores relativos ao pagamento de médicos da Santa Casa do Município. Logo, a postura do Réu foi limitada ao exercício do mandato parlamentar e guardada a pertinência com o cargo - abarcada, portanto, a manifestação pela imunidade material concedida aos Vereadores e prevista no Artigo 29, VIII, da Constituição Federal.

Lembra-se de que a imunidade parlamentar presente na Carta Magna protege mesmo o parlamentar por opiniões e condutas relativas ao exercício do mandato, o que se lobriga da hipótese - e nem se vislumbra de ataque pessoal gratuito à pessoa do Autor, pesar da utilização de algum linguajar um pouco mais enfático.

Em verdade, a mercurial e epidérmica sensibilidade do Recorrente deverasmente não merece ser prestigiada e, pesar do emprego de palavras um pouco mais espinhosas, conforme transcrito às fls. 03/04, lobriga-se por inexistente ato ilícito ou crime contra a honra do Apelante.

Demais disso, também não está o Autor imune a receber críticas tendo em vista ter assumido o trabalho de provedor da Santa Casa de Misericórdia do município, cargo que, evidentemente, projeta o Recorrente de maneira maior no panorama da cidade. Logo, está o Requerente sujeito ao escrutínio dos demais moradores bem como de seu corpo político, encarregado da fiscalização dos serviços prestados.

Ou seja: por frequentar meio em que o debate, a crítica, o combate e a contestação são a própria *ratio essendi* da atividade, seja no meio virtual ou presencial, deverá o Autor revestir-se de maior resistência às possíveis críticas que possa receber.

Assim, não depara o modesto julgador com dano moral algum que possa ser indenizado; não houve gravidade nos fatos, e a figura deve ser reconhecida quando ressumbrar alguma seriedade - que aqui não se lobriga.

Alfim, desnecessária mór fundamentação, invoca-se o Art. 252 do Regimento Interno deste Sodalício para a mantença da R. sentença, por todos seus fundamentos; e NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso. Majora-se a honorária para 12% do valor atualizado da causa, à luz do §11, do Art. 85, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005837-

41.2016.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante UNIMED REGIONAL DA BAIXA MOGIANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE MOGI GUAÇU, é apelada JANDYRA ROTTOLI DE OLIVEIRA (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: "Negaram provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15993)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), COSTA NETTO e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Reembolso de tratamento realizado - Negativa - Abusividade configurada - Desvantagem exagerada imposta ao consumidor, a ameaçar o próprio objeto do contrato - Aplicabilidade da Lei nº 9656/98 e do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o contrato seja anterior ao início de sua vigência Incidência da Súmula 100, deste E. Tribunal de Justiça - Dever da ré de custear o tratamento da autora, reembolsando as despesas realizadas - Ademais, é incabível negar cobertura de tratamento à segurada sob o fundamento de que o procedimento não está previsto no rol da Agência Nacional de Saúde ou em qualquer outra resolução normativa editada pela autarquia - Inteligência da Súmula 102, do TJSP - Reembolso integral das despesas, diante da ausência de impugnação da ré - Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Unimed Regional da Baixa Mogiana Cooperativa de Trabalho Médico de Mogi Guaçu contra a sentença que, nos autos de ação de cobrança que lhe foi ajuizada por Jandyra Rottoli de Oliveira, julgou procedente em parte o pedido formulado, para determinar

Acesso ao Sumário

o reembolso das despesas do tratamento médico realizada pela autora (fls. 167/171).

Requer a apelante a reforma do julgado, sob a alegação de que o plano de saúde contratado pela autora não é regulamentado pela Lei nº 9.656/98, não havendo previsão de cobertura para o tratamento realizado. Ademais, afirma que, mesmo para os planos regulamentados, o procedimento não está previsto no rol de coberturas obrigatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Alega que não é possível aplicar ao caso as diretrizes previstas na Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta à garantia constitucional preconizada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (fls. 173/182).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 187/191).

É, em síntese, o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

A autora propôs a presente demanda buscando a condenação da ré a reembolsar as despesas com o "tratamento ocular farmacoterapia Intra Vítrea com Anti VEDF - Ranibizumabe (Lucentis)" que foi prescrito por seu médico para tratamento do quadro de "degeneração macular relacionada à idade, forma exsudativa em olho direito" (fls. 15/17).

A ré, por sua vez, sustenta que referidos custos não são cobertos pelo contrato da autora, o qual foi firmado antes do advento da Lei nº 9.656/98. Ademais, afirma que o procedimento realizado não consta do rol de coberturas obrigatórias da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Feito este breve relato sobre os fatos discutidos nesta demanda, cumpre ressaltar que, desde já, deve ser afastada a alegação da ré no que diz respeito à inaplicabilidade, ao contrato da autora, da Lei nº 9.656/98.

Isto porque, o fato de o plano de saúde ter sido firmado antes do advento do referido diploma legal não exime a operadora de plano de saúde de assegurar cobertura aos procedimentos necessários à garantia da saúde do beneficiário, conforme entendimento consolidado por esta egrégia Corte de Justiça, mais especificamente na 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*".

Acesso ao Sumário

No caso, a gravidade do estado clínico da autora restou demonstrada nos autos, sendo certo que a recusa de cobertura mostra-se abusiva, pois restringe obrigação fundamental, inerente à natureza do próprio contrato, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, tratando-se, assim, de prática vedada pelo artigo 51, inciso IV e §1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula excludente de cobertura é, a toda evidência, nitidamente abusiva, pois notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual de consumo.

Ademais, mesmo no regime do direito comum, os princípios maiores da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual afastam as cláusulas excessivamente onerosas, ou das quais não tiveram exata ciência uma das partes.

Disso decorre que mesmo nos contratos anteriores à Lei nº 9.656/98 ou ao Código de Defesa do Consumidor, a interpretação deve ser a mesma, pois o equilíbrio contratual, a função social do contrato e a boa- fé objetiva já serviam, no direito comum, para controle das cláusulas tidas por abusivas. Não há, em outros termos, direito adquirido a desequilíbrio contratual, nem à imposição de cláusulas iníquas.

Ademais, em relação à ausência de previsão de cobertura do tratamento prescrito é evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa, como é o caso do rol da ANS, ou, mesmo, qualquer outra resolução normativa editada pela referida agência reguladora, 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 desse tratamento somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e a cura proposta, o que não é o caso dos autos, não se tratando, sequer, de tratamento tido por experimental.

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

Nessa conformidade, este Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível nº 9095341-22.2008.8.26.0000, relator o Desembargador João Carlos Saletti, assim se pronunciou a respeito do tema: "*Não se há, entretanto, ignorar que rol de procedimentos constante de ato oficial expedido periodicamente não acompanha par e passo o desenvolvimento da ciência médica e da tecnologia aplicada à medicina. A medida em que a ciência coloca à disposição da sociedade médica e da sociedade em geral novos conhecimentos e tecnologias, testados e aprovados com evidência de eficácia na descoberta ou no trato das mais variadas moléstias, a limitação amparada em ato formal periódico (distanciada a atualização referida no contrato em quase quatro anos entre a expedição de um e a substituição por outro) implica dano para o interesse e o direito do consumidor*".

Aliás, cumpre reconhecer que o rol da ANS e as resoluções normativas editadas pela autarquia constituem normas infralegais, que não podem se sobrepor às disposições da Lei nº 9.656/98, nem às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor. E, nesse passo, é evidente que a exclusão genérica de cobertura contratual viola ambos os diplomas legais supracitados.

Ressalte-se que, consagrando tal entendimento, este Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 102, que dispõe que "*havendo expressa indicação médica, é*

Acesso ao Sumário

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".

No mais, parece óbvio que, independentemente de qualquer previsão no rol da ANS, cabe ao médico que assiste a paciente, e não à operadora de saúde, direcionar e escolher o melhor tratamento médico.

Nessa conformidade, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 668216/SP, relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assim se pronunciou a respeito do tema: "*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, 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*."

Portanto, forçoso concluir que a apelante tem a obrigação de ressarcir os valores desembolsados pela autora, certo que, como constou da sentença, não houve qualquer impugnação acerca do montante apresentado.

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença recorrida.

Consigne-se, por fim, que, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devidos pela apelante, fixados na sentença em 10% sobre o valor atualizado da causa, são majorados para 15% da mesma base de cálculo.

Ante o acima exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000659-81.2010.8.26.0091, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante WAGNER GETULIO SECARIO DE OLIVEIRA, são apelados MARIA APARECIDA SOARES, AMARILDO FERREIRA DE PAULA, IVONETE FERREIRA DOS SANTOS DE PAULA, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA E S/M DILZA ALEXANDRE DOS ANJOS TEIXEIRA, DILZA ALEXANDRE DOS ANJOS TEIXEIRA, WAGNER GETULIO SECARIO DE OLIVEIRA E S/M MARIA APARECIDA SOARES e MARIO MASSAO KUSSANO E S/M

CRISTINA MARIKO YTO KUSSANO.

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 21.786)**

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

São Paulo, 17 de junho de 2019.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: AÇÃO DE USUCAPIÃO - A PERÍCIA CONSTATOU QUE A POSSE DOS AUTORES DATA DE MAIS DE TRINTA ANOS - PRECARIEDADE DA POSSE INDEMONSTRADA - EXTINÇÃO POR SENTENÇAS TERMINATIVAS DOS PROCESSOS DE DEMANDAS DE DESPEJO E REIVINDICATÓRIA AJUIZADAS PELOS PROPRIETÁRIOS E ORA APELANTES - MANSIDÃO E PACIFICIDADE DA POSSE DOS AUTORES NÃO COMPROMETIDOS - NÃO INTERRUPÇÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA PROPOSITURA DE TAIS DEMANDAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO

VOTO

Julgado procedente o pedido deduzido em demanda de usucupião (fls. 425/429), apela o proprietário tabular dizendo que a posse do autor é precária e que lhe falta o *animus domini*; ele não juntou nem mesmo recibos comprobatórios de pagamento de IPTU ao longo do período; propôs demanda de despejo em face do autor, ora apelado, no ano de 1995, interrompendo assim o curso do prazo da prescrição aquisitiva; assim e em face do disposto no art. 1.200 do CC, insiste na reforma do julgado (fls. 433/439).

Contrarrazões às fls. 455/459.

Recebido o recurso em ambos os efeitos (fls. 474), as partes não se opuseram ao julgamento virtual do recurso (fls. 476).

É o relatório.

1.- BREVE SÍNTESE DO PROCESSO - Dizendo-se possuidores há 30

Acesso ao Sumário

anos, sem oposição, os autores propuseram a presente ação de usucapião com relação a imóvel urbano.

Prestadas as informações de fls. 102/107 pelo oficial do Registro de Imóveis de Mogi das Cruzes, o proprietário tabular foi citado e contestou alegando que adquiriu o imóvel em 1994; já naquela época, os autores detinham a posse direta do bem como simples locatários, mediante contrato verbal; os documentos por eles acostados aos autos são insuficientes à demonstração cabal da aquisição do imóvel a título de usucapião (fls. 145/150).

Após a juntada do laudo pericial de fls. 352/364 e das certidões de fls. 382 e 383, realizou-se a audiência de instrução e julgamento com a ouvida de testemunhas tanto dos autores quanto dos réus (fls. 410/417).

Por fim, o MM. Juiz proferiu a r. sentença de procedência do pedido (fls. 425/429).

2.- Ao responder ao quesito oitavo, a perita do Juízo informou que "Os requerentes estão na posse do imóvel há aproximadamente 30 anos. Adquirido do antecessor, do seu genitor falecido, Sr. Juvenal Ferreira de Paula. Os usucapientes residem no local" (fls. 357).

Da matrícula, no entanto, consta que os réus, ora apelantes, são os proprietários, porque adquiriram o bem por escritura pública de 04 de outubro de 1994, levada a registro em 21 de novembro do mesmo ano (R.3/M.41.389, fls. 151/151vº).

Segundo eles, mantiveram contrato verbal de locação com os apelados, mas não fizeram prova convincente de tal fato.

No propósito de rescindir esse contrato, os apelantes promoveram demanda de despejo em 1995 e, em 1999, ajuizaram demanda reivindicatória visando a obter a posse do imóvel também em face deles, autores e ora recorridos. Sucede, porém, que aquela e esta última foram extintas por sentenças terminativas (fls. 29 e 287).

Diferentemente do que pareceu aos ora apelantes, o ajuizamento dessas ações não retirou o caráter pacífico da posse dos autores, pois, consoante a doutrina, apenas medidas judiciais efetivas têm o condão de "quebrar a efetividade da posse", como diz BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO (cf. Tratado de usucapião. 8ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2012, vol. 1, n. 178, p. 782).

Em outras palavras, "Não basta qualquer ato de inconformismo por parte de interessados ou do titular do domínio", de sorte que "eventuais ações possessórias ou reivindicatórias somente atingem a pacificidade da posse caso sejam julgadas procedentes" (cf. FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO. Código Civil Comentado. Coord. Min. Cezar Peluso. 12ª ed., Barueri: ed. Manole, 2018, p. 1.162).

Portanto, como tais demandas acabaram sendo extintas sem julgamento

do mérito, como já observado, conclui-se que não chegaram a comprometer o caráter manso e pacífico da posse dos autores e, bem assim, a interromper o curso do prazo da usucapião.

Nesses termos, forçoso é convir que a razão não está com os apelantes e que por isso a r. sentença deve ser prestigiada.

3.- DOS HONORÁRIOS RECURSAIS - Em consequência, são devidos pelos recorrentes honorários ao patrono dos autores, ora arbitrados em R$ 1.000,00 (CPC, art. 85, § 11), ficando isentos da obrigação de recolher essa verba por serem beneficiários da assistência judiciária (CPC, art. 98, § 3º).

4.- CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4003572-39.2013.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.D.E. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados G.N.M.S., L.C.M.S., R.A.M., M.N.S., C.B.N.S., C.M.M.S., A.G.N.S. e J.B.E.S.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento para julgar improcedentes as ações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM PARA FINS DE HABILITAÇÃO EM PARTILHA DE BENS E PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTORAS ALEGAM TEREM SIDO COMPANHEIRAS DO FALECIDO PELO PERÍODO DE 30 ANOS. SENTENÇA QUE ACOLHE PARCIALMENTE O PEDIDO PARA DECLARAR A EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE AS AUTORAS E O FALECIDO, QUE MANTINHA RELACIONAMENTO, CONCOMITANTE, COM ELAS E MAIS UMA MULHER. REQUERENTES

Acesso ao Sumário

TINHAM PLENO CONHECIMENTO DOS DEMAIS RELACIONAMENTOS. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS EM QUE DEVEM SER RESGUARDADOS OS DIREITOS DO COMPANHEIRO DE BOA FÉ. INOCORRÊNCIIA, NO CASO. SENTENÇA MODIFICADA. COM BASE NO ARTIGO 1.013 DO CPC, PARA JULGAR IMPROCEDENTES AS AÇÕES PROPOSTAS.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 649/652 que, nos autos de Declaratória de União Estável "*post mortem*", tendo como requerente J.D.E. e como requeridos J.B.E.S., A.G.N.S., C.B.N.S., C.M.M.S., G.N.M.S., L.C.M.S., R.A.M. e M.N.S., julgou parcialmente procedente a presente ação para declarar a existência da união estável das autoras J.D.E. e M.N.S. com o falecido C.S.S. no período compreendido entre 1978 até o falecimento de C., ocorrido em 31/01/2012, bem como para partilhar os bens adquiridos pelas partes na constância da união, conforme período acima reconhecido.

O Magistrado condenou as partes ao pagamento das custas e despesas processuais, guardados os limites da Lei, devendo cada parte arcar com os honorários advocatícios de seus patronos.

A Sentença foi transladada para os autos nº (...), de Reconhecimento de União Estável tendo como requerente M.N.S.

Embargos de declaração acolhidos parcialmente para determinar, após o trânsito em julgado da sentença proferida, o levantamento dos valores depositados judicialmente nos autos em apenso por M.N.S.

Apela a autora J. visando à reforma da sentença para que autorize o levantamento da pensão depositada em juízo, tendo em vista que teve esse direito reconhecido em processo administrativo perante o TRF da 3ª Região, direito esse suprimido no decorrer desta ação de reconhecimento de união estável, pelo juízo *a quo*, incompetente para decidir sobre esse tema.

Insiste que deve voltar a receber a pensão integral, bem como seja detentora do levantamento dos valores depositados em juízo e, por fim, reconhecida como a única companheira do falecido.

Recebido tempestivo com apresentações de contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Acesso ao Sumário

Trata os autos de ação declaratória de reconhecimento de união estável.

As provas constantes dos autos demonstram que, na verdade, a o falecido manteve relacionamentos, concomitante, com, pelo menos três mulheres, duas das quais as autoras das demandas, aqui analisadas.

Alega a apelante ter vivido maritalmente por mais de 30 anos, com o falecido, motivo pelo qual pretende que seja reconhecida como a única companheira dele, com partilha de bens e o recebimento integral da pensão por morte.

Entretanto, o conteúdo probatório dos autos diverge de tal afirmação, confirmando, no caso concreto, na existência de uniões estáveis simultâneas ou paralelas.

Através das testemunhas arroladas pode-se constatar que C. se relacionava com 3 mulheres concomitantemente e morava com sua mãe.

C. teve vários filhos com essas mulheres, reuniu todas em um terreno com vários imóveis, com a intenção, segundo as declarações, de manter todos os filhos reunidos.

Todas moravam em imóveis separados dentro do mesmo terreno.

Duas delas ingressaram com ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, as quais foram apensadas.

Tanto as testemunhas, como R., uma das quais o falecido tinha relacionamento, que tem 2 filhos dele, foram unanimes em declarar tal situação.

Em sua contestação ela afirmou:

"*Inicialmente cumpre salientar que o falecido era um homem no qual mantinha vários relacionamentos amorosos e antes de conhecer a requerida manteve um relacionamento com a requerente com quem teve um filho (J.). Em seguida conheceu a ré que na época tinha apenas 14 (quatorze) anos de idade, manteve relacionamento amoroso por um período e em seguida esta última engravidou de seu filho mais velho (C.) e logo após começou a relacionar-se com a outra requerida (M.) com quem teve dois filhos (A. e C.*)."

Em seus depoimentos, as testemunhas foram claras em afirmar que todos no bairro sabiam de tal situação, todas as mulheres admitiam tal situação, pois não parece possível ignorar por tão longo tempo, os vistosos e públicos relacionamentos.

Às fls. 626/628 afirma a testemunha da requerente, R.:

"*C. sempre morou em uma casa com sua mãe. R. morava em sua casa com seus filhos, J. em outra casa com seu filho e por fim M., em outra casa, com seus filhos. Eu posso afirmar que C. jamais morou especificamente na casa de alguma delas, sempre quem cuidou mais de C. foi J., tanto na parte emocional quanto na parte do trabalho, mas C. nunca chegou a morar com nenhuma delas,*

Acesso ao Sumário

apesar de estarem no mesmo terreno."

A testemunha A.C. declarou às fls. 632/634:

"*A maioria das pessoas do bairro sabia que C. vivia como se marido e mulher fossem tanto com J., como com M. e R. Todos moravam no mesmo terreno, sendo que cada família possuía uma casa no mesmo terreno . Eu jamais fui a casa de C. Pelo que a mãe de C. me contava no salão, C. residia com ela, mas mantinha relacionamento com as três, M., J. e R.*"

Mais adiante declara:

"*Pelo que sei C. teve um AVC. No hospital cheguei a ver M., J. e a mãe de C., mas não cheguei a ver R. visitando C.*"

Por fim a testemunha E., às fls.637/638, declarou:

"*Pelo que me recordo a sra. V. morava no andar térreo, depois vinha R. no primeiro andar com os filhos que teve com C. No segundo andar morava C. No terceiro andar morava M. e no ultimo andar morava J., todas com seus filhos que tiveram com C. Pelo que sei C. nunca morou exclusivamente com J., M. ou R. No bairro todos sabiam que C. tinha como esposas M., J. e R., ao mesmo tempo. Pelo que sei, mesmo quando doente, C. nunca morou com qualquer uma das três; pelo que sei ele passou a residiu com sua mãe V. quando ficou doente.*"

Acerca da possibilidade de existência de uniões estáveis simultâneas/paralelas, não há consenso na jurisprudência e na doutrina, como bem ilustrado pelo voto da Exma. Min. NANCY ANDRIGHI no REsp 1348458/MG: *DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca*

Acesso ao Sumário

da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (...) Com efeito, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Isso não significa que o direito deva simplesmente ignorar a existência das relações plúrimas, múltiplas, simultâneas ou paralelas. Até porque elas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. Conforme consignei do precedente já mencionado (REsp 1.157.273/RN), um estudo realizado por LAURA PONZONI (op. cit.), aponta três correntes doutrinárias se formaram a respeito do paralelismo afetivo: 1ª: encabeçada por Maria Helena Diniz, com fundamento nos deveres de fidelidade ou de lealdade, bem como no princípio da monogamia, nega peremptoriamente o reconhecimento de qualquer dos relacionamentos concomitantes; 2ª: adotada pela grande maioria dos doutrinadores entre eles: Álvaro Villaça de Azevedo, Rodrigo da Cunha Pereira, Francisco José Cahali, Zeno Veloso, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce e José Fernando Simão , funda-se na boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão para o companheiro de boa-fé os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável, sem prejuízo dos danos morais; 3ª: representada por Maria Berenice Dias, admite como entidades familiares quaisquer uniões paralelas, independentemente da boa-fé, deixando de considerar o dever de fidelidade como requisito essencial à caracterização da união estável. A jurisprudência, por sua vez, também não é uníssona ao tratar do tema. Esta 3ª Turma, por exemplo, já decidiu que não há como ser conferido status de união estável a relação afetiva paralela a casamento válido (REsp 931.155/RS, de minha relatoria, DJ 20.8.2007). Em sintonia, a 4ª

Acesso ao Sumário

Turma reproduziu a tese, em sede de EDcl no Ag 830.525/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe 6.10.2008. Sob idêntica perspectiva, por ocasião do julgamento do REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 20.3.2006, a 3ª Turma fixou o entendimento de que não caracteriza união estável relacionamento paralelo a esta, se o autor da herança não se desvinculou da primeira companheira. Assim também, no REsp 1.157.273/RN, já referido, a 3ª Turma afastou a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis múltiplas ou simultâneas (de minha relatoria, DJe de 18.05.2010), sendo tal entendimento corroborado no REsp 912.926/RS, de 4ª Turma, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 07/06/2011, no qual ficou consignado que "pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica , daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas". Em contrapartida, a 5ª Turma, em mais de uma oportunidade, assentou a possibilidade de rateio de pensão por morte entre a exmulher e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas, sem adentrar, especificamente, nas hipóteses de paralelismo afetivo (REsp 856.757/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.6.2008; REsp 628.140/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17.9.2007). Por fim, a 6ª Turma já decidiu que "não obstante a evolução legislativa, manteve-se, a seu turno, a exigência para o reconhecimento da união estável que ambos, o segurado e a companheira, sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se assim para fins de reconhecimento de união estável, as situações de concomitância, é dizer, de simultaneidade de relação marital e de concubinato" (REsp 674.176/PE, Rel. p/ ac. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 31.8.2009; e REsp 1.104.316/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.5.2009). Diante disso, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Na hipótese, a recorrente é clara em afirmar que a fidelidade não tem importância para o reconhecimento da sua união estável com o falecido porque a legislação não prevê expressamente esse requisito. Além disso, depreende-se de suas alegações e das provas analisadas soberanamente pelo Tribunal de origem, que a recorrente tinha ciência da existência da outra relação amorosa do falecido com L. M. S., ou seja, não se vislumbra sequer a presença da boa-fé, invocada pela segunda corrente doutrinária supramencionada, pois a recorrente não foi enganada pelo de cujus. Ela não vivia na inocência ou crença de que sua

Acesso ao Sumário

relação afetiva era a exclusiva e, portanto, poderia caracterizar uma união estável. (REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014).

Pela análise do voto, entende-se que a ilustre Ministra Relatora filia-se à 2ª corrente, que "*... funda-se na boa-fé e no emprego da analogia concernente ao casamento putativo, no sentido de que se um dos parceiros estiver convicto de que integra uma entidade familiar conforme os ditames legais, sem o conhecimento de que o outro é casado ou mantém união diversa, subsistirão para o companheiro de boa-fé os efeitos assegurados por lei à caracterização da união estável*", tendo em vista que na parte que analisa o caso concreto levado a julgamento, destaca que "*a recorrente é clara em afirmar que a fidelidade não tem importância para o reconhecimento da sua união estável com o falecido*", ou seja, não estaria de boa-fé na constituição do relacionamento, violando a eticidade.

Em relação à concomitância entre uniões estáveis, filio-me ao posicionamento de que à união estável deve ser dado o mesmo tratamento do casamento putativo, previsto no art. 1.561 do Código Civil:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Na jurisprudência há uma tendência na equiparação da união estável e os direitos dos companheiros, em todos seus aspectos, ao casamento.

Isto porque não há qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre o companheiro de boa-fé e o cônjuge de boa-fé, no casamento putativo, tendo em vista que a união estável é situação fática é mais difícil de ser identificada do que o casamento formal.

Assim, pelos mencionados "*princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso" (*STF*)* e *"com os pés fincados no princípio da eticidade*" (STJ), sem que isso viole a monogamia, não se pode deixar de reconhecer união estável simultânea em relação ao companheiro que esteja de boa-fé (união estável putativa), por força do art. 1.561 do Código Civil, aplicado analogicamente.

Nesse sentido a doutrina cuja corrente se adota:

"*Situação diversa, entretanto, é aquela em que a pessoa que mantém duas relações, oculta essa realidade de seu parceiro(a). Se porventura subsistir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões, socorre à parte que ignorava*

Acesso ao Sumário

*a situação o instituto da União Estável putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união more uxorio - matrimonial ou extramatrimonial - do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos previstos, para uma união monogâmica. (...) Em outras palavras, se no casamento putativo são concedidos os efeitos para o contraente de boa-fé, aqui também pode ser invocado este princípio, ou seja, a(o) companheira, sendo pessoa de boa-fé na relação concubinária, e, pelo menos por parte dela(e), sendo uma relação monogâmica, não há razões para negar a concessão de todos os efeitos da União Estáve*l" (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA. Concubinato e União Estável. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 76)

"*(...) essa parece ser a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade, com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva, ignorava um vício a acometer a união*" (FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO. Direito Civil: Direito de Família. 5º vol. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 254)

Assim, não há como ser reconhecido status de união estável a relação mantida pelo "de cujus", concomitante, com várias mulheres, onde todos tinham conhecimento da situação em que viviam.

Com isso, é caso de modificar a sentença de primeiro grau, que reconheceu a existência do relacionamento das autoras com o falecido e, com base no artigo 1.013 e na fundamentação acima, julgar improcedente as demandas, ressaltando que a questão relativa à pensão do falecido deverá ser objeto de questionamento na esfera administrativa, mantido a sucumbência estabelecida na sentença.

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 exposto, pelo meu voto, **MODIFICO** a sentença e, com base no artigo 1.013 do CPC, **JULGO IMPROCEDENTES** as ações propostas.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003821-44.2018.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante TAP - TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, são apelados LUIZA ALMEIDA DE CASTRO (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSANGELA ALMEIDA

DE CASTRO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 16 de abril de 2019.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo internacional. Danos morais. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Percurso de Estugarda (Alemanha) a São Paulo, com conexão em Lisboa. Hipótese em que, em virtude de atraso no voo inicial (Estugarda a Lisboa), por problemas mecânicos na aeronave, a passageira, adolescente, viajando sem a companhia dos pais, perdeu o voo de conexão (Lisboa a São Paulo). Realocação da passageira em voo do dia seguinte, que representou atraso de mais de 12 horas na chegada ao seu destino final. Não caracterização da excludente de força maior. Falta de assistência à passageira durante o período de espera, o que obrigou a adolescente a pernoitar no chão do saguão do aeroporto. Constatação, na chegada ao destino final, do extravio de sua bagagem, que lhe foi restituída após 03 dias. Verificação de transtornos hábeis à configuração de danos morais indenizáveis. Responsabilidade da ré pelo defeito na prestação do serviço de transporte aéreo configurada. Indenização por danos morais, fixada em R$ 20.000,00, preservada, sopesada para tanto as peculiaridades do caso. Descabimento do pleito de seu afastamento ou redução. Pedido inicial julgado procedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.

Acesso ao Sumário

162/169, de relatório adotado, que, em ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pedido inicial.

Recorre a ré, sustentando, em síntese, que não houve falha na prestação do serviço de transporte, uma vez que o atraso do voo decorreu da necessidade de reparos mecânicos na aeronave, que apresentou problemas técnicos inesperados, devendo este motivo ser reconhecido como caso fortuito ou força maior. Aduz que não há se falar em condenação ao pagamento de indenização por danos morais, pois os fatos narrados não são causadores de abalo íntimo capaz de configurar danos dessa natureza. Assevera que, no caso em comento, deve-se aplicar a Convenção de Montreal e de Varsóvia e não o Código de Defesa do Consumidor. Postula seja a sentença integralmente reformada. Subsidiariamente, pleiteia que seja reduzido o valor da condenação para patamares razoáveis.

Parecer da Procuradoria geral da justiça a fls. 215/217.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação indenizatória, em que postulou a autora, menor à época dos fatos, viajando sem a companhia dos pais, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00, fundamentado o pedido inicial na alegação de que adquiriu da requerida bilhete aéreo, de Estugarda (Alemanha)/São Paulo, com conexão em Lisboa (trecho Estugarda a Lisboa, programado originalmente para o dia 22/03/18, às 18h40, e trecho Lisboa a São Paulo, na mesma data, às 23h20, com chegada prevista ao destino final na data 23/03/18 às 6h20); e, por problemas técnicos, houve atraso no voo inicial, o que gerou a perda da conexão em Lisboa, acrescentando que foi realocada pela companhia aérea em outro voo apenas no dia seguinte (dia 23/03/18, às 10h30), o que representou atraso de mais de 12 horas na chegada ao seu destino, período durante o qual permaneceu sem a devida assistência da empresa aérea, sendo obrigada a dormir no saguão do aeroporto, juntamente com outros adolescentes que a acompanhavam (fls. 24/34). Como se não bastasse, ao chegar em São Paulo, na tarde do dia 24/03/18, constatou o extravio de sua bagagem, que lhe foi restituída apenas em 27/03/18, o que lhe causou mais frustrações e transtornos.

Parecer do Ministério Público a fls. 155/160.

Por seu turno, o pedido inicial foi julgado procedente pela r. sentença de fls. 162/169, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, corrigidos monetariamente a partir da fixação e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês, computados da citação, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em valor equivalente a 10% sobre o valor da condenação.

O recurso interposto pela ré não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

De pronto, insta assinalar que são aplicáveis ao caso as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, cumprindo anotar, neste ponto, que a prevalência das normas e tratados internacionais, que disciplinam o transporte aéreo internacional, em detrimento da legislação consumerista pátria incide tão somente no caso de indenização por dano material decorrente de extravio de bagagem em voo internacional, consoante entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636331, em que foi reconhecida a repercussão geral, assim ementado:

"Recurso extraordinário com repercussão geral. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: 'Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor'. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento". (STF/RE 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/05/2015).

Isto assentado, bem é de ver que se faz indisputável que a companhia aérea, no que tange ao defeito na prestação do seu serviço, é responsável pelos danos morais acarretados à passageira, sendo insuficiente, para excluir sua responsabilidade civil, a alegação de que o atraso do voo por ela operado decorreu de problemas mecânicos da aeronave, porque tal evento integra sua atividade fim e não merece ser catalogado como motivo de força maior apto a afastar a configuração do defeito na prestação de serviço aéreo a cargo da empresa de transportes.

Aliás, deixou o magistrado assentado com propriedade na r. sentença que, "ainda que se possa considerar inevitável eventuais defeitos nas aeronaves, mesmo estando em dia a manutenção do aparelho, tal situação está longe de ser imprevisível, sendo que, verificado o evento, cumpria à ré, dentro de prazo razoável, proceder ao direcionamento dos passageiros para outros voos ao destino daqueles, seja através de aeronave própria ou de companhias parceiras, não deixando de promover o atendimento necessário aos passageiros enquanto não adotadas tais providências." (fls. 165/166).

Daí resulta que o recurso interposto pela empresa de transporte aéreo não

Acesso ao Sumário

está a merecer acolhida, seja para o fim de afastar, seja para o fim de reduzir o valor da indenização por danos morais arbitrada na r. sentença, porque ausente até mesmo começo de prova da verificação de caso fortuito, força maior ou mesmo de que tenham sido por ela adotadas todas as medidas necessárias para que não ocorressem os sérios transtornos decorrentes do injustificado atraso do voo regularmente contratado pela autora, caracterizada então a indisputável responsabilidade da ré pelos transtornos resultantes da deficiente prestação do serviço de transporte aéreo, incidindo na espécie o Código de Defesa do Consumidor.

Tem-se que o episódio em exame acarretou à autora sérios contratempos que não podem ser catalogados como mero dissabor, haja vista que, conquanto tivesse adquirido e pago regularmente os bilhetes aéreos, foi surpreendida com a deficiente prestação de serviço disponibilizado pela empresa de transporte aéreo, que, em função do atraso do voo de Estugarda a Lisboa, acarretou a perda da conexão e o retardamento de mais de doze horas na chegada da autora ao seu destino final (São Paulo), não se podendo ainda olvidar do período em que permaneceu a passageira sem a devida assistência da companhia aérea, não tendo alternativa senão pernoitar no chão do saguão do aeroporto até a manhã seguinte, conforme evidenciam os documentos de fls. 31/34.

E não fosse bastante transtorno de tal magnitude, resultante do descaso da companhia aérea com a passageira, que se viu obrigada a pernoitar no chão do saguão do aeroporto, fato é que, ao chegar em São Paulo, foi surpreendida com a notícia de que sua bagagem havia sido extraviada, sendo-lhe devolvida após 03 dias (fls. 27/30).

Bem por isso, tratando-se de relação jurídica de consumo, o desrespeito à consumidora, que se viu privada do direito de efetuar a viagem aérea, na forma planejada, por falha administrativa da ré, caracterizou plenamente situação passível de reparação a título de danos morais, uma vez patenteado o defeito na prestação de serviço, consoante preconiza o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, sem prova bastante da não verificação de negligência da empresa aérea em adotar providências efetivas no sentido de evitar as consequências deletérias resultantes dos sérios contratempos causados à passageira, em razão do intolerável defeito do serviço disponibilizado à autora, configurado o descaso com a consumidora, qualificada está a prestação do serviço como inadequada e desvalorada, despicienda qualquer outra prova para induzir à existência dos danos morais indenizáveis.

E tem-se como razoável à recomposição dos danos morais sofridos pela autora e consubstanciado na angústia ocasionada pelo serviço inadequadamente prestado pela empresa aérea, incontroverso o injustificável atraso do voo com

a consequente perda da conexão e, ainda, a chegada ao destino final com atraso de doze horas, período durante o qual a autora, à época contando com 16 anos, viajando sem a companhia dos pais, permaneceu sem qualquer assistência da empresa aérea, sendo obrigada a pernoitar no chão do saguão do aeroporto, tudo culminando com o extravio de sua bagagem, que lhe foi restituída 03 dias após sua chegada em São Paulo, a manutenção da indenização por danos morais arbitrada em R$ 20.000,00 [sopesada para tanto a repetição serial e a gravidade das consequências do defeito do serviço, como assinalado], haja vista que a reparação em cotejo deve ser estabelecida em termos razoáveis, não se admitindo que a obrigação ressarcitória enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o julgador pelos parâmetros sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se também de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, como se verificou na espécie.

Ora, "a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/09/01), não se justificando, em consequência, a postulação do recorrente no sentido da redução do valor da indenização, pois importaria em postura destoante com o propósito norteador da reparabilidade do dano moral.

Em suma, caracterizado o dano moral indenizável e não se reputando excessivo o valor da indenização arbitrada, ante as peculiaridades acima enunciadas, preservo a r. sentença por seus fundamentos e pelos ora delineados. E, em função do trabalho adicional realizado pelo advogado da autora nesta fase recursal (fls. 198/204), elevo a verba honorária para 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014549-67.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CARMEM LÚCIA DA SILVA e GERSON MOREIRA DA SILVA, é apelado AM/PM COMESTÍVEIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.173)**

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

São Paulo, 17 de abril de 2019.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Franquia. Garantidores do contrato que tiveram sua ilegitimidade passiva reconhecida. Pretensão recursal de menção expressa à impossibilidade de atribuição sucumbencial aos corréus. Contexto decisório que permite interpretação de restrição da imposição à ré remanescente. Ausente fixação sucumbencial na origem, contudo, em favor dos recorrentes. Sentença neste ponto revista. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 453/456) que, reconhecida a ilegitimidade dos corréus garantidores, no mais julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de: (i) declarar rescindidos os contratos entabulados entre as partes; (ii) condenar o primeiro requerido ao pagamento de R$16.819,61, a título de *royalties* e taxa de publicidade inadimplidos. Sustentam os corréus Gerson e Carmem que há necessidade de menção expressa, no *decisum*, quanto à atribuição sucumbencial decorrente do afastamento da responsabilidade solidária, requerendo, assim, sejam excluídos do rateio das custas, bem assim que sejam fixados honorários advocatícios em seu favor.

Recurso regularmente processado, sem resposta (fls. 480).

É o relatório.

Em primeiro lugar, ausente recurso da corré Samambaia Auto Posto ou da autora quanto às questões atinentes ao desfazimento do vínculo contratual, cinge-se a controvérsia, então, à atribuição sucumbencial relativa aos garantidores, ora recorrentes, que asseveram ausente determinação expressa de exclusão do rateio recíproco das custas e de fixação do pagamento das custas e honorários em seu favor.

E, neste contexto, forçoso admitir mereça guarida o recurso, posto que em parte.

De um lado, conquanto não haja menção expressa à exclusão dos garantidores da sucumbência recíproca determinada na origem ("*ante a sucumbência recíproca, arcarão as partes com as despesas processuais em 50%*

Acesso ao Sumário

cada e honorários advocatícios em 10% do valor da causa para cada advogado (...)"), possível depreender do contexto decisório restrição da imposição à ré remanescente, porquanto logo acima do dispositivo se deliberou a ilegitimidade absoluta da "*inserção dos segundo e terceiro requeridos*" na lide. Quer dizer, aqui sem alteração que se deva apreciar.

Já solução diversa se reserva à fixação sucumbencial em favor dos recorrentes, ausente na origem, mas que se entende devida. Pois, atentando-se ao trabalho realizado, tem-se de carrear as custas e despesas processuais dos corréus Gerson e Carmem à autora, ademais de honorários advocatícios ora fixados em 10% do valor da causa. E acolhido neste ponto, portanto, o recurso.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos moldes acima declinados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0533735-66.1997.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado EQUIPAV S/A. PAVIMENTAÇÃO, ENGENHARIA E COMÉRCIO, é apelado/apelante NUCCOM NÚCLEO DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM LTDA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da parte autora reconvinda e deram provimento, em parte, ao recurso da parte ré reconvinte. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32989)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 22 de abril de 2019.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: PROCESSO - Rejeição da a arguição de nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa, por não realização da prova pericial contábil - Comportamento contraditório da parte autora reconvinda, visto que antes da interposição do recurso adesivo, não manifestou interesse na realização da prova pericial contábil, na oportunidade concedida, pelo MM Juízo da causa, para se manifestar sobre a interesse na produção dessa prova, por tê-

Acesso ao Sumário

la considerado desnecessária, como também nos memoriais apresentados antes da prolação da r. sentença recorrida - Ademais, o julgamento do feito sem a realização da prova pericial contábil não configurou cerceamento do direito de defesa, visto que as questões controvertidas estão suficientemente esclarecidas pelas provas documental e pericial de engenharia constante dos autos, não demandando a produção da prova pericial contábil.

DUPLICATA E PROTESTO - Nula e inexigível a duplicata objeto da ação, por ter sido emitida em desconformidade com o estabelecido nos arts. 1º, 2º, § 1º, V, e 3º da LF 5.474/68, visto que sacada em valor diverso e superior ao devido - O reconhecimento da nulidade e inexigibilidade da cártula objeto da ação tem como consectário lógico também a ilicitude do respectivo protesto - Manutenção da r. sentença, quanto ao julgamento de procedência das ações principal e cautelar, com relação a declaração de nulidade da duplicata objeto da ação e inexigível o débito representado por ela, com cancelamento definitivo do protesto, tornando definitiva a liminar concedida.

RESOLUÇÃO CONTRATUAL E PERDAS E DANOS - Como restou demonstrado (a) o atraso injustificado pela parte ré reconvinte na execução das obras contratadas e (b) o inadimplemento da parte autora reconvinda relativamente à obrigação de pagar os serviços executados pela parte ré reconvinte, (c) é se reconhecer o inadimplemento contratual, de ambas as partes, com igual carga de inadimplência, considerado a relevância do cumprimento do prazo no contrato de subempreitada objeto da ação e do significativo montante não satisfeito, que inviabiliza a manutenção do vínculo contratual e a condenação de qualquer uma das partes ao pagamento de perdas e danos, inclusive, multa por cláusula penal compensatória, (d) impondo-se, em consequência, a reforma da r. sentença para: (d.1) declarar resolvido - ou rescindido, conforme termo empregado no r. ato judicial recorrida, com igual alcance - o contrato,

por culpa de ambas as partes, autora reconvinda e ré reconvinte, e não apenas da última; e (d.2) rejeitar o pedido de condenação da parte ré reconvinte ao pagamento de indenização por perdas e danos, inclusive a multa decorrente de cláusula penal compensatória.

RETENÇÃO DE PAGAMENTO - Como, (a) existe obrigação contratual da parte ré reconvinte de "apresentar a prova de quitação de suas obrigações sociais e trabalhistas, vencidas até a data do recebimento, específicas do pessoal utilizado na execução dos serviços objeto deste contrato", obrigação esta que a parte ré reconvinte a admite, tanto que afirmou a satisfação desses encargos e que não se recusa a comprovar a quitação, mas não o fez, e (b) o acolhimento da exceção do contrato não cumprido, para a hipótese de descumprimento em parte ou de forma defeituosa da obrigação, tem pressuposto que a recusa da parte em cumprir sua obrigação guarde proporcionalidade com a inadimplência do outro contratante, por infração contratual grave e séria, o que não acontece, no caso dos autos, visto que o lapso temporal decorrido desde a desmobilização da parte ré reconvinte é superior a 20 anos e, até a presente data a parte autora reconvinda não demonstrou a existência de qualquer demanda contra ela própria e/ou contra a parte ré reconvinte relativamente às obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao pessoal em questão, (c) a solução, considerando as peculiaridades do caso dos autos, é: (c.1) manter a r. sentença, quanto à condenação da parte ré reconvinte em "comprovar a quitação dos débitos sociais e trabalhistas do pessoal utilizado na execução do serviço"; e (c.2) rejeitar a exceção do contrato não cumprido (art. 476, do CC) apresentada pela parte autora reconvinda e reformar a r. sentença, para afastar a obrigação da parte ré reconvinte de apresentar prova de quitação dos tributos sociais e trabalhista do pessoal utilizados na execução dos serviços objeto como condição de recebimento da contraprestação pelos serviços realizados e não pagos pela parte autora reconvinda,

Acesso ao Sumário

em contrato de subempreitada resolvido, por culpa recíproca.

RECONVENÇÃO - Como (a) o contrato de empreitada apresenta características de contrato de trato sucessivo, embora seja considerado de execução única, e (b) no caso dos autos, relativamente ao contrato de subempreitada, houve adimplemento parcial, em que o valor das obras realizadas pela parte ré reconvinte superaram o dos pagamentos feitos pela parte autora reconvinda, no montante de R$170.022,37, para fevereiro de 1996, a solução, para respeitar os efeitos produzidos pelo contrato e evitar enriquecimento sem causa da parte autora reconvinda, é a reforma da r. sentença, para julgar procedente, em parte, a reconvenção para condená-la ao pagamento dessa quantia à parte ré reconvinte, com incidência de correção monetária a partir de fevereiro de 1996, data base em que quantificado, pelo perito, o valor do débito por serviços realizados em não pagos.

JUROS DE MORA - Os juros de mora incidem na taxa de 12% ao ano (CC/2002, art. 406, c.c. CTN, art. 161, § 1º), a partir da intimação da parte autora reconvinda para manifestar sobre a reconvenção, ato pelo qual a parte reconvinda foi chamada para apresentar resposta, na forma do art. 343, § 1º, do CPC/2015, com correspondência no art. 316, do CPC/1973, na reconvenção, adotados com termo inicial de fluência dos juros de mora, na responsabilidade contratual, caso dos autos.

Recurso da parte autora reconvinda desprovido e recurso da parte ré reconvinte provido, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 2244/2248, acrescenta-se que a presente ação foi julgada nos seguintes termos: "Diante do exposto: a) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS, declaro extinto o processo n.º 0533735-66.1997.8.26.0100, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC, decreto a rescisão contratual por culpa da ré,

declaro nula a duplicata por indicação n.º 1.011, bem como inexigível o débito representado por ela e a condeno ao pagamento da quantia de R$ 664.697,26, já englobados o ressarcimento das quantias extras despendidas e a multa contratual, quantia que será corrigida monetariamente desde os dispêndios, pela tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, com incidência de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, além de comprovar a quitação dos débitos sociais e trabalhistas do pessoal utilizado na execução dos serviços. Em razão da sucumbência mínima da requerente, arcará a requerida com o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC; b) JULGO IMPROCEDENTE A RECONVENÇÃO e declaro extinto o processo com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC. Sucumbente, arcará a ré reconvinte com o pagamento de custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor da cobrança, com fulcro no artigo 85, § 2º, do CPC; c) Por consequência, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO CAUTELAR, declaro extinto o processo n.º 0740076-27.1997.8.26.0100, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC e torno definitiva a decisão que deferiu o pedido liminar, para determinar o cancelamento definitivo do protesto. Sucumbente, arcará a ré com o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 1.000,00, na forma do artigo 85, §8º, do CPC. Determino, por consequência, o levantamento da caução prestada. Oportunamente, oficie-se ao Tabelionato para cancelamento definitivo do protesto. Nesta data trasladei cópia para os autos da ação cautelar".

Os embargos de declaração opostos pela parte ré reconvinte (fls. 2251/2257) foram rejeitados (fls. 2259).

Apelação da parte ré reconvinte (fls. 2262/2285 instruída com o documento de fls. 2286 e as guias de recolhimento de fls. 2287/2290), sustentando que: (a) o presente recurso abarca solução dada aos pedidos cautelar, principal e reconvencional; (b) a ausência de descumprimento contratual, por sua parte; (c) "efetivamente realizou todos os serviços que estavam liberados (93% das estradas construídas - fls. 1.915) e o restante não foi feito por falta de definição ou de projetos, que estavam sob responsabilidade e incumbência da própria parte adversa" (fls. 2274); (d) "celebrou o contrato certa de que receberia os projetos executivos pela parte adversa" (fls. 2275), "todavia, durante toda a execução contratual, recebeu apenas projetos básicos, o que inviabilizou a conclusão dos trabalhos" (fls. 2275); (e) "não pode ser imputado à Equipav a ausência de projetos nem as consequências desta ausência, notadamente, o atraso e impossibilidade de conclusão de parte das obras e a contratação da Desmatamento e Terraplanagem Santo Antonio Ltda. para finalizá-las" (fls. 2276); (f) "a contratação da Desmatamento e Terraplanagem Santo Antonio

Acesso ao Sumário

Ltda., para finalizar o trabalho confiado à Equipav se deu a preço menor, de tal sorte, que a parte adversa *a)* lucrou ao inviabilizar a execução contratual pela Equipav (ensejando a suspeita de que tudo possa ser engendrado); *b)* frustou a expectativa da Equipav ao seu lucro" (fls. 2276); (g) "a parte adversa não remunerou sequer os trabalhos efetivamente realizados pela Equipav", está inadimplente com relação à duplicata mercantil 1.011, no valor de R$365.596,33" (fls. 2276); (h) "eventual entendimento de descumprimento contratual por parte da Equipav, deveria ser interpretado pelo princípio da *exceptio non adimpleti contratus*, diante da ausência de pagamentos pela parte adversa, conforme disposto no artigo 476, do Código Civil" (fls. 2276/2277); (h) o parecer de seu assistência técnico deve acolhido, quanto ao reconhecimento de que não houve descumprimento do contrato pela Equipav e que resta inadimplido o valor ali indicado; (i) mesmo que acolhido o laudo pericial, a r. sentença equivocou-se quanto ao saldo contratual a pagar, porque "acabou por estampar resultado completamente diverso do apontado pelo perito (enquanto o perito concluiu que há saldo devido pela Nuccom à Equipav, no valor de R$1.435,85, o juízo entendeu que há saldo devido pela Equipav à Nuccom, de R$664.697,26)" (fls. 2281).

O recurso foi processado (fls. 2291), com apresentação de resposta da parte autora reconvinda (fls. 2297/2303), alegando que "não há pedido de reforma da r. sentença no que concerne (i) à decretação de rescisão contratual por culpa da ré-recorrente" (fls. 2298), em consequência essa parte da r. sentença não pode ser modificada e (ii) à reconvenção, que ela não compreende cobrança de valor contratual, mas tão somente de duplicata, inexigível, "tanto porque a rescisão contratual por culpa da ré impede sua cobrança (...) e porque não havia causa para sua emissão, por conta da falta da aprovação da medição apresentada unilateralmente pela ré, e também porque o contrato previa a vedação da emissão de título de crédito conta as partes" (fls. 2298/2299), e, no mais, insistindo na manutenção da r. sentença.

Recurso adesivo da parte autora reconvinda de fls. 2304/2310 com as guias de recolhimento de fls. 2311/2312), insistindo que: (a) "inobstante tenha a sentença decretado a rescisão contratual por culpa da ré, reconhecendo que ela abandonou imotivadamente a obra e, assim, descumpriu o contrato, deixou a r. sentença de fixar a multa contratual incidente por inadimplemento, conforme estabelece o instrumento de fls. 71/80 celebrado entre as partes" (fls. 2305/2306); (b) nos termos da cláusula 6.1., "tratando-se de abandono da obra e excedimento do prazo para sua entrega, não há dúvida de que a multa devida pela requerida, ora recorrida, é de 5% (cinco por cento) do valor do contrato" (fls. 2306); (c) "o sr. perito engenheiro, entretanto, acabou por realizar cálculos de valores que caberiam à perícia contábil, o que acarreta inadmissível cerceamento de defesa" (fls. 2307/2308), impondo-se, em razão do cerceamento do direito de defesa,

Acesso ao Sumário

a “anulação do processo desde a perícia, para que as questões contábeis sejam dirimidas pelo perito contador, notadamente a base incidência da multa de 5% por descumprimento de cláusula contratual ou do contrato, como originalmente determinado no processo” (fls.2308); e (d) como é “a ré responsável por não cumprir o contrato no prazo, como confessado na contestação, confirmado na perícia de engenharia e decretado na sentença”(fls. 2310), é devida “a indenização por perdas e danos, como pleiteado e especificado no item 30 da vestibular” (fls. 2310), daí por que deve ser acolhido o pedido da letra “f” do item 35 da inicial.

O recurso adesivo da parte autora reconvinda foi processado (fls. 2318), a parte ré reconvinte (fls. 2321/2334 instruída com os documentos de fls. 2335/2337), alegando: (a) o não cabimento da anulação da r. sentença, uma vez que a perícia contábil se mostrou desnecessária; (b) a parte autora reconvinda não expôs sua insatisfação contra a r. decisão, que dispensou a perícia contábil; (c) não cabe aplicação de mula à parte ré reconvinte, ante a ausência de descumprimento contratual de sua parte, o inadimplemento foi da parte adversa; (c) quase a integralidade do contrato foi cumprido e, ao contrário do alegado, não há previsão específica contratual para aplicação de multa em caso de rescisão contratual; (d) se multa coubesse, não poderia exceder àquela já aplicada pelo MM Juízo, no grau máximo de 5% sobre a parcela que teria sido inadimplida; e (e) indevida a cumulação de indenização por perdas e danos em cumulação com multa contratual de 5% aplicada pelo MM Juízo.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte ré reconvinte é o de reforma da r. sentença, para que: (a) sejam julgados improcedentes os pedidos formulados pela parte autora nas ações principal e cautelar; (b) julgar procedente o pedido reconvencional, para que reste exigível a duplicata mercantil 1.011 e a parte adversa seja condenada ao pagamento de seu valor integral e original de R$365.596,33; e (c) subsidiariamente, “caso entenda esse Tribunal pela aplicabilidade de descontos referentes aos serviços terceirizados e aos valores despendidos pela própria parte adversa, que, mesmo assim, esta seja condenada a pagar à Equipav o valor histórico de R$328.400,85, ou, caso consideradas, também as obras canceladas, a pagar o valor histórico de R$258.679,51, ou, ainda, caso considerada também a multa contratual, a pagar o valor histórico de R$236.569,71, nos termos do parecer técnico da Equipav” (fls. 2284/2285); e (d) “subsidiariamente, como entenda esse Tribunal pela consideração integral do laudo pericial, que a parte adversa seja condenado a pagar à Equipav o valor histórico de R$1.435,84” (fls. 2285).

Já a pretensão recursal da parte autora reconvinda é de provimento do recurso adesivo, para anulação do feito desde a perícia ou reforma da r. sentença, para acolhimento do pedido da o pedido da letra “f” do item 35 da inicial.

Acesso ao Sumário

2. Rejeita-se a arguição de nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa, por não realização da prova pericial contábil.

Inicialmente, não pode deixar de anotar o comportamento contraditório da parte autora reconvinda em sua arguição de nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa, visto que antes da interposição do recurso adesivo, não manifestou interesse na realização da prova pericial contábil, na oportunidade concedida, pelo MM Juízo da causa, para se manifestar sobre a interesse na produção dessa prova, por tê-la considerado desnecessária (fls. 2207/2008 e 2219), como também nos memoriais apresentados (fls. 2224/2230) antes da prolação da r. sentença recorrida.

Ademais, o julgamento do feito sem a realização da prova pericial contábil não configurou cerceamento do direito de defesa, visto que as questões controvertidas estão suficientemente esclarecidas pelas provas documental e pericial de engenharia constante dos autos, não demandando a produção da prova pericial contábil.

Como bem decidido pelo MM Juízo da causa, "mostra-se desnecessária a realização da perícia contábil, tendo em vista que a perícia de engenharia esgotou a parte técnica e, inclusive, trouxe apuração de valores, muito embora o julgador não esteja atrelado a sua conclusão. Como mencionado na decisão de fls. 2197, o cumprimento das obrigações contratuais e a aplicação (ou não) da multa contratual são questões exclusivamente de direito, razão pela qual a perícia contábil deve ser dispensada" (fls. 2207).

O indeferimento de provas impertinentes não afronta o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, porquanto praticado com observância do princípio constitucional do devido processo legal, que atribui ao MM Juiz da causa o dever de zelar pela rápida solução do litígio e de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, como expressamente previsto nos arts. 139, II, e 370, ambos do CPC/2015.

3. Reforma-se a r. sentença.

3.1. A parte autora reconvinda ajuizou ação contra a parte ré, sustentando que: (a) subcontratou a ré, pelo regime de empreitada global, mediante o contrato NQL/001-96; (b) a ré incorreu em atraso nas obras, que deveriam ser entregues em 30.12.1996, iniciou de desmobilização de seu pessoal e material já em dezembro de 1996. e retirada do local do engenheiro, em março de 1997; (c) a ré não entregou as obras contratadas, o que a executar as obras, por si própria e pela contratação de terceiro, Desmatamento e Terraplanagem Santo Antonio; (d) não fazendo jus a qualquer pagamento, a parte ré enviou para protesto a duplicata DPS 1011, no valor de R$365.596,33, por serviços de uma suposta mediação efetivada em 24.02.1997, abrangendo o período desde 16.12.1996, sendo certo que essa medição não tem qualquer validade e existe outra nota

Acesso ao Sumário

referente a essa medição com valor diferente; (e) a supressão de pagamento do título em questão também é lícita por não comprovação de quitação de obrigações sociais e trabalhista, como prevê o contrato; (f) dispendeu quantia com gerenciamento de obras que deveriam estar concluídas em 1996; (g) o contrato contém previsão de pagamento de multa de 5% sobre o valor do instrumento, para rescisão contratual por inadimplemento. A parte autora formulou pedidos de: (i) declaração de inexigibilidade do débito representado pela duplicada 1011, tornando definitiva a sustação de seu protesto; (ii) decretação da rescisão contratual por culpa da ré; (iii) condenação da ré ao pagamento dos valores dispendidos pela autora na execução das obras não concluídas pela ré (R$791.368,21 a ser atualizado desde 01.02.1996), descontando-se o preço total de R$4.150.000,00 atualizado o valor que lhe foi pago (R$3.382.611,66), ou alternativamente, (iii.a) a condenação da ré ao pagamento da importância de R$29.979,87, atualizada desde 01.02.1996, que corresponde à diferença entre o valor da empreitada global contratada, o valor pago à ré e os serviços que não foram por ela executados; (iv) a condenação da ré em perdas e danos no valor de R$151.140,00, a ser atualizado desde outubro de 1997; (v) a condenação da ré na multa contratual de R$207.500,00, a ser atualizada desde 01.02.1996; e (vi) a condenação da ré na comprovação do pagamento dos débitos sociais e trabalhistas do pessoal utilizado na execução dos serviços objeto do contrato, bem como sua responsabilização por tais quitações.

Em sua contestação e reconvenção, com pedido de condenação da parte autora reconvinda ao pagamento da fatura correspondente à medição de janeiro de 1997, que ensejou a emissão da duplicata apontada para protesto no valor de R$365.596,33, a parte ré reconvinte alegou: (a) a exigibilidade do título apontado para protesto, por serviços e materiais fornecidos; (b) a desmobilização das obras decorreu de pagamento de pagamento; (c) o não atendimento do prazo avençado não se deu por sua culpa, mas da autora reconvinda pela ampliação dos serviços, não cumprimento de sua obrigação de pagar, o que determinou a desmobilização da obra; (d) mesmo sem receber a quantia constante da fatura apresentada à parte autora reconvinda, prosseguiu na execução dos serviços por mais de dois meses, tanto assim que somente a partir de março de 1997, retirou do local das obras o engenheiro responsável; (e) em razão da exceção do contrato não cumprido, é de se reconhecer que a resolução do contrato, por culpa exclusiva da própria autora reconvinda que deixou de pagar os serviços contratados; (f) o valor de R$4.150.000,00 não foi fixado, mas sim estimado; (g) tivesse culpa, responderia pela multa contratual, nunca pelo custo de complementação da obra; (h) não inadmissível a cumulação de despesas com o término da obra, multa e indenização, sendo certo que no caso de cláusula penal para o total inadimplemento da obrigação, o credor opta entre a exigência do cumprimento da pena e o cumprimento da obrigação e, se escolhe a primeira,

Acesso ao Sumário

excluída está a segunda, porque, com o recebimento da multa corresponde à fixação antecipada dos prejuízos, ele obtém integral ressarcimento; (i) não responde o obras cuja realização desconhece; e (j) todos os débitos trabalhistas e sociais estão quitados.

3.2. Reconhece-se, na espécie, diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, que:

(a) as partes autora reconvinda e ré reconvinte firmaram contrato de subempreitada de prestação de serviços de construção civil, devidamente especificados no contrato juntado aos autos e respectivo aditamento (fls. 100/121 e 122);

(b) o laudo pericial não pode ser acolhido, no que concerne às seguintes matérias: **(b.1)** inclusão do valor de **R$135.279,87**, incluído como gastos da autora reconvinda, para abater do valor devido à parte ré reconvinte, uma vez que não comprovadas por documentos comprobatórios de despesas nesse elevado valor, conforme constatando pelo assistente técnico da parte ré reconvinte, que fica acolhido nessa questão (fls. 2110); e **(b.2)** multa decorrente de cláusula penal - arbitrada pelo vistor judicial em **R$33.306,66** (fls. 2058) - que, por envolver questão exclusivamente de direito que apenas compete ao juiz conhecer;

(c) acolhe-se integralmente o laudo pericial apresentado pelo vistor judicial (fls. 2010/2069) e respectivos esclarecimentos (fls. 2154/2161), por bem elaborado, visto que não infirmados por alegações das partes e pelo parecer divergente do assistente técnico da parte ré reconvinte (fls. 2103/2113) e respectivos esclarecimentos (fls. 2175/2181), no que segue: **(c.1)** "a empresa Equipav não finalizou a obra no prazo estipulado" (fls. 2060) e "o detalhamento dos projetos fazia parte do escopo da Equipav e, portanto, não justifica o atraso" (fls. 2060); **(c.2)** o valor do contrato, em razão do cancelamento de obras no valor equivalente de R$69.721,34 foi reduzido de R$4.150.000,00 para **R$4.080.278,66**, para a data base de fevereiro de 1996 (fls. 2024 e 2056); e **(c.3)** montante já pago pela parte autora reconvinda e já recebido pela para ré reconvinte de **R$3.379.403,06**, para a data base de fevereiro de 1996 (fls. 2053); e **(c.4)** montante pago pela autora reconvinda e recebida pela empresa Desmatamento e Terraplanagem Santo Antonio Ltda. por serviços prestados que não haviam executados pela ré reconvinte antes de sua desmobilização: **R$319.632,68**, para a data base de fevereiro de 1996 (fls. 2054 e 2156);

Acesso ao Sumário

(d) com os gastos com os serviços executados pela própria autora reconvinda que não foram executados pela ré reconvinte antes de sua desmobilização, que devem ser abatidos os valores do contrato, para apuração no montante devido à parte ré reconvinte, o valor indicado pelo perito no valor de **R$346.500,42** deve ser reduzido para **R$211.220,55** *[=R$346.500,42 (valor total apurado pelo perito) - R$135.279,87 (valor excluído, porque não juntada*

documento comprobatório, conforme item "b.1" supra)], para a data base de fevereiro de 1996, observando que, no que concerne à inclusão das parcelas de R$57.264,23, referente ao custo de gerenciamento e de R$153.956,32 comprovados por documentos juntados aos autos, integrantes do gasto em questão fica acolhido integral o laudo pericial e respectivos esclarecimentos, visto que não infirmados por alegação e provas constantes dos autos, compreendendo os valores indicados na tabela de 2054/2055, observando-se que o valor indicado, na inicial como R$151.140,00, para outubro de 1997, não é exigível, nesse montante, porque compreende custo de gerenciamento diverso do contratado com a parte ré reconvinte, e, portanto, deve ter um redutor de 40% (fls. 2048);

(e) em razão do afastamento do laudo pericial, nas matérias especificadas no item "b", empregando-se o mesmo critério de cálculo adotado pelo perito, constante de fls. 2055/2056, critério este com relação ao qual nenhum desacerto foi demonstrado, mediante a substituição do valor de R$346.500,42, pelo de R$211.220,55, nos termos do deliberado no item "d" supra, para o valor devido à parte ré reconvinte por serviços prestados e não pagos é de **R$170.022,37**, para fevereiro de 1996; e

(f) com relação às obrigações sociais e trabalhistas da parte ré reconvinte, o contrato ajustado prevê que nenhum pagamento será realizado sem a apresentação de "prova de quitação de suas obrigações sociais e trabalhistas, vencidas até a data do recebimento, específicas do pessoal utilizado na execução dos serviços objeto deste contrato" (fls. 74), sendo certo que: **(f.1)** a parte autora reconvinda não demonstrou a existência de qualquer demanda contra ela própria e/ou contra a parte ré reconvinte relativamente às obrigações em questão; e **(f.2)** a parte ré reconvinte afirmou que todos os débitos relativos às obrigações em questão estão quitados e não se recusa a fazer prova dessa quitação (fls. 804, itens 69 e 70).

É fato incontroverso que a duplicata objeto da ação relativa ao débito supra especificado foi sacada pelo valor de **R$365.596,22**.

3.3. Mantém-se a r. sentença, quanto ao julgamento de procedência das ações principal e cautelar, com relação a declaração de nulidade da duplicata objeto da ação e inexigível o débito representado por ela, com cancelamento definitivo do protesto, tornando definitiva a liminar concedida.

3.3.1. Nula e inexigível a duplicata objeto da ação, por ter sido emitida em desconformidade com o estabelecido nos arts. 1º, 2º, § 1º, V, e 3º da LF 5.474/68, visto que sacada em valor diverso e superior ao devido.

Em que pese o reconhecimento parcial do débito pela parte autora apelante, é de se ver que a parte ré sacadora emitiu duplicata em montante superior ao devido, o que afronta as normas supra especificadas e implica no reconhecimento da nulidade e inexigibilidade do título assim emitido.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, quanto à nulidade e inexigibilidade de duplicatas sacadas em valor diverso do preço ajustado para as mercadorias vencidas ou serviços prestados, a orientação: **(a)** de Waldo Fazzio Júnior: "**Como o saque de duplicata deve corresponder a uma efetiva operação de compra e venda mercantil ou a uma prestação de serviços só pode ser ela emitida para a cobrança do preço de mercadorias vendidas ou de serviços prestados, daí sendo ilegal seu saque quando representativo de juros e correção monetária, diferença de frete ou outra causa que não aquelas previstas na lei de duplicatas. A duplicata é um título causal. Portanto, sua regularidade está diretamente vinculada ao negócio subjacente. Só pode ser emitida para a cobrança do preço de mercadorias vendidas ou de serviços prestados.** Donde se conclui que **seu saque é ilegal quando representativo de juros e correção monetária, cobrança de multa contratual, cobrança de contribuição sindical, cobrança de cota condominial, cobrança de obrigações locatícias, representação comercial, inadimplemento de comissões ou indenizações**" (Manual de Direito Comercial, 11ª ed, Atlas, 2010, p. 394, o destaque não consta do original); **(b)** dos julgados extraídos do site: **(b.1)** deste Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "CAMBIAL - Duplicata - Prestação de serviços - Título causai - Falta de assinatura do sacado no canhoto da duplicata - Ré não comprova que o autor autorizou a execução de serviço: reparo em direção hidráulica de veículo - **Duplicata emitida com valor superior ao preço ajustado pelas partes - inexigibilidade - Cabimento. Ação principal (declaratória de nulidade de título extrajudicial) e cautelar (de sustação de protesto) procedentes**. Recurso provido." (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 9054870-42.2000.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Junior, v.u., j. 19/12/2006, o destaque não consta do original); e **(b.2)** "DUPLICATA - Prestação de serviços - Existência de 'canhoto' assinado pela destinatária dos serviços - Irrelevância - **Valor da duplicata é superior ao da fatura - Invalidade do título** - Acréscimo decorrente de encargos financeiros ou correção monetária - **Inadmissibilidade - Procedência das ações principal e cautelar, a declaratória de nulidade de titulo de crédito e a de sustação de protesto** - Recurso desprovido." (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 9090667-79.2000.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, v.u., j. 21/06/2005, o destaque não consta do original); e **(c)** do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: "DUPLICATA - SAQUE POR VALOR SUPERIOR AO DA FATURA - PROTESTO - DANOS MORAIS - PESSOA JURÍDICA. - No ato de emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma **DUPLICATA** correspondente, para circular como título de crédito. - **O saque feito por valor maior afronta o art. 2º da Lei n. 5.474/68, enquanto o respectivo protesto abre campo a pedido de indenização por danos morais. - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula n. 227 do STJ), sendo prescindível a comprovação**

Acesso ao Sumário

dos prejuízos, que são presumidos, devido à dificuldade de se trazer aos autos questões tão abstratas." (**6ª** Câmara Civil do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Apelação nº 399.914-8, rel. Des. Beatriz Pinheiro Caíres, v.u., j. 14.08.2003, o destaque não consta do original).

3.3.2. O reconhecimento da nulidade e inexigibilidade da cártula objeto da ação tem como consectário lógico também a ilicitude do respectivo protesto, impondo-se, em consequência, a manutenção das deliberações da r. sentença, quanto ao cancelamento definitivo do protesto, tornando definitiva a liminar concedida.

3.4. Como restou demonstrado **(a)** o atraso injustificado pela parte ré reconvinte na execução das obras contratadas e **(b)** o inadimplemento da parte autora reconvinda relativamente à obrigação de pagar os serviços executados pela parte ré reconvinte, **(c)** é se reconhecer o inadimplemento contratual, de ambas as partes, com igual carga de inadimplência, considerado a relevância do cumprimento do prazo no contrato de subempreitada objeto da ação e do significativo montante não satisfeito, que inviabiliza a manutenção do vínculo contratual e a condenação de qualquer uma das partes ao pagamento de perdas e danos, inclusive, multa por cláusula penal compensatória, **(d)** impondo- se, em consequência, a reforma da r. sentença para: **(d.1)** declarar resolvido - ou rescindido, conforme termo empregado no r. ato judicial recorrida, com igual alcance - o contrato, por culpa de ambas as partes, autora reconvinda e ré reconvinte, e não apenas da última; e **(d.2)** rejeitar o pedido de condenação da parte ré reconvinte ao pagamento de indenização por perdas e danos, inclusive a multa decorrente de cláusula penal compensatória.

Nesse sentido, quanto ao afastamento da condenação em perda e danos na resolução de contrato, por culpa de ambos os contratantes, a orientação de Arnaldo Rizzardo: "**Se ambas as partes encontram-se inadimplentes, faltando ao mesmo tempo com a obrigação, levando a verificar-se a mora simultânea, o mais correto é decretar-se a resolução do contrato por culpa de ambas, e não concedendo perdas e danos. Nessas circunstâncias, eliminam-se ambas as moras.** Em princípio, porém, não cabe olvidar o exame do inadimplemento quantitativo, ou da maior carga de inadimplência, com repercussão nas perdas e danos. Apenas aquele a quem se tornou inútil a prestação está autorizado a pedir a dissolução da relação contratual. De outro lado, ainda quanto à mora simultânea, àquele a quem se exige o cumprimento em primeiro lugar, não se garante o direito de pedir a resolução por incumprimento do outro" ("Contratos", 7ª ed., Forense, 2008, RJ, p. 271/272, o destaque não consta do original).

Em consequência, do ora deliberado, ficam rejeitados os pedidos formulados na inicial de condenação da ré ao pagamento das importâncias "e", "e.1.", "f" e "g", constantes de fls. 14 e 15, observando-se que referente aos gastos com gerenciamento compreendem custos de serviços, foram considerados

Acesso ao Sumário

pelo perito, no valor de R$57.264,23, ante o emprego de redutor de 40%, como se verifica do item 3.2."d", supra, e não dívida por perdas e danos.

Anota-se que, a pretensão deduzida na letra "e", por implicar em enriquecimento sem causa da parte autora reconvinda, jamais poderia ser acolhida. Isto porque tem como resultado permitir que a parte autora reconvinda ao invés de pagar por obras executadas pela parte ré reconvinte, como contratado, recebê-las sem qualquer contraprestação. Isto porque, (a) se acolhida tal pretensão a parte ré reconvinte deveria reembolsar a parte autora reconvinda importância gastas na realização de serviços não executados pela primeira, e (b) o resultado disso é que com recebimento desses valores da ré reconvinte, a parte autora recebia obras contratadas, independentemente de qualquer contraprestação, o que configura enriquecimento sem causa da autora reconvinda às custas da parte ré reconvinte.

3.5. Como, **(a)** existe obrigação contratual da parte ré reconvinte de "apresentar a prova de quitação de suas obrigações sociais e trabalhistas, vencidas até a data do recebimento, específicas do pessoal utilizado na execução dos serviços objeto deste contrato", obrigação esta que a parte ré reconvinte a admite, tanto que afirmou a satisfação desses encargos e que não se recusa a comprovar a quitação, mas não o fez, e **(b)** o acolhimento da exceção do contrato não cumprido, para a hipótese de descumprimento em parte ou de forma defeituosa da obrigação, tem pressuposto que a recusa da parte em cumprir sua obrigação guarde proporcionalidade com a inadimplência do outro contratante, por infração contratual grave e séria, o que não acontece, no caso dos autos, visto que o lapso temporal decorrido desde a desmobilização da parte ré reconvinte é superior a 20 anos e, até a presente data a parte autora reconvinda não demonstrou a existência de qualquer demanda contra ela própria e/ou contra a parte ré reconvinte relativamente às obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas ao pessoal em questão, **(c)** a solução, considerando as peculiaridades do caso dos autos, é: **(c.1)** manter a r. sentença, quanto à condenação da parte ré reconvinte em "comprovar a quitação dos débitos sociais e trabalhistas do pessoal utilizado na execução do serviço"; e **(c.2)** rejeitar a exceção do contrato não cumprido (art. 476, do CC) apresentada pela parte autora reconvinda e reformar a r. sentença, para afastar a obrigação da parte ré reconvinte de apresentar prova de quitação dos tributos sociais e trabalhista do pessoal utilizados na execução dos serviços objeto como condição de recebimento da contraprestação pelos serviços realizados e não pagos pela parte autora reconvinda, em contrato de subempreitada resolvido, por culpa recíproca.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, quanto à exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476, do CC, adota-se a orientação de: **(a)** Carlos Roberto Gonçalves: "**É requisito, para que a exceção do contrato não cumprido seja admitida, que a falta cometida pelo contratante, que está exigindo a prestação**

do outro sem ter antes cumprido a sua, seja grave, bem como que haja equilíbrio e proporcionalidade entre as obrigações contrapostas." Anotam Colin e Capitant, nessa ordem, que "**não basta qualquer falta do contratante para justificar a exceção: é necessário uma 'falta grave', uma verdadeira inexecução da obrigação. Nessa conformidade, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* não pode prescindir da boa-fé e não deve ser feita sem levar em conta a diversidade das obrigações. Se o inadimplemento do credor for de leve teor, não poderá ele servir de fundamento ou justificar a oposição da aludida defesa.**" ("Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais", vol. III, 5ª ed., Saraiva, 2008, SP, p. 165, o destaque não consta do original); **(b)** Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "No que tange à boa-fé objetiva, percebemos a *exceptio* como especificação normativa da aplicação da máxima *tu quoque* - não faça aos outros aquilo que não queira que façam a ti mesmo -, regra de ouro que impede a constituição desleal de direitos subjetivos, através de dois pesos e duas medidas. **Inadmissível o exercício de uma posição jurídica que não guarde proporcionalidade com o descumprimento anterior, afinal, quem viola uma norma não pode dela pretender extrair vantagens em um segundo momento**. Nota-se que, enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir a outra parte a executar, preservando a unidade indivisível do contrato, visto de forma complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. Não é o contrato que será suspenso quando do exercício da *exceptio*, mas somente a obrigação do devedor será provisoriamente suspensa. (...) Assim, **será lícito ao lojista interromper o pagamento de prestações relativas ao contrato de direito de reserva comercial de espaço em um shopping center, quando o empreendedor descumpre a sua obrigação de instalar a loja "âncora" no local previsto, em detrimento do lojista**. Caso o descumprimento se demonstre imperativo, poderá o empresário postular a própria resolução. (...) Discutem-se atualmente os limites do exercício da *exceptio*. **Em sede constitucional, urge sempre precisar a proporcionalidade entre a inexecução da contraparte e o exercício da exceção. Será caracterizada como abuso do direito e, portanto, como ato ilícito (art. 187, CC) a conduta do excipiente que recusa cumprimento em razão de um inadimplemento mínimo praticado pela contraparte**. No adimplemento substancial, a quebra de proporcionalidade entre a insignificante ofensa do direito e a alegação da *exceptio* acaba se convertendo em uma escusa indevida ao cumprimento do contrato. **O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar 05 veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de 01 dos automóveis, não pode B**

Acesso ao Sumário

se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de 20% da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional. Portanto só se aplica a teoria do adimplemento substancial na hipótese da *exceptio non rite adimpleti contractus*, em que há execução incompleta e defeituosa. Se o inadimplemento de escassa importância mantém o vínculo contratual, não permitindo que o contratante não inadimplente busque dissolver o contrato, faz também com que fique vedado à parte, abusivamente, alegar o leve descumprimento contratual para não cumprir com a prestação que lhe cabe. O julgador deverá valorar a gravidade do descumprimento ocorrido, só permitindo que a exceção paralise a pretensão posta quando for ela relevante para a economia contratual. Contudo, na *exceptio non adimpleti contractus* propriamente dita, em que nada do devido se cumpriu, inegável será a gravidade do descumprimento considerado em si mesmo, incidindo na função socioeconômica do contrato, o que sempre justificará a exceção do contrato não cumprido" ("Curso de Direito Civil - Contratos Teoria Geral e Contratos em Espécie", vol. 4, 2ª ed., Ed. JusPodivm, 2012, BA, p. 574-577, o destaque não consta do original); e **(c)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(c.1)** "DIREITO CIVIL. CONTRATOS. RESCISÃO. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA.NECESSIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REQUISITOS. NULIDADE PARCIAL. MANUTENÇÃO DO NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO. BOA-FÉ OBJETIVA. REQUISITOS. (...) - A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. **A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da argüição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo.** - Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação. - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever

Acesso ao Sumário

de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ-3ª Turma, REsp 981750/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 13/04/2010, o destaque não consta do original); e **(c.2)** "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA. ESCASSA IMPORTÂNCIA. **1. Em havendo mora de um contratante (vendedor) de escassa importância, relativa a débito de IPTU, a suspensão indefinida do pagamento por parte do outro contratante (comprador) de importância de aproximadamente um milhão de reais, já estando aquele gravame tributário liquidado, com sua manutenção na posse do bem (imóvel), a exceptio favorece ao primeiro, acarretando a rescisão da avença. 2. A exceção, consoante a melhor doutrina, não pode 'ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo'. 3. Recurso especial conhecido.**" (STJ-4ª Turma, REsp 883990/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 01/04/2008; DJe 12/08/2008, o destaque não consta do original).

3.6. Como **(a)** o contrato de empreitada apresenta características de contrato de trato sucessivo, embora seja considerado de execução única, e **(b)** no caso dos autos, relativamente ao contrato de subempreitada, houve adimplemento parcial, em que o valor das obras realizadas pela parte ré reconvinte superaram o dos pagamentos feitos pela parte autora reconvinda, no montante de **R$170.022,37**, para fevereiro de 1996, a solução, para respeitar os efeitos produzidos pelo contrato e evitar enriquecimento sem causa da parte autora reconvinda, é a reforma da r. sentença, para julgar procedente, em parte, a reconvenção para condená-la ao pagamento dessa quantia à parte ré reconvinte, com incidência de correção monetária a partir de fevereiro de 1996, data base em que quantificado, pelo perito, o valor do débito por serviços realizados em não pagos.

3.6.1. Nesse sentido, quanto à responsabilidade pelo pagamento por obras realizadas pelo empreiteiro em valor superior ao dos pagamentos feitos pelo contratante, para respeitar os efeitos produzidos pelo contrato e evitar enriquecimento sem causa da parte autora reconvinda, a orientação de: **(a)** Carlos Roberto Gonçalves: **(a.1)** "Há interesse prático nessa classificação *(refere-se ao momento em que os contratos devem ser cumpridos: contratos de execução instantânea, diferida ou de trato sucessivo)*, por diversas razões: a) a teoria da imprevisão, que permite a resolução do contrato por onerosidade excessiva, disciplinada nos arts. 478 a 480 do novo Código Civil, só se aplica aos contratos de execução diferida ou continuada (...); b) o princípio da simultaneidade

Acesso ao Sumário

das prestações só se aplica aos de execução instantânea; por conseguinte, não se permite em contrato de execução diferida ou de trato sucessivo, que o contratante, que deve satisfazer em primeiro lugar sua prestação, defenda-se pela *exceptio non adimpleti contractus*, alegando que a outra parte não cumpriu a dela; **c) nos contratos de execução instantânea a nulidade ou a resolução por inadimplemento reconduz as partes ao estado anterior, enquanto nos de execução continuada são respeitados os efeitos produzidos (os aluguéis pagos, o serviço prestado pelo empregado, p. ex.), não sendo possível restituí-las ao *statu quo ante*;** (...)" ("Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais", vol. III, 5ª ed., Saraiva, 2008, SP, p. 79, o negrito não consta do original); e **(a.2)** "**O contrato de empreitada é cumprimento mediante uma série de atos concatenados, necessitando certo espaço de tempo para sua conclusão. Sob esse aspecto, pode ser considerado de *trato sucessivo*. Todavia, como tem por objeto a realização de determinada obra, é normalmente contrato de *execução única*, embora não se desnature, como assinala Orlando Gomes, se tem como objeto prestações periódicas**, como sucede quando o empreiteiro de obriga a executar obra por unidades autônomas" ("Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais", vol. III, 5ª ed., Saraiva, 2008, SP, p. 345/346, o negrito não consta do original); e **(b)** Fábio Ulhoa Coelho: "**Resolvido o contrato, deve proceder-se à sua liquidação, ou seja, à recomposição dos interesses dos antigos contratantes. A liquidação desdobra-se em dois aspectos: restauração da situação anterior ao contrato e indenização por prejuízos derivados da resolução. Desse modo, na liquidação, cabe, em princípio, o retorno à situação jurídica anterior ao vínculo contratual. Cada contratante devolve ao outro as prestações recebidas e tem direito à restituição do entregou**. A restauração da situação jurídica antecedente ao contrato não tem cabimento contudo, em algumas hipóteses. Em primeiro lugar, se a resolução foi parcial (...), as prestações não alcançadas pela dissolução ficam excluídas da liquidação, no sentido de que não retornam ao obrigado a quem pertenciam anteriormente. **A resolução é parcial exatamente para preservar parte do contrato. Essas prestações, porém, servem de parâmetro à composição dos interesses na liquidação. Para evitar o enriquecimento indevido de qualquer dos antigos contratantes, aquele que fica com a prestação não alcançada pela resolução deve compensar a outra parte, ou ser por ela compensado, se a contraprestação tinha valor superior ou inferior. A liquidação não importa retorno anterior á constituição do contrato resolvido, se este era classificado como de *execução contínua*** (Gomes, 1959:87). Nos contratos de duração a resolução não pode importar a devolução das prestações recebidas de parte a parte porque isso conduziria ao enriquecimento indevido de uma delas. (...) **O retorno à situação anterior à contração, reassumindo os antigos contratantes o direito que então titulavam, é característico da liquidação**

Acesso ao Sumário

apenas dos contratos de duração instantânea (imediata ou diferida) totalmente dissolvidos pela resolução." ("Curso de Direito Civil - Contratos", vol. 3., 4ª ed., Saraiva, 2010, SP, p. 136, o destaque não consta do original).

3.6.2. A correção monetária é devida a partir da data base em que quantificado, pelo perito, o valor do débito por serviços realizados em não pagos.

Não se pode olvidar que a correção monetária importa apenas, na recomposição do valor da moeda corroído pela inflação.

Em caso de condenação decorrente de ilícito contratual, a correção monetária incide a partir da data em que quantificado o prejuízo e não do ajuizamento da ação, mesmo em ações do processo de conhecimento, sendo certo que isto não ofende o disposto no art. 1º, § 2º, da LF 6.899/81.

Aplicável à espécie a Súmula 43/STJ: "Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir do efetivo prejuízo".

Esse mesmo critério de determinação de incidência da correção monetária a partir do momento em que quantificado o prejuízo, consta das seguintes Súmulas: (a) "Não ofende a CF a correção monetária no pagamento com atraso dos servidores públicos" (Súmula 682/STF); (b) "Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do ajuizamento" (Súmula 14/STJ); (c) "Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua retirada ou exclusão do participante do plano de consórcio"; (d) "Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido" (Súmula 162/STJ); e (e) "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula 362/STJ).

3.7. Os juros de mora incidem na taxa de 12% ao ano (CC/2002, art. 406, c.c. CTN, art. 161, § 1º), a partir da intimação da parte autora reconvinda para manifestar sobre a reconvenção (fls. 822), ato pelo qual a parte reconvinda foi chamada para apresentar resposta, na forma do art. 343, § 1º, do CPC/2015, com correspondência no art. 316, do CPC/1973, na reconvenção, adotados com termo inicial de fluência dos juros de mora, na responsabilidade contratual, caso dos autos.

Neste sentido, a orientação do julgado extraído do site: **(a)** do Eg. STJ: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA**. INCIDÊNCIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. **As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Eg. Tribunal firmaram convicção que na responsabilidade contratual os juros de mora incidem a partir da citação, pela taxa do art. 1.062 do Código de 1916 até 10.1.2003 (0,5% ao mês) e, após essa data, com a**

Acesso ao Sumário

entrada do Código Civil de 2002, pelo art. 406 do atual diploma civil (1% ao mês); 2. Decisão recorrida em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte, incidência da Súmula 168/STJ; 3. Agravo Regimental não provido." (STJ-2ª Seção, AgRG nos EREsp 871925/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, v.u., j. 28/04/2010, DJe 14/05/2010, o destaque não consta do original); **(b)** deste Eg. Tribunal de Justiça: "(...) **Juros - Mora - Termo inicial - Incidência a partir da intimação da autora-reconvinda para contestar a reconvenção**, sobre o valor correspondente à diferença entre o valor original do cheque e o que foi pago pela emitente à portadora - Recurso parcialmente provido - Sentença parcialmente reformada." (21ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0065539-16.2000.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, v.u., j. 15/06/2005, o destaque não consta do original).

No mesmo sentido, a orientação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "**Efeitos da intimação**. A intimação para contestar a reconvenção produz, em princípio, todos os efeitos enumerados no CPC 219, inclusive o constitutivo da mora (RJTJSP 120/387)." ("Código Civil Comentado", 6ª edição, RT, 2008, p. 592, parte da nota 8 ao art. 316).

4. Como resultado do desprovimento do recurso da recurso da parte autora reconvinda e do provimento, em parte, do recurso da ré reconvinte, verifica-se que: **(a)** na ação principal, houve sucumbência parcial e recíproca, visto que vencidas as partes em parcelas de igual relevância, porquanto a parte autora foi: **(a.1)** integralmente vencedora nas pretensões de declaração de inexigibilidade da duplicata de alto valor e de cancelamento do respectivo protesto, tornando-se definitiva a liminar, **(a.2)** vencedora em parte no pedido de resolução do contrato, ante o reconhecimento de culpa recíproca, e **(a.3)** vencidas nos demais pedidos; **(b)** na reconvenção, houve sucumbência parcial e recíproca, dado que o valor da condenação é aproximadamente 50% do valor cobrado; e **(c)** na ação cautelar, a parte ré reconvinte restou vencida.

Destarte: **(a)** na ação principal, nos termos do art. 85, caput, §§ 1º e 2º, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, em razão da sucumbência recíproca e parcial, condenam-se as partes autora e ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, com incidência de correção monetária a partir do respectivo ajuizamento, na proporção de 50% (cinquenta por cento), para cada uma (CPC, art. 86, *caput*), o que resultada na condenação em 5% (cinco) por cento do valor da causa, com incidência de correção monetária a partir do ajuizamento, de cada uma das partes, valor este que se mostra adequado para remunerar condignamente os respectivos patronos sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa e ao proveito econômico obtido; **(b)** na reconvenção: **(b.1)** nos termos do art. 85, caput, §§ 1º e 2º, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, condena-se a parte reconvinda ao pagamento de honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, valor este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte reconvinte, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa e ao valor da condenação; **(b.2)** nos termos do art. 85, caput, §§ 1º e 8º, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, condena-se a parte reconvinte ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$5.000,00, com incidência de correção monetária a partir desde julgamento, valor este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte reconvinte, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa e ao baixo valor da causa; e **(c)** na ação cautelar, fica mantida a verba honorária fixada pela r. sentença recorrida, em R$1.000,00, com incidente de correção monetária desde a data da prolação do r. ato judicial recorrido, uma vez que arbitrada em conformidade com o disposto no art. 85, caput, §§ 1º e 8º, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, valor este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte reconvinte, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa e ao baixo valor da causa.

Por aplicação do disposto nos arts. 82, § 2º, e 86, *caput*, do CPC, quanto às custas e despesas processuais: **(a)** da ação cautelar, a parte ré reconvinte arcará a integralidade; e **(b)** da ação principal e da reconvenção serão rateadas igualmente entre as partes autora reconvinda e ré reconvinte.

5. Desprovido o recurso, da parte autora reconvinda, em razão da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, por se mostrar adequado ao caso dos autos, majora-se de: **(i)** 5% para 6% o percentual da condenação da verba honorária arbitrada no item "4.a" supra, por sucumbência na ação principal; e **(ii)** 10% para 12% o percentual da condenação da verba honorária imposta no item "4.b.1" supra, por sucumbência na reconvenção.

6. Em resumo, o recurso da parte autora reconvinda deve ser desprovido, e, respeitado o entendimento do MM Juízo sentenciante, o recurso da parte ré reconvinte deve ser provido, em parte, para, mantida, no mais, reformar a r. sentença, para: **(i)** no que concerne à ação principal para: **(i.1)** declarar resolvido - ou rescindido, conforme termo empregado no r. ato judicial recorrida, com igual alcance - o contrato, por culpa de ambas as partes, autora reconvinda e ré reconvinte, e não apenas da última; **(i.2)** rejeitar o pedido de condenação da parte ré reconvinte ao pagamento de indenização por perdas e danos, inclusive a multa decorrente de cláusula penal compensatória, com rejeição pedidos formulados na inicial de condenação da ré ao pagamento das importâncias "e", "e.1.", "f" e "g", constantes de fls. 14 e 15, observando-se que referente aos gastos com gerenciamento compreendem custos de serviços, foram considerados pelo perito, no valor de R$57.264,23, ante o emprego de redutor de 40%, como se verifica do item 3.2."d", supra, e não dívida por perdas e danos; e **(i.3)** para afastar a

Acesso ao Sumário

obrigação da parte ré reconvinte de apresentar prova de quitação dos tributos sociais e trabalhista do pessoal utilizados na execução dos serviços objeto como condição de recebimento da contraprestação pelos serviços realizados e não pagos pela parte autora reconvinda, em contrato de subempreitada resolvido, por culpa recíproca; **(ii)** para julgar procedente, em parte, a reconvenção, para condenar a parte autora reconvinda a pagar à parte ré reconvinte, a quantia de R$170.022,37 com incidência de correção monetária a partir de fevereiro de 1996 e de juros de mora 12% ao ano a parte da intimação da parte autora reconvinda para manifestar sobre a reconvenção; e **(iii)** para estabelecer a distribuição dos encargos de sucumbência nos termos *supra* especificados.

O presente julgamento não afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

Ante o exposto e para os fins acima, **nega-se provimento ao recurso da parte autora reconvinda e dá-se provimento, em parte, ao recurso da parte ré reconvinte.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0042511-48.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado TONY ARAZI.

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 20.591)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2019.

HAMID BDINE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. FALÊNCIA. PEDIDO DE REABILITAÇÃO. Pedido formulado por sócio administrador de empresa falida. Sentença de procedência. Recurso interposto pelo Ministério Público do Estado. Controvérsia recursal adstrita à definição do termo inicial de fluência do prazo para reabilitação. Matéria regulada expressamente no

art. 102 da LREF, o qual exige a prévia extinção das obrigações do falido. Pressuposto inafastável. Regra que não padece de inconstitucionalidade. Direito ao trabalho (CF, art. 5º, XIII) e ao livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, art. 170) não violados. Hipóteses de extinção que, por sua vez, estão enumeradas no rol taxativo do art. 158 da LREF. Reabilitação que, no caso, depende do transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, a contar de futura sentença de encerramento da falência. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fs. 113/128, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para declarar reabilitado o falido, sócio administrador da empresa falida Visionner do Brasil Ltda., e extinta as suas obrigações, nos termos dos arts. 158, III, e 159, ambos da Lei n. 11.101/05.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo apelou. Sustentou, em síntese, que a situação deve ser tratada de acordo com a Lei de Falências, cujo artigo 102 estabelece que a inabilitação do falido perdura até a extinção das suas obrigações que, no caso, depende do decurso do prazo de 5 anos a contar do trânsito em julgado da futura sentença de encerramento, conforme artigo 158, III.

Recurso regularmente processado, dispensado de preparo e com contrarrazões (fs. 148/162). A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fs. 170/172).

Houve oposição ao julgamento virtual (fs. 1.044).

É o relatório.

Trata-se de pedido de reabilitação formulado pelo ora apelado, sócio administrador da Visionner do Brasil Ltda., a quem foram estendidos os efeitos da falência da pessoa jurídica.

O objeto do recurso está adstrito à definição do termo inicial do prazo de reabilitação do falido, com a consequente declaração da extinção das suas obrigações.

A controvérsia se dá em razão de já terem transcorrido mais de dez anos desde a data da decretação da falência, ocorrida em 17 de abril de 2006 (fs. 660/665 dos autos principais), e ainda não ter sequer iniciado a fluência do prazo para a declaração da extinção das obrigações do falido.

Em que pese os relevantes fundamentos expostos na r. sentença, a vinculação do início da contagem do prazo de reabilitação ao encerramento da

Acesso ao Sumário

falência decorre da literalidade da legislação de regência.

Com efeito, o art. 102 da LREF estabelece que a inabilitação do falido para o exercício de qualquer atividade empresarial se inicia com a decretação da falência e perdura "até a sentença que extingue suas obrigações".

A extinção das obrigações, por sua vez, está regulada no art. 158, assistindo razão ao Ministério Público quanto à não subsunção da situação do apelado a nenhuma das hipóteses ali previstas, o que ocorrerá somente depois do decurso do prazo de 5 (cinco) anos da sentença de encerramento, nos termos do inciso III.

A doutrina discute se o termo inicial da contagem deve ser a data da prolação e publicação da sentença de encerramento ou o a do seu trânsito em julgado, mas é cediça quanto à necessidade de preenchimento das condições previstas em um dos quatro incisos.

Nesse sentido: **João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005, Almedina, 2017, p. 914/915; Manoel Justino Bezerra Filho, Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo, RT, 2018, *e-book*; Marcelo Barbosa Sacramone, Comentários à lei de recuperação de empresas e falência, Saraiva, 2018, p. 494/495.**

Tem-se, portanto, que a natureza do rol do art. 158 da LREF é taxativa, o que exclui a possibilidade de adoção de marco inicial distinto, ainda mais anterior àqueles que estão expressamente enumerados.

Nem se diga que há inconstitucionalidade a ser reconhecida, como registra **Marcelo Sacramone:**

> "Entre as limitações impostas ao falido, ao empresário individual de responsabilidade ilimitada e aos sócios de responsabilidade ilimitada de uma sociedade empresarial falida, figura a inabilitação para o exercício de qualquer atividade empresarial. O falido não poderá desenvolver, desde a sentença declaratória da falência até a sentença que extingue suas obrigações, atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços de modo profissional. **O princípio constitucional da livre-iniciativa garante o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, da CF). A norma constitucional é de eficácia contida, ou seja, garante o pleno exercício do trabalho, mas este poderá ser restringido pela Lei, como ocorreu no caso da LREF" (Comentários à Lei de Recuperação Judicial e Falência, Saraiva, 2018, p. 386)**.

O ilustre magistrado e Professor aduz, em seguida, na mesma passagem de sua obra, que a inabilitação atinge o desenvolvimento da atividade empresarial. Não o impede de ser sócio de outras pessoas jurídicas e mesmo administrador,

Acesso ao Sumário

desde que, como no caso não tenha sido condenado por crime falimentar.

O objeto da regra é adequado: impedir que a situação econômica do falido se agrave, em detrimento dos credores da massa.

O art. 170 da Constituição Federal não impõe ao caso a solução estabelecida na r. sentença, uma vez que seu parágrafo único é claro ao admitir a exceção legal ao exercício de qualquer atividade econômica.

Desse modo, nem há restrição ao pleno exercício ao trabalho, nem inconstitucionalidade por impedimento à atividade econômica.

José Afonso da Silva analisa o art. 5º, XIII, da Constituição Federal e esclarece que "o teor do dispositivo em si, já demonstra que estamos diante de simples *direito individual*, não daquilo que a doutrina chama liberdade de conteúdo social, pois que ali não se garante o trabalho, nem não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão" **(Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 2008, p. 257)**.

O dispositivo, sustenta o autor, assegura liberdade de escolha de trabalho, ofício ou profissão, segundo as propensões de cada um. Visa, desse modo, a impedir que o Poder Público o constranja a exercer outro ofício.

José Afonso da Silva também adverte, ao tratar do mencionado art. 170 da Constituição Federal, que o Poder Público poderá restringir a liberdade de iniciativa econômica, sempre com o objetivo de atingir a justiça social (**obra citada, p. 794**).

No caso em exame, o legislador infraconstitucional considerou que a inabilitação do falido na forma estabelecida no art. 102 da Lei de Recuperação Judicial e Falência é medida que atende essa finalidade.

Por essa razão, de rigor a reforma da r. sentença para julgar improcedente o pedido de reabilitação do apelado e de extinção das suas obrigações.

Diante do exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000555-55.2015.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante MARIA FATIMA GENTIL GIOVANINI, são apelados NELSON GENTIL e WERNER MERTZIG.

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 14861)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 29 de abril de 2019.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Prestação de contas - Primeira fase - Improcedência - Recurso de apelação cabível - Exegese do artigo 550, §5º do CPC de 2015 - Cerceamento de defesa inocorrente - Aquisição de quotas - Ausência de arquivamento da alteração contratual perante a JUCESP - Irregularidade irrelevante para os demais sócios - Atuação como sócio do sócio - Dever de prestar contas reconhecido - Prescrição extintiva reconhecida - Artigo 205 do Código Civil de 2002 - Prestação de contas que fica adstrita ao período de 10 anos - Recurso conhecido e parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paulínia, que julgou improcedente ação de prestação de contas, condenada a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (fls. 218/220).

A autora recorre, almejando a inversão do julgado. Sustenta, preliminarmente, a nulidade do "*decisum*" por cerceamento de defesa. No mérito, reafirma sua condição de sócia do Colégio Cosmos de Paulínia S/C Ltda., conforme prova documental acostada aos autos (fls. 14/18). Afirma que contribuiu com dinheiro para a construção do colégio, tendo efetuado aportes que comprovam sua condição de sócia oculta (fls. 223/227).

Foram apresentadas contrarrazões, nas quais, preliminarmente, os apelados pretendem não seja conhecido o recurso, apontando a inadequação da via recursal eleita. No mérito, rechaçam as alegações da apelante e requerem a manutenção da sentença (fls. 231/234).

Foi determinada a complementação do recolhimento das custas do preparo recursal pela apelante (fls. 237/238), o que foi atendido (fls.242/243).

As partes foram instadas a se manifestarem sobre a incidência do artigo

Acesso ao Sumário

205 do Código Civil de 2002 ao caso concreto (fls.245), mas permaneceram silentes (fls. 247).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Na presente ação, a autora afirma que, no ano de 1995, adquiriu, em conjunto com os réus, quotas sociais do Colégio Cosmos de Paulínia S/C Ltda., tendo investido montante correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do capital social, mas permaneceu como "sócia oculta". Aduz que a empresa era administrada por seu irmão (corréu Nelson), o qual nunca lhe prestou contas a respeito da sociedade. Assevera que expediu notificação extrajudicial, solicitando a apresentação das respectivas contas sobre faturamento, perdas e lucros, tendo em vista que recebia mensalmente apenas o valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), sem que houvesse qualquer reajuste no decorrer de todos os anos. Alega que recebeu verbalmente a informação do corréu (Nelson) de que suas quotas, consideradas as despesas havidas pela sociedade, atingiram um patamar inferior a 16% (dezesseis por cento) do capital social total, razão pela qual não havia reajuste dos valores repassados. Requer, então, a prestação de contas de todo o período (fls. 01/06).

Citados, os réus apresentaram contestação, na qual, preliminarmente, arguiram a ilegitimidade passiva "*ad causam*" do Colégio Cosmos de Paulínia S/C Ltda., bem como a ocorrência da prescrição extintiva. No mérito, impugnam a narrativa dos fatos contida na petição inicial, refutando a condição de sócia alegada pela autora, bem como o aporte financeiro sustentado. Asseveram que, de fato, as partes mantiveram tratativas para o ingresso da autora na sociedade, mas que, após o envio da minuta de alteração do contrato social, a demandante simplesmente desistiu, nunca tendo participado da empresa. Rechaçam a alegação de que a autora seria sócia oculta, apontando a falta de demonstração do alegado investimento na sociedade. Por fim, sustentam que o valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), repassado mensalmente à autora, destina-se ao pagamento da locação do imóvel onde está instalada a instituição de ensino. Requerem a improcedência da ação (fls. 76/81).

O processo foi saneado, ocasião em que foram rejeitadas as questões preliminares, bem como concedido o prazo para que a autora pudesse produzir nova prova documental, fixado, também, o ponto controvertido (193/194).

Decorrido o prazo fixado, a ação foi julgada improcedente e a autora irresignada pretende a reforma.

O inconformismo merece prosperar.

De início, não prevalece a preliminar de não conhecimento do recurso arguida em contrarrazões, porquanto a ação foi julgada improcedente na origem e apenas a decisão de acolhimento do pedido de prestação de contas possui

Acesso ao Sumário

natureza de interlocutória, ao abrir uma segunda fase no rito processual, e, portanto, a teor do disposto no artigo 550, §5º do CPC de 2015, é recorrível via agravo de instrumento.

Na hipótese vertente, a ação foi julgada improcedente, sendo cabível a interposição do recurso de apelação, dada a consequente decretação da extinção do processo.

O alegado cerceamento na produção de provas, por sua vez, não restou configurado também.

Não foi realizado um julgamento antecipado propriamente dito, pois foi proferida uma decisão saneatória, com o escopo específico de organizar o processo e viabilizar o exercício adequado e pleno da cognição judicial.

Naquela decisão, restou fixado "como ponto controvertido o fato de ocupar, ou não, a autora, posição de sócia na empresa citada", sendo feitas determinações e concedidos prazos específicos para que a documentação já constante dos autos fosse completada.

Dispôs-se, então, que: a) a via original do documento de fls.19 deveria ser exibida; b) novas cópias dos extratos bancários deveriam ser apresentadas, dado serem ilegíveis aquelas já disponibilizadas; c) no prazo de quinze dias, deveriam ser apresentados documentos atestatórios do aporte financeiro anunciado na petição inicial se, de acordo com o alegado, realizado para que fosse adquirida a condição de sócia; d) fosse apresentada certidão atualizada relativa ao Registro do Colégio Cosmos de Paulínea S/C Ltda.

Com efeito, na decisão saneatória, houve uma especificação pormenorizada e cuja função, ressalte-se, não pode ser deixada de lado e desconsiderada.

Sendo faculdade do juiz determinar a produção das provas tidas como cabíveis para resolução do litígio, compete a ele mesmo decidir a pertinência (ou não) destas mesmas provas.

Após decurso do prazo concedido quando do saneamento do processo, a documentação constante dos autos, dado o teor da causa de pedir, noticiada a consecução de uma operação jurídica e financeira destinada à aquisição de uma participação societária, em que há movimentação relevante de valores pecuniários, foi tida como suficiente. A colheita de testemunhos ou depoimentos pessoais de nada serviria neste âmbito, não servindo para confirmar transferências de dinheiro, tal como era pretendido, e, de toda maneira, o exame dos documentos reunidos já se mostrar apto a resolver as questões postas.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame do mérito recursal.

A apelante apresentou um instrumento de alteração do contrato social da empresa "Colégio Cosmos de Paulínia S/C Ltda.", o qual foi firmado por todos os sócios em 30 de janeiro de 1998, tendo sido admitida na sociedade, com a participação equivalente a 83 (oitenta e três) quotas sociais, comprovando que,

Acesso ao Sumário

com a anuência dos apelados, adquiriu a participação na sociedade em tela (fls. 14/19).

A referida cessão não foi levada ao registro público, mas os apelados, tendo firmado o instrumento, não podem alegar desconhecimento.

Para que um terceiro seja admitido como sócio, tratando-se de sociedade limitada, é necessária a alteração do contrato social e, no caso concreto, é, inclusive, prevista a necessidade de aquiescência dos demais sócios para a consecução de uma cessão de quotas (Cláusula IX - fls. 17), o que ocorreu.

Foi celebrado um negócio jurídico, tendo Werner Mertizig cedido oitenta e três quotas sociais do Colégio Cosmos de Paulínea S/Com Ltda. em favor de Maria Fátima Gentil Giovanini e esta cessão de quotas restou formalmente extratificada no instrumento datado de 30 de janeiro de 1998. Mesmo que a alteração do contrato social não tenha sido levada a registro, não expandindo sua eficácia sobre a pessoa jurídica e terceiros (artigo 18, parágrafo único do Código Civil de 1916; artigo 999, parágrafo único do Código Civil de 2002), os efeitos jurídicos *inter partes* mantêm-se íntegros, atingindo, inclusive, Teresa Cesária Pires, que forneceu aquiescência expressa e Nelson Gentil, irmão da autora (apelante), que, no mesmo instrumento, cede suas quotas sociais e, ao depois, retornou ao quadro de sócios, tendo plena ciência da transferência de participação societária ajustada e dada por efetivada (fls. 14/18).

Nesse sentido, também, sobre a mesma matéria, esta Câmara Reservada já assumiu posicionamento similar em outros julgados, conforme o abaixo reproduzido:

> "Exibição de documentos contábeis. Proposição formulada por antigo sócio. Revelação, na resposta, de que as quotas foram transferidas, pelo que terminaram os motivos para que se exibissem documentos submetidos ao sigilo e ao acesso irrestrito. Sentença que reconhece a falta de interesse de agir consetânea com a realidade fática e jurídica, ainda que falte registro da cessão de quotas na JUCESP. Não provimento." (TJSP - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, APELAÇÃO Nº 1084556-55.2013.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 24.6.2015).

> "Prestação de contas - Primeira fase - Ilegitimidade de parte - Descaracterização - Ausência de arquivamento da alteração contratual perante à JUCESP - Irregularidade irrelevante para os sócios - Preliminares rejeitadas - Procedência confirmada - Administração de recursos dos sócios - Necessidade de apuração - Apelo desprovido." (TJSP; Apelação 0257618-98.2009.8.26.0002; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2015; Data de Registro: 14/08/2015).

Acesso ao Sumário

A situação da autora (apelante) é bastante peculiar, remetendo à figura do "sócio do sócio", como o previsto no artigo 1.003, parágrafo único do Código Civil de 2002. A autora (apelante) associou-se ao sócio Werner Mertzig (segundo apelado), podendo, sem dúvida, exigir seja exposta a evolução de sua própria situação, dados os atos realizados e os resultados obtidos ao longo do tempo.

Persiste, porém, em contraposição, o advento da prescrição extintiva, não se concebendo seja, como consta do pedido deduzido na petição inicial (fls.5), feita a exigência de prestar contas por um período ilimitado, superior ao de dez anos estabelecido no artigo 205 do Código Civil de 2002 como lapso máximo para a extinção do direito de ação.

O prazo prescricional, na prestação de contas, não se confunde com o dos pleitos de natureza meramente indenizatória, devendo remeter ao prazo geral de dez anos, dada a natureza específica da postulação feita e a ausência da previsão de um prazo especial (Apelações 0002989-51.2013.8.26.0445 e 0009335-44.2012.8.26.0189).

No mais, no âmbito do procedimento especial regente da ação de prestação de contas, a primeira fase ostenta, pura e simplesmente, o escopo de determinar se persiste, ou não, a obrigação de prestar contas (Antonio Carlos Marcato, Procedimentos Especiais, 8ª. Ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p.104).

Ressalta-se que a efetiva prestação de contas e a produção eventual de provas serão realizadas na segunda fase do procedimento especial, admitido o dever de prestar contas.

Conhece-se, então, do recurso, para dar-lhe parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1104485-98.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCELO JACINTO HORTA e DIEGO ALMEIDA TEIXEIRA NORONHA, é apelada KLM - COMPANHIA REAL HOLANDESA DE AVIAÇÃO.

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 06248)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - Pretensão ao pagamento de indenização por danos morais - Sentença de procedência em parte - Pleito de reforma da sentença - Cabimento - Demanda que, apesar de versar sobre transporte aéreo internacional, tem por pedido recursal somente a majoração da indenização por danos morais, de maneira que o CDC (Lei Fed. nº 8.078, de 11/09/1.990) deve prevalecer sobre as Convenções de Varsóvia e Montreal - Apelantes que adquiriram passagens aéreas para viajarem os trechos São Paulo-Amsterdã-Roma no dia 20/07/2.018 e Praga-Amsterdã-São Paulo no dia 06/08/2.018, havendo atrasos em ambos os voos, em virtude da necessidade de manutenção da aeronave - Indenização que deve ser majorada para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos apelantes, montante razoável e proporcional à condição econômica das partes e aos dissabores enfrentados pelos apelantes - Sentença reformada em parte - APELAÇÃO provida, para majorar a indenização por danos morais, no valor supra.

VOTO

Trata-se de **apelação** interposta por **Diego Almeida Teixeira Noronha e outros** contra a r. **sentença** (fls. 99/102), proferida nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA**, ajuizada pelos apelantes em face de **KLM - Companhia Real Holandesa de Aviação**, que **julgou procedente em parte** a ação, para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R$ 2.862,00 (dois mil, oitocentos e sessenta e dois reais), para cada um dos apelantes, acrescido de correção monetária, a partir da data do arbitramento, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Pela sucumbência, houve a condenação da apelada ao pagamento de custas/despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Alegam os apelantes no presente recurso (fls. 104/113), em síntese, que compraram passagens para viajarem os trechos de São Paulo-Amsterdã-Roma, no dia 20/07/2.018, às 15:10 horas, com chegada prevista a Roma para às 12:45 horas. Afirmam que chegaram a Roma com 09 (nove) horas de atraso em relação a seu cronograma original e, ainda, com uma das malas danificadas.

Acesso ao Sumário

Sustentam que o voo de retorno partiria de Praga, no dia 06/08/2.018, às 07:00, com conexão em Amsterdã, chegando, ao final, a São Paulo no mesmo dia, às 17:10 horas. Aduzem que também houve atraso no trecho Praga-Amsterdã de 02 (duas) horas, o que provocou a perda da conexão, sendo, assim, realocados para um voo com escala em Roma, o que gerou um atraso de 12 (doze) horas em relação ao horário em que deveria ter chegado a São Paulo. Afirmam que suportaram danos morais, devendo ser majorada a indenização fixada pelo Juízo "a quo" para o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada apelante. Pedem a reforma da r. sentença.

Em contrarrazões (fls. 122/129), alega a apelada, em síntese, que o valor fixado pela magistrada de origem não comporta majoração, uma vez que restou comprovado que o voo não sofreu atraso por mera liberalidade ou falha imputada à apelada, indicando que o atraso ocorreu para garantir a segurança de todos com a manutenção da aeronave. Afirma que a quantia pretendida pelos apelantes fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, por este Relator, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Trata-se de **ação ordinária ajuizada pelos apelantes**, por meio da qual **objetivam, nesta instância recursal, a majoração da indenização por danos morais**, fixada pelo Juízo "a quo" em R$ 2.862,0 (dois mil, oitocentos e sessenta e dois reais), para cada um dos apelantes, **para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada.**

Assim, aponto que **o presente voto se restringirá a apreciar a possibilidade de majoração da referida indenização**, uma vez que não houve interposição de recurso pela apelada.

Inicialmente, observo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990) é aplicável ao caso em apreço, uma vez que os apelantes podem ser enquadrados na condição de **consumidores** e a apelada na de **fornecedora de serviço**, consoante as definições contidas nos artigos 2º e 3º[1] do mencionado código, respectivamente.

Acesso ao Sumário

1 Art. 2°. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3°. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1°. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2°. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Ainda, neste ponto, observo que, apesar se tratar de transporte aéreo internacional de passageiros, não se pleiteia, nestes autos, indenização por **danos materiais** por "atraso de pessoa, bagagem ou carga ou extravio destas", caso no qual haveria a prevalência das normas e tratados internacionais, com destaque para as Convenções de Varsóvia e Montreal, sobre o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990), conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, em 25/05/2.017, pelo C. Supremo Tribunal Federal, no qual se fixou o **TEMA nº 210** de **Repercussão Geral**:

> 1. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. **É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: 'nos termos do art. 178 da Constituição da república, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor'**. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (**Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, Rel. Gilmar Mendes, j. 25/05/2017**) (negritei)

Nesse sentido, também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça e desta C. 15ª Câmara de Direito Privado:

> INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - ATRASO E CANCELAMENTO DE VOOS INTERNACIONAIS, EM RAZÃO DE CONDIÇÕES METEOROLÓGICAS ADVERSAS, SEGUIDA DE EXTRAVIO MOMENTÂNEO DE BAGAGEM - **Aplicabilidade do entendimento consolidado pelo STF, no julgamento do RE 636331 e do ARE 766618, com repercussão geral (tema 210) para os danos materiais, sem abranger os danos morais que continuam regidos pelo Código de Defesa do Consumidor** - Responsabilidade objetiva da companhia aérea por danos causados aos passageiros (art. 14 do CDC) - Falha na prestação de serviços evidenciada - Inexistência de assistência material ao autor - Violação ao art. 14 da Resolução 141/2010 da ANAC - Danos materiais comprovados pelo autor - Verba indenizatória dentro dos limites de 1.000 direitos de saque, nos termos do art. 22 da Convenção de Montreal - Danos morais evidenciados, fixando-se a indenização de acordo com os princípios

Acesso ao Sumário

da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso negado. **(Apelação Cível nº 1008543-15.2018.8.26.0011; Rel. Des. Francisco Giaquinto; Comarca: Pinheiros; Órgão Julgador: 13ª Câm. de Direito Privado; Data do Julgamento: 10/04/2.019; Data de Registro: 10/04/2.019)** (negritei)

RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM OCORRIDO NO TRAJETO DE IDA, QUE FOI ENTREGUE APÓS APROXIMADAMENTE TRÊS DIAS DEPOIS DA CHEGADA AO DESTINO INTERNACIONAL - Responsabilidade da ré que se assenta no acordo de cooperação existente entre as companhias, que compartilham a mesma cadeia de consumo, respondendo solidariamente perante o consumidor - Responsabilidade solidária e objetiva - Dano material - Comprovação por notais fiscais, nas quais se pode verificar a data, horário e valor da compra, compatíveis com os fatos discutidos nos autos - Irrelevante a língua estrangeira - Passageiro que se viu obrigado a adquirir tais bens e peças de vestuário - **Danos morais - Configuração - Inequívoco o transtorno, a irritação, o desconforto e o sentimento de impotência e descaso em relação a grave falha da companhia de transporte aéreo - Desgaste físico e mental - Indenização fixada em R$10.000,00 - Valor que se revela adequado ao propósito de compensar a autora sem enriquecê-la, atentando-se à capacidade financeira da parte ofensora e ao escopo de evitar a reiteração do ilícito - Indenização que não está limitada pelo julgamento dos RE 636.331-RJ e ARE 766.618- SP, pelo STF, e assim ao disposto na norma internacional, aplicável apenas a reparação de danos materiais** - Precedentes - Termo inicial dos juros de mora - Citação - Ilícito contratual - Art. 405 do Código Civil - Valor concedido a título de indenização por danos materiais que se encontra dentro do limite de 1.000 DES - Direito Especial de Saque, estabelecido no art. 22 da Convenção de Montreal - RECURSO DESPROVIDO **(Apelação Cível nº 1016441-06.2018.8.26.0003; Rel. Des. Ramon Mateo Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 18ª Câm. de Direito Privadol; Data do Julgamento: 09/04/2.019; Data de Registro: 10/04/2.019)** (negritei)

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO - TRANSPORTE AÉREO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Voo internacional - Atraso de chegada ao destino superior a 8 horas - **Prevalência do CDC em detrimento da Convenção de Montreal** - Sentença de parcial procedência mantida - Voo fornecido diverso do adquirido que acabou por atrasar a viagem, fazendo a passageira voar durante muitas horas, com conexões morosas e tardia chegada ao destino internacional em aeroporto diverso e mais distante do originalmente contratado - A responsabilidade da ré é objetiva, conforme disposto no artigo 14, do CDC e artigos 734 e 737, do CC - Danos morais caracterizados - Verba indenizatória majorada para R$ 8.000,00, em consonância com

> as circunstâncias do fato, do dano e ao caráter educativo/punitivo - Precedentes - Honorários arbitrados (15% sobre o valor da condenação) mantidos porque revelam justa remuneração ao trabalho realizado diante da baixa complexidade da demanda, parcial procedência e presente resultado (que por via reflexa eleva a verba) - Recurso parcialmente provido. **(Apelação Cível nº 1010444-45.2018.8.26.0002; Rel. Des. Elói Estevão Troly; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 15ª Câm. de Direito Privado; Data do Julgamento: 21/08/2.012; Data de Registro: 25/02/2.019)** (negritei)

Extrai-se dos autos que os apelantes adquiriram passagens aéreas fornecidas pela apelada para viajarem os trechos São Paulo-Amsterdã- Roma, no dia 20/07/2.018, às 15:10 horas, chegando a Roma às 12:45 do dia 21/07/2.018. Ainda, relativamente ao voo de retorno, os apelantes compraram passagens aéreas para viajarem os trechos Praga-Amsterdã-São Paulo, no dia 06/08/2.018, às 07:00 horas, chegando a São Paulo às 17:10 horas (fl. 21).

É incontroverso nos autos que houve o atraso de ambos os voos operados pela apelada, por motivo de necessidade de manutenção da aeronave, destacando-se o voo de retorno dos apelantes, realizado no dia 06/08/2.018, que chegou à cidade de São Paulo 12 (doze) horas após o previsto, não sendo fornecida aos apelantes qualquer assistência material pela apelada.

Relativamente ao **dano moral**, é oportuno citarmos lição de Maria Helena Diniz[2]:

> É a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima de evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Assim, entende-se que os apelantes experimentaram angústia e desgosto, que superam o mero dissabor, uma vez que houve atraso dos voos contratados, tanto na ida para Roma, quanto na volta de Praga para São Paulo, ressaltando-se que, em nenhum momento, houve o fornecimento pela apelada da assistência material devida aos apelantes, como facilidades de comunicação, alimentação adequada e acomodação, nos termos do artigo 14 da Resolução nº 141, de 09/03/2.010, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC[3].

2 Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, p. 92.

3 Art. 14. Nos casos de atraso, cancelamento ou interrupção de voo, bem como de preterição de passageiro, o transportador deverá assegurar ao passageiro que comparecer para embarque o direito a receber assistência material.

§1º. A assistência material consiste em satisfazer as necessidades imediatas do passageiro, gratuitamente e de modo compatível com a estimativa do tempo de espera, contados a partir do horário de partida originalmente previsto, nos seguintes termos:

I. superior a 1 (uma) hora: facilidades de comunicação, tais como ligação telefônica, acesso a internet ou outros;

II. superior a 2 (duas) horas: alimentação adequada;

III. superior a 4 (quatro) horas: acomodação em local adequado, traslado e, quando necessário, serviço de hospedagem.

Acesso ao Sumário

Desta maneira, entendo que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos apelantes, é proporcional e razoável aos **danos morais** sofridos, considerando a condição econômica das partes, o alto grau de reprovabilidade da conduta da apelada e a angústia e o desgosto experimentados pelos apelantes, sem implicar, por oportuno, o enriquecimento ilícito destes.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. 15ª Câmara de Direito Privado:

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE AÉREO - CANCELAMENTO DE VOO POR MOTIVO DE MANUTENÇÃO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO CASO FORTUITO - Realocação em voo para destino diverso, com posterior término da viagem por meio de "van" - Falha na prestação do serviço - Dano moral configurado - **Indenização arbitrada em R$ 10.000,00 que não comporta redução** - Sentença parcialmente procedente - Negado provimento ao recurso. **(Apelação Cível nº 1022872-02.2018.8.26.0506; Rel. Des. Lucila Toledo; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão Julgador: 15ª Câm. de Direito Privado; Data do Julgamento: 21/08/2.012; Data de Registro: 05/04/2.019)** (negritei)

Desta maneira, deve ser acolhida a pretensão dos apelantes, para majorar a indenização por danos morais para o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um, conforme pedido dos apelantes.

Portanto, deve ser reformada em parte a r. sentença, apenas para majorar a indenização por danos morais para o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos apelantes.

Assim, desnecessárias mais argumentações.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à presente **apelação**, para, **reformando em parte** a r. **sentença, majorar a indenização por danos morais para o valor de R$ 10.000,00** (dez mil reais), para cada um dos apelantes, **mantendo-se**, no mais, a r. **sentença** questionada, por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000410-49.2017.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante LUZIA APARECIDA DINIZ DOS REIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AGIPLAN FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento em parte ao

recurso. Vencido o 3º Desembargador que declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente), JOÃO BATISTA VILHENA, AFONSO BRÁZ, vencedores, e SOUZA LOPES, vencido, com declaração de voto.

São Paulo, 1º de maio de 2019.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Empréstimo realizado via cartão de crédito com reserva de margem consignável (RMC) - Autora que não reconhece os descontos havidos em seu benefício previdenciário a esse título - Réu que não se desincumbiu do ônus de comprovar a regularidade da contratação, tampouco a autorização para desconto, a qual não pode se dar por meio telefônico - Inteligência do art. 3º, inciso III, da Instrução Normativa do INSS nº 28/2008, alterada pela Instrução Normativa do INSS nº 39/2009 - Ausência de prova que contrarie o direito alegado na inicial - Débito que deve ser declarado inexigível - Cabimento do pedido de devolução dos valores descontados do benefício previdenciário do requerente, todavia de forma simples, ante a ausência de comprovada má-fé da instituição financeira - Instituição financeira que deve, igualmente, cessar o lançamento de valores a tal título no benefício da requerente e promover a liberação de sua margem consignável - Dano moral in re ipsa caracterizado - Indenização fixada, nesta oportunidade, em R$ 10.000,00, valor proporcional ao dano, e que bem atende aos requisitos de sanção da conduta do agente e concessão de lenitivo à vítima - Necessidade, contudo, de devolução da quantia creditada pelo banco em conta-corrente da autora, a fim de se restituírem as partes ao status quo ante - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

A apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 283/287, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes os pedidos de cessação e liberação dos descontes realizados em seu benefício previdência a título de RMC, devolução dos valores indevidamente descontados, bem como o de indenização por danos morais.

Afirma que o *decisum* não pode prevalecer, sustentando, em suma: que o banco se utilizou de artifícios ardilosos para induzi-la em erro, já que imaginava estar contratando empréstimo e não cartão com reserva de margem consignável; que o contrato colacionado aos autos é datado de 14/06/2014 e, portanto, não tem nenhum nexo com a reserva de margem consignável datada de 02/10/2015; que em momento algum expressou sua vontade em adquirir um cartão de crédito; que a conduta da instituição financeira leva-a a uma dívida praticamente impagável; que os dispositivos do CDC devem ser aplicados na hipótese dos autos; que, diante dos fatos narrados, o banco deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais; que os valores indevidamente descontados de seu benefício previdenciário lhe devem ser restituídos em dobro.

O recurso foi recebido no duplo efeito, dispensado o preparo por ser a apelante beneficiária da gratuidade de justiça.

O apelado apresentou contrarrazões, sustentando o acerto da r. decisão.

É o relatório.

Antes do mais, não há dúvida de que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor se aplicam aos contratos bancários, porquanto assim explicitam a Súmula 297 do C. Superior Tribunal de Justiça e o C. Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1.

Entretanto, a aplicação do mencionado *codex* não significa conceder tudo quanto o consumidor pretende, como se não houvesse contrato, outras leis aplicáveis à espécie e entendimento jurisprudencial uniformizado sobre o tema.

Dito isto, a apelante ingressou com a presente demanda sob o argumento de não reconhecer os descontos havidos em seu benefício previdenciário em virtude da contratação de empréstimo para pagamento mediante cartão de crédito com reserva de margem consignável.

Uma vez que não se pode exigir da parte a produção de prova negativa, competia ao banco provar a regularidade da contratação e da autorização para os descontos no benefício previdenciário da autora, o que, todavia, não ocorreu.

Primeiro, porque os documentos de fls. 175/176 não se mostram suficientes para amparar a cobrança realizada pela instituição financeira a título de RMC, uma vez que, além de não vincular o suposto cartão a qualquer empréstimo, não especifica como se daria a cobrança de eventuais encargos incidentes sobre o saldo devedor que extrapolasse a margem consignável do benefício da apelante.

Acesso ao Sumário

Depois, porque, a autorização de fls. 178, dada por meio telefônico, não se presta para tal fim.

Com efeito, dispõe o art. 3º, inciso III, da Instrução Normativa do INSS nº 28/2008, alterada pela Instrução Normativa do INSS nº 39/2009, que os titulares de benefícios de aposentadoria ou pensão por morte poderão autorizar descontos a título de Reserva de Margem Consignável (RMC), desde que tal autorização se dê de forma expressa, por escrito ou por meio eletrônico.

Tal dispositivo ressalta, ainda, que a autorização dada por telefone não será aceita, bem como a gravação de voz reconhecida como meio de prova da ocorrência.

Portanto, uma vez não provada a regularidade da contratação, a hipótese é de se declarar a inexigibilidade dos débitos impugnados na inicial e lançados no benefício da apelante, com a devolução, pelo apelado, de forma simples - ante a ausência de sua comprovada má-fé -, das referidas quantias, as quais deverão ser atualizadas pelos índices da tabela prática deste Tribunal a partir de cada desconto indevido e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo o banco, outrossim, cessar o lançamento de valores a tal título no benefício da apelante e promover a liberação de sua margem consignável.

De seu turno, a pretensão relativa aos danos morais também é cabível.

Era ônus do banco demonstrar que os descontos e comprometimento da margem consignável da apelante ocorreram por motivos legítimos, o que não ocorreu na hipótese dos autos, de modo que se conclui que sua conduta se pautou em ato ilícito.

Nesse contexto, não há dúvida de que houve atentado contra o conceito moral da apelante, causado pelos descontos, em seu benefício previdenciário, de valores relativos a empréstimo que ela não reconhece, e pelo comprometimento de sua margem consignável, margem essa que, aliás, ficou comprometida em decorrência do referido contrato, impedindo-a de contratar com instituição financeira de seu interesse.

Situação como a narrada nos autos é causa de dano moral, diante da exasperação que injustificada e pífia conduta causa, além de medo, tristeza e desencanto que tal situação cria no espírito da pessoa que se vê sem parte de seu numerário e sem a certeza de recuperar aquele valor.

E não se diga ser necessária a prova do dano, vez que este se dá *in re ipsa*, com a consumação dos descontos indevidos e o comprometimento da margem consignável do apelante, ou seja, por força dos fatos verificados.

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força de simples violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito.

Acesso ao Sumário

Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: "*uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 202).

Resta, portanto, arbitrar valor indenizatório adequado à situação criada.

A conduta do banco atingiu, de forma grave, o estado de felicidade da apelante, que, como já dito, foi compelida a pagar prestações relativas a mútuo não contratado e ainda teve sua margem consignável para cartão de crédito comprometida.

É de ser considerado, por outro lado, que a indenização não se presta a enriquecer a vítima, mas conceder-lhe um lenitivo e reprovar a conduta do agente.

Assim, considerando-se essas premissas, a indenização no valor de R$ 10.000,00 afigura-se adequada para sancionar a conduta do apelado e conceder lenitivo à apelante.

Referida quantia deverá ser corrigida desde esta data (Súmula 362 do STJ) pelos índices da tabela prática e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Considerando-se, por outro lado, a alegação do banco de ter efetuado crédito na conta da autora no valor de R$ 1.265,76, mediante TED (fls. 178), sem que esta tenha negado o recebimento do dinheiro, seja em réplica ou em contrarrazões, deve-lhe devolver a referida quantia, acrescida de atualização monetária pelos índices da tabela prática deste Tribunal, a fim de se restituírem as partes ao *status quo ante*, autorizada a compensação com os valores declarados inexigíveis e que tenham sido eventualmente recebidos pelo banco.

Em vista dessas circunstâncias, a hipótese é de se reformar a r. sentença e se julgar parcialmente procedente a pretensão da autora, para o fim de se declarar a inexigibilidade dos valores impugnados na inicial e condenar o apelado a devolvê-los, de forma simples, com atualização monetária a partir de cada desconto indevido e juros moratórios de 1% ao mês contados da citação, bem como a cessar o lançamento de quantias a tal título no benefício da recorrente e promover a liberação de sua margem consignável, devendo, ainda, pagar a ela indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00, atualizado monetariamente desde a data do acórdão (Súmula 362 do C. STJ) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês contados da citação, além de arcar, por ter decaído da maior parte do pedido, com a integralidade das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação (principal corrigido mais juros de mora), já incluídos aí os honorários recursais de que tratam os §§ 1° e 11 do art. 85 do CPC. Relativamente ao valor creditado

Acesso ao Sumário

na conta da autora, ele deve ser devolvido ao banco, autorizada a compensação com os valores declarados inexigíveis que tenham sido eventualmente recebidos pela instituição financeira.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos acima lançados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 34403)

Respeitosamente, ouso divergir da Douta Maioria, pelas razões que seguem.

Trata-se de mais um caso de contrato celebrado na modalidade de "cartão de crédito com reserva de margem consignável - RMC".

Nesse tipo de contratação a Instituição Financeira disponibiliza valores diretamente ao mutuário ou mediante transferência bancária, lançando a totalidade do débito na fatura do cartão de crédito, a título de "saque", acrescido dos encargos típicos dessa operação que, como é cediço, são um dos maiores do mercado, sem prestar as devidas informações ao cliente, que acreditando se tratar de empréstimo consignado convencional, tem valores descontados de seu benefício previdenciário, denominados "reserva de margem consignável - RMC", que constituem pagamento mínimo da fatura, insuficientes para reduzir a dívida.

É certo que o desconto em folha de pagamento no percentual de 5% para "*a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito*" ou "*a utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito*" encontra previsão na Lei nº 13.172/2015.

Contudo, a análise deve ser feita em conjunto com as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Como é cediço, a transparência e a boa-fé são alicerces da relação contratual e, no caso, não é crível que o consumidor tenha consentido em contratar empréstimo por meio de emissão de um cartão de crédito, mediante descontos mínimos no benefício previdenciário que só servem para amortizar os encargos do saldo devedor, tornando a dívida impagável.

Vale anotar que o empréstimo consignado tem por objetivo facilitar o acesso dos consumidores a valores com taxas de juros diferenciadas, parcelas fixas e prazo final de pagamento do saldo devedor pré-estabelecido, contudo, essa modalidade de contrato denominada cartão de crédito consignado, ao invés de trazer benefícios, acaba por gerar um endividamento sem prazo definido para quitação, uma verdadeira "bola de neve".

Acesso ao Sumário

Essa é exatamente a hipótese dos autos, a autora alega que celebrou com o Banco empréstimo consignado, todavia, tomou conhecimento de que, na verdade, foi formalizado um contrato de cartão de crédito, nunca utilizado para tal fim.

Embora o réu tenha anexado o contrato devidamente assinado pela autora, não há qualquer indício de que tenha prestado as devidas informações sobre esse tipo de operação que, como já afirmado, é manifestamente onerosa ao consumidor.

Ora, não obstante a nomenclatura do instrumento contratual, não existe prova de utilização do cartão na função crédito e este ônus é do Banco, tendo em vista a inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, valendo anotar, ainda, que a responsabilidade é objetiva perante o correntista.

A esse respeito, confira-se a Apelação nº 1002815-85.2017.8.26.0024, da C. 14ª Câmara de Direito Privado, Relator Thiago de Siqueira, j. 14/06/2018:

"*O presente caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, aqui aplicável por força de seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça) e perante o qual a responsabilidade do banco, como prestador de serviços, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: 'I que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro'.*

Cabia exclusivamente ao réu, portanto, na hipótese em tela, o ônus de provar a incidência das causas excludentes previstas em lei, vale dizer, a inexistência de prestação de serviço defeituoso e a culpa exclusiva da autora ou de terceiro, ou, em outros termos, a legitimidade do débito em questão, demonstrando sua origem e contratação.

Na presente demanda, consoante já assentado, a autora alega que solicitou unicamente a contratação do empréstimo consignado em seu benefício previdenciário, sem jamais ter pretendido obter e utilizar cartão de crédito, todavia, em que pese o réu ter apresentado o Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado nº ADE 45380165, assinado pela autora (fls. 191/194), o fato é que não restou provada nos autos a efetiva utilização desse cartão de crédito para outros gastos, de modo a evidenciar que o teria aceito, o que poderia ser feito, se fosse o caso, mediante a exibição das faturas do cartão de crédito com compras realizadas pela autora, o que, porém, não foi apresentado pelo réu. O que se vê das faturas apresentadas pelo réu às fls. 57/73, são apenas saques relativos ao empréstimo que acreditou ser consignado.

O documento juntado às fls. 25 demonstra que o réu procedeu ao desconto de reserva de margem para cartão de crédito diretamente do benefício

Acesso ao Sumário

previdenciário da autora, do valor de R$ 46,85, porém, diante da negativa do consumidor em relação ao uso do cartão de crédito, caberia ao réu produzir prova em sentido contrário para justificar as cobranças realizadas, todavia, não apresentou prova alguma a respeito.

Por isso, embora a autora afirme que tenha contraído empréstimo junto ao réu, vê-se que não houve utilização do cartão de crédito, por essa razão, o cartão deve ser cancelado, sem prejuízo da cobrança do empréstimo, já que utilizado pela autora."

Em suma, não há dúvidas que o réu agiu de má-fé, alterando a natureza do contrato, tornando-o mais rentável, em evidente prejuízo ao consumidor.

E mais, está claro que a contratação havida entre as partes, configura exigência de vantagem manifestamente excessiva, em total afronta aos artigos 39, V e 51, IV do CDC, o que não pode ser admitido.

No mesmo sentido a Apelação nº 1001255-26.2017.8.26.0213, julgada em 15/06/2018, pela C. 12ª Câmara de Direito Privado, tendo como Relator o insigne Des. Tasso Duarte de Melo:

"*Da nulidade do contrato de cartão de crédito.*

A Lei n.º 10.820/03 dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento e permite que os empregados regidos pela CLT autorizem o desconto de até 30% (trinta por cento) de seus rendimentos para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil.

Após, a Lei n.º 13.172/15 alterou a margem consignável para 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) para pagamento de despesa ou de saque de cartão de crédito.

Observando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (NCPC, art. 375), o saque no crédito rotativo do cartão de crédito é fato excepcional, pois é sabido que os encargos desse tipo de operação bancária são um dos mais onerosos do mercado.

Na espécie, a instituição financeira disponibilizou os valores ao mutuário por meio de saque no cartão de crédito porque pretendia amortizar a dívida com a utilização da margem adicional de 5% (cinco por cento) instituída pela Lei n.º 13.172/15.

Ou seja, considerando que a margem de 30% (trinta por cento) para a amortização de empréstimos consignados estava totalmente comprometida (fls. 24/26), a intenção (ilícita) da instituição financeira era de aumentar a margem consignável.

Aliás, não há prova nos autos de que o cartão de crédito tenha sido

Acesso ao Sumário

utilizado, o que confirma a tese deduzida na petição inicial de que se trata de contrato nulo.

Note-se que o contrato de cartão de crédito em exame prevê a contratação de 'saque autorizado' no valor do limite disponível no cartão de crédito (fls. 85/92) e que a Apelante está sofrendo descontos mensais de R$ 44,00 (quarenta quatro reais), valor correspondente à margem adicional de 5% (cinco por cento).

Tal proceder é a institucionalização da 'bola de neve'. O consumidor toma o empréstimo do valor correspondente ao limite disponível no cartão de crédito, tem descontadas as parcelas em valor correspondente a 5% de seu benefício e paga juros sobre o saldo devedor, ou seja, fazendo a dívida aumentar de forma exponencial, constantemente.

Assim, o incentivo governamental que se destinava a permitir acesso a crédito mais barato (consignado), transmuda-se de forma sub-reptícia em acesso ao crédito mais caro (cartão de crédito) e em permanente e exponencial acréscimo do saldo devedor do cartão de crédito, provocando superendividamento e dependência permanente do consumidor/devedor ao banco credor.

Logo, a hipótese é de reconhecer a prática abusiva, pois o fornecedor condicionou o empréstimo à contratação do cartão de crédito (CDC, art. 39, inc. I), prevaleceu da fraqueza ou ignorância do consumidor (CDC, art. 39, inc. IV) e exigiu vantagem manifestamente excessiva (CDC, art. 39, inc. V), pois o saque no crédito rotativo do cartão de crédito observou os juros remuneratórios acima da média de mercado para operações de empréstimo consignado."

Dessa forma, diante da ausência de prova da efetiva utilização do cartão de crédito pela autora, o recurso merece parcial acolhida, para (1) determinar o cancelamento deste, (2) reconhecendo-se a abusividade do desconto efetuado na folha de pagamento da autora, relativa à margem consignável do contrato objeto desta ação.

(3) O valor já pago a título de RMC deverá ser dobrado para amortizar a dívida, diante da má-fé do apelado.

Contudo, considerando que restou provado que o Banco disponibilizou o valor do empréstimo à autora, não há que se falar em inexigibilidade do débito, (4) o réu deverá proceder ao recálculo, mediante a aplicação da taxa de juros pactuada e pagamento em parcelas fixas, respeitado o limite legal dos descontos sobre o valor líquido do apelante.

E, ainda, (5) não prospera o pedido de indenização por dano moral, pois este não restou caracterizado. O valor do desconto era mínimo e a apelante usufruiu do empréstimo, não havendo indícios de exposição ou cobrança vexatória. Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

***"APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO E TUTELA DE URGÊNCIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO - RELAÇÃO DE CONSUMO - HIPOSSUFICIÊNCIA - LESIVIDADE - RMC - FALTA DE CLAREZA - OPERAÇÃO DISFARÇADA VISANDO BURLAR O LIMITE DE 30% PARA CONSIGNAÇÃO DE OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO - AUSENTE BOA-FÉ OBJETIVA DA CASA BANCÁRIA - EQUILÍBRIO CONTRATUAL VIOLADO - SUPERENDIVIDAMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0010064-91.2015.8.10.0001 - CONVOLAÇÃO DO RMC EM EMPRÉSTIMO CONSIGNADO SIMPLES, DESPREZANDO-SE A MORA E DEMAIS ENCARGOS RELATIVOS AO CARTÃO, DESCONTANDO-SE O MONTANTE JÁ PAGO E IGUAL QUANTIA A TÍTULO DE REPETIÇÃO - REFLEXO NO SALDO DEVEDOR - DÉBITOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE DECORREM DO CRÉDITO CONCEDIDO - DANO MORAL INOCORRENTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação nº 1002288-52.2017.8.26.0439, 14ª Câmara de Direito Privado, Relator Carlos Abrão, j. 23/05/2018)**.

Pelo exposto, meu voto dá provimento, em parte, ao recurso, para julgar a ação parcialmente procedente, nos termos acima.

As despesas processuais deverão ser divididas entre os litigantes, na forma do art. 86, *caput*, do NCPC e, conforme dispõe o art. 85, § 14, do referido Códex, a autora deverá pagar ao advogado do réu a quantia de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e o réu ao patrono da autora a importância de R$ 2.000,00 (dois mil reais), já considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, §§ 1º e 11), com atualização a partir da publicação deste Acórdão, observada a gratuidade da justiça conferida ao requerente.

SOUZA LOPES, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001012-11.2001.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados CONSTROL MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. ME, DEJAIR BISTAFA, VERA LUCIA PINAFFI BISTAFA, ANGELO ANDRUCIOLI NETO, NEYDE PINAFFI ANDRUCIOLI, CLARICE MITSUE NAGANO PINAFFI e SERGIO PINAFFI.

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

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28795)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO. Prescrição intercorrente. Ocorrência. STJ, REsp 1.604.412-SC, representativo do incidente de assunção de competência (IAC) nº 01. Inteligência do art. 947 do NCPC. Sentença mantida. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. Descabimento. Não evidenciado o intuito de retardar o processo. Sentença reformada. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Banco do Brasil S/A (fls. 477/493) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Pirapozinho, Dr. Adriano Camargo Patussi (fls. 452/452v.), que reconheceu a prescrição intercorrente nos autos da ação de execução ajuizada pelo Apelante em face dos Apelados, Constrol Materiais de Construção Ltda. e Outros.

Sustenta o Apelante (a) a inexistência de caráter protelatórios dos embargos de declaração de fls. 455/467 e, assim, a exclusão a multa fixada pelo juízo *a quo* na decisão de fl. 470; (b) a inocorrência de prescrição intercorrente, pois não deixou de prosseguir na execução, além de não ter sido intimado para dar andamento ao processo; (c) a necessidade de manifestação expressa para desistência da execução; (d) a irretroatividade do NCPC; (e) falta de requerimento dos Apelantes para a extinção do processo por inércia, nos termos da Súmula 240 do C. STJ; e (f) inexistência de intimação pessoal antes da extinção do processo por abandono de causa. Pretende a reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 502).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O Apelante se insurge contra a r. sentença (fls. 452/452v.) que pronunciou

Acesso ao Sumário

a prescrição intercorrente e extinguiu a execução fundada em contrato particular de confissão de dívidas oriundas da Cédula de Crédito Comercial nº 94/00181-2 (fls. 13/17), bem como contra a multa por oposição de embargos de declaração protelatórios fixada pelo juízo *a quo* (fl. 470).

Prescrição

O entendimento do C. STJ, fixado no julgamento do REsp 1.604.412-SC, representativo do incidente de assunção de competência (IAC) nº 01, é no sentido de operar a prescrição intercorrente se e quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição da pretensão:

> "1.1. **Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado**, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.
>
> 1.2. **O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano** (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).
>
> 1.3. **O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual**, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).
>
> 1.4. **O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.**" (destacou-se).

Na espécie, o processo foi suspenso em 04.08.2006 até ulterior provocação do exequente (fl. 354), que, contudo, somente voltou a dar andamento a execução em 21.03.2014 (fl. 403).

O prazo de suspensão do processo deu-se na vigência do CPC/73 e, em consequência, inaplicável o disposto no art. 1.056 do NCPC (IAC, Item 1.3). Assim, o prazo prescricional tem como termo inicial 04.08.2007, ou seja, um ano após a decisão que suspendeu o processo por prazo indeterminado (IAC, Item 1.2).

Nesta medida, ante o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos (CC, art. 206, § 5º, inc. I), era mesmo de rigor pronunciar a prescrição intercorrente, que se consumou em 05.08.2012.

Ademais, na conformidade do IAC, a prescrição não se confunde com

Acesso ao Sumário

abandono do processo, sendo prescindível a intimação pessoal do exequente, senão apenas o exercício do contraditório, que no caso dos autos foi observado (fls. 444/449).

Assim, os argumentos do recurso não são suficientes para infirmar a r. sentença, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos:

> "[...] **Em 4 de agosto de 2006 houve a determinação de arquivamento dos autos**, a pedido do credor.
>
> Após o decurso do prazo de mais de 6 (seis) anos em que o feito estava paralisado sem qualquer manifestação das partes, o exequente apresentou manifestação (fls. 358), solicitando apenas a inclusão de novos procuradores. Posteriormente, agora já em 13 de maio de 2013 (fls.382), veio solicitar o desarquivamento. Na sequência, como não houve nenhum requerimento, o juízo determinou que se aguarda-se provocação no arquivo (fls. 393). **Por fim, é certo que apenas em 21 de março de 2014 (fls. 403) o exequente pediu a realização de Bacenjud**.
>
> [...]
>
> Como se depreende do conjunto probatório coligido aos autos, desde 2006, a **marcha processual encontra-se sustada, com arquivamento dos autos, remanescendo por mais de cinco anos sem que o exequente diligenciasse no sentido de localizar bens dos executados. Ou seja, no período de agosto de 2006 a março de 2014, a instituição financeira exequente não tomou qualquer providência tendente à satisfação de seu crédito**.
>
> [...]
>
> Nessa esteira, segundo o artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil, sem olvidar da Súmula nº 150 do Excelso Supremo Tribunal Federal ('Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação'), a pretensão está extinta, porquanto prescrita."

A r. sentença, portanto, deve ser mantida neste ponto.

Multa

A multa arbitrada pelo juízo de origem em razão da oposição de embargos de declaração protelatórios (fls. 470), deve ser afastada, pois, muito embora ausentes os vícios do art. 1.022 do NCPC, não restou evidenciado o intuito protelatório do exequente, até porque é o maior interessado no rápido desfecho da controvérsia.

Assim, o recurso deve ser provido neste ponto.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para excluir a multa fixada pelo juízo *a quo* na decisão de fl. 470.

Deixa-se de majorar os honorários na forma do art. 85, § 11 do NCPC, pois não houve trabalho adicional dos advogados do executado em segunda instância.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001332-70.2017.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante ISMA INDÚSTRIA SILVEIRA DE MÓVEIS DE AÇO LTDA., é apelada BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.870)**

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

São Paulo, 16 de maio de 2019.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de débito - conta inativa - tarifas bancárias - cobrança indevida - dívida inexistente - inscrição indevida do débito - danos morais configurados - indenização fixada de acordo com o princípio da dupla finalidade da reparação - ação julgada procedente - recurso provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de ação intentada por **ISMA INDÚSTRIA SILVEIRA DE MÓVEIS DE AÇO LTDA.** contra **BANCO SAFRA S/A** buscando a declaração de inexigibilidade de débito decorrente de contrato de abertura de crédito em conta corrente, a qual nunca foi movimentada, bem como indenização por danos morais. Ao relatório de fls. 104/105, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente. Em apelação, a autora sustentou a inatividade da conta bancária, pretendendo a condenação do réu ao pagamento de danos morais. Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que indubitavelmente, a autora possuía uma conta junto ao requerido que permaneceu inativa, gerando a cobrança de tarifas e a inclusão do débito no cadastro de devedores inadimplentes.

A esse passo, notando que a conta estava paralisada, cabia ao requerido, antes de efetuar novos lançamentos e renovar a concessão de crédito, aumentando

Acesso ao Sumário

cada vez mais o débito, procurar o correntista e inteirar-se da razão pela qual sua conta não era mais movimentada.

Nesse trilho, é de se observar que o réu não produziu qualquer prova no sentido de que não tivesse permanecido inativa a conta corrente, nem que o autor tivesse se utilizado de qualquer serviço bancário que pudesse ser havido como fator gerador das tarifas de serviços bancários e encargos delas decorrentes.

Desse modo, indevida se afigura a cobrança.

Nesse sentido:

"***DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. Cobrança de encargos contratuais. Alegação de que a conta corrente ficou sem movimentação. Incidência de tarifas em conta inativa. Impossibilidade. Banco que não demonstrou a origem do débito apontado. Abusividade na cobrança. Recurso nesta parte provido. RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Negativação decorrente da cobrança de encargos pela conta corrente não movimentada. Hipótese em que a correntista não solicitou o encerramento. Dano moral não caracterizado. Precedentes. Recurso nesta parte improvido***" (Apelação nº 1032461-23.2015.8.26.0506, Relator: J. B. FRANCO DE GODOI; Data do julgamento: 23/03/2017).

"***Contrato bancário. Alegado pela autora o encerramento verbal da conta corrente de sua titularidade em 8.2.2010, ocasião em que efetuou o depósito de importância suficiente para cobrir o saldo negativo e eventuais despesas. Tese exposta na inicial que se mostrou verossímil, versando a ação sobre consumo e sendo a autora hipossuficiente. Banco réu, ademais, que, na contestação, não negou o encerramento da indigitada conta corrente. Contrato bancário. Conta corrente que, a partir do alegado encerramento, não foi mais movimentada pela autora. Cobrança de tarifa de serviços e encargos de conta corrente não movimentada pela autora desde o seu encerramento verbal. Inadmissibilidade. Banco réu que não demonstrou ter esclarecido a autora sobre o procedimento a ser adotado para o encerramento da conta corrente. Reconhecida a inexigibilidade de débito tarifário de conta corrente não movimentada. Responsabilidade civil. Dano moral. Anotação do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito que derivou de cobrança indevida de tarifas e encargos de conta inativa. Imerecida anotação negativa comprovada. Dano moral puro caracterizado. Responsabilidade civil. Dano moral. 'Quantum' indenizatório que deve ser estabelecido com base em critério de prudência e razoabilidade, levando-se em conta a sua natureza penal e compensatória, assim como as peculiaridades do caso concreto. Arbitramento do valor indenizatório em R$ 7.000,00. Autora que concorreu para a eclosão do evento danoso, já que aguardou, por quase um ano, o desfecho conferido ao seu pedido verbal de encerramento da conta corrente, não atendido pelo***

Acesso ao Sumário

banco réu - Procedência parcial da ação decretada. Apelo da autora provido em parte" (Apelação nº 0000680-86.2011.8.26.0458, Relator: JOSÉ MARCOS MARRONE; Data do julgamento: 28/03/2017).

Os danos morais, por sua vez, são caracterizados pelo constrangimento sofrido pela autora, em decorrência da negativação de seu nome, circunstâncias que acarretaram repercussão negativa em sua esfera jurídica, tendo em vista a publicidade inerente aos cadastros restritivos de crédito.

A esse passo, e, inexistindo linhas exatas, "***muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do quantum da indenização muito depende de sua ponderação e critério***" (RT 631/36).

O pagamento em pecúnia não reparará a perda, mas deverá "***representar para a vítima uma satisfação igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido***" ao prejudicado (RT 650/66), devendo a estimação levar em consideração a gravidade objetiva do dano e da falta, e as condições do autor do fato danoso.

Por essas razões, deve ser fixado o valor da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a contar da data do presente julgamento, que se afigura razoável à espécie.

Destarte, é de rigor a acolhida das razões recursais, para o fim de julgar procedente o pedido inicial, declarando-se a inexigibilidade dos valores apontados junto aos órgãos de restrição de crédito mencionados na petição inicial, condenando-se o réu ao pagamento de indenização por danos morais, nos valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a contar da data do presente julgamento, bem como das custas e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, já observado o disposto no art. 85, §11 da lei de rito.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007005-72.2018.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante CAIXA CONSÓRCIOS S.A. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS, é apelado SAULO RODRIGO VALÉRIO.

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 34684)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente) e HELIO FARIA.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Repetição de indébito - Consórcio - Relação de consumo - Incidência do artigo 6º, VIII, do CDC - Fato constitutivo do direito pleiteado - Comprovação - Autor que demonstrou a verossimilhança de suas alegações - Cumprimento do artigo 373, inciso I, do CPC - Ausência de comprovação de saldo devedor e restituição indevida, ônus do qual a ré não se desincumbiu (artigo 373, II, CPC) - Restituição e saldo de rateio - Reconhecimento - Procedência da ação - Sentença mantida RITJ/SP, artigo 252 - Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 132/134, integrada pela decisão a fls. 139 julgou procedente em parte os pedidos formulados pelo autor, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I, CPC), e condenou a ré: a) a restituir ao autor a quantia de R$ 1.720,12, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde o respectivo desembolso, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; b) a lhe pagar a quantia de R$ 2.731,74, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde o ajuizamento da ação, acrescida de juros de mora de 1% ao mês. Pela sucumbência, decaindo o autor de parte mínima de sua pretensão inicial, condenou a ré ao reembolso das eventuais custas e despesas processuais por ele despendidas, com correção monetária pela tabela prática do TJSP, desde os respectivos desembolsos, bem como ao pagamento de honorários advocatícios ao seu patrono, fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

Apela a ré pretendendo a reversão do julgado sob o argumento de que inexistiu cobrança indevida, haja vista que ao quitar o valor pendente de R$ 17.528,76, em 27/04/2011, por um erro no sistema, foi gerada uma diferença a maior de R$ 3.035,99, devolvida ao autor em 12/05/2011, tendo sido o valor indevidamente devolvido ao autor; afirma que o saldo de rateio foi utilizado para a quitação da cota, sendo creditado na conta do autor o saldo remanescente de R$ 96,60, e creditado o valor de R$ 10,98 após o 2º rateio depois do encerramento

do grupo; assim, não há que se falar em restituição ou pagamento de valores ao autor (fls. 141/145).

Processado e respondido o recurso (fls. 191/195), vieram os autos ao Tribunal e após a esta Câmara.

É o relatório.

Sem razão o apelo.

De início, anota-se que a relação entre as partes é de consumo, aplicável a inversão do ônus da prova, de acordo com o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez considerada a hipossuficiência do apelado (autor) e a verossimilhança das suas alegações.

Trata-se de ação de repetição de indébito referente à participação em consórcio (grupo de nº 000149, cota 0298, contrato 0000066804), na qual, objetiva o apelado (autor) o recebimento de valor pago de maneira indevida e de saldo apurado em rateio, uma vez que findo o contrato e quitado de forma integral, segundo ele alega.

E nesse sentido, pelo que se verifica dos autos, a apelante (ré) não trouxe qualquer prova capaz de rebater integralmente as alegações do apelado (autor), conforme lhe cabia, com prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito (art. 373, "caput", II, do CPC).

Era ônus da apelante (ré) comprovar que o apelado (autor) tem saldo devedor em aberto, porém não se desincumbiu, não havendo prova nos autos da impossibilidade de restituição de mencionados valores, tampouco da ocorrência da devolução indevida ao apelado (autor), sendo que as telas impressas e extratos trazidos aos autos pela apelante (ré) (fls. 107/121) nada elucidam, pois não respaldam suas assertivas, cuidando-se de documentos unilaterais inservíveis à finalidade suscitada.

Por sua vez, o apelado (autor) demonstrou que o débito cobrado pela apelante (ré) em 17/08/2015 (fls. 20/21), diz respeito às parcelas vencidas em 15/05/2011 e 10/06/2011, já quitadas em momento anterior, conforme Declaração de Quitação anual de débitos referente ao exercício de 2011, no valor de R$ 1.720,12. Logo, de acordo com o demonstrativo de pagamento de fls. 22, tal débito fora pago duas vezes.

Ademais, houve o envio de dois telegramas (fls. 16 e 24) pela apelante (ré) informando ao apelado (autor) a existência de saldo de rateio de R$ 2.731,74, disponível para resgate, apurado na última assembleia do grupo de consórcio, em 16/03/2015, dessa forma, cumprido pelo apelado (autor) o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, inciso I, do CPC).

Nesse sentido a r. sentença: "*Oras, o autor comprovou que o débito que lhe fora apresentado se referia a parcelas vencidas em 15/05/ e 10/06/2011, as quais entrementes, já haviam sido quitadas, tanto que foi emitido pela ré*

Acesso ao Sumário

a 'Declaração Anual de Quitação de Débitos' referente ao exercício de 2011. É de se notar que consoante versão narrada pela ré, o saldo devedor seria relativo a uma devolução indevida, o que em momento algum foi informado ao autor, sendo certo que tal alegação somente veio à tona em Juízo, o que é de causar imensa espécie. E saliente-se que em sua defesa, a ré nada menciona acerca do boleto de pg. 21. Sob outro prisma, as assertivas içadas pela ré estão alicerçadas apenas e tão somente nas 'telas impressas' que trouxe aos autos, documentos unilaterais e que não demonstram com transparência a existência de saldo. Assim sendo, de rigor que a ré seja compelida à restituição do valor pago pelo autor, referente ao boleto de pg. 21 (R$ 1.720,12).

'Entrementes, a restituição há de ser levada a efeito de maneira simples, e não sobrada conforme pleiteado pelo autor, na medida em que não se evidenciou má-fé na conduta adotada pela ré, mas sim incompetência e desorganização, os quais todavia não se confundem. Em relação ao saldo de rateio devido ao autor, no importe de R$ 2.731,74, insta consignar que o mesmo fora informado em duas ocasiões ao requerente pela ré, através de telegramas. E não tendo a requerida comprovado a existência de saldo devedor do autor a ser abatido do referido montante, ante a confissão de o autor ser credor da dita quantia, de rigor que seja a ré condenada ao respectivo pagamento. Consigne-se a absoluta ausência de transparência da ré, que deveria informar ao autor acerca de quaisquer movimentações a crédito ou a débito relativas à sua cota consorcial, ao invés de proceder à sorrelfa, colhendo de surpresa o consumidor, sem lhe dar explicações convincentes.'" (fls. 133/134)

Assim, o conjunto probatório dos autos demonstra que inexiste saldo devedor do apelado (autor), sendo de rigor a procedência da ação, tal como decidido em Primeiro Grau, dessa forma, fica mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos (artigo 252 do RITJ/SP c/c art. 23 do Assento Regimental nº 562/2017) ora adotados em complemento aos do presente voto, inclusive no tocante aos ônus de sucumbência, deixando-se de majorar os honorários recursais, por ausente pedido expresso.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000737-40.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes ODACYR DONIDA JUNIOR e MARGARETH NEGRÃO NICOLETTI DONIDA, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 20ª 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 41323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 20 de maio de 2019.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Embargos de terceiro - Condenação do embargado - Admissibilidade - Princípios da sucumbência e da causalidade - Embargado, embora concordando com o levantamento da penhora no curso destes embargos de terceiro, teve oportunidade de se manifestar nos autos da execução, quando os embargantes peticionaram como terceiros interessados e conclamaram-no a desistir da penhora - Compromisso de compra e venda do imóvel, embora não anotado na matrícula do imóvel, instruiu o laudo de avaliação do imóvel juntado aos autos da execução - Diante disso, o embargado não podia, antes do ajuizamento destes embargos de terceiro, ignorar a venda do imóvel do executado aos embargantes - Embargado somente desistiu da penhora durante a tramitação destes embargos de terceiro e responde, portanto, pelas custas e verba honorária nos termos da súmula 303 do STJ - Sentença reformada - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, ou seja, 10% sobre R$ 114.000,00 - Recurso provido.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou procedentes estes embargos de terceiro, mas deixou de condenar qualquer das partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Sustentam os embargantes-apelantes que o embargado deve ser condenado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, pois deram causa à propositura destes embargos de terceiro, devendo ser observado o princípio da causalidade. Afirmam que o embargado teve plena ciência de que imóvel penhorado não mais pertencia ao executado e mesmo assim insistiu na validade

Acesso ao Sumário

da penhora.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado.

2. Nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada por Banco Bradesco S/A contra Osvaldir Aparecido Passarelli, foi determinada a penhora do imóvel da matrícula nº 18.540 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Bauru. Ao tomar ciência da constrição, os embargantes-apelantes ajuizaram estes embargos de terceiro, sustentando que o imóvel fora objeto de compromisso de compra e venda firmado entre eles e o executado em 09-5-1992, anteriormente ao ajuizamento da execução.

O Banco-embargado foi citado e **concordou com o levantamento da penhora**, mas requereu a improcedência destes embargos de terceiro ou, no caso de procedência destes, a isenção dos ônus de sucumbência, por não ter responsabilidade pelo ato constritivo, pois o imóvel constava como pertencente ao executado, não existindo registro na matrícula imobiliária a respeito do compromisso particular firmado entre o executado-alienante e os embargantes.

A sentença recorrida julgou procedentes os embargos de terceiro, **mas deixou de condenar qualquer das partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais.**

Tal solução, **relativamente aos honorários advocatícios**, não subsiste.

A imposição das verbas de sucumbência rege-se pelos princípios da sucumbência e da causalidade, ou seja, pelo fato objetivo da derrota e da **perquirição a respeito de qual das partes deu causa à intervenção da outra.**

É da doutrina:

"Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, **seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito**" (cf. Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 648, Malheiros, 2003, 3ª ed. São Paulo, sem ênfase no texto original).

Diferente não é o entendimento do STJ:

"Os honorários de advogado são devidos quando a atuação do litigante exigir, para a parte adversa, providência em defesa de seus interesses. **A ausência de culpa do sucumbente causador do processo não interfere na sua responsabilidade pelo pagamento** dos honorários advocatícios" (cf. RSTJ 109/223, em ênfase no texto original).

Pois bem.

Embora o Banco-embargado, quando da penhora, não soubesse da venda do imóvel do executado aos embargantes, pois não havia qualquer anotação neste sentido no registro imobiliário (e tal medida evidentemente era de interesse exclusivo dos embargantes, que adquiriram o imóvel), **tomou conhecimento**

Acesso ao Sumário

desse fato depois, no curso da ação de execução e poderia ter evitado o ajuizamento destes embargos de terceiro.

Isto porque no laudo pericial (laudo de avaliação do bem penhorado) constou que o imóvel **não mais pertencia ao executado** (cf. fls. 344-363), **sendo tal trabalho instruído com cópia do compromisso de compra e venda** (cf. fls. 365-366), mas o embargado, mesmo assim, **não manifestou desistência da constrição**; nem mesmo depois de os embargantes (terceiros na execução) **peticionarem nos autos em 06-11-2017 conclamando-o a desistir da penhora** (cf. fls. 371-371).

Assim, está bem evidenciado nos autos que o embargado poderia sim ter evitado o ajuizamento destes embargos de terceiro, pois **somente no curso destes é que ele concordou com o levantamento da penhora, embora pudesse tê-lo feito anteriormente**, obrigando os embargantes à contratação de advogado e ao aforamento de ação para a defesa de seus direitos em Juízo.

É de rigor, portanto, a **condenação do embargado-apelado** ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, pois vencidos na ação e porque **deram causa ao ajuizamento destes embargos de terceiro**.

Neste sentido, aliás, é a súmula 303 do STJ:

"Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".

Fica reformada a sentença recorrida e condenado o embargado ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa (10% sobre R$ 114.000,00 atualizados monetariamente desde a data do ajuizamento), nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/2015 (percentual que remunera apropriadamente o trabalho desenvolvido pelos advogados dos embargantes).

3. Posto isso, o meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025024-20.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante EXCEL SANTOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., é apelado ALISSON ALEX DOMICIANO PEDRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45213)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 24 de maio de 2019.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO - Transporte internacional de mercadorias - 'Demurrage' - Hipótese peculiar em que o réu é isento da responsabilidade - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Incidência das disposições protetivas no caso concreto - Consumidor que assinou contrato de prestação de serviço de mudança com terceiro, o qual figura como responsável pela cobrança da 'Demurrage' - Prevalência das normas protetivas - Sentença mantida, mas com outros fundamentos - Recurso improvido.

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra r. sentença em que o MM. Juiz "a quo" julgou improcedente a ação de cobrança, alegando, em síntese que: houve violação ao art. 489, §1º do CPC; a sentença não está devidamente fundamentada; não se aplica o CDC; os documentos que instruem a inicial revelam que o autor era ciente acerca da "*sobreestadia*"; foram fornecidas todas as informações; há prova inequívoca da obrigação contratual; as regras sobre o ônus da prova devem ser observadas.

Efetuou-se o preparo.

O apelado respondeu, afirmando que não é responsável pelo débito.

É o breve relatório.

2) Não merece acolhimento o recurso.

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da r. sentença, pois houve o enfrentamento de todas as questões trazidas no feito.

O simples fato de o MM. Juiz "a quo" possuir entendimento peculiar sobre o direito aplicável ao caso concreto bem como decidir de forma sucinta, não gera a nulidade.

No mérito, a autora-apelante, na qualidade de transportadora, visa cobrança da quantia histórica de R$18.656,56 (dezoito mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e seis centavos) referente à sobreestadia.

Os bens foram importados pelo apelado em processo de mudança de domicílio dos Estados Unidos para o Brasil e permaneceram no container TCNU 628.890-2, que ficou parado no setor de descarga além do prazo de 7 (sete) dias

Acesso ao Sumário

(free-time), conforme relatório de fls. 14.

O contrato entre transportador e importador é que estabelece esse prazo (estadia), estipulando os dias e as horas dados ao carregador para realizar o embarque e o desembarque da carga, caso não seja estipulado contratualmente, há de ser aplicado o uso do porto de embarque ou desembarque.

Buscamos no **BLACK'S LAW DICTIONARY** o significado de "demurrage", a saber:

> "*In maritime law, the sum which is fixed by the contract of carriage, or which is allowed, as remuneration to the owner of a ship for the detention of his vessel beyond the number of days allowed by the charter- party for loading and unloading or for sailing. Also the detention of the vessel by the freighter beyond such time...**Demurrage is extendend freight and is the amount payable for delays by receiver in loading and unloading cargo, it is stipulated damages for detention..." (6ª ed.- voce demurrage - pág. 432 - S. PAUL MINN. WEST GROUP - 1998)***.

No caso concreto, de fato, houve a demora na descarga do container durante o processo de importação, tendo o apelado, inclusive, contratado despachante aduaneiro para o desembaraço dos bens, o qual assinou o termo de responsabilidade para a futura cobrança da "*demurrage*" (fls. 149/156).

Ocorre que o apelado não é o responsável por esta dívida, tendo em vista a incidência do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto e diante do contrato que o réu celebrou com a sociedade empresária responsável pela mudança.

O caso "*sub judice*" é peculiar, pois não se trata de sociedade empresária importando mercadorias para fomentar a atividade.

O réu é o destinatário final do serviço disponibilizado, **unicamente**, pela empresa "*Fastway Moving*" para o transporte dos bens que guarneciam a sua residência em Nova Iorque (fls. 97 e seguintes).

A fixação da "demurrage" é unilateral, não podendo o réu, agora, ser cobrado por um débito originado supervenientemente à contratação do transporte e sem a sua culpa.

Além disso, e mais importante é o fato de que o réu demonstrou fato impeditivo do direito do autor (art. 373, II do CPC), revelando a isenção de responsabilidade em relação a esta verba.

Nesse sentido, destaca-se a cl. 03 do contrato de prestação de serviço de mudança:

> "*A Fastway se responsabiliza por todo e qualquer custo relacionado a Armazenagem e/ou **Demurrage** gerado no porto durante o processo de liberação, uma vez que o contratante siga todas recomendações feitas*

Acesso ao Sumário

pelo contratado., ver cláusula 4." (fl. 99 - g.n.)

A cláusula supra, esta sim de amplo conhecimento do réu-consumidor, o isenta da cobrança aqui pleiteada.

O réu pagou pelo serviço de mudança, de modo a transferir para a "*Fastway moving*", muitos riscos atinentes ao contrato de transporte.

O desembaraço aduaneiro lento gerador da "*demurrage*", insere-se nesse risco, afastando a responsabilidade do réu consumidor por este débito.

Nesse sentido, como a norma do contrato de prestação de serviços é mais benéfica e consoante com o microssistema de proteção ao consumidor, de rigor o afastamento da obrigação pactuada no "Termo de Compromisso" de fls. 149/152 em relação ao réu.

Portanto, deve ser mantida a r. sentença, majorando-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 20% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §11 do CPC).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033913-47.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante SÔNIA MARLI DE SOUZA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o Exmo. Des. Ademir Benedito, que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41237)**

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

São Paulo, 21 de maio de 2019.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais. Descontos efetuados no benefício previdenciário da autora a título de 'Reserva de Margem Consignável'. Sentença de

improcedência. Apelação. Desconto em 'Reserva de Margem Consignável'. Previsão legal. Lei nº 10.820/03, com redação dada pela Lei nº 13.172/2015. Termo de adesão a cartão de crédito consignado assinado pela autora. Contrato que prevê autorização expressa do beneficiário. Assinaturas não impugnadas. Contratação comprovada. Demonstração de transação bancária para disponibilização do montante em favor do consumidor. Abusividade não verificada. Precedentes TJSP. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Sônia Marli de Souza da Silva ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com repetição de indébito e danos morais contra o Banco BMG S/A. Aduziu, em síntese, ter sido surpreendido com descontos em seu benefício previdenciário denominados "reserva de margem consignável", serviço não contratado por ela. O d. Juiz de Primeiro grau julgou os pedidos improcedentes. Para tanto, considerou regular a cobrança, uma vez que devidamente pactuada entre as partes [fls. 208/211]. Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação. Bate-se pela reforma da r. sentença, pugnando pelo integral acolhimento das suas pretensões formuladas na exordial [fls. 213/228]. Logo após, vieram as contrarrazões [fls. 270/282]. Processado o recurso, em seguida.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento. Explica-se.

O desconto denominado 'Reserva de Margem Consignável (RMC)', possui previsão legal, sendo legítimo o desconto, desde que comprovada a contratação. O artigo 1º da Lei nº 10.820/03, com redação dada pela Lei nº 13.172/2015, dispõe:

"*Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.*

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento

Acesso ao Sumário

mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou

II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito."

No caso, o réu desvencilhou-se do ônus previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, pois demonstrou, por meio dos documentos acostados, o '*fato constitutivo de seu direito*'.

Isso porque a instituição bancária comprovou que a autora efetivamente aderiu ao serviço atinente à reserva de margem consignável para utilização de cartão de crédito, conforme "*Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em folha da pagamento*" celebrado em 15.07.2015 [fls. 125/130], por meio do qual lhe foi disponibilizado o valor de R$ 1.848,00 mediante saque autorizado e transferência eletrônica disponível (TED), emitida ao banco 389, agência 131, conta corrente 1024642-2 (vide demonstrativo de fls. 131].

As assinaturas apostas no referido instrumento particular não foram impugnadas pela parte interessada, tampouco se vislumbram indícios de vícios do consentimento a ensejar a anulação do negócio jurídico.

Ademais, restou inconteste nos autos a utilização do cartão pela autora, conforme se extrai das faturas de fls. 132/164.

Outrossim, verificou-se a transferência realizada na conta corrente de titularidade da autora que, por sua vez, deixou de trazer aos autos extratos bancários do período para demonstrar eventual irregularidade da referida transação bancária.

Ora, confirmado o ajuste do "*Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento*" [fls. 125/132], não há se falar que o cartão de crédito tenha sido enviado sem prévia solicitação, para efeitos de incidência da Súmula n. 532 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, *in verbis*: "*Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa*".

Em suma, não há elementos nos autos que justifiquem o afastamento da validade do contrato pactuado, tratando-se de hipótese prevista em Instrução Normativa do INSS [IN INSS/PRES n. 28 de 16/05/2008, alterada pelas instruções normativas 33, 37, 39, 43, 80 e 89] para a autorização de constituição de "RMC" em benefício previdenciário.

Logo, demonstrada a contratação e a utilização do serviço disponibilizado, não se vislumbra a abusividade invocada nos descontos relativos à reserva

Acesso ao Sumário

de margem consignável, motivo pelo qual não prosperam as pretensões do consumidor de obter a declaração da inexistência do débito e a devolução, em dobro, dos valores das parceladas debitadas. Consequentemente, também não vinga a pretensão indenizatória.

Nesse sentido já decidiu este e. TJSP:

"*Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Contrato de cartão de crédito prevendo a possibilidade de haver retenção de valores diretamente do benefício previdenciário do autor. Ausência de abusividade. Cobrança a título de Margem de Reserva Consignável (RMC) devidamente autorizada pelo autor. Cláusula válida. Valores cobrados discriminados em faturas não impugnadas. Descontos devidos, com observância da nova redação dada ao art. 6º, §5º, da Lei 10.820/2003, pela Lei nº 13.172/2015. Percentual já respeitado, no caso concreto. Descontos limitados ao percentual de 5%. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados para 11% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida ao autor. Recurso não provido.*" (TJSP, Apelação n. 1012497-74.2016.8.26.0032, Rel. Des. Hélio Nogueira, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 29.06.2017);

"*AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Demonstração pela ré da existência de relação jurídica entre as partes (cartão de crédito consignado) - Ré que juntou aos autos comprovação de toda a relação entabulada, bem como o saque efetuado pela autora no valor liberado (R$ 750,00) - Lançamento do valor mensal de R$ 39,40 que refere-se à reserva de margem consignável (RMC) devidamente autorizado pela autora, conforme farta documentação acostada aos autos - Ausência, de outro lado, de impugnação da autora quanto aos documentos juntados pela ré - Ônus da autora em demonstrar o fato constitutivo de seu direito - Ré, por sua vez, que logrou comprovar a origem do desconto no benefício previdenciário da autora - Sentença mantida - Recurso não provido.*" (TJSP, Apelação n. 1010071-51.2016.8.26.0077, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 19.07.2017).

Portanto, não há como sustentar tese contrária à exposta na r. sentença, que merece integral confirmação.

Vencida a autora, responderá pela elevação da verba honorária devida aos patronos do réu de 10% para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, o que se faz para remunerar o trabalho adicional dos advogados em grau recursal, observada a disposição contida no artigo 98, § 3º, do mesmo diploma legal.

Para fins de prequestionamento, ressalta-se que toda matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está

Acesso ao Sumário

obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 50103)

Respeitosamente, ouso divergir do eminente Relator.

Inicialmente, para inteira compreensão da questão aqui debatida, faz-se necessário discorrer a respeito das diferenças entre o empréstimo consignado e o cartão de crédito consignado.

O empréstimo consignado nada mais é do que um contrato de mútuo feneratício, ou seja, um empréstimo de dinheiro no qual as parcelas da dívida são descontadas diretamente no benefício previdenciário, ou em folha de pagamento do servidor público mutuário. Considerando-se a baixa inadimplência, justamente em razão do seguro mecanismo de pagamento, os juros são bem mais baixos do que nas demais modalidades de concessão de crédito bancário.

Já o cartão de crédito consignado é um meio que possibilita o pagamento à vista ou parcelado de produtos e serviços, e tem como finalidade a promoção do consumo, haja vista que facilita as operações de compra, por permitir a aquisição de bens mediante a utilização de um limite de crédito previamente disponibilizado pela administradora do cartão. No sistema consignado, parte do valor da fatura é descontado diretamente do benefício previdenciário (ou folha de pagamento), e o restante da dívida deve ser pago por meio de boleto enviado aos respectivos titulares.

A grande vantagem do cartão de crédito é a ausência do pagamento de taxas quando de sua utilização. Seu portador realiza a compra de produtos e serviços, utilizando-se do limite de crédito disponível, e faz o pagamento da fatura na data de vencimento previamente estipulada, sem pagar qualquer acréscimo por isso. O pagamento de taxas somente ocorre se o titular não possuir o numerário suficiente para pagamento integral da fatura na data estabelecida, ou se sacar quantia em dinheiro de seu limite disponível.

Em geral, tem-se que as taxas de juros no cartão de crédito consignado são cerca de 50% mais altas que aquelas cobradas no empréstimo consignado.

Pois bem.

A parte autora, pensionista pelo INSS, sustenta que se dirigira até o estabelecimento do réu para contratação de empréstimo, negando veementemente a pretensão de obtenção de qualquer cartão de crédito.

Acesso ao Sumário

Em sua contestação, o requerido afirma que o empréstimo foi contratado na modalidade "cartão de crédito consignado", juntando aos autos "Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento" (fls. 125/128), devidamente assinado pela parte autora, em 15 de julho de 2015, sendo que, em princípio não haveria, em tese, ilegalidade na contratação da Reserva de Margem Consignável - RMC.

Apresentou, ainda, o recibo de transferência eletrônica da quantia de R$ 1.848,00 (fls. 131).

Veja-se que é incontroversa a contratação do "empréstimo" e a utilização do valor pela requerente.

Formalmente, o contrato está em ordem.

E é nessa aparência de licitude que o estabelecimento bancário ludibria o aposentado/pensionista do INSS a pagar um empréstimo vitalício, pois o débito nunca será quitado. E mais, o valor nominal da dívida sempre ficará na mesma quantia. Mesmo depois do pagamento de muitas "parcelas", o mutuário estará devendo o valor que contratou.

Isto porque o banco consigna no benefício previdenciário do contratante apenas o montante que será cobrado a título de juros e outras despesas. Assim, mensalmente, o devedor paga apenas os juros incidentes sobre a dívida, que mantem seu valor nominal.

A instituição financeira receberá eternamente essa quantia mensal e a parte autora terá que pagar essa dívida enquanto viver.

Como já relatado, as taxas do "cartão de crédito consignado" giram em torno de 50% acima das taxas do "empréstimo consignado", de modo que é muito mais vantajoso para o banco quando o cliente se utiliza do crédito disponível no cartão do que quando realiza um empréstimo consignado.

No entanto, como anteriormente explanado, o cartão de crédito é um meio de pagamento.

Não se adquire um cartão de crédito para, logo em seguida, fazer um saque de todo o seu limite de crédito e passar a pagá-lo mediante prestações. O cartão de crédito é usado para fazer compras mensalmente, mediante o pagamento da fatura correspondente, ainda que, eventualmente, se possa fazer o saque de algum valor, para fazer frente a uma emergência.

Se o objetivo é ter numerário em espécie, o produto adequado é o empréstimo bancário. A utilização do cartão de crédito dessa forma é uma deturpação de sua finalidade.

A parte autora não foi até o estabelecimento bancário para adquirir um "cartão de crédito consignado", mas sim para obter empréstimo consignado, tal como relatado na inicial.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o próprio banco confessa ter enviado a quantia através de TED (transferência eletrônica disponível) para a conta corrente da contratante, ou seja, houve a realização de um simples empréstimo bancário, valendo-se do produto "cartão de crédito consignado".

Assim, o requerente deixou de se vincular a um empréstimo consignado, com taxas de juros sabidamente menores, tendo sido submetida a uma contratação com onerosidade majorada em cerca de 50%. Ressalte-se que a desvantagem para o consumidor persiste, ainda que essa taxa do cartão de crédito consignado seja mais baixa que aquela normalmente cobrada em um cartão de crédito convencional.

Além disto, ficou com uma dívida vitalícia.

Não há dúvidas de que a maneira como o banco requerido agiu é maliciosa, tendo em vista que foi procurado pelo consumidor, vulnerável e hipossuficiente, para que lhe fosse concedido um empréstimo e, pensando este que estaria contratando mero crédito consignado, foi levado a adquirir, também, um contrato de cartão de crédito, com encargos financeiros inúmeras vezes maiores do que os encargos ordinariamente incidentes no empréstimo consignado.

Tais circunstâncias revelam uma atitude que desrespeita diversos direitos básicos do consumidor, como o direito à informação, o direito de proteção contra métodos comerciais desleais, e o direito de proteção contra práticas abusivas, além de evidenciar uma extrema falta de ética da instituição financeira (CDC, art. 6º).

De outra parte, o novo Código Civil determina que os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé (CC/02, art. 422).

A boa-fé disposta nesse artigo deve ser entendida no aspecto objetivo, conceituada com sendo a exigência de conduta leal dos contratantes. Sua presença é observada por meio do cumprimento de deveres anexos ou laterais de conduta, que devem estar presentes em todos os negócios jurídicos, independentemente de previsão contratual.

Acesso ao Sumário

Tais deveres são elencados pela doutrina, como sendo, dentre outros: dever de cuidado em relação a outra parte; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 3ª ed., São Paulo, ed. Método, 2013, p. 550).

Além do desrespeito aos direitos do consumidor e da falta de ética, a conduta da instituição financeira também constitui prática abusiva.

O art. 39, inciso IV, do CDC, está assim redigido:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços."

O pacto retratado nos autos infringe referido dispositivo legal, pois o réu, prevalecendo-se da baixa condição social e instrução da parte autora, impôs a esta a contratação de um negócio que lhe era extremamente prejudicial.

Em face destas constatações, a contratação efetuada é nula de pleno direito, nos termos do art. 51, inciso IV, do CDC, *in verbis*:

"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."

Portanto, ainda que formalmente o contrato seja perfeito, materialmente ele está viciado, em razão da prática abusiva da instituição financeira em celebrar a contratação de um produto não visado pela parte autora, que simplesmente aderiu ao negócio na certeza de firmar, na hipótese, novo empréstimo consignado.

Feitas essas considerações, de rigor o reconhecimento da nulidade da contratação do empréstimo via cartão de crédito, com consequente exclusão da cobrança da reserva de margem consignável efetuada sobre o benefício previdenciário da parte autora, mantendo-se a contratação do empréstimo do valor liberado e transferido à autora de R$ 1.848,00 (fls. 131), apontado, como empréstimo consignado, segundo as taxas médias de mercado para tal modalidade de empréstimo, e empregando- se os descontos já efetuados sobre o benefício previdenciário do requerente para abatimento do valor do débito, considerando o valor liberado ao pretendente e acima mencionado.

No mais, não vislumbro a possibilidade de devolução dos valores já pagos, uma vez que a própria parte autora afirmou na exordial que buscou a contratação de empréstimo, tendo havido a efetiva disponibilização do montante pretendido. Desta forma, os importes já descontados pelo banco requerido deverão ser aplicados no abatimento das parcelas do contrato tencionado pela parte autora, somente havendo que se falar em repetição de valores caso já tenha havido a integral quitação contratual.

Por fim, entendo não caracterizado qualquer dano moral, uma vez que versa a causa sobre desacerto contratual, cujos efeitos não acarretaram lesão da personalidade a ensejar a reparação moral, sendo, ademais, firme a jurisprudência no sentido de que o desacerto comercial ou inadimplemento contratual não gera, via de regra, danos morais.

Acesso ao Sumário

Ante todo o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para o julgamento de parcial procedência do feito, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, a fim de declarar nula a contratação do "cartão de crédito consignado" objeto dos autos, cancelando-se a reserva de margem consignável efetuada sobre o benefício previdenciário da autora, mantendo-se a contratação do empréstimo dos valores liberados ao mutuário, de R$ 1.848,00 (fls. 131), como empréstimo consignado, segundo as taxas médias de mercado para tal modalidade de concessão de crédito, e empregando-se os descontos já efetuados sobre o benefício previdenciário da parte autora para abatimento do valor da dívida.

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002712-13.2012.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que é apelante KATIA RUBINETE GUEIROS DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ERALDO SANTOS DE OLIVEIRA e KARLA MARIA RAMOS DE LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40920a)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MAIA DA ROCHA.

São Paulo, 27 de maio de 2019.

ITAMAR GAINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Posse - Ação de manutenção - Construção de pavimento superior - Laje usada para estacionamento de veículos - Risco de dano. Tratando-se de construção de pavimento superior, em imóvel residencial, constitui turbação à posse do possuidor dos pavimentos inferiores o uso da laje para estacionamento de veículos, em razão do consequente sobrepeso, a implicar risco de dano. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença de improcedência de ação de manutenção de posse c.c. desfazimento de construção ilegal, aduzindo a autora apelante o seguinte: não há nos autos documento que comprove que os réus tenham participado de algum negócio consigo, "seja na suposta aquisição conjunta ou na troca de imóveis, haja vista que o contrato de permuta de fls. 14 menciona como 'dona' do 2º imóvel apenas a Recorrente"; "foi incluída pela Prefeitura no projeto de regularização fundiária a ser realizado conforme Termo de Acordo firmado nos autos de Ação Civil Pública (autos 2.480/07), ou seja, reconhecida como possuidora do lote para futura atribuição"; por isso não existe a alegada composse, que não pode ser reconhecida apenas com base em depoimentos testemunhais; ainda que tenha havido consentimento de sua parte para construção pelos réus, "resta claro que a construção foi realizada em cima de sua residência, ou seja, contra sua vontade e na sua ausência, pegando parte da laje e da varanda da Recorrente"; a construção, do modo como foi feita, lhe é prejudicial.

Recurso bem processado, com resposta. Ausente preparo, por ser a recorrente beneficiária de gratuidade.

É o relatório.

Na contestação foi dito que outro terreno, em outro endereço, constituía composse entre a coautora Karla e suas duas tias, a autora Katia e Iraci. Houve permuta desse terreno com o que é objeto desta discussão. Por isso, a autora autorizou Karla a construir nesse segundo terreno.

Essa versão se confirma pelo documento de fl. 46, consistente em reclamação formulada pela autora contra a corré Karla perante o Juizado Informal de Conciliação, cujo teor, no que interessa à solução desta lide, é o seguinte: "alega a autora que é proprietária do imóvel residencial situado no endereço supra há 11 anos e que há cerca de 03 anos cedeu um espaço no imóvel para a reclamada construir sua moradia, pois pagava aluguel".

Aí está, pois, a prova inconteste de que a autora autorizou sua sobrinha, a corré Karla, a construir no terreno, assim agindo, segundo aquela alegação contida na peça de defesa, em razão de ter havido entre elas e mais uma pessoa uma composse sobre outro terreno, que veio a ser permutado pelo que é objeto da controvérsia.

Tal cessão de espaço leva à conclusão de que o fato de a ré haver construído no terreno não constitui turbação à posse da autora.

Observa-se na prova pericial que o imóvel é composto de três pavimentos, sendo dois pertencentes à autora e o terceiro, mais alto, construído pela ré.

Conforme salientado na sentença, com base na prova oral colhida em audiência, "a autora não só manifestou expresso consentimento com a edificação

Acesso ao Sumário

do último pavimento, como foi quem chamou a sobrinha para levar a efeito a construção de sua moradia".

Ainda conforme a prova pericial, a construção do terceiro pavimento ocorreu sem observância de regras técnicas, em razão do que houve afetação dos pavimentos inferiores.

Por isso foram feitas as seguintes observações na sentença:

"Este juízo, na análise do laudo pericial, verificou que algumas intervenções já estão indicadas como necessárias, mas a mais significativa, que é a verificação da necessidade de reforço de estrutura, impede que a questão seja de pronto definida. Faz-se necessária a contratação de engenheiro calculista para análise da necessidade ou não de obras estruturais, além daquelas elencadas à fl. 236".

"Nesse contexto, embora as partes já estejam cientes de como devem proceder para bem resolverem os problemas decorrentes da realização de obra de engenharia sem a presença essencial de um profissional devidamente habilitado, este juízo não tem como, nesta demanda, proferir comando jurisdicional destinado a obrigar as partes a realizarem as obras necessárias. Tal demandará, em caso de inércia dos envolvidos, o ajuizamento de ação autônoma".

Há, no entanto, um aspecto que deve ser considerado para o adequado deslinde da causa, qual seja, o uso, pelos réus, do teto da casa da autora como garagem, lá estacionando carro ou motocicleta, isto gerando sobrepeso e aumentando o perigo de danos.

Na decisão de fl. 201, considerando a constatação pela Engenheira da Defesa Civil da Prefeitura quanto à existência de "trincas nas alvenarias da sala e quarto e infiltrações em toda a laje do teto, que serve de garagem para a residência do 1º andar e que, por não possuir impermeabilização está estragando a residência debaixo e deslocamento da argamassa da platibanda sobre a porta principal", o Juízo houve por bem determinar que os réus não se utilizassem do imóvel como garagem para estacionar o carro, até decisão definitiva, sob pena de multa diária a ser arbitrada oportunamente.

Acesso ao Sumário

Esse uso indevido do teto do pavimento pertencente à autora constitui, sem dúvida, fator de agravamento de risco e, consequentemente, turbação à sua posse.

Trata-se de aspecto envolvido na lide, como decorrência da construção relatada na petição inicial. De modo que deve ser aqui considerado, decidindo-se pela manutenção daquela medida proibitiva.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, julgando-se parcialmente procedente a ação, de modo a manter-se tal proibição, sob pena de multa diária, a ser fixada pelo juízo. Caracterizando-se sucumbência recíproca e sendo as partes beneficiárias de gratuidade, cancela-se a verba honorária fixada

na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042153-98.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.A. SALMERÃO REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, é apelado SHECK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

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 27371)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente sem voto), JOÃO BATISTA VILHENA E SOUZA LOPES.

São Paulo, 31 de maio de 2019.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Pretensão de que a representada seja condenada ao pagamento da indenização prevista no art. 27, "j" da Lei nº 4.886/65, bem como do valor correspondente ao aviso prévio. Caso em que rescisão se deu por iniciativa da representante, que não comprovou justo motivo a dar ensejo à rescisão do contrato. Requerimento de julgamento antecipado da lide quanto instada a especificar provas. Verbas indevidas. Valor arbitrado a título de honorários advocatícios mantido. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 196/198, de relatório adotado, julgou improcedente a "ação de indenização" movida por **L.A. Salmerão Representação Comercial** em face de **Sheck Indústria e Comércio de Confecções Ltda.** Diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela a autora (fls. 200/203) sustentando, em síntese, que a rescisão do contrato se deu de forma verbal, pelo sócio da empresa apelada. Afirma que

comprovou suas alegações através dos documentos juntados, que não foram impugnados pela ré. Requer a reforma da r. sentença com a condenação da ré ao pagamento do ônus da sucumbência e, caso não seja esse o entendimento, que a verba honorária seja reduzida para o percentual de 5% sobre o valor da causa.

Recurso regularmente processado, sem contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A apelante pretende a condenação da apelada ao pagamento da indenização prevista no art. 27, alínea "j" da Lei nº 4.886/65, bem como do valor correspondente ao aviso prévio previsto no art. 34 da mesma lei, sob o fundamento de que houve rescisão imotivada do contrato por parte da representada.

Ocorre que, compulsando os autos, verifica-se que diferentemente do afirmado, a rescisão do contrato se deu por iniciativa da representante, e não da representada. É o que se verifica da mensagem enviada pela apelante, em 28/05/2018:

> **[28/05/2018 14:49:48] Bureau De Estilo: Neila, acabo de receber uma ligação do Claudio - seu sócio, estou passando o caso para minha advogada! Vocês resolvam com ela! Encerramos por aqui! Falta de escrúpulos o da empresa dizer que pagou a comissão de todos os representantes, menos a minha e que se quiser receber, para enviar a NF para protesto ou executa-lá!!**

Nesse caso - rescisão promovida pela representante - a indenização prevista no art. 27, alínea "j" da Lei nº 4.886/65 somente se mostra devida se comprovada violação contratual por parte da representada, nos termos do art. 36 da referida lei, ônus do qual a apelante não se desincumbiu, a teor do disposto no art. 373, I do Código de Processo Civil.

Ressalto que, intimada a especificar provas (fls. 192), a autora requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 195).

Sendo assim, demonstrado que a rescisão se deu por iniciativa da representante e não demonstrado justo motivo a dar ensejo à rescisão do contrato, descabida a condenação da representada ao pagamento da indenização prevista no art. 27, alínea "j" da Lei nº 4.886/65, bem como ao aviso prévio, de forma que a r. sentença deve ser mantida.

Quanto ao valor dos honorários advocatícios, descabida a redução pretendida, pois a quantia arbitrada (10% sobre o valor da causa, que é R$-11.446,06) observou os limites e critérios previstos no §2º do art. 85, CPC, e não se mostra excessiva.

Nos termos do §11 do art. 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários fixados para 15% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007051-59.2017.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado LUCIANO CARDOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49157b)**

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

São Paulo, 3 de junho de 2019.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: DANO MORAL. BANCO DE DADOS. CONTRATO. PROVA. ARBITRAMENTO. 1. No arbitramento do dano moral, há que se observar as circunstâncias da causa, a capacidade econômica das partes e as finalidades reparatória e pedagógica desse arbitramento. Essa fixação é realizada dentro do prudente arbítrio do juízo. No caso, diante da verdade formal colhida nos autos, o arbitramento não foi adequado, comportando redução. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 352/355, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedente ação ajuizada por Banco Bradesco S/A contra Luciano Cardoso, para declarar a inexigibilidade do valor cobrado pelo banco, determinar a restituição

em dobro pelos valores indevidamente cobrados no valor de R$ 2.622,00 e para condená-lo ao pagamento da indenização no valor de R$ 15.000,00.

Inconformado, apela o banco, alegando necessidade de devolução de forma simples e redução do valor arbitrado a título de indenização. Pugna pela reforma do julgado com acolhimento de suas pretensões.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

Tornou-se incontroverso nos autos que o autor realizou a portabilidade para o recebimento de seu salário de sua conta originária no banco réu para o Banco Santander Brasil S/A.

Também não se discute que o réu, após a portabilidade do empréstimo para outro banco, continuou a exigir do autor os valores do empréstimo.

Trata-se, portanto, de dano cuja a repercussão foi provada, já que o autor teve que arcar com o pagamento do empréstimo em duplicidade, comprometendo sua renda.

Estabelecido o dever de reparar, resta a verificação do montante indenizatório.

Quanto a esse aspecto, considerando que a lei não prevê padrão de aferição do valor indenizatório para a hipótese vertente, resta, então, aquele genérico para os casos de prática de ato ilícito (artigos 159, 1059 e 1547 do CC de 1916, e artigos 927, 944 e 953 do CC atual).

Em tal ocorrendo, ao juiz tocará o arbitramento de indenização cabível, segundo seu elevado critério (Código Civil de 1916, artigo 1553, e parágrafo único do art. 953 do CC atual).

De fato, "o dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente" (Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo 54, parágrafo 5.536, n. 1, p. 61). "O importante é, a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos" (R. Limongi França, "Reparação do Dano Moral", *in* RT 631, p. 35). "O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão" (Humberto Theodoro Júnior, "Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil", *in* RT 662, p. 9).

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, considerando-se as circunstâncias da causa, já que a não houve negativação do nome do autor, a capacidade econômica das partes e as

finalidades reparatória e pedagógica da condenação dessa natureza, temos por correto a redução do montante indenizatório para R$ 3.000,00, devendo ser atualizado da r. sentença.

Quanto aos danos materiais, a devolução deve ocorrer de forma simples, haja vista inexistir prova da má-fé da ré em sua cobrança.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso nos moldes acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1063602-12.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO FIBRA S/A, é apelada ELIZABETH CRISTINA DA COSTA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29549)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente) e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Embargos à execução por título extrajudicial fundada em cédula de crédito bancário - Falecimento do executado - Citação da herdeira para pagar integralidade da dívida - Inadmissibilidade - Efetuada a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube da herança - Concordância do banco com o depósito realizado pela herdeira embargante nos autos - Embargos acolhidos - Honorários advocatícios de sucumbência - Valor fixado com base em 10% do proveito econômico obtido - Possibilidade - Inteligência do art. 85, §§2º e 8º do CPC - Precedentes do STJ - Recurso negado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos à execução por título extrajudicial opostos por **ELIZABETH CRISTINA DA COSTA PEREIRA** em face de, **julgados procedentes pela r. sentença de fls. 139/140**, julgando extinta a execução com relação à embargante, condenando o embargado a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos no montante de 10% do valor que sucumbiu.

Apela o Banco embargado, procurando reverter a r. sentença, alegando, em síntese, excessivo o valor da verba honorária advocatícia de sucumbência, por representar valor superior ao crédito recuperado pela instituição financeira, comportando redução.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 153/159).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de embargos à execução por título extrajudicial ajuizada pelo banco embargado em face de Eldo Pereira da Costa, com base em contrato de empréstimo nº 7000365767, celebrado em 14/09/2010, no valor de R$33.834,31, para pagamento em 60 parcelas mensais de R$1.040,00, executando-se o valor de R$67.159,85, atualizado até dezembro/2014.

Diante da notícia de falecimento do executado, foi determinada a citação do espólio em nome dos herdeiros do *de cujus*.

A herdeira executada opôs embargos à execução, sustentando, em síntese, sendo filha e sucessora do devedor, juntamente com a viúva meeira e dois irmãos, a embargante deve responder apenas pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube após a partilha dos bens.

O banco embargado concordou com o depósito efetuado nos autos pela embargante, no valor de R$5.178,41 (fls. 134).

Os embargos foram acolhidos, julgando-se a execução extinta em relação à embargante, por r. sentença assim fundamentada:

"***Vistos.***

Trata-se de embargos à execução proposta por Elizabeth Cristina da Costa Pereira em face da execução que lhe move BANCO FIBRA S/A.

A autora afirma que o embargado ajuizou ação de execução em face do seu pai falecido. Foi citada para realizar o pagamento da quantia de R$56.364,05, quantia superior à sua quota-parte na herança. Requer o pagamento da quantia de R$5.164,64.

O embargado apresentou impugnação concordando com o pleito da embargante.

Depósito realizado às fls. 134.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Fundamento e decido.

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ante a concordância das partes e do exequente, aqui embargado, JULGOU PROCEDENTE os embargos à execução e, consequentemente, JULGO EXTINTO o processo de execução com relação à embargante e executada Elizabeth Cristina da Costa Pereira, nos termos do artigo 924, inciso II do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência e nos termos do artigo 90 do Código de Processo Civil, deverá o embargado Banco Fibra arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos aos patronos da embargante, no montante de 10% do valor que sucumbiu (a diferença entre R$56.364,05 e R$5.178,41).

Certifique-se nos autos do processo de execução o conteúdo dessa sentença, devendo o exequente regularizar o processo de execução, observando a partilha de bens narrada na petição inicial.

Expeça-se mandado de levantamento judicial da quantia depositada em fls. 134 em favor do Banco Fibra. Por uma questão de celeridade processual e supressão de atos, deverá a parte preencher o formulário disponível no site* (endereço eletrônico constante no texto original) *e juntar aos autos para, havendo possibilidade técnica (depósitos posteriores à março/2017), elaboração do Mandado de Levantamento Eletrônico, sendo um para cada beneficiário.

P.R.I.C."

O recurso é exclusivo do Banco embargado, defendendo a redução da verba honorária de sucumbência para patamar consentâneo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nega-se provimento ao recurso.

De fato, no caso, efetuada a partilha de bens do falecido devedor, não poderia a herdeira embargante ser responsabilizada pelo pagamento integral da dívida do *de cujus*, mas somente na proporção do quinhão que lhe coube da herança.

Dispõe o art. 1.997 do Código Civil: "***A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube***".

O art. 796 do CPC estabelece: "***O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube***".

Acesso ao Sumário

Assim, ante a concordância da instituição financeira com o depósito realizado nos autos pela embargante nos limites de sua responsabilidade, impõe-se a extinção da execução, devendo o banco embargado responder pelas verbas de sucumbência em consonância com o princípio da causalidade, previsto no art. 85, §2º do CPC/2015.

De acordo com o art. 85, §2º, do NCPC:

"***§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:***

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

E, de acordo com o §8º do mesmo dispositivo legal: "***Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º***."

Portanto, de acordo com a regra trazida pelo Novo Código de Processo Civil, a base de cálculo dos honorários deve observar, em ordem preferencial, o valor da condenação, o proveito econômico e, por último o valor atualizado da causa, somente se justificando em situações excepcionais a fixação da verba honorária de sucumbência por equidade, em detrimento do critério de fixação estabelecido pelo art. 85, §2º, do CPC/2015.

Sobre o tema, o C. STJ assentou:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de

Acesso ao Sumário

pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido.

(REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019) (grifou-se).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 85 DO CPC/2015. PROVIMENTO NEGADO.

1. "O § 8º do art. 85 do CPC/2015 se aplica somente quando o valor da causa é muito baixo e, além disso, seja irrisório ou inestimável o proveito econômico experimentado. Caso contrário, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º do art. 85 do CPC/2015, os quais se aplicam, inclusive, nas decisões de improcedência e quando houver julgamento sem resolução do mérito." (AgInt no AREsp 1.187.650/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe de 30/04/2018).

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1191051/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR TEMPO SUPERIOR AO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. OCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO PRÉVIO À SENTENÇA DE EXTINÇÃO EXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. TESE FIRMADA NO TEMA 1 DO IAC, PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. APLICAÇÃO DA EQUIDADE PREVISTA PELO ART. 85, § 8º, DO CPC/2015 EM CASO DE ELEVADO VALOR DA CAUSA E DE PROVEITO ECONÔMICO DE VALOR RELEVANTE IDENTIFICADO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(...)

2. Os honorários advocatícios devem, ordinariamente, ser arbitrados com fundamento nos limites percentuais estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015 sobre o proveito econômico obtido, ou, na

Acesso ao Sumário

impossibilidade de identificá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

A equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 983.554/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018).

Na hipótese, não há valor de condenação, de modo que a base de cálculo dos honorários de sucumbência deve ser o proveito obtido pela embargante, que corresponde à diferença entre o valor executado (R$56.364,05) e o valor devido (R$5.178,41).

Não sendo inestimável ou irrisório o proveito econômico, os honorários advocatícios não podem ser fixados por apreciação equitativa, com base na razoabilidade e proporcionalidade, conforme disposto no art. 85, §8º do CPC.

Assim, no caso, cabível a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência em 10% do valor do referido proveito econômico, não comportando alteração.

Por fim, caso de majorar-se a verba honorária de sucumbência, observando-se o trabalho adicional dos advogados da embargante em grau sede recursal (fls. 153/159), elevando-se para 12% do valor atualizado do proveito econômico, de acordo com o art. 85, §11, do NCPC.

Logo, o recurso não prospera, mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1049128-39.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TAM LINHAS AÉREAS S.A. (NOME FANTASIA - LATAM AIRLINES BRASIL) 02.012.862/0001-60, é apelada PAULA STAREIKA KORTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.700)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS

Acesso ao Sumário

FONTES (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade objetiva pela falha na prestação do serviço (arts. 3º, §2º e 14, ambos do CDC) - A condenação a título de danos morais encontra-se em patamar adequado, em consonância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 114/124, que julgou procedente o pedido inicial, para condenar a requerida ao pagamento de R$10.000,00 a título de danos morais e R$2.915,24 a título de danos materiais, bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Irresignada, insurge-se a requerida, pugnando, em síntese, pela reforma da r. sentença. Argumenta, em suma, sobre excludentes de responsabilidade; bagagem extraviada; ausência de dano moral; e, redução do valor fixado.

Contrarrazões às fls. 147/158.

Recurso devidamente processado e respondido.

É o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

A princípio, deve ser registrado que a recorrida não faz qualquer alegação referente à extravio de bagagem e, desta forma, não se conhece do recurso nesta parte por ausência total de interesse recursal.

No mais, no caso dos autos, é perfeitamente aplicável a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque, existe verossimilhança nas alegações apresentadas pela autora, as quais, não foram refutadas efetivamente pela apelante e, mormente, ante manifesta hipossuficiência da autora apelada, pois, tal elemento decorre não da fragilidade financeira, mas sim, da inexistência de conhecimento técnico do produto ou serviço colocado à disposição do consumidor pelo fornecedor, em especial acerca de seu *modus operandi*, meios de controle, segurança etc. Nesse sentido, o Ilustre e Douto Desembargador Rizzatto Nunes tece o seguinte entendimento, a saber:

"**A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade**

Acesso ao Sumário

econômico do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc."

Assim, registre-se que, sob a égide da Lei Consumerista e pelo que dos autos consta, é possível afirmar que a apelante responde pelo defeito na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa (art. 14, CDC), ou seja, mesmo que não tenha colaborado diretamente para a ocorrência do evento danoso responderá pelo dano daí advindo, a não ser que comprove a culpa exclusiva do consumidor, o que, no caso, inexistiu.

Destaque-se que, entre outros direitos básicos do consumidor, está a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme disposto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

O serviço é defeituoso, nos termos do §1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, permitindo a ocorrência de danos que, em razão das circunstâncias, não existindo medidas para o fim de evitar prejuízos, como o ocorrido no caso em tela. Sendo que, o fornecedor, no caso a apelante, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor pelos defeitos decorrentes à prestação do serviço, de acordo com o artigo 14º, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Destaque-se que "**A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título.**" (REsp nº 1.109.978-RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 01/09/2011).

Desta forma, mantém-se a r. sentença, a qual utiliza-se como fundamento e razão de decidir, que bem deixou registrado que: "... *Incontroverso nos autos que o voo inicialmente programado para o dia 13 de maio de 2016 foi remarcado para o dia seguinte, tendo permanecido a autora na aeronave aguardando sua decolagem por quatro horas sem ar condicionado. Do mesmo modo, não houve controvérsia acerca dos gastos suportados pelo atraso, no importe de R$2.915,24. Com efeito, na esteira do artigo 374, inciso III, do Código de Processo Civil, as alegações não dependem de prova, porquanto incontroversas, não obstante corroboradas pelos elementos de prova juntados com a petição inicial (fls. 22, 27 e 28/29). A parte autora consubstancia-se, ex vi do artigo 2º, caput, da Lei no 8.078/90, como consumidora, porquanto contratou a prestação*

Acesso ao Sumário

de serviços na qualidade de destinatária final. A requerida constitui-se como fornecedora, em consonância ao artigo 3º, caput, do mesmo diploma legal, uma vez que se organiza empresarialmente para a comercialização de produtos e a prestação de serviços no mercado de consumo. Analisando a questão de fundo, pois, mostra-se indisputável o cabimento da apreciação do pedido à luz dos preceitos e princípios que regem as demandas de natureza consumerista (cf. STJ, REsp 988.595/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/11/2009). Com efeito, tratando-se no caso em tela de relação de consumo, a responsabilização civil do fornecedor tem natureza objetiva, fundada no risco gerado por sua atividade empresária, o que encontra amparo no artigo 14, caput, da Lei nº 8.078/90 independendo, consequentemente, da demonstração da existência de culpa (DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 158-159). Definitivamente, no mercado capitalista, com a consagração da produção em massa, inerente a provocação de danos, os quais, assim, devem ser suportados pelo empresário, o qual busca o lucro, ao passo que o consumidor limita-se a procurar o atendimento de uma necessidade própria. Urge a consideração, pois, que a responsabilidade civil exige para o surgimento do dever de indenizar, em sua modalidade objetiva, um dano imputado causalmente ao serviço, colocando-se o risco como nexo de imputação em coexistência com a culpa, em nosso ordenamento (cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26). Na hipótese sub judice, todos os seus pressupostos restaram configurados, de sorte a ensejar a condenação da demandada a reparar os danos morais experimentados pela parte demandante. Nesse sentido, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: ... Com relação à ocorrência de força maior, ocorrido cancelamento do voo contratado em razão de problemas técnicos, está-se, in casu, diante do que a doutrina qualifica como fortuito interno, o que não suprime a responsabilidade civil do fornecedor (cf. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Código Civil comentado. Coordenação Antonio Cezar Peluso, Barueri: Manole, 2007, p. 283; STJ, REsp 227.364/AL, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 24.04.2001, DJ 11.06.2001 p. 226). Nessa direção, arestos do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: ... De mais a mais, seria defeso não admitir que caiba à empresa ré o ônus de provar ter prestado adequadamente o serviço. Nesse sentido, diante da situação que se apresentava, com cancelamento do voo, cabia à requerida o dever de prestar assistência e informações adequadas sobre o ocorrido e adotar as providencias necessária no sentido de minimizar o desgaste emocional provocado à autora, o que ocorreu. Portanto, para além do dano material, com gastos com transporte, vestuário, alimentação e hospedagem, inexorável, diante das circunstâncias, porquanto o dano moral é presumido, dispensando prova

Acesso ao Sumário

em concreto. Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois passa-se no interior da personalidade e existe in re ipsa (Direito Civil brasileiro, v. IV. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369). Está- se diante do damnum in re ipsa, advindo da experiência comum, secundum quod plerumque accidit (STJ, Esp 196.024/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 02/03/1999). Não se pode negar, nessa esteira, que os transtornos causados pelo cancelamento do voo, bem como o descaso com a prestação de informações e a devida assistência, por si só, afetam a normalidade psíquica do indivíduo. ..."

Efetivamente, a recorrente não juntou qualquer documento apto a solucionar o litígio, ou seja, não honrou com seu ônus probatório (CPC, art. 373, II).

Verifica-se que a recorrente não nega o cancelamento do voo aduzindo, apenas, que houve caso fortuito ou força maior, que são excludentes de responsabilidade.

Todavia, com a devida vênia, não juntou qualquer comprovação da necessidade de cancelamento do voo.

Não se verifica a comprovação da excludente da responsabilidade alegada pela companhia aérea, isto é, que o atraso do voo decorreu de fator inesperado e imprevisto considerado caso fortuito ou força maior.

No caso, a alegação da autora de falha no sistema de ar condicionado teria sido o motivo do atraso e cancelamento do voo, o que não foi impugnado especificamente pela recorrente que argumentou apenas que "pouco tempo antes de sua decolagem e durante o período de testes de segurança, apresentou um problema técnico e careceu de imediato e inesperado reparo." (fls. 57).

Porém, a manutenção de aeronaves são eventos previstos na dinâmica dos transportes aeroviários e o fato aqui descrito não é suficiente para eximir a companhia aérea de sua responsabilidade.

Desse modo, evidente que a demandada tem responsabilidade objetiva pelas falhas na prestação do serviço (artigos 3º, §2º e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor).

Por fim, quanto ao dano moral, no caso em apreço, em razão da falha na prestação de serviços prestados pela requerida, fato suficiente para ensejar a condenação por danos morais.

Registre-se que, sob a égide da Lei Consumerista e pelo que dos autos consta, é possível afirmar que a ré apelante responde pelo defeito na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa (art. 14, CDC), ou seja, mesmo que não tenha colaborado diretamente para a ocorrência do evento

Acesso ao Sumário

danoso responderá pelo dano daí advindo, a não ser que comprove a culpa exclusiva do consumidor, o que, no caso, inexistiu.

Destarte, a especificada negativa prestação de serviço perpetrada pela apelante configura o denominado dano *in re ipsa*, que não necessita de provas da ocorrência do dano, bastando a existência do fato ensejador do prejuízo, no caso, o atraso de mais de dez horas.

Portanto, pelo todo retratado, com o devido respeito, o recurso não merece provimento, uma vez que ausente comprovação e impugnação pela requerida, bem como falha na prestação do serviço, mantendo-se o dano moral.

Quanto ao pleito de redução do dano moral o recurso também não merece provimento.

Restando demonstrada a existência do dano moral, sua quantificação deve, de um lado, ter pressuposto de punição ao infrator, de modo a inibir a prática de novos atos lesivos e, de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação, satisfatória, pelo dano suportado, sendo a quantia fixada, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de acordo com prudente arbítrio do Julgador, evitando-se o enriquecimento sem causa, sem, entretanto, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas e as condições econômicas do infrator, fixar um valor irrisório.

Destarte, a condenação deve ser imposta levando-se em conta todos os atos e fatos descritos no presente processo, não ensejando a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, sem perder seu caráter punitivo, bem como em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, de forma efetiva, compensando o lesado pelo constrangimento indevido suportado e, por outro lado, desestimulando o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro.

Assim, o valor da condenação arbitrado, levando-se em conta as alegações descritas autos, encontra-se adequadamente arbitrado, de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a não ensejar enriquecimento ilícito a uma das partes em detrimento da outra, tendo em vista, principalmente os danos sofridos pela autora e a extensão de seu efeito lesivo. Nesse sentido:

> ***"- O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. Recurso especial provido em parte".***
>
> ***"A fixação do valor da indenização a título de danos morais deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no***

Acesso ao Sumário

futuro." (TJMG - Apelação nº 1.0145.05.278059-3/001(1) - Rel. Des. Elpídio Donizetti - Data de publicação do Acórdão: 04/05/2007)

"... 2. O valor indenizatório do dano moral foi fixado pelo Tribunal com base na verificação das circunstâncias do caso e atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, há de ser mantido o quantum reparatório, eis que fixado em parâmetro razoável, assegurando aos lesados justo ressarcimento, em incorrer em enriquecimento sem causa...".[1]

Portanto, r. sentença recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida. Os honorários advocatícios são majorados para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013296-39.2018.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDIMILSON AURORA DA SILVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30511)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória - Pedido fundamentado na recusa injustificada do réu em subscrever transação extrajudicial para homologação em Juízo em outro feito - Documentação apresentada que permite auferir que o réu, apesar de não comparecer no Ofício Judicial para subscrever a

Acesso ao Sumário

1 STJ - REsp 797836/MG.

minuta, apresentou petição ratificando os termos do acordo - Ausência de prática de ato ilícito - Recurso improvido

VOTO

1. Adota-se o relatório da r. sentença, a saber: "*Ação de responsabilidade civil. Aduziu o autor, em suma: firmou acordo nos autos 24896-84.2012 da 1ª Vara Cível deste foro regional, mas a petição não foi regularmente assinada pelo réu, persistindo o gravame no veículo. Pediu seja retirada a restrição e a reparação do dano moral, estimado em R$19.080,00 (fl. 135). Em sua resposta (fls. 175-180) o réu alegou essencialmente o seguinte: crédito legitimamente constituído; autonomia da vontade; não cometeu ilícito. Houve réplica (fls. 195-205).*".

A r. sentença assim decidiu: "*Pelo exposto, rejeito o pedido (CPC, arts. 487, inc. I, e 490). O autor pagará honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 2º; STJ, Súm. 14). P.R.I. São Paulo, 13 de outubro de 2018*".

Apela o vencido com o propósito de ver reformada integralmente a r. sentença, pretendendo a procedência do pedido, aduzindo que o réu tem responsabilidade pré-contratual, porquanto propôs transação nos autos de outro processo, enviando-lhe minuta e, injustificadamente, recusou-se a subscrevê-la para posterior homologação em Juízo, entendo aplicável o artigo 427 do Código Civil. Assevera que o ato ilícito lhe trouxe dano moral, pelo qual pretende ser indenizada (fls. 211/225).

O recurso foi recebido e contrarrazoado (fls. 229/232).

É o relatório.

2. Consulta às cópias do Processo nº 0024896-84.2012.8.26.0003 (fls. 13/116) permite extrair que o apelante protocolou acordo extrajudicial entabulado sem que o mesmo fosse subscrito pelo réu, embora tenha comprovado que foi o banco quem propôs os termos da avença.

A fls. 112 está cópia de sentença proferida em 27/3/2018 pelo Juízo que presidia o processo suprarreferido, segundo a qual, o réu foi intimado por duas vezes a regularizar a transação judicial, quedando-se inerte. O Juízo então extinguiu o processo sem apreciação do mérito, presumindo a desistência da do feito, nos termos do artigo 775 do Código de Processo Civil.

Contudo, o documento de fls. 115 mostra que o réu, em 6/3/2018, protocolou petição anuindo com o acordo celebrado. Note-se que referido documento possui data anterior à sentença.

Referida petição foi aparentemente ignorada pelo Juízo, porventura em face da prolação da r. sentença. Ora, como é cediço, a homologação de transação

Acesso ao Sumário

extrajudicial por ser realizada a qualquer tempo (veja-se artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil).

Não se vislumbra, portanto, que tenha o réu agido de má-fé ou resistido injustificadamente à concretização do acordo que propôs, mas aparente desencontro de informações ocorrido no Processo nº 0024896-84.2012.8.26.0003.

Ao ora apelante caberia adotar as providências cabíveis nos autos do referido feito.

Para o presente processo, não se tem configurada qualquer prática de ato ilícito pelo banco, que ao invés de comparecer ao Ofício Judicial para regularizar o acordo protocolado pelo autor sem sua assinatura, ratificou seus termos por petição autônoma, não se verificando irregularidade em tal procedimento.

Com efeito, a responsabilidade civil emerge da conjunção de três pressupostos:

- ação, comissiva ou omissiva (fato lesivo);

- dano (lesão a bem jurídico), moral ou patrimonial; e

- nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade).

No caso em comento, nenhum dos três requisitos está presente, não restando caracterizada a responsabilidade do banco réu.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Nos termos do § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, ficam os honorários advocatícios sucumbenciais majorados para 15% sobre o valor da causa atualizado, com a ressalva de que tais verbas só poderão ser exigidas se houver comprovação de que o autor não mais reúne os requisitos para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º, do artigo 98, do mesmo diploma legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009196-44.2016.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM, é apelado ROBERTO DE SOUZA TELES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.520)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e EDGARD ROSA.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE FERROVIÁRIO - EMPURRÃO POR USUÁRIOS - ACIDENTE - DEDO DO PASSAGEIRO PRESO NA PORTA - FERIMENTO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - DANO MORAL CONFIGURADO - REDUÇÃO DO MONTANTE - JUROS DE MORA - CÔMPUTO DA CITAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

VOTO

Ação de indenização por acidente ferroviário foi julgada procedente em parte pela sentença, que condenou a ré em R$ 18.000,00 por danos morais, corrigidos do arbitramento e com juros da citação, mais custas, despesas e verba honorária de 15% do total.

Apelou a ré. Fala em culpa exclusiva da vítima, por ultrapassar faixa amarela de segurança. O valor do dano moral deve ser reduzido. Termo inicial dos juros de mora é a data do arbitramento. Pede reforma, com redução da verba honorária.

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

A bem lançada sentença deu solução adequada ao caso e, no essencial, merece subsistir, por haver sido proferida em harmonia com o conjunto probatório.

Responsabilidade contratual do transportador é objetiva e presumida a sua culpa, salvo provando que o evento danoso se verificou por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva do ofendido ou de terceiro.

Nenhuma excludente de responsabilidade houve, ausente demonstração de culpa exclusiva do autor pela ocorrência do acidente. Do que consta dos autos mostrou-se o serviço defeituoso, por não oferecer a segurança que razoavelmente dele se espera ao permitir que elevado número de pessoas acesse plataforma de embarque, mostrando-se insuficiente equipe de vigilantes para contê-los, disciplinando-lhes a movimentação.

Cabe, assim, indenizar, como decidido em casos análogos (Apelação nº 1003782-63.2015.8.26.0554, de Santo André, 16ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, j. 13.03.2018; Apelação nº 1060798-13.2014.8.26.0100, de São Paulo, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gil Cimino, j. 16.03.2017; Apelação nº 1022134-10.2014.8.26.0100, de São Paulo, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lígia Araújo, j. 29.04.2016).

O dano moral está configurado, inclusive por máxima de experiência, por isso que direito à incolumidade física figura entre direitos da personalidade, e a lesão sofrida, por importar em dor e afetar a psique, deve ser ressarcida.

Examinadas circunstâncias e peculiaridades do caso, e critérios de proporcionalidade e razoabilidade, considerando também que não se demonstrou a extensão das lesões ou incapacidade laboral reduzo a indenização por dano moral para R$ 5.000,00(cinco mil reais), atualizados da intimação do acordão (Súmula nº 362, STJ), e juros de mora de 1% ao mês da citação, caso de responsabilidade civil contratual (cf. Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, art. 293:5, pág. 453, Saraiva, 41ª ed).

Não se altera o capítulo da sucumbência, a cargo do réu (Súmula nº 326, STJ). A verba honorária está adequada, e não comporta redução, à luz do art. 85, § 2º, do CPC.

Faço ver que, provido em parte o recurso, descabem honorários recursais (EDcl no AgInt no REsp nº 1.573.573/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, Dje 08.05.2017).

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002619-85.2015.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelada ELIZABETH ROSA RUIZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.945)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA E CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.

TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO. É lícita a cobrança da tarifa de registro de contrato, considerando que ela não está incluída nas vedações previstas na Resolução nº 3.518/2007 do CMN e representa remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor. Ademais, tem por finalidade dar publicidade ao contrato, gerando eficácia perante terceiros, segundo a Resolução nº 320/09 do CONTRAN. Outrossim, a autora tinha plena ciência da cobrança, e a ela anuiu, não demonstrando estar em dissonância com as Resoluções do Conselho Monetário Nacional, ou a abusividade de seu valor.

TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM. O STJ já definiu que é valida a tarifa de avaliação do bem dado em garantia, desde que seja comprovada a efetiva prestação do serviço e de que a cobrança não seja excessiva. Não há qualquer alegação de que o serviço não foi prestado, bem como o valor cobrado não é abusivo. PRÊMIO DE SEGURO. Mesmo o prêmio de seguro tendo como objetivo a amortização do financiamento em caso de morte, invalidez, incapacidade total e desemprego involuntário, não pode o réu indicar a seguradora que a autora deve contratar. Abusividade caracterizada, vez o réu indicou a seguradora.

INCLUSÃO DO IOF NO MONTANTE FINANCIADO. POSSIBILIDADE. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 77/80, que julgou procedente o pedido formulado na inicial dessa ação

revisional cumulada com repetição do indébito que a autora ELIZABETH ROSA RUIZ move em face do réu BANCO ITAUCARD S/A.

A autora 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$ 644,98. 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 prêmio de seguro (R$371,93) e de tarifas de avaliação do bem (R$309,00), e registro do contrato (R$74,89); (c) o valor cobrado pelo IOF está acima do que deveria ser, já que há cobrança de valores indevidos, devendo ser corrigido; e (d) todo o valor cobrado indevidamente deve ser restituído em dobro. Acostou documentos (fls. 11/14).

Em contestação, o réu sustenta a legalidade das cobranças e dos encargos pactuados. Acostou documentos (fls. 39/73).

Sobreveio a r. sentença de fls. 77/80, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para declarar nulas as cláusulas questionadas e para condenar o réu a devolver à autora, os valores referentes ao seguro, às tarifas de registro de contrato no órgão de trânsito e de avaliação do veículo usado, e também a diferença de IOF cobrado a maior, no importe de R$ 13,63 (treze reais e sessenta e três centavos), inclusive dos encargos impostos por conta de seu pagamento juntamente com o montante financiado, ficando facultada compensação com eventual saldo devedor.

O réu apela às fls. 83/92. Alega, em suma, que: (a) cobrança de tarifas é lícita e permitida pelo ordenamento jurídico; (b) não existe nos autos comprovação objetiva quanto à abusividade nos valores cobrados pelo recorrente em comparação com os parâmetros de mercado; (c) as Res. CMN 3.517/07 e 3.518/07 (art.1º, §1°, III) previam expressamente a possibilidade de ocorrer ressarcimentos de custos pelo cliente à instituição quando houvesse serviços prestados por terceiros vinculados à operação; (d) a contratação do seguro proteção financeira é lícita, pois cobre a perda de emprego, incapacidade física, invalidez ou morte, garantindo o pagamento do financiamento; e (e) a cobrança o IOF está correta e é permitida pelo ordenamento jurídico.

A autora não ofertou contrarrazões (fls. 95).

É o relatório do essencial.

2. ***Tarifas***

Registro de contrato e avaliação do bem

Também é lícita a cobrança da tarifa de registro de contrato, considerando que ela não está incluída nas vedações previstas na Resolução nº 3.518/2007 do Conselho Monetário Nacional e representa remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor. Ademais, ela vem prevista na Resolução nº 320/09 do Conselho Nacional de Trânsito, e tem por finalidade

Acesso ao Sumário

dar publicidade ao contrato, gerando eficácia perante terceiros. Outrossim, a autora tinha plena ciência da cobrança, pois expressamente prevista e destacada no instrumento, e a ela anuiu, não demonstrando estar em dissonância com as Resoluções do Conselho Monetário Nacional, ou que o valor seria abusivo. Nesse sentido: TJSP, Ap. nº 1000598-97.2015.8.26.0005, Rel. Des. JACOB VALENTE, j. em 20.10.2015.

A cobrança da tarifa de avaliação do bem é válida, pois encontra previsão normativa no art. 1º, §2º, da Resolução nº 3.517/07 do Conselho Monetário Nacional.

No entanto, o STJ no julgamento do REsp, na forma de Repetitivo, nº 1.578.553-SP deixou expresso que:

> "*... ressalvada a efetiva avaliação do bem dado em garantia, é abusiva a cláusula prevê a cobrança desse tipo de tarifa sem a efetiva prestação do serviço, pois equivale a uma disposição antecipada de direito pelo consumidor (o direito de somente pagar por serviço efetivamente prestado). É dizer que o consumidor paga antecipadamente por um serviço (avaliação do veículo), que não será necessariamente prestado.*
>
> *... no que tange à tarifa de registro do contrato, valem as mesmas considerações acima deduzidas, acerca da efetiva prestação do serviço e do controle da onerosidade excessiva.*"

Assim, ficou definido que:

> *Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: - abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a - possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.*

Portanto, permitidas as cobranças efetuadas nos autos às fls. 11, já que a autora não negou a prestação do serviço e o valor cobrado não é oneroso.

Seguro

Apesar de a contratação do seguro se dar em benefício da própria mutuária, uma vez que tem como objetivo a amortização do financiamento em caso de morte, invalidez, incapacidade total e desemprego involuntário, é abusiva.

Em julgado recente, na forma do art. 1.040 do Código de Processo Civil, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011. SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS.*

Acesso ao Sumário

1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.

2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

2.1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.- CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.

3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.3 ao caso concreto, mantendo-se a procedência da ação de reintegração de posse do bem arrendado. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp nº 1.639.320 - SP (2016/0307286-9) - Ministro: Paulo De Tarso Sanseverino. Segunda Seção. Julgado: 12/12/2018).

Isso porque o réu não dá oportunidade para a autora escolher a seguradora que melhor lhe convier, determinando aquela que deve ser escolhida, o que caracteriza, assim, venda casada.

Após reflexão aprofundada, revejo meu posicionamento anterior no sentido de que a contratação do seguro era lícita mesmo quando o réu indicava a seguradora e a autora não demonstrava que tinha intenção de contratar com outra, para reconhecer a abusividade e a venda casada, nos termos do REsp mencionado acima, julgado na forma do artigo 1.040 do CPC.

IOF

Pacificado está o entendimento de que "podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais" (REsp 1.255.573/RS e REsp 1.251.331/RS. Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 28/08/2013).

3. Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação, reconhecendo-se a abusividade somente quanto à cobrança do seguro proteção financeira. Por fim, condena-se a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que ficam fixados em R$ 1.300,00, ressalvada a gratuidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020254-46.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PIRES DE CAMPOS, é apelada ROSANE SANCHES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 06926)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2019.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Água e demais despesas condominiais rateadas entre os moradores. Condômino inadimplente. Corte do fornecimento de água da unidade devedora. Aprovação em assembleia condominial. Tutela deferida para impedir o corte diante da essencialidade do serviço. Sentença de procedência do pleito inicial para impedir que o condomínio efetue o corte de água pelas vias próprias.

APELAÇÃO. Preliminar. Nulidade de citação. Inocorrência. Citação corretamente direcionada ao administrador e então síndica, nos termos do art. 75, XI do Código de Processo Civil. Condomínio que reitera sua argumentação de legalidade da disposição de corte aprovada em assembleia. Tratando-se de débito de fornecimento de água incorporado às despesas condominiais, não se admite o corte pelo condomínio como meio de coagir o condômino a realizar o pagamento do débito. Precedentes desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de obrigação com pedido de tutela proposta por **Rosane Sanches** em face de **Condomínio Residencial Pires de Campos** e da então síndica **Antonia da Costa**, cujo pedido foi julgado procedente em face do condomínio e extinto em relação à síndica destituída (fls. 160/164).

Inconformado, recorre o condomínio, então revel (fls. 158/174). Preliminarmente, aventa nulidade de citação, porquanto, os endereços fornecidos pela autora estariam incorretos. No mérito, argumenta possível o corte de água da unidade devedora, tal qual aprovado em assembleia condominial.

Recurso processado e respondido pela autora (fls. 181/191).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

Passo ao voto.

Narrou a autora ser residente de um imóvel no condomínio requerido. Aduz que, no dia 14 de maio de 2014, foi surpreendida com a suspensão de fornecimento de água exclusivamente para o seu apartamento, em decorrência de atrasos nos pagamentos dos débitos condominiais. Propôs a presente ação de forma a compelir os demandados a reestabelecerem a água em seu apartamento e esclarecerem os débitos.

A então síndica requerida contestou o feito sustentando ser parte ilegítima para responder ao pleito, tendo em vista sua destituição do cargo. No mérito, argumentou que foi aprovado em assembleia geral do condomínio que haveria o corte no fornecimento de água dos condôminos inadimplentes.

Sobreveio decisão julgando extinto o processo em relação à síndica destituída e procedente em face do condomínio revel, conforme descrito alhures.

Recorre o condomínio requerido, conforme já aventado, aduzindo nulidade de citação, bem como regularidade do corte (fls. 158/174).

Pois bem.

Em sede preliminar, aduz a requerida nulidade de citação, porquanto não teria sido citada em seu correto endereço. Sem razão, todavia.

Ao contrário do que faz crer o apelante, foram apontados pela autora os endereços da síndica e da administradora do condomínio, tal qual previsto no art. 75, XI do Código de Processo Civil, *in verbis*: "*Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: XI - o condomínio, pelo administrador ou síndico*".

No presente caso, a citação foi realizada pelo correio em endereço de estabelecimento empresarial da administradora e lá recebido. Nesse sentido, a mera alegação de que desconhece o endereço, desprovida de qualquer outro elemento probatório adicional, não afasta a regularidade do ato citatório.

Acrescenta-se que na propositura da ação a síndica destituída ainda exercia o posto, bem como a mesma recebeu notificação extrajudicial enquanto

Acesso ao Sumário

síndica (fls. 21). Não obstante, o condomínio argumenta em suas razões que o endereço da citação não coincide com o endereço dos imóveis, no entanto, como consignado, trata-se do endereço da administradora, que representa em juízo o condomínio.

Com efeito, aplicável nos presentes autos a teoria da aparência, nos termos da jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, com destaques:

> *PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR.* ***SERVIÇOS DE TELEFONIA. CITAÇÃO. VALIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA****. REVELIA RECONHECIDA. VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.*
>
> *1.* ***Cinge-se a controvérsia à verificação da possibilidade de: a) reconhecer a validade da citação da ora recorrida realizada fora de sua sede (aplicação da Teoria da Aparência)****; b) ilegalidade de alteração unilateral do contrato firmado entre as partes deste processo, ainda que embasada em mudança normativa editada por agência reguladora.*
>
> *2.* ***In casu, a Corte local concluiu pelo afastamento da revelia da empresa ré, por entender que a citação deveria ter sido entregue a pessoa que possuísse poderes de gerência ou de administração, o que não teria ocorrido no caso. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base na teoria da aparência, considera válida a citação realizada na pessoa de quem se identifica como representante da empresa e recebe o ato sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação, independentemente se o ato foi praticado na sede ou filial da pessoa jurídica. Precedentes: (REsp 1.625.697/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 24/2/2017); (AgRg no AREsp 601.115/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 30/3/2015). O acórdão objurgado deve ser reformado neste ponto.***
>
> *4. Hipótese em que se manifestou no sentido de que não há falar em alteração contratual unilateral, ante a existência de previsão em avença do bloqueio dos dados após o esgotamento total da franquia contratada.*
>
> *5. O acolhimento da tese na forma proposta pelo ora recorrente demandar reincursão no acervo fático probatório dos autos, bem como análise de cláusulas contratuais, o que não se admite nesta estreita via recursal, ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.*
>
> *6. Assinale-se que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.*
>
> *7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.*

Acesso ao Sumário

(REsp 1654585/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 27/04/2017)

No mesmo sentido, é a posição desta C. Câmara:

Agravo de instrumento. Ação de Despejo c.c. Cobrança. Fase de cumprimento da sentença. Decisão que rejeitou a Impugnação. INCONFORMISMO dos executados deduzido no Recurso. REJEIÇÃO. Regularidade da citação levada a efeito na pessoa de funcionária do Condomínio onde os executados residiam, "ex vi" do artigo 248, §4º, do CPC de 2015. Alugueis que são devidos até 25 de abril de 2016, data em que o proprietário teve restituída a posse do imóvel. Multa fixada em razão da oposição de Embargos de Declaração protelatórios que comportava mesmo aplicação, mas na quantia equivalente a dois por cento (2%) do valor da causa, porquanto aplicada uma única vez, "ex vi" do artigo 1.026 do CPC de 2015. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2174973-41.2016.8.26.0000; Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/02/2017; Data de Registro: 24/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Não comprovada a nulidade da citação no processo de conhecimento - Certificado, pelo Oficial de Justiça, que o ato se efetivou através de funcionária da pessoa jurídica - Teoria da Aparência - Fé pública e presunção de legalidade não elididas - Precedentes jurisprudenciais - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2014703-77.2015.8.26.0000; Relator (a): Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2015; Data de Registro: 05/03/2015)

Reconhecida como válida, portanto, a citação efetuada.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, não compete ao condomínio realizar o corte de fornecimento de água, atividade esta de exclusividade da concessionária. Primeiramente, trata-se de serviço público de natureza essencial, não havendo qualquer autorização legal para que o condomínio efetue a intermediação dessa prestação. Assim não o fosse, estar-se-ia diante de verdadeiro exercício arbitrário das próprias razões, porquanto cabível somente à Administração Pública a auto-executoriedade de seus atos.

Acrescenta-se que, ainda que haja incontroverso inadimplemento da autora, o corte do fornecimento não constitui exercício regular de direito, como

Acesso ao Sumário

bem disposto pelo juízo *a quo*: "*Se é certo que o condômino arca com o rateio das despesas, nos termos do art. 1.336, I, do Código Civil, não menos certo que, havendo suspensão exclusivamente na unidade autônoma, deve ser cindida a cobrança, viabilizando à autora o acesso ao serviço essencial, ainda que não arque com as demais despesas condominiais, que devem ser objeto de execução*" (fls. 89).

Destarte, deve ser mantida a tutela deferida na sentença recorrida para impedir o corte de fornecimento pelo condomínio demandado, nos termos supra. Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara e E. Tribunal:

> *Obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Supressão do abastecimento de água a condômino inadimplente. R. sentença de parcial procedência. Apelos das partes. Tratando-se de débito de fornecimento de água incorporado às despesas condominiais, não se admitiria o corte pelo Condomínio, como meio de coagir o condômino a realizar o pagamento de débito. Inadimplemento longo, sem pretensão de pagamento, por também longo período, que teria ensejado a atitude equivocada do Condomínio, cuja intenção foi tentar obter o pagamento. Indenização moral indevida. Recursos improvidos.*
>
> (TJSP; Apelação Cível 1015181-84.2015.8.26.0006; Relator (a): Campos Petroni; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2017; Data de Registro: 22/03/2017)
>
> *APELAÇÃO. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. ILEGALIDADE. O impedimento do acesso do condômino inadimplente a serviços essenciais, tais como o fornecimento de água, viola a dignidade da pessoa humana e caracteriza dano moral indenizável, levando-se em consideração o caso concreto. Possibilidade de cobrança por outros meios. Precedentes deste Tribunal e do C. STJ. Necessidade de redução da indenização para o importe de R$ 3.000,00, observando-se as peculiaridades da causa, em especial o prazo de interrupção do serviço e a contribuição dos Autores para a conduta ilegítima do Condomínio de corte no fornecimento, por conta da omissão em providenciar os comprovantes de pagamento na primeira oportunidade. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> (TJSP; Apelação Cível 1015062-83.2016.8.26.0008; Relator (a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/11/2011; Data de Registro: 29/03/2019)

Por fim, pelo trabalho realizado neste grau recursal, majoro os honorários advocatícios devidos aos patronos da apelada para R$ 1.500,00, com fulcro no

Acesso ao Sumário

artigo 85, §§8º e 11, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, afastada a preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantidas as disposições da sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006529-11.2017.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante/apelada SANDRA CARDOSO LEOPOLDINO SHITINOE, são apelados FRANCISCO KREPSCKI (JUSTIÇA GRATUITA), ISABEL CRISTINA KREPSCHI MENDES (JUSTIÇA GRATUITA), OSVALDO KREPSCHI (JUSTIÇA GRATUITA), SANDRA REGINA KREPSCHI (JUSTIÇA GRATUITA) e VALDIR KREPSCHI (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelada/Apelante MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado 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 31.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - AÇÕES DE INDENIZAÇÃO APENSADAS PARA JULGAMENTO CONJUNTO - RÉ QUE DESRESPEITOU A SINALIZAÇÃO 'PARE' - PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO ELIDIDA, ALÉM DE TER SIDO RECONHECIDA NA ESFERA PENAL - VÍTIMA QUE VEIO A ÓBITO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - *QUANTUM* QUE NÃO COMPORTA REDUÇÃO - ABATIMENTO DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO INDEPENDENTEMENTE DE PROVA DO SEU RECEBIMENTO - ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 246 DO E. STJ - RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA LIMITADA AOS TERMOS DA APÓLICE - RECURSOS PARCIALMENTE

Acesso ao Sumário

PROVIDOS.

A teor da Súmula nº 246 do Superior Tribunal de Justiça, é cabível a dedução do valor recebido pelo seguro obrigatório na indenização judicialmente fixada, independentemente de prova do seu recebimento.

VOTO

Ações de indenização, fundadas em acidente de veículo, foram apensadas para julgamento conjunto. A r. sentença de fls. 298/308, cujo relatório adoto, julgou ambas parcialmente procedentes.

Inconformadas, apelam as partes.

A ré, Sandra Cardoso, após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que sua culpa não ficou comprovada, apontando que o condutor da moto transitava em alta velocidade, o que foi corroborado pela prova oral, ao passo que a vítima estava sendo transportada na garupa sem observância das normas de trânsito. Aduz, em acréscimo, que os autores não se desincumbiram do ônus probatório previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, buscando, por isso, a inversão do resultado do julgamento ou, alternativamente, o reconhecimento da hipótese de culpa concorrente, além da redução do valor dos danos morais com abatimento da indenização do seguro obrigatório.

A corré, Mapfre Seguros, alega, preliminarmente, a existência de conexão com ação paralela ajuizada por neto da vítima. No mérito, aduz, em resumo, que a condenação há de respeitar os limites da apólice contratada pela segurada, o que inocorreu. Argumenta que há cobertura específica para danos morais, não sendo lícito incluí-los no item relativo a danos corporais, invocando, em seu prol, o teor das Súmulas nº 402 e 537 do E. Superior Tribunal de Justiça. Pleiteia, ainda, reparos no tocante à correção monetária e aos juros moratórios, buscando, por isso, a reforma do ***decisum***.

Recursos respondidos. O preparo da seguradora está anotado, ausente o da ré em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) As apelações são processadas no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC.

2) A ação conexa mencionada pela seguradora (*Processo nº 1003780-21.2017.8.26.00038*) foi apensada para julgamento conjunto, sendo ambas as demandas decididas pela r. sentença impugnada, ficando, assim, prejudicada a arguição.

3) No mérito, os inconformismos, a meu ver, comportam parcial

Acesso ao Sumário

provimento.

Na verdade, o contingente probatório revela-se suficiente para albergar a pretensão indenizatória na medida em que ficou evidenciada a culpa da demandada, que não adotou as cautelas necessárias para evitar o acidente; vale dizer, a ré provinha de via secundária e ingressou na preferencial, desobedecendo a sinalização "*PARE*".

O art. 44 do Código de Trânsito Brasileiro é expresso no sentido de que "*ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência*".

Era dever da ré, portanto, aguardar a passagem de outros veículos, evitando qualquer risco para terceiros, observando a placa "*PARE*".

Importante destacar, também, que embora reconhecida sua culpabilidade na esfera penal (*Processo nº 0001246-58.2016.8.26.0038*), a ré, naquela ação, apenas insurgiu-se quanto à multa que lhe fora imposta em sede de apelação.

Conquanto independentes as responsabilidades civil e penal, não há como desconsiderar a condenação da apelante por homicídio culposo, sob pena de pronunciamentos judiciais conflitantes, mormente porque, repita-se, não houve impugnação quanto ao reconhecimento da culpa na ação penal.

Neste sentido, ***verbis***:

> *"**Aqui, não é demais rememorar que Código Civil estabelece expressamente a independência da responsabilidade civil em face da criminal todavia, o mesmo dispositivo prevê a relação de prejudicialidade dos fatos apurados na esfera penal 'quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal' (artigo 935). Trata-se de imperativo de lógica do sistema processual, com a finalidade de evitar decisões conflitantes**" (Apelação nº 0003746-86.2007.8.26.0370, 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, TJ/SP, Rel. Des.Maria Lúcia Pizzotti, julgado em 01/04/2015).*

No tocante à indenização, os danos morais são incontroversos na medida em que o acidente acarretou dor e angústia aos autores diante do falecimento de familiar próximo (*genitor e avô*); dispensável, nesse particular, tecer maiores considerações acerca do sofrimento experimentado, haja vista que esses reflexos são normais e perceptíveis a qualquer ser humano.

Na esteira da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça "*não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano" (REsp.*

Acesso ao Sumário

n° 700.899- RN, Rel. Min. Humberto Martins).

Na mesma diretriz, ***verbis***:

"(...)

2. Dentre estas perspectivas, tem-se o caso específico de falecimento de um parente próximo - como a morte do esposo, do companheiro ou do pai. Neste caso, o dano experimentado pelo ofendido qualifica-se como dano psíquico, conceituado pelo ilustre Desembargador RUI STOCO como o distúrbio ou perturbação causado à pessoa através de sensações anímicas desagradáveis (...), em que a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica, através de inúmeras sensações dolorosas e importunantes, como, por exemplo, a ansiedade, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros (Tratado de Responsabilidade Civil, São Paulo, RT, 2007, p. 1.678).

3. A reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, insuscetível de restituição ao statu quo ante. A justa indenização, portanto, norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo Julgador, entre a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes - além da seleção de um critério substancialmente equânime (...)" *(EREsp. nº 1.127.913/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe em 05/08/2014, grifei).*

Sopesadas as circunstâncias preponderantes que envolvem o caso concreto, quais sejam, a extensão do sofrimento experimentado pelos autores, o grau de culpabilidade da ré e a capacidade econômica das partes, tenho para mim que a quantificação reparatória, estipulada em R$ 100.000,00 (*cem mil reais*) para todos os autores (*seis*), com atualização monetária a partir do arbitramento (*Súmula 362/STJ*), mostrou-se adequada para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização.

Da indenização deverá ser abatido o valor do seguro DPVAT, conforme o enunciado da Súmula 246 do E. Superior Tribunal de Justiça, independentemente da prova do seu recebimento, ***verbis***:

"***O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada***".

Destaco, ainda, os seguintes precedentes da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"(...)

- É devida a compensação entre o valor do seguro obrigatório (DPVAT) e o montante fixado a título de indenização pelos danos sofridos. Súmula n. 246 do STJ.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, em parte, provido" *(REsp.*

Acesso ao Sumário

nº 1.513.526/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14/12/2016).

*"**(...)***

4. É devida a compensação entre o valor do seguro obrigatório e o montante fixado a título de indenização pelos danos sofridos, sob pena de se configurar bis in idem. Incidência da Súmula n. 246 do STJ.

***5. Agravo regimental interposto por Viplan Viação Planalto Ltda. desprovido. Embargos de declaração opostos por Giovani de Jesus Viana recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento**" (AgRg. no REsp. nº 1.380.749/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 28/03/2016).*

*"**(...)***

4. Nos termos da Súmula 246/STJ, a compensação do valor do seguro obrigatório dispensa comprovação do recebimento ou mesmo do requerimento.

***5. Agravo regimental desprovido. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento**" (AgRg. no REsp. nº 1.540.754/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe em 20/11/2015).*

No concernente à responsabilidade da seguradora, é bem de ver que a apólice de seguro prevê cobertura para danos morais, limitada ao valor de R$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), não sendo lícito utilizar como teto a quantia prevista para danos corporais (*cf. fl. 215*).

A cobertura contratada vale como elemento de apuração, inclusive do prêmio que o segurado paga, não podendo ser simplesmente desconsiderada para favorecê-lo. Fica limitada, portanto, a responsabilidade da corré, Mapfre, ao patamar de R$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), corrigidos a partir da data em que celebrado o contrato de seguro, além de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação (artigo 405 do Código Civil), ***verbis***:

"***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. PAGAMENTO DA COBERTURA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.***

1. Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes. Precedentes.

2. Os juros de mora devem fluir a partir da citação, na base de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do novo Código Civil (11.1.2003) e, a partir daí, nos termos de seu art. 406.

***3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos**" (EDcl. no REsp. nº 765.471/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe*

Acesso ao Sumário

06/06/2013).

"2. A correção monetária deve incidir desde a celebração do contrato de seguro, uma vez que a apólice deve refletir o valor contratado atualizado até o momento do pagamento do seguro. Precedentes" *(EDcl. nos EDcl. no REsp. nº 1.076.138/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/08/2013). No mesmo sentido: AgRg. no REsp nº 1.328.730/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.*

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos para determinar o abatimento do valor do seguro obrigatório da indenização, ficando a responsabilidade da seguradora limitada ao valor previsto na apólice para cobertura por danos morais, corrigido a partir da celebração do contrato de seguro, incidindo juros de mora da citação, nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1062822-72.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A, é apelado RICARDO FROTA ALBUQUERQUE MARANHÃO.

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 43.919)**

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

São Paulo, 3 de maio de 2019.

FELIPE FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SEGURO DE VEÍCULO. COBRANÇA. 1. Tratando-se de pretensão de segurado contra seguradora por cobertura contra danos, de rigor o reconhecimento de prescrição, eis que ajuizada a ação quando decorridos quase três anos da negativa. 2. Com relação à cobertura contra responsabilidade civil em face de terceiros, a prescrição somente tem início quando da citação do segurado na ação indenizatória (art. 206, §1º, inciso II, alínea "a"). 3. É abusiva a cláusula de exclusão de cobertura em caso

de a Carteira de Habilitação do condutor se encontrar com a validade vencida, se tal circunstância não foi determinante para a ocorrência do acidente. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls.322/328, integrada às fls.334/335 que julgou procedente em parte o pedido para condenar a ré a pagar ao autor a quantia referente ao valor do veículo segurado, consoante Tabela FIPE na data do acidente e nos limites contratados, corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o evento danoso. Condenou, ainda, a demandada a restituir ao autor as quantias despendidas a título de indenização paga ao proprietário do automóvel também envolvido no acidente (R$19.966,20), estadia em oficina mecânica (R$300,00), custo com guincho (R$150,00) e, por fim, despesas com táxi, atualizadas monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde o desembolso. Todos os valores deverão ser acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Do referido montante, deverão ser abatidos eventuais débitos em aberto que recaiam sobre o veículo sinistrado (multas, IPVA, emplacamento etc.), sob pena de incidir, o demandante, em enriquecimento indevido. Em contrapartida, à ré Zurich Minas fica assegurada a propriedade dos salvados, na forma do artigo 786 do CC, mediante transferência a ser formalizada pelo autor, ou, na sua ausência, mediante expedição de ofício do Juízo ao DETRAN. Registrou que o ressarcimento quanto às despesas afetas ao uso de táxi fica condicionado à comprovação pelo demandante das quantias despendidas para esse fim, acompanhadas da informação quanto ao itinerário e descriminação de distância e datas de viagens, deduzido, contudo, o montante que seria gasto com combustível no trajeto pelo autor utilizando-se de seu próprio veículo. Em face do resultado ora alcançado, sucumbentes reciprocamente, consignou que autor (30%) e ré arcarão (70%) com as custas processuais e honorários advocatícios, no valor de 15% sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, §§ 2º e 14º).

Pleiteia o apelante a reforma do julgado alegando que incide na questão o prazo prescricional de um ano, e tendo a carta de negativa sido enviada em 26/08/2015, e ajuizada a ação em 15/06/2018, está prescrita a pretensão. Entende ser inaplicável o prazo de cinco anos do CDC. No mérito, afirma que a pretensão do autor não procede, eis que há exclusão de cobertura por estar a CNH do autor vencida e suspensa quando do acidente. Argumenta não haver provas das despesas com táxi, devendo ser afastadas. E quanto aos demais gastos, afirma não haver relação com o acidente e que os documentos encontram-se ilegíveis e nada provam.

Acesso ao Sumário

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Isso porque, de fato, ocorreu a prescrição parcial da pretensão, incidindo a regra do art. 206 do CC:

"Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão".

E, quanto à pretensão de indenização decorrente da cobertura contra danos, é evidente que o prazo prescricional iniciou-se em 26/05/2015, data da comunicação inequívoca da seguradora sobre a negativa, conforme carta de fls.25 e informado pelo próprio autor.

Assim, com relação ao seguro contra dano, injustificável o ajuizamento da ação somente três anos após a recusa da seguradora.

Deve ser provido parcialmente o recurso, portanto, para reconhecer parcialmente a prescrição.

Com relação à cobertura quanto a responsabilidade civil, incide a alínea "a" do citado dispositivo legal, de modo que só iniciou-se a contagem do prazo prescricional quando da citação na ação indenizatória movida pelo terceiro (03/08/2017), e tendo a ação sido ajuizada em 15/06/2018, não há prescrição.

E quanto ao mérito da questão, baseia a seguradora sua negativa pelo fato de que, quando da ocorrência do acidente, a CNH do condutor autor estava vencida, infringindo cláusula contratual que prevê a perda de cobertura nessa situação.

Em que pese o esforço do patrono da parte ré, a nosso ver, há que se reconhecer a abusividade da cláusula contratual em que prevê a perda do direito à indenização se o condutor do veículo se encontrar com a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) vencida, se tal fato não foi determinante para a ocorrência do acidente.

E de acordo com o Boletim de Ocorrência de fls.19, restou apurado pelo Policial Militar que compareceu ao local, que o acidente ocorreu em cruzamento, sem que se possa deduzir que a culpa do autor fosse decorrente da suspensão de sua CNH, ocorrida pouco tempo antes do acidente.

Acesso ao Sumário

Além disso, não trouxe a requerida qualquer elemento que aponte que o vencimento da validade da CNH do autor tenha contribuído para a ocorrência do acidente.

Nesse esteio, plenamente aplicável aos contratos de seguro as disposições contidas no art. 51, IV, e §1º, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente dispõe que:

> "***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;***
>
> ***§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 o equilíbrio contratual;***
>
> ***III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.***"

Dessa forma, a cláusula que visa a exclusão de cobertura em caso de a CNH do condutor do veículo se encontrar com a validade expirada, se tal fato não foi determinante para a ocorrência do sinistro, nos parece abusiva e extremamente injusta, não podendo prevalecer, por afrontar os princípios da probidade e boa-fé.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar parcialmente a condenação, por reconhecimento da prescrição da pretensão sobre o seguro de dano, mantendo a condenação no valor de R$19.966,20, referente à indenização paga ao terceiro, redistribuindo os ônus da sucumbência, que deverão ser arcados na proporção de metade para cada parte.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006437-94.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes PROESTE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. e RENAULT COMERCIAL DO BRASIL S/A, é apelada MARILZA DELPINO ZANARDO.

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

28.531)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 6 de maio de 2019.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA QUE PRESTOU ASSISTÊNCIA TÉCNICA. PROBLEMAS MECÂNICOS APRESENTADOS NA VIGÊNCIA DA GARANTIA CONTRATUAL. NEGATIVA DE REPAROS PELAS RÉS AO ARGUMENTO DE QUE OS PROBLEMAS DECORRERAM DO USO DE COMBUSTÍVEL DE MÁ QUALIDADE. LAUDO PERICIAL FAVORÁVEL À AUTORA QUANTO À RECUSA INJUSTIFICADA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DAS RÉS IMPROVIDOS. 1.- Assim, conquanto alegue não ter fabricado ou faturado o automóvel, a concessionária-corré foi responsável pela assistência técnica do produto e pelo diagnóstico falho dos problemas ocorridos, bem como a recusa no reparo na vigência da garantia. Estabelecidas essas premissas, a integração da ré-apelante na cadeia de fornecimento do produto e dos serviços é indiscutível, sendo considerada fornecedor à luz do CDC (art. 2º e 3º). Logo, responde solidariamente com a fabricante, frente à consumidora, pelos danos alegados, também à luz do art. 14 do CDC. 2.- A principal tese defensiva das apelantes ruiu frente a prova pericial e os demais elementos dos autos, dessumindo-se que recusaram ilicitamente a cobertura da garantia para os defeitos apresentados no veículo adquirido pela autora. Primeiro, porque houve grave falha no diagnóstico realizado pela concessionária no que diz respeito ao suposto travamento do motor, o que não ocorreu, como categoricamente afirmou o perito. Segundo,

Acesso ao Sumário

porque ambas negaram ilicitamente a garantia contratual a que tinha direito a consumidora, baseando suas condutas em premissas totalmente equivocadas, agravadas pelas infundadas alegações de que as panes mecânicas decorreram da utilização de combustível adulterado, ônus probatório do qual não se desincumbiram as rés (art. 373, II, do CPC/2015). De outro lado, a autora provou os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, do CPC/2015), sendo de rigor a manutenção da condenação ao ressarcimento dos gastos, bem como os lucros cessantes, todos devidamente comprovados nos autos.

VOTO

MARILZA DELPINO ZANARDO ajuizou ação de indenização por danos materiais e moral em face de **PROESTE COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS PRUDENTE LTDA.** e **RENAULT DO BRASIL S/A.**

O douto Juiz de primeiro grau, por r. sentença de fls. 404/410, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos: "*Posto isso, julgo procedentes em parte os pedidos para: a) condenar solidariamente as rés a pagar ao autor a quantia de R$ 11.825,59, a ser acrescida de correção monetária a contar do ajuizamento da ação (22.03.2018) e de juros de mora de 1%, a partir da juntada aos autos dos avisos de recebimento de páginas 153 e 154 (26.04.208); b) rejeitar o pedido de indenização por danos morais; c) como cada polo litigante, porque vencido e vencedor em parte, à razão de 50% cada um, arcará com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, nos termos do art. 86, caput, do Código de Processo Civil de 2015; d) como a autora decaiu de metade dos pedidos, condeno-a a pagar verba honorária aos patronos das rés, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, atendidos os requisitos do art. 85, § 2º, I a IV, do Código de Processo Civil de 2015; e) como as rés decaíram de metade dos pedidos, condeno-as solidariamente a pagar verba honorária ao patrono da autora, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, atendidos os requisitos do dispositivo legal mencionado na letra anterior. Se interposta apelação contra esta sentença e também eventual recurso adesivo, como nos termos do Código de Processo Civil de 2015, cabe apenas à instância ad quem examinar os requisitos e pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal (art. 1.010, § 3º), providencie a serventia a intimação da parte apelada e/ou da parte recorrente em caráter adesivo pra apresentar, se quiser, as correspondentes contrarrazões, no prazo de quinze dias (art. 1.010, § 1º), sob pena de preclusão e, após, independentemente de nova decisão ou despacho,*

Acesso ao Sumário

remeta-se os autos do processo judicial eletrônico (digital) ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Seção de Direito Privado, no prazo e com as cautelas de estilo. P. R. I. A".

Inconformadas, apelaram ambas as requeridas com pedido de sua reforma.

A corré RENAULT, em seu apelo, negou a prática de ato ilícito e responsabilidade pelos danos materiais e lucros cessantes a que foi condenada. Diz que, após autorização de realização dos serviços e reparos necessários, o veículo foi disponibilizado à apelada em perfeitas condições de uso e segurança, sem ônus de qualquer espécie. A autora não comprovou os supostos vícios de fabricação e o laudo pericial corrobora sua tese defensiva, esclarecendo que abastecimentos sucessivos com combustíveis de má qualidade podem causar problemas no motor. É evidente que a autora abastecia em postos "*não abandeirados*", de modo que houve culpa exclusiva da consumidora, excluindo a responsabilidade da fabricante. Ademais, o perito concluiu que o veículo está em perfeitas condições e que o motor não fundiu. Não há se falar em ressarcimento do valor gasto com motorista particular e lucros cessantes, pois, além de a autora ter demorado a autorizar os serviços e retirar o veículo, sãos insuficientes os recibos juntados, os quais podem ser comprados em qualquer papelaria e preenchidos como convier (fls. 414/424).

Em seu apelo, a corré PROESTE arguiu, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, admite "*realmente o veículo apresentou problemas mecânicos, mas foi constatado que foi ocasionado pela má qualidade do combustível*", uma vez que a autora abastecia em postos sem "bandeira", assumindo o risco de adquirir "combustível contaminado". Afirma que "*o laudo pericial não atribuiu culpa específica a falha na prestação de serviços da concessionária recorrente, razão pela qual não pode ser condenada à qualquer tipo de ressarcimento*". Assevera que "*comprovado o mau uso pelo consumidor, a empresa fornecedora se exime da responsabilidade pela garantia*", caracterizada, no caso, a culpa exclusiva da consumidora pelos problemas apresentados. Os danos materiais e lucros cessantes não foram comprovados, não podendo ser fundamentada a condenação em mera probabilidade de lucros ou conjecturas sobre o futuro (fls. 428/437).

Acesso ao Sumário

Os recursos são tempestivos e foram devidamente preparados.

Em suas contrarrazões, a apelada pugnou pelo improvimento dos recursos. Em síntese, defende a legitimidade passiva da corré PROESTE, tendo em vista a solidariedade dos fornecedores à luz do CDC. No mérito, diz que a condenação deve ser mantida, pois realizou os reparos do veículo ante a negativa das rés sob a assertiva de que o motor fundiu por suposta utilização de combustível de má qualidade, alegação que não lograram êxito em comprovar. O laudo pericial é favorável à pretensão da autora ao concluir que não se justificava a

negativa da garantia. Os danos materiais e lucros cessantes foram devidamente comprovados (fls. 487/485).

É o relatório.

1.- A apelada ajuizou ação indenizatória em face das apelantes alegando, em síntese, ser portadora de patologia definitiva e irreversível (CID Q89.9), o que resulta em redução de mobilidade no membro superior direito e, em razão disso, tem autorização para aquisição de veículo com isenção de impostos. Aduziu ter adquirido da primeira ré (PROESTE) um veículo automotor com câmbio automático fabricado pela segunda ré (RENAULT), marca Renault, modelo Duster Dynamique 2.0 4x2, ano de fabricação 2016, ano modelo 2017, movido a etanol e gasolina, chassi nº 93YHSR3JAHJ616207, placas FSG-1602, pelo preço de R$ 53.553,14. Esclareceu que, por se tratar de veículo especial adaptado às suas condições físicas, ele foi encaminhado à empresa Anderson Petenucci Bauru-ME para instalação do Pomo Giratório Prontomatic no volante, equipamento essencial para atender as suas necessidades físicas. Afirmou que, atenta às regras da garantia, cerca de sete meses após a aquisição do veículo, compareceu na concessionária da primeira ré (PROESTE) para a revisão dos 10.000 quilômetros e que nenhuma anomalia foi detectada; no entanto, em 4 de setembro de 2017, dois meses depois da revisão, a autora se surpreendeu ao não conseguir dar partida no motor, tendo deixado o veículo de funcionar, não esboçando nenhuma reação nas tentativas de ignição, sendo disponibilizado guincho para o transporte. Disse ter sido informada que o motor do veículo havia fundido e a manutenção não seria coberta pela garantia em razão de o agente causador ser externo, ou seja, o consumo de combustível de baixa qualidade e, por essa razão, a estava fora da garantia. Requereu a condenação das corrés aos pagamentos dos danos materiais e lucros cessantes, totalizados R$ 11.825,59 e indenização dos danos morais em quantia a ser arbitrada pelo Juízo, sugerida no valor de R$ 10.000,00 (fls. 01/25). A petição inicial foi emendada (fls. 125/127).

Citadas, ambas as requeridas apresentaram contestação.

A corré RENAULT alegou, em resumo, que o defeito apresentado pelo veículo se deu por culpa exclusiva da autora, em razão da utilização de combustível de baixa qualidade, o que exclui a garantia do bem. Requereu, ao final, a improcedência dos pedidos (fls. 155/187).

Em sua defesa, a corré PROESTE arguiu preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, alegou que realmente o veículo apresentou problemas mecânicos, mas foi constatado que foi ocasionado pela má qualidade do combustível, inclusive a autora afirma que, ainda que seja com pouca frequência, abastece em postos sem bandeira, à beira de rodovias, de forma, que assume o risco por um possível defeito em virtude de combustível contaminado. Requereu a extinção do processo sem resolução do mérito ou a improcedência da dos

Acesso ao Sumário

pedidos (fls. 247/257).

Houve réplica (fls. 266/283).

Em decisão de saneamento do processo, foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva e deferida a realização de perícia técnica (fls. 315/316), sobrevindo a juntada o laudo pericial oficial (fls. 353/371).

2.- 2.1.-A questão preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela PROESTE não merece acolhida.

Oportuno lembrar que o caso examinado submete-se às normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme se infere dos seus arts. 2º e 3º, a saber:

> "Art. 2°. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
>
> Art. 3°. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Conquanto alegue não ter fabricado ou faturado o automóvel, foi a concessionária responsável pelo atendimento da assistência técnica do produto, sendo a ela imputado o diagnóstico falho dos problemas ocorridos com o veículo. Logo, responde solidariamente, frente à consumidora, pelos danos alegados.

Ademais, como bem fundamentado na decisão interlocutória que a rejeitou, "*ela, como fornecedora, responde solidariamente com o fabricante pelos danos, inclusive morais, que, em tese, causou à consumidora (autora), e isso decorre do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que, também em tese, deixou de prestar o serviço de conserto em tempo hábil*" (fls. 308/310).

Estabelecidas essas premissas, a integração da ré-apelante na cadeia de fornecimento do produto e dos serviços é indiscutível.

Assim, sob qualquer ótica que se analise, a apelante é considerada **fornecedor** à luz do Código de Defesa do Consumidor, decorrendo daí sua responsabilidade solidária na reparação dos danos ao consumidor.

2.2.- E, uma vez reconhecida sua responsabilidade solidária, não há motivo para eximi-la do decreto condenatório conjuntamente com a corré RENAULT.

Acesso ao Sumário

A controvérsia estabelecida nos autos foi suficientemente elucidada pelas provas documental e pericial produzidas nos autos.

Com efeito, o perito judicial esclareceu que ocorreu diagnóstico incompleto pela assistência técnica prestada na concessionária no ato da reclamação pela autora, ressaltando a inexistência de evidências do suposto travamento do motor na época dos fatos, conforme depreendeu da nota fiscal e ordem de serviço dos serviços realizados na concessionária autorizada. E mais: o expert concluiu não se justificar a negativa de garantia à autora, uma vez que não há evidências que comprovem utilização de combustível de má qualidade (fls. 365/366).

Vale anotar que, no momento da realização da perícia, o veículo já havia sido reparado, de modo que, embora o perito não tenha constatado vícios de fabricação, isso não significa que não existiam na época dos fatos. Pelo contrário, a própria apelante PROESTE admitiu os problemas mecânicos e tentou se esquivar da responsabilidade sob a frágil assertiva da utilização de combustível adulterado pela consumidora para respaldar a negativa dos reparos na garantia, evidenciando os vícios de fabricação do produto.

Assim, forçoso concluir que a principal tese defensiva das apelantes ruiu frente a esclarecedora prova pericial e os demais elementos dos autos, donde se extrai que recusaram ilicitamente a cobertura da garantia para os defeitos apresentados no veículo adquirido pela autora.

Primeiro, porque houve grave falha no diagnóstico realizado pela concessionária apelante no que diz respeito ao suposto travamento do motor, o que não ocorreu, como categoricamente afirmou o perito.

Segundo, porque ambas negaram ilicitamente a garantia contratual a que tinha direito a consumidora, baseando suas condutas em premissas totalmente equivocadas, agravadas pelas infundadas alegações de que as panes mecânicas decorreram da utilização de combustível adulterado.

Lembre-se que, neste aspecto, o ônus da prova incumbia as corrés quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (art. 373, II, do CPC/2015), mas assim não fizeram.

De outro lado, a autora provou os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, do CPC/2015), sendo de rigor a manutenção da condenação ao ressarcimento dos gastos, bem como os lucros cessantes, todos devidamente comprovados por recibos e notas fiscais e demais documentos idôneos (fls. 95/103). Vale destacar que não houve impugnação específica dos documentos (art. 437 do CPC/2015), não se admitindo alegação genérica de falsidade (art. 436, parágrafo único, do CPC/2015).

Nesse contexto, correta a fundamentação da r. sentença recorrida:

> "As partes não impugnaram o laudo pericial, o que implica em concordância tácita com a prova produzida. O laudo pericial esclareceu

Acesso ao Sumário

todos os pontos controvertidos, tendo feito a detalhada análise do que era necessário, assim como afastou a tese apontada pela ré de que o vício do veículo adveio do uso de combustível adulterado pela autora e ainda, apontou a real necessidade da troca das peças a fim de que o veículo voltasse ao seu normal funcionamento, vícios esse que ensejam a devida reparação dos gastos pela autora, uma vez que ainda se encontravam dentro do prazo de garantia legal. Desta forma, necessário se faz a reparação da autora pelos danos materiais causados, uma vez que houve o desembolso de R$ 11.825,59, conforme documentos apresentados com a petição inicial, que não foram especificamente impugnados (fls. 407)."

No que diz respeitos aos gastos com motorista, é óbvio que eram necessários, valendo lembrar que a autora tem habilitação para conduzir apenas veículos adaptados às suas necessidades especiais, mas estava privada do uso do seu automóvel ante a recusa injustificada de reparo na garantia. E uma vez comprovados (fls. 95), devem ser ressarcidos como determinado na sentença, frisando-se que a demora nos reparos não decorreu da conduta da autora, mas, sim, das requeridas, ora apelantes.

Outrossim, quanto aos lucros cessantes, importante esclarecer que não se trata, no caso, de mera probabilidade de ganho como afirmado pela apelante PROESTE. Ora, a autora comprovou a existência efetiva do convite para ministrar disciplina na universidade, o motivo de se ver obrigada a recusar, os dias especificados e os valores que deixou de lucrar com as aulas perdidas (R$1.920,00 - fls. 100).

Nesse contexto, a parte autora seguramente comprovou os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC/2015.

Assim, os arrazoados expendidos pelas recorrentes carecem de fundamentação fático-probatória para dar suporte à sua pretensão de infirmar as alegações da requerente conforme deduzidas na petição inicial.

Em suma: como o reclamo recursal se mostrou insubsistente para comprometer o convencimento externado na respeitável decisão monocrática, é de rigor a sua manutenção por seus próprios e por estes fundamentos.

Por fim, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, devem ser majorados os honorários advocatícios dos patronos da parte apelada.

3.- Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso** interposto pela rés PROESTE e RENAULT, para manter hígida a r. sentença proferida. Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro para 15% (quinze por cento) os honorários advocatícios dos patronos da parte apelada, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019154-34.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante RAFAEL MURARO BOTIGNON, é apelado CLARO 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 34.368)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA E ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - RELAÇÃO DE CONSUMO - FORNECIMENTO DE ACESSO À INTERNET PARA OUTROS CONTRATANTES DA RÉ/APELADA, À PARTIR DO MODEM PARTICULAR DOS PRÓPRIOS ASSINANTES - SERVIÇO DEVIDAMENTE EXPLICITADO PELA FORNECEDORA EM SEU SÍTIO ELETRÔNICO, POSSIBILITANDO AO CONSUMIDOR QUE SE DESVINCULE DA REDE DE ACESSO MÓVEL - PRODUÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA NO MODEM DO AUTOR PREJUDICADA, TENDO EM VISTA QUE DEIXOU DE SE VINCULAR CONTRATUALMENTE COM A RÉ - INCABÍVEL A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, POIS DE CARÁTER NEGATIVO E, CONSEQUENTEMENTE, IMPOSSÍVEL - ADEMAIS, ALEGAÇÕES GENÉRICAS E ABRANGENTES QUANTO À PRÁTICA ILÍCITA DA RÉ EM SE UTILIZAR DESTA ESPÉCIE DE ESTRATÉGIA PARA AMPLIAÇÃO DE SUA REDE DE ACESSO MÓVEL TANGENCIA DIREITOS DE NATUREZA DIFUSA E COLETIVA, NÃO TENDO O AUTOR LEGITIMIDADE ATIVA PARA DEFENDÊ-LOS EM JUÍZO - RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 126/129, cujo relatório adoto, que julgou improcedente ação indenizatória c/c obrigação de fazer, condenado o autor a arcar com as custas, despesas processuais e honorárias sucumbenciais fixadas em 15% sobre o valor atualizado da causa, observado o art. 98, §3º, CPC.

Apela o autor em busca de anulação ou reforma da r. sentença. Alegou, em síntese, (a) que a decisão impugnada se equivocou ao não acolher a inversão do ônus da prova sob a justificativa de que o autor não é hipossuficiente frente à relação e que não há verossimilhança em suas alegações, (b) cerceamento de defesa, sendo indispensável a anulação da r. sentença e retorno dos autos à origem para a inversão do ônus da prova. Por fim, registrou o intuito de prequestionamento do apelo "*com a finalidade de resguardar direito futuro, em caso de não haver decretação de nulidade ou reforma da decisão ora atacada*" (fls. 138).

Recurso processado e contrariado.

É o relatório.

Inicialmente, registre-se que o recurso é tempestivo e preenche os requisitos do artigo 1.010 do NCPC.

A inconformidade não prospera.

Trata-se de demanda em que busca o autor/apelante ressarcimento a título de danos materiais e morais emergentes da falha na prestação de serviço pela fornecedora. Aduziu que após uma atualização realizada no aparelho de internet fornecido pela Claro S.A., uma nova rede chamada "*#NET-CLARO-WIFI*" surgiu, demonstrando que a ré utilizava de seu modem para fornecimento gratuito de internet para outras pessoas, "*se beneficiando à custo de energia e infraestrutura de seus clientes, não remunerando-os para isso*" (fls. 02).

Em suma, o cerne da demanda inicial recai na utilização de parcela da rede móvel de cada um de seus consumidores para fornecer uma espécie de rede aberta àqueles que estão nas redondezas do imóvel, que também são assinantes da Claro S.A. Assim, há uma utilização indevida dos pontos de acesso privados.

Ocorre que o próprio consumidor juntou aos autos imagens do sítio da empresa apelada em que se possibilita "*Desativar o acesso da rede #NET-WIFI no meu NET Virtua*", havendo literal mensagem de que "com a expansão da rede *#NET-WIFI você terá novos pontos disponibilizados por outros clientes NET. Caso você opte por desativar o acesso dessa rede, você deixa de acessar os pontos de clientes que autorizaram a publicação*" (fls. 05).

Conclui-se, assim, que a sistemática adotada pela empresa se dá nos seguintes termos: ao liberar o acesso parcial da rede privada contratada, o consumidor permite que outros clientes da Claro acessem sua rede móvel, desde

Acesso ao Sumário

que estejam nas redondezas; em contrapartida, quando o usuário se deparar com uma dessas redes de sinal aberto para os clientes, também poderá delas fazer uso em trânsito.

Ressalta-se que o próprio sítio eletrônico da apelada permite a retirado do consumidor desta rede de acessos. Alega o réu que, embora tenha feito a opção de não anuir neste compartilhamento, ainda assim sua rede se encontrava em aberto. Para verificar o alegado, o i. Sentenciante, em despacho saneador, deferiu a produção de prova pericial (fls. 59).

Ocorre que no momento de sua feitura, o apelante não mais mantinha relação contratual com a apelada, inviabilizando a perícia. Nesse sentido, constou da r. sentença (fls. 128):

> "*Determinada a realização de perícia para verificação dos fatos, esta foi prejudicada em razão de o autor ter rescindido o contrato com a requerida, o que inviabilizou a análise do modem instalado na residência do autor, impossibilitando a perícia no equipamento e verificação dos fatos.*
>
> *O perito concluiu que, em virtude da impossibilidade de se periciar o modem do autor, não foi possível verificar se a ré disponibiliza um link à internet independente para esse serviço ou se o uso pelo público diminui a velocidade de conexão contratada (fls. 88/107).*"

Registro que a inversão do ônus probante, para que a ré/apelada demonstre que o consumidor, quando ainda mantinha vínculo contratual, conseguiu desvincular seu modem do acesso público, bem como que não houve redução da velocidade de transmissão de dados à época, mostra-se como prova diabólica, impossível, pois de fato negativo e pretérito. Era necessário, portanto, a perícia efetiva do modem em funcionamento na residência do autor/apelante, fato impossibilitado pela resolução contratual.

Ademais, o autor/apelante parece se insurgir contra uma prática comercial da ré/apelada para a expansão de sua rede de acesso. Se esse sistema disponibilizado afronta ou não os direitos dos consumidores, em geral, deve ser debatido em sede processual própria, por tratar-se flagrantemente de direitos difusos e coletivos inseridos na ordem consumerista. Neste sentido, conforme interpretação que se extrai do art. 82, CDC, e art. 5º da Lei no 7.347/85, a ordem jurídica elegeu legitimados específicos para esta espécie de questionamento, não se incluindo o consumidor, individualmente, neste rol.

Ressalta-se que não houve recusa ao exame da pretensão individual homogênea do autor/apelante, que apenas foi julgada improcedente por ausência de provas.

Por derradeiro, em atenção ao disposto no artigo 85, §11, CPC, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais em favor do réu para 20% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade.

Acesso ao Sumário

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000644-55.2018.8.26.0337, da Comarca de Mairinque, em que é apelante GERALDO DA SILVA LEAL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 31211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), EROS PICELI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS - Conceito de acidente pessoal - Evento com data caracterizada, exclusivo, externo e súbito - Ausência - Predeterminação dos riscos - Contrato de seguro que deve ser interpretado de forma restritiva - Sinistro inexistente - Ademais, constatada invalidez por doença - Risco excluído. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por GERALDO DA SILVA LEAL (fls. 258/267) contra a r. sentença de fls. 253/255, proferida pela MMª. Juíza da 1ª Vara da Comarca de Mairinque, Dra. Camila Giorgetti, que julgou improcedente a ação de cobrança movida em face de BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, por não ESTAR CARACTERIZADO O ACIDENTE PESSOAL, fato gerador para o recebimento do capital segurado.

O apelante diz que a pretensão tem fundamento em acidente de trabalho. Destaca a necessidade de produção de prova pericial. Alega que sua doença se equipara a acidente do trabalho, tendo assim, direito ao recebimento do seguro por acidente do trabalho. Refere aposentadoria perante o INSS. Transcreve precedentes. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 276/280.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Recebo o recurso em seus regulares efeitos.

Não há arguição de intempestividade.

O apelante é beneficiário da gratuidade da justiça, motivo pelo qual está dispensado de preparo.

Assim, presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É incontroversa a relação mantida entre as partes.

O certificado do segurado reunido às fls. 30, relativo à apólice nº 854.993 atesta a garantia para as consequências da morte acidental e a invalidez permanente total por acidente.

E, de acordo com as condições reunidas às fls. 192/240, considera-se invalidez permanente total por acidente "*o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a invalidez permanente total ou parcial do segurado*" (fls. 219 - cláusula 1ª).

Consta, ainda, expressamente das condições que: "*Excluem-se do conceito de Acidente Pessoal: 'as doenças, incluídas as profissionais, quaisquer que sejam as causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto'*" (fls. 219 - cláusula 1.2.a).

Incontroverso nos autos que o fato gerador para o pedido de pagamento do capital segurado é doença, pretendendo o apelante a sua equiparação ao acidente do trabalho.

Razão pela qual, desnecessária a realização da prova pericial pretendida. Presentes nos autos elementos suficientes ao convencimento do magistrado e ao julgamento da questão, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

E assim, considerados os limites da contratação, de fato, não há que se falar em cobertura para a invalidez permanente por acidente, por falta de acidente pessoal coberto e consequente sinistro. Confira-se:

No laudo reunido pelo próprio apelante, emitido pelo INSS, o Perito aponta ser o apelante portador de "*patologia degenerativa constitucional de SPINA BÍFIDA em coluna lombo sacral, o que incorre em etiologia de alterações secundárias em vertebras de coluna lombo sacral como aqui se observa, herniações, compressão de canal vertebral, discopatias degenerativas, espondiloartrose difusa*" (fls. 37)

Ora, nos termos do prescrito pelo artigo 757, *caput*, do Código Civil: "*pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do*

Acesso ao Sumário

prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Assim, a limitação de cobertura do seguro e a exclusão do risco não são abusivas.

O contrato de seguro é contrato facultativo, regido pelo direito privado.

Pela predeterminação dos riscos, exige-se interpretação de forma restritiva, no sentido específico das coberturas ofertadas e sem qualquer função de suplementar a Seguridade Social ou de assegurar a Previdência Social.

O seguro privado e o seguro previdenciário são de naturezas distintas: um regido pelo direito privado e outro pelo direito público. No primeiro, o regime jurídico justifica a autonomia de vontade para a predeterminação dos riscos assumidos. No segundo, a vinculação ao prescrito pela lei. Decorre disto, a conceituação também distinta dos conceitos de invalidez adotados pelo contrato de seguro em questão e pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Então, não é a aposentaria no âmbito previdenciário suficiente para o reconhecimento da invalidez.

E falta hipótese para a aplicação de interpretação favorável ao consumidor, posto que as cláusulas são claras e não permitem nenhuma dúvida sobre o âmbito de cobertura ofertado.

Nos termos do contratado, o fato deduzido pelo apelante não se caracteriza como sinistro, não sendo fato gerador ao recebimento do capital segurado.

Destaco, por fim, que houve o pagamento de indenização referente à Apólice 854.994, pela cobertura de invalidez funcional permanente total por doença, no dia 19/01/2017, no valor de R$ 63.043,20, conforme oportunamente comprovado nos autos (fls. 34 e 241)

Sem reparos à r. sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

E, em aplicação ao prescrito pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022655-09.2018.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante DECOLAR. COM LTDA., são apelados JILDELANE GONÇALVES ALVES (JUSTIÇA GRATUITA), JAMILE GONÇALVES ALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e ORLEIDE GONÇALVES ALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.251)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente), KIOITSI CHICUTA e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 10 de maio de 2019.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação indenizatória. Prestação de serviços. Compra de passagens aéreas pela internet. Aquisição mediante a utilização de cartão de crédito de uma amiga da autora. Confirmação da compra por e-mail com emissão dos tíquetes eletrônicos. Cancelamento posterior e unilateral da ré sob alegação de prevenção de fraudes. Autoras que foram surpreendidas no check-in sobre o cancelamento da reserva. Relação de consumo configurada. Ilegitimidade passiva afastada. Falha na prestação de serviço que restou devidamente comprovada. Impossibilidade de comparecerem ao velório e enterro do seu pai. Danos morais comprovados. Indenização arbitrada em valor compatível com o dano sofrido, sem merecer qualquer retoque. Sentença mantida. Majoração dos honorários recursais. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Jildelane Gonçalves Alves Maia, Orleine Gonçalves Alves e Jamile Gonçalves Alves em face de Decolar.com LTDA., julgada procedente pela respeitável sentença de fls. 114/118, cujo relatório se adota, para condenar a ré a pagar à cada uma das autoras a quantia de R$ 13.500,00 atualizados e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da prolação, carreando à ré o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré (fls. 121/131) sustentando, em suma, ilegitimidade passiva, pois não influencia nas alterações e cancelamentos realizados pelas companhias aéreas, não contribuindo para o evento, o que afasta o nexo de causalidade. Alega inexistência de danos morais, pois além de não ter contribuído para o

Acesso ao Sumário

evento, ressalta que o valor arbitrado pelo magistrado é exorbitante e acarreta enriquecimento ilícito das autoras. Sustenta que houve desídia das autoras, pois a reserva foi cancelada no mesmo dia, uma vez que o titular do cartão utilizado para compra não estava de acordo com os nomes dos passageiros, procedendo ao devido estorno do valor cobrado. Aduz que se trata de exercício regular de direito para evitar possíveis fraudes. Pede a inversão do julgado.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 132/133).

Contrarrazões a fls. 157/161.

É o Relatório.

Extrai-se da petição inicial que a autora Jildelane comprou, através do sítio eletrônico da ré, quatro passagens aéreas através do cartão de crédito de uma amiga, pois não tinha reserva financeira para compra naquele momento.

Sustentam que realizaram a compra de última hora, em razão do falecimento do seu genitor no mesmo dia 15.11.2016, sendo certo que as passagens seriam para ela mesma, sua filha menor e para suas duas irmãs, coautoras da demanda.

Afirmam que procederam a compra no início da tarde e já se direcionaram para o aeroporto, uma vez que o voo seria no mesmo dia da aquisição, mas no final da tarde, destacando que o e-mail de confirmação da ré informava que deveriam chegar com duas horas de antecedência no aeroporto.

Contudo, ao chegarem ao aeroporto, para realizar o *check-in* na companhia aérea, foram informadas que a reserva havia sido cancelada, mas somente após muitos aborrecimentos e ligações descobriram que o cancelamento era proveniente da ré, que além de ter cancelado indevidamente a reserva, também não estornou o valor cobrado pelas passagens, o que impossibilitou nova compra de passagens aéreas e impediu as autoras de comparecerem ao velório e enterro de seu genitor.

A ré, na defesa, sustentou ilegitimidade de parte, aduzindo que não influencia nos voos e cancelamentos das companhias aéreas, além de ter exercido seu regular direito a fim de evitar fraudes, uma vez que a compra foi realizada com o cartão de crédito de terceiros.

Acesso ao Sumário

Sobreveio a sentença que julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no patamar de R$ 13.500,00 para cada autora, diante da qual a ré manifesta seu inconformismo.

Sem qualquer razão, no entanto.

Não há qualquer retoque a ser feito na bem lançada sentença.

Em primeiro lugar, absurda a alegação de ilegitimidade passiva levantada pela ré, seja pelo inócuo argumento de que não influencia nos voos das companhias aéreas, seja pela parca alegação de exercício regular de direito.

Primeiro, em nenhum momento se falou em cancelamento de voo, mas

sim na conduta arbitrária da ré, em patente afronta a legislação consumerista, e ao próprio código civil, em cancelar unilateralmente uma reserva totalmente regular e devidamente aprovada, de inopino e poucas horas antes do voo.

Nem mesmo a alegação de exercício regular de direito socorre a ré.

No documento de fls. 14/15 não há qualquer ressalva quanto a possibilidade de cancelamento unilateral por questões de segurança, destacando-se que o documento é bem claro: "**SUA COMPRA FOI PROCESSADA COM ÊXITO. ENVIAMOS EM ANEXO O TÍCKET ELETRÔNICO PARA SUA VIAGEM**".

Era o que bastava.

Ora, o voo adquirido pelas autoras era para o mesmo dia, inclusive poucas horas depois da compra, não se mostrando razoável o cancelamento perpetrado pela ré, mesmo que pouco tempo depois.

Como bem ressaltou o nobre magistrado:

> "Com efeito, o réu não é obrigado a aceitar compras mediante a utilização de cartão de crédito em nome de terceiras pessoas, bastando que seu sistema impeça a compra quando constatada a divergência entre o nome do titular do cartão de crédito e o do consumidor.
>
> Além disso, bastaria também que advertisse os consumidores, com o devido destaque, ostensivo e legível, de que não será aceita esta forma de pagamento. Trata-se da aplicação do princípio da transparência, ou seja, a 'informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo' - Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 1992, p. 104).
>
> Não foi o que ocorreu no caso em comento.
>
> A compra das passagens foi aceita regularmente, o pagamento foi realizado com o cartão de crédito de terceiros e somente quando as autoras foram realizar os procedimentos de check-in, descobriram que não poderiam embarcar porque o réu cancelou unilateralmente a venda.
>
> O réu violou o princípio da transparência e da informação e impediu o embarque das autoras para o velório de seu pai, o que causou dano moral." (fls. 116/117).

Nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos", apenas se eximindo de tal responsabilidade quando provar que o defeito inexistiu ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º).

Acesso ao Sumário

E a ré não logrou comprovar qualquer destas hipóteses, devendo responder pelo dano moral causado às autoras.

A meu ver, os danos morais no caso são *in re ipsa*, derivando da própria impossibilidade das autoras comparecerem ao velório e enterro de seu pai em razão do cancelamento indevido manejado pela ré.

O que as autoras experimentaram com a conduta arbitrária foi mais do que mero aborrecimento.

Deste modo, há que se reconhecer a existência dos danos morais, efetivamente experimentados pelas autoras.

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem a ela se dirige, e exatamente isso ocorreu no caso vertente:

Ou como ensina Rui Stoco:

"'Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.'

Os autores Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti, citados por Antonio Jeová Santos (Dano moral indenizável, 1ª ed., São Paulo, Lejus, 1997), expõem que:

'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 atividade 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' (Responsabilidade civil, p. 243).

De sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade (Antonio Jeová Santos, ob. cit. p. 36), ao contrário da mãe que perde o único filho, ainda infante, ou o seu marido, de forma trágica, cujo sofrimento, angústia, dor e desolação decorrem da natureza das coisas e dispensam comprovação, posto que presumíveis, caracterizando dano moral e impondo compensação.

...

Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu quantum. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação, ou

Acesso ao Sumário

pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu vultus, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante." (Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, 5ª Edição, pág. 1381/82).

Sobre esse ponto examinem-se as decisões do E. STJ:

"IV - A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada 'indústria do dano moral". (REsp 504639/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. em 26/06/2003, DJ de 25.08.2003, p. 323).

Em relação ao *quantum* que deve ser arbitrado a título de danos morais, o eminente Desembargador Antonio Rigolin, da 31ª Câmara deste Tribunal, já deixou anotado que "A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita proporcionar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influência no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença." (AP. c/ Ver. 589.890-00/1).

Ou seja, deve existir proporção entre a lesão e o valor da reparação.

Como dito pelo eminente Desembargador Orlando Pistoresi, quando integrava a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça:

"Com efeito, 'O dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente' (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, T. 54,5.536, no . 1, p. 61). 'O importante é a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos' (R. Limongi França, Reparação do Dano Moral, in RT 631/135).

Por outro lado, 'Resta para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários.'

'O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão' (Humberto Theodoro Junior, Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, in RT 662/9) (Ap.c/ Rev.no.263.455-1/9)".

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, considerando os parâmetros supracitados, entendo que o valor arbitrado pelo magistrado de R$ 13.500,00 para cada autora se mostra razoável e não acarretará enriquecimento ilícito.

De rigor, portanto, a manutenção da bem prolatada sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação, devidos ao patrono das autoras.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1067269-40.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelada ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28880)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: Apelação. Ação regressiva. Reparação de danos. Cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Inocorrência. O juiz é o destinatário da prova, devendo admitir somente aquelas consideradas necessárias para o deslinde da causa na formação de seu convencimento motivado. Prova pericial desnecessária. Danos causados em equipamentos eletrônicos por oscilação no sistema de energia elétrica. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviços públicos. Comprovação da exclusão de responsabilidade que incumbia à Ré. Sentença mantida. Recurso da Ré conhecido e não

Acesso ao Sumário

provido.

VOTO

Trata-se de "ação regressiva de ressarcimento de danos" ajuizada por ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A em face de COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, julgada procedente pela r. sentença (e-fls. 197/202), cujo relatório adoto. O magistrado "a quo" condenou a Ré a ressarcir a Autora em quantia equivalente ao valor de R$1.580,19, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a contar do respectivo pagamento e de juros moratórios, de 1% ao mês, desde a citação. Ante a sucumbência, condenou a Ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como, dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, a Ré interpôs recurso de apelação (e-fls. 204/240), ao qual a Autora apresentou contrarrazões às e-fls. 246/283.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. sentença que julgou procedente ação regressiva de ressarcimento de danos materiais ajuizada por seguradora contra concessionária de serviço público (fornecimento de energia elétrica), em razão dos prejuízos ocasionados aos equipamentos eletrônicos de sua cliente/segurada.

Em suas razões recursais, a Apelante/Ré suscitou as seguintes preliminares: cerceamento de defesa, ante a ausência de produção de prova oral; inépcia da inicial; falta de interesse de agir, pela inocorrência de instauração de prévio procedimento administrativo de ressarcimento de danos, conforme disposto na Resolução 414/2010 da ANEEL e ilegitimidade passiva. No mérito, a Apelante aduziu que não é responsável pelos danos causados e que fora impossibilitada a verificação pela parte Ré da existência ou não de nexo causal, não restando comprovados os fatos constitutivos de direito da Apelada e ausência de apresentação pela Autora dos comprovantes de pagamento hábeis a pleitear o ressarcimento na condição de sub-rogada.

A Autora ingressou com a ação diante da sub-rogação que lhe é de direito devida ao pagamento de indenização securitária à cliente segurada que sofreu o sinistro. Este, por sua vez, teriam ocorrido em 30.ABR.2015, quando a unidade consumidora sofreu uma oscilação de tensão, decorrente do efeito de uma alteração na rede de distribuição da Ré, que ensejou danos aos bens eletroeletrônicos.

Dessa forma, pleiteou o ressarcimento em R$ 1.580,19, referentes às indenizações feitas aos segurados, uma vez alegada a desídia da Ré, diante da falha no fornecimento da energia elétrica e dos fenômenos elétricos ocorridos.

Acesso ao Sumário

Em contestação (e-fls. 60/85), a Ré arguiu preliminarmente: inépcia da inicial; falta de interesse de agir, em razão da ausência de reclamação administrativa e ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu, em síntese, a impossibilidade de indenização, em razão da não comprovação do nexo causal; ausência de solicitação prévia de ressarcimento pela Autora, nos termos da Resolução nº 414/2010 da ANEEL; não comprovação da sub-rogação, tendo em vista que a mera juntada de *print* do sistema interno da seguradora não faz prova do pagamento e não vale como recibo emitido pelo segurado; responsabilidade do usuário pelas instalações elétricas internas; além do caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade.

De início, as preliminares suscitadas pela Apelante em suas razões recursais não merecem acolhimento.

Em relação ao cerceamento de defesa, vê-se que, no caso em tela, era prescindível a produção de provas, uma vez que os documentos acostados aos autos foram suficientes para decidir a lide.

Sob tal prisma, deve-se afastar a preliminar trazida. Isso porque houve a perfeita possibilidade de defesa da Ré quanto à verificação da região em que se encontrava a segurada, principalmente, no tocante à existência, ou não, de variações anormais do fornecimento de energia elétrica que pudessem ter levado à produção de danos aos consumidores. Na contestação, a Ré limitou-se a dizer que a sobretensão não fora comprovada, bem como que não teria observado quaisquer erros na prestação de serviços que ensejassem a oscilação geradora dos danos.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (REsp. 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, j. 14.8.90, V.U., DJU 17.9.90, p. 9.513)

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal:

"APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. SOBRECARGA DE ENERGIA NA REDE. OCORRÊNCIA. CONSTATAÇÃO ATRAVÉS DE LAUDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CF/88. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. RECURSO DA CORRÉ IMPROVIDO. Comprovado o dano material e o nexo causal entre a sobrecarga de energia elétrica e os aparelhos eletrodomésticos da autora, é devida a responsabilidade solidária devendo arcar com a reparação pleiteada." (Apelação n.º 0001897-21.2010.8.26.0032, 31ª Câmara de Direito Privado, Relator: Adilson De Araújo, j. 15/2/2011, v.u.)

Acesso ao Sumário

"Ementa: Prestação de serviços - Energia elétrica - Seguro - Ação regressiva - Instabilidade na tensão da rede - Responsabilidade objetiva da prestadora do serviço - Arts. 14 e 22 do CDC - Reconhecimento. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. Prestação de serviços - Energia elétrica - Ação regressiva ajuizada pela seguradora - Comprovação do nexo causal - Vistoria técnica unilateral - Ausência de impugnação específica - Dever de indenizar - Acolhimento. Demonstrados os danos suportados em decorrência de sobrecarga de energia elétrica, conforme laudo de vistoria técnica apresentado por empresa terceirizada por ocasião da regulação do sinistro, não impugnado de maneira técnica e pormenorizada pela ré, exsurge o nexo de causalidade e a consequente responsabilidade pelos prejuízos apontados. Recurso improvido." (Apelação Cível n 0190769-39.2012.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado. Relator: Orlando Pistoresi, j.: 04/09/2013)

"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS POR SUB-ROGAÇÃO, MOVIDA POR SEGURADORA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. OCORRÊNCIA DE DANOS AO CONSUMIDOR DECORRENTES DE OSCILAÇÕES BRUSCAS NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. 1. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVAS JUNTADAS NOS AUTOS SUFICIENTES PARA O DESLINDE DA AÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. 2. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. BRUSCA OSCILAÇÃO NA CORRENTE. FALHA NO FORNECIMENTO DO SERVIÇO. NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DESPESAS SUPORTADAS PELA SEGURADORA. RESSARCIMENTO DEVIDO. 3. SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. RÉ QUE DEVE ARCAR COM AS CUSTAS, DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 4. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DA AUTORA PROVIDO." (Apelação Cível nº 0301272-44.2009.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: Edson Luiz de Queiroz, j.: 26/08/2014)

Ainda, não é cabível descartar todo acervo probatório trazido pela Autora - os laudos técnicos e orçamentos de *e*-fls. 35/46, reiteram as afirmações da Autora e do aviso de sinistro da segurada.

A preliminar de inépcia da inicial também deve ser afastada, uma vez que os requisitos para propositura da ação foram preenchidos, bem como, os documentos trazidos pela parte Autora para instruir a inicial foram suficientes para que a Ré pudesse se defender dos fatos narrados na petição inicial.

No que tange à falta de interesse de agir em razão da não solicitação de prévio procedimento de ressarcimento de danos, importante salientar que resoluções normativas, como a de nº 414/2010 da ANEEL, são normas

Acesso ao Sumário

infralegais que não podem, em hipótese alguma, inovar no sistema jurídico e sobrepujar a Constituição Federal, sob pena de flagrante inconstitucionalidade pela transgressão do princípio basilar da legalidade.

Assim, a resolução supracitada se direciona ao usuário que pretende ser ressarcido no âmbito administrativo, e, como já decidido por esta E. Câmara, não é necessário prévio requerimento da reparação pela via administrativa para que a seguradora possa exercer seu direito de regresso.

Nesse sentido:

*RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE REGRESSO. **Pedido prévio no âmbito administrativo que não se constitui em requisito para a propositura da demanda**. Extinção afastada. Danos em aparelhos elétricos ocasionados por variação de tensão, devidamente demonstrados. Seguradora que se sub-roga nos direitos do consumidor. Recurso provido. (Apelação n. 1020797-70.2016.8.26.0114 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator DIMAS RUBENS FONSECA j. 27/03/2017 v.u.) (g.n.)*

Portanto, afasta-se, também, a referida preliminar de interesse de agir.

Por fim, a preliminar de ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que o suposto sinistro existente não fora da rede da Ré, tendo em vista que não houve constatação de ocorrência interna, também não merece acolhimento. Isso porque, em decorrência dos fatos narrados na inicial, a Ré é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, posto que a alegada oscilação na rede elétrica seria de sua responsabilidade, uma vez que prestadora de serviços.

Afastadas as preliminares, passa-se a análise do mérito.

Como é sabido, a seguradora que efetua o pagamento da indenização securitária sub-roga-se nos direitos de crédito que cabiam ao segurado, nos termos em que prevê expressamente o art. 786, "caput", do Código Civil. E, por força do art. 349, do mesmo Código material:

"*Art. 349. 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.*"

Ora, tal determinação normativa implica transferência da própria conjuntura jurídica que envolvia o credor original ao novo credor, sub-rogado. E, nos casos de contrato de seguro, pela interpretação conjunta dos referidos artigos 786 e 349, do Código Civil, tem-se que a seguradora, uma vez realizado o pagamento da indenização securitária, sub-roga-se nos direitos do segurado em relação ao causador do dano, inclusive para fins de enquadramento nas normas de proteção do CDC. Em outras palavras, se o segurado gozava da incidência das normas de proteção ao consumidor, a seguradora também o gozará em virtude da sub-rogação, conforme, ademais, ressalta a doutrina pátria:

Acesso ao Sumário

"*Ao ser efetuada a sub-rogação, no entanto, o novo credor pode exercer em relação ao devedor tudo o que o primeiro credor dispunha contra ele. Desse modo,* ***se o consumidor tem os privilégios da hipossuficiência que lhe reconhece o CDC, caso obtenha o ressarcimento em virtude do seguro que contratou, a seguradora poderá invocar o tratamento benéfico conferido pelas normas consumeristas ao segurado e deduzi-las em face do causador do dano.***" (*in* BDNIE JR., Hamid Charaf. Art. 349. *apud in* PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. 7ª ed., Barueri: Manole, 2013, p. 345). (destacado).

Logo, na hipótese dos autos, têm aplicação as normas de proteção às relações de consumo do CDC, figurando como beneficiária das disposições ali presentes a Autora, que se sub-rogou nos direitos de créditos relativos aos danos sofridos por seu segurado, após o pagamento da indenização securitária.

No entanto, ainda que no presente voto tenha se reconhecido a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, isso não é relevante para o deslinde da controvérsia. A questão atinente a essa é a responsabilidade ou não da concessionária-Ré.

Com efeito, a Autora ajuizou a presente demanda porque teve de arcar com o pagamento de indenização securitária ao cliente segurado, que experimentou danos diante da sobredita oscilação de energia.

Não se pode dizer que os raios sejam excludentes de responsabilidade a danos causados em virtude de prestação de serviços de energia elétrica. É dever das concessionárias promover estruturas que protejam os destinatários de seu serviços consoante os riscos que assume ao prestá-los.

Isso porque a hipótese dos autos versa sobre suposta responsabilidade civil ***objetiva*** da concessionária de serviço público em razão de suposta oscilação no sistema de energia elétrica (ato ilícito), sob o prisma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Na responsabilidade objetiva, o Estado e as empresas de direito privado que prestam serviço público respondem pelos danos que causarem ao usuário ou a terceiro independente de dolo ou culpa, bastando apenas a relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo usuário ou terceiro. O Estado e as empresas privadas estão vinculadas a um dever de incolumidade, assim, a violação acarreta o dever de indenizar independentemente de culpa. E na teoria do risco administrativo a responsabilidade do Estado e das empresas privadas é pelo risco criado por sua atividade administrativa, mas, o Estado e a empresa privada podem excluir sua responsabilidade se afastarem o nexo causal, ou seja demonstrarem culpa exclusiva da vítima, "caso fortuito ou força maior", e fato exclusivo de terceiro.

No caso em exame, a Ré afirmou em suas razões recursais que não existe nexo causal entre o fato ocorrido e o dano experimentado pela seguradora, e que

Acesso ao Sumário

os danos decorreram de fato não atribuível à concessionária e completamente desconhecido. Todavia, a Ré não se desincumbiu de seu ônus de comprovar quaisquer excludentes de responsabilidade.

Não se pode incluir a oscilação atribuída ao raio na exclusão de responsabilidade, uma vez que fenômenos naturais como esse são recorrentes na atividade prestada pela Ré, encontrando-se no bojo dos riscos que assume ao fazê-la.

Novamente, a jurisprudência deste E. Tribunal:

"AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - SEGURO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - DESCARGA ELÉTRICA QUE DANIFICOU EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DOS SEGURADOS - Procedimento estabelecido pela Resolução nº 414/2010 da Aneel que diz respeito ao requerimento de reparação pela via administrativa, não havendo fundamento legal para condicionar a utilização da via judicial a tal procedimento - 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 nas casas dos segurados 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 - Sentença mantida - Apelo improvido." (Apelação Cível nº 1064390-31.2015.8.26.0100, 24ª Câmara de Direito Privado, Relator: Salles Vieira. j.: 30/03/2017)

"Ação regressiva de ressarcimento - Descarga elétrica 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) - Evento previsível que não configura 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 - Recurso provido." Apelação Cível nº 1076450-02.2016.8.26.0100, 22ª Câmara de Direito Privado. Relator: Roberto Mac Cracken, j.: 04/05/2017)

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pela Ré, mantendo a r. sentença tal como lançada. A condenação em

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios fica majorada, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC, para R$1.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011046-73.2017.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante/apelada EXPEDIA DO BRASIL AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., é apelado/apelante ISMAEL JOSE MARTINS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.262)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 14 de maio de 2019.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Hospedagem em hotel - Pretensão reparatória de danos material e moral julgada parcialmente procedente - Preliminar de ilegitimidade passiva corretamente afastada na sentença - Dano material correspondente ao montante que o autor teve de desembolsar para a reserva de outro quarto de hotel, em substituição àquele contratado com a ré e que estava ocupado - Dano moral caracterizado - Indenização arbitrada a esse título em R$ 11.000,00 que se revela adequada, não comportando modificação - Apelações não providas.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas contra r. sentença de procedência parcial da pretensão indenizatória derivada da prestação de serviço de hospedagem em hotel, condenada a ré ao pagamento de R$ 3.506,72 e R$ 11.000,00, a título de indenização dos danos material e moral, respectivamente, mais 60% das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% da condenação, condenado o autor ao pagamento das custas processuais restantes e honorários advocatícios arbitrados também em 10% da condenação.

Acesso ao Sumário

Inconformada, a ré sustenta que não é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, porquanto não pode ser responsabilizada pelo fato de o hotel ter descumprido sua parte no contrato firmado com o autor, acentuando que atua apenas como intermediária independente e que possui a responsabilidade de disponibilizar informações verdadeiras aos interessados em serviços de viagem e turismo, facilitando sua contratação e repassando o valor aos respectivos prestadores do serviço. Ressalta não existir nexo de causalidade entre sua conduta e os fatos narrados na inicial e que o hotel contratado pelo autor, em relação ao qual não possui nenhuma ingerência, foi o único responsável pelos danos noticiados, presente a hipótese prevista no artigo 12, parágrafo 3º, inciso 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Argumenta que não pode ser condenada ao pagamento da quantia de R$ 3.506,72, de vez que se refere à hospedagem de hotel reservado por escolha do próprio autor, que recusou a oferta para se hospedar em outros dois hotéis da mesma qualidade. Aduz que nem sequer há prova de que o autor foi cobrado pela nova reserva contratada no hotel, assinalando que a reserva anterior foi parcialmente usufruída. Alega não existir prova do alegado dano moral, reiterando que, ciente do ocorrido, ofertou outros dois hotéis à escolha do autor, que recusou. Anota que, de qualquer modo, o autor e sua família conseguiram se hospedar em outro hotel, não suportando prejuízo nenhum, quando muito experimentou mero aborrecimento. Pugna, subsidiariamente, pela redução da indenização do dano moral arbitrada, a termo do disposto no artigo 944, do Código Civil, sob pena de enriquecimento ilícito.

O autor afirma que, ao contrário do que restou consignado na sentença, não usufruiu da hospedaria ofertada pela ré, sendo certo que ficou no saguão do hotel até 23h50min, do dia 15.04.2017, quando um mensageiro lhe trouxe a chave e o levou, juntamente com sua família, até as novas acomodações, após o que, logo pela manhã do dia seguinte, contratou outro hotel. Assevera que, em verdade, perdeu um dia de sua viagem no saguão do hotel, na tentativa de resolver o problema causado pela ré que lhe ofereceu serviço inferior ao contratado e que não lhe prestou o devido suporte. Em razão disso, aduz que a ré deve ser condenada a devolver, em dobro, o preço pago originalmente com a hospedagem (R$ 1.988,85), dada sua má-fé. Argumenta que, juntamente com mais seis integrantes de sua família, sofreu humilhação e constrangimento, além de ter perdido um dia da viagem turística, razão pela qual deve ser majorada a indenização do dano moral para R$ 50.000,00, em conta a função propedêutica de tal verba e a elevada capacidade financeira da ré.

Recursos tempestivos, preparados e respondidos.

É o relatório.

A solução adotada em primeiro grau deve prevalecer, em nada abalada pelo alegado pelos apelantes.

Acesso ao Sumário

O autor contratou a hospedagem para o período de 15.04.2017 a 19.04.2017, em apartamento do Flateli Roger Barcelona (quatro estrelas), para acomodação de seis pessoas, pelo qual desembolsou a quantia de R$ 1.988,85. Nada obstante, foi surpreendido com a notícia de que nenhuma reserva havia sido feita e o apartamento estava ocupado por outra família. O quarto oferecido no mesmo hotel em substituição era de qualidade inferior, onde o autor acomodou a família para passarem a noite, cuidando de contratar outro apartamento em outro hotel, pelo qual desembolsou R$ 3.506,72.

Não há dúvida de que a ré deve responder pelos danos experimentados pelo autor, seu cliente, pois, como bem assentado na sentença: "*A ré é parte legítima para figurar no polo passivo. Ora, se celebrou contrato com outro fornecedor, com a finalidade de obtenção de lucro mútuo, não pode alegar a falha de sua parceira comercial para se isentar de qualquer responsabilidade, mormente considerando que, se tratando de prestação de serviço, todos os partícipes do fornecimento respondem solidariamente.*"

Digno de nota também a pertinente observação assentada na sentença, no sentido de que: "*O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo. Não tem sequer consciência – no caso dos serviços, principalmente – de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. O art. 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos (nominados expressamente 'toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos') e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como 'toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de (...) prestação de serviços'), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor. O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade entre os participantes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indicada na expressão genérica 'fornecedor de serviços' do art. 14, caput, do CDC*".

A própria conduta da ré, que disponibilizou ao autor e sua família um quarto em outro hotel, em substituição daquele inicialmente contratado, bem revela sua legitimidade para figurar no polo passivo e sua responsabilidade, no

caso.

Bem resolvida também a questão dos danos material e moral.

A alegação de que não havia a necessidade de o autor contratar outro quarto de hotel, desembolsando a quantia de R$ 3.506,72, a pretexto de que lhe foram oferecidas opções de quarto em outros dois hotéis da mesma categoria, em substituição àquele que, embora contratado, estava ocupado, não restou minimamente demonstrada nos autos. Se, realmente, a ré tivesse ofertado tais acomodações, por certo o autor não teria contratado outro hotel, sujeitando-se a pagar quantia maior. Além disso, a ré também não fez prova de que, contrariamente ao alegado pelo autor, aquele hotel em que ele pernoitou com sua família, do dia 15.04.2017 para o dia 16.04.2017, era da mesma categoria do que o contratado inicialmente.

Com a inicial o autor trouxe aos autos os dados da reserva do novo hotel, entre os dias 16 e 19 de abril de 2017, no importe de R$ 3.506,72, inclusive contratada no *site* da própria ré, com recibo (fl. 54), de modo que descabida a alegação de que o autor não comprovou que contratou a nova reserva.

Diante do exposto, deve mesmo ser devolvida a quantia de R$ 3.506,72, pois corresponde ao preço que o autor teve de pagar para se hospedar em outro hotel, entre os dias 16 a 19 de abril de 2017, de vez que aquele para o qual pagou à ré R$ 1.988,85 estava ocupado.

Contudo, não há se falar em devolução daquela quantia de R$ 1.998,85, ainda mais em dobro, pois com o ressarcimento da quantia de R$ 3.506,72, desembolsada com a contratação de outro hotel, o dano material estará devidamente reparado.

Embora se reconheça o dano moral experimentado pelo autor, que perdeu praticamente seu primeiro dia de viagem na tentativa de resolver a questão da hospedagem, situação agravada pela qualidade do hotel em que ficou hospedado no primeiro dia com sua família e pelo serviço deficiente da ré, se tem por adequada a indenização de R$ 11.000,00 arbitrada a esse título, montante que corresponde a mais de cinco vezes o preço pago à ré pela hospedagem e que se revela suficiente para compensar o autor e servir de reprimenda à ré para que, doravante, reveja seu procedimento, de modo a evitar que situações como esta voltem a se repetir.

Por último, em face da instauração desta etapa recursal, é caso de majoração dos honorários advocatícios arbitrados em primeiro grau para 15% da condenação, em favor dos advogados de ambas as partes.

Isto posto, voto pelo não provimento dos apelos, majorados os honorários advocatícios arbitrados na sentença, na forma acima explicitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1096952-59.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLOVIS DOS SANTOS CAVALCANTE (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelada MAFALDA DIAS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.317)**

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

São Paulo, 15 de maio de 2019.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Confirmando-se a ofensa do réu à honra da autora, caracteriza-se lesão moral que o obriga à indenização dessa natureza. Mantém-se a condenação, mas, nas circunstâncias, com redução.

VOTO

Ex-síndico, réu apela da respeitável sentença que acolheu em parte a demanda ajuizada por condômina, em favor de que o condenou a fazer "retratação pública" "no âmbito do condomínio" e a pagar indenização moral de sete mil reais. Nega haver dano moral em discussão no calor de assembleia realizada fora do condomínio e intenção de ofender. Quer, de modo alternativo, a redução do arbitramento, que sustenta ser exagerado, e argumenta com sua remuneração mensal de dois mil reais e com o sustento de quatro filhos.

Dispensava-se preparo e veio resposta.

É o relatório.

Condômina, a autora afirmou na inicial, como causa do pedido de indenização moral, que, quando indagou na assembleia do condomínio sobre reforma do telhado do prédio que causa infiltração no seu apartamento, o réu, condômino e síndico, perguntou a ela, "em tom alto" e "por diversas vezes" - "Você é idiota?" (fl. 3)

Na sequência e diante de outra queixa, afirmou que ela "reclamava do barulho que as crianças faziam pois a mesma é infértil, ou seja, estéreo" (idem - *sic*).

Acesso ao Sumário

Ao contestar, o réu afirmou que a autora não o "deixava concluir o raciocínio, e das vezes" em que "conseguia falar" "fazia chacotas dele, dando cotovelos no morador ao lado, falava baixo e olhava para" ele "com risos". Passou "a insinuar que" ele "estaria desviando o dinheiro do condomínio", "de maneira que ambos se exaltaram", e a chamou de "histérica", "e não de estéreo", "passando ambos à acusações e ofensas recíprocas" (fl. 38).

No depoimento pessoal, que se destina a produzir prova contra o depoente, a confissão, jamais a favor (Código de Processo Civil de 2015, art. 385 e art. 389), a autora admitiu que, sentindo-se ofendida, "pode ser que tenha falado" algumas coisas para o réu (fl. 107).

A condômina, primeira das duas testemunhas arroladas por ela e presentes na assembleia, confirmou que o réu chamava de idiota a quem lhe dirigia perguntas e, à reclamação feita pela autora de crianças brincando no elevador, ele respondeu que "ela era uma idiota", "que ela não podia nem falar muito, porque ela não entendia muito de crianças, porque ela era estéril" (fl. 109).

A segunda, administrador, confirmou que o réu disse que "ela era desse jeito", "porque era estéril, não podia ter filho". Ele tem "uma forma um tanto bruta" de conversar com as pessoas e ela é "exigente" (fl. 108).

A única testemunha arrolada pelo réu, condômino também presente na assembleia, afirmou que a autora reclamou de barulho de criança, ao que o réu disse que "não porque ela não tinha filho, que os outros não podiam ter e chamou ela de hestérica, hestérica, não foi estéril". "Chamou de histérica", "nervosa, irritada", "não de estéril" (fl. 110).

Na acareação, as versões foram mantidas (fl. 111).

Perto de homófonas, estéril e histérica são palavras que sujeitam quem as ouve a eventual equívoco, a tomar uma pela outra, como ocorreu com a testemunha arrolada pelo réu, tanto que cuidou do significado, "nervosa, irritada".

Todavia, essa mesma testemunha confirmou ter o réu dito que "não porque ela não tinha filho, que os outros não podiam ter", a revelar o equívoco coincidente com o teor da contestação.

Se não se sugere falso testemunho, a frase antecedente, a que cuida do impedimento a ter filho, torna induvidoso que o réu chamou a autora de estéril, como com segurança confirmaram as duas outras testemunhas, tal que concluiu a respeitável sentença.

Nisso, mais que mero dissabor, há evidente ofensa à honra da vítima, a autora, que obriga o réu à reparação moral.

Todavia, o arbitramento há de considerar a real finalidade do reparo, a de amenizar a lesão, tanto quanto possível, a de desestimular a prática e há de considerar a condição do ofensor, no caso, o pai de cinco filhos, dois menores

Acesso ao Sumário

(fls. 97/101), e mecânico de manutenção de elevador com remuneração mensal inferior a dois mil reais (fls. 57/60 e 102/103).

Ponderados tais fatores, reduz-se a condenação a dois mil reais, com correção monetária pela tabela prática desta Corte e desde a data deste acórdão, sem reflexo na disciplina das verbas de sucumbência (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 326) e ressalvados os efeitos da gratuidade (Lei 1.060/50, art. 12, e Código de Processo Civil de 2015, art. 98, § 3º).

Pelas razões expostas e para o fim indicado, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002530-86.2016.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA LUCIA BERTINI PASSERINI, é apelado CLEBER SILVA DE SOUZA.

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 45.588)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 16 de maio de 2019.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: Ação declaratória de validade de negócio jurídico - Compra e venda de veículo - Comprovação da boa-fé do autor - Demonstração da tomada de providências e precauções pelo autor na efetivação do negócio - Inconformismo da ré (que afirma ser a legítima proprietária do veículo) não acolhido - Procedência da ação corretamente estabelecida - Apelo improvido.

VOTO

Cleber Silva de Souza ajuizou a presente ação, afirmando, em síntese, ter adquirido um veículo marca Toyota, tendo pago o preço de R$ 22.000,00. Foram observadas todas as providências necessárias e pagos o imposto e a taxa que se encontravam em débito.

Acesso ao Sumário

Ocorre, contudo, que, dias após, foi abordado por uma pessoa que dizia ser o proprietário do carro, que teria sido vítima em um golpe aplicado e que jamais recebera o valor acordado.

Nesta ação, o autor pretende ver reconhecido que agiu de boa-fé, que realizou todos os atos necessários para averiguar a procedência do carro e que, inclusive, não havia qualquer restrição perante o órgão estatal.

Requer seja declarada a validade do negócio jurídico.

A ação foi julgada procedente.

A ré, Ana Lúcia Bertini Passerini, apela acreditando que não se deve manter a r. sentença, pois o autor não agiu com a cautela necessária. Lembra ser falso o reconhecimento de firma e a falsidade grosseira. Argumenta com a diferença de valores e com o fato de que, sendo vítima de um estelionato, tem direito à restituição da coisa.

O recurso foi regularmente processado e houve apresentação das contrarrazões.

Este é o relatório.

Com relação ao ocorrido, creio não haver qualquer dúvida, ou seja, o autor viu anunciada em jornal a venda do carro e por ele se interessou. Em contato com o vendedor, chegaram a bom termo, efetuando-se a compra.

Para tanto, constatou inexistir qualquer restrição junto ao Detran, tendo recebido o DUT com firma reconhecida e pago o imposto devido e as taxas.

Dias após, teve a notícia de que a apelante fora vítima de um estelionato e que jamais recebera valor da venda. Lembra a existência de ação penal e crê que não pode ser penalizada com a perda do carro.

Com o devido respeito a entendimento diverso, julgo que o decidido deve ser prestigiado.

Ficou, ao menos para este Magistrado, perfeitamente delineado que o autor agiu de boa-fé. Francisco Amaral[1], assim se manifesta: "*a boa-fé é um princípio geral de direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com a certeza da existência de um próprio direito, donde há convicção de licitude do ato ou da situação jurídica. Está de boa-fé quem não tem conhecimento real da situação jurídica. É um estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito, é o respeito consciente ao direito de outrem*".

Este ensinamento é aplicável ao caso.

Com efeito, pelo que se tem nos autos, o autor agiu como qualquer outra pessoa agiria. Nada indica que ele estivesse conluiado com os vendedores nem

Acesso ao Sumário

1 Direito Civil - Introdução

que tivesse conhecimento dos fatos anteriores.

Afinal, teve ciência da venda por jornal especializado. Não havia qualquer restrição quanto à disponibilidade do carro. Recebeu o DUT com firma reconhecida. Enfim, realizou tudo o que deveria ser feito para a efetivação da compra.

O argumento de que o reconhecimento da firma era falso não tem o condão eliminar a boa-fé. Neste ponto, não se pode olvidar a lição de Silvio do Amaral, em sua clássica obra sobre o tema[2], no sentido de ser essencial que se analise o falso tendo em conta o homem médio e não pessoa especializada.

Assim, o documento foi hábil para induzir o comprador de que ele era genuíno e, por consequência, deve ser admitido ele não tinha motivos para desconfiar.

Em suma, o quadro posto, indica a impossibilidade de se anular a compra efetuada, pois o autor agiu de boa-fé. A requerida deverá tomar outras medidas judiciais para satisfação do seu prejuízo.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo e fixo a verba honorária em 12% que será calculada na forma da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020183-50.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA., é apelado FERNANDO LIMA THIMOTEO.

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 40.354)**

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

São Paulo, 17 de maio de 2019.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Compra e venda. Veículo. Pleito de obrigação de fazer o "recall" e de indenização por danos materiais e morais. Ação julgada parcialmente procedente. Legitimidade da concessionária. Vício

2 Falsidade documental

Acesso ao Sumário

oculto. Cadeia de consumo. Solidariedade. Recusa de conserto. Não enquadramento como excludente de responsabilidade o fato de o "recall" não abranger a numeração de chassis do veículo. Perícia que constata o mesmo defeito daqueles veículos abrangidos pelo "recall". Dano material. Despesa comprovada. Danos morais devidos. Ofensa ao direito de personalidade caracterizado. Indenização fixada em R$ 6.000,00. Critérios orientadores. Recurso não provido, com observação.

A legitimidade das rés é aferida da relação jurídica complexa, com responsabilidade dos fornecedores que integram a cadeia de consumo por vício, diante da situação descrita nos autos.

Conforme a perícia, o veículo modelo i.30 apresentou problema igual àquele identificado para realização de recall, mas foi recusada a manutenção. Não serve a alegação simplista de que não estava na lista oficial de "recall", pois o problema apresentado é o mesmo. E, o nexo causal se extrai da conduta dos fornecedores, havendo causa adequada para o dano material que foi suficientemente comprovado por ordem de serviço.

Houve ofensa ao princípio da confiança, ou seja, a credibilidade confiada ao produto relacionado diretamente ao vício por inadequação e insegurança, para fins de reparação integral. É cabível a indenização por dano moral quando evidenciado episódio de risco (falha de comunicação entre a caixa elétrica de direção e o módulo central), com travamento do volante em avenida de grande movimento, além da frustração do consumidor que se vê impedido de utilizar adequadamente veículo por apresentar defeito que deveria ter sido sanado através do 'recall', eis que interferia na locomoção eficiente e segura. Os percalços vivenciados superam mero aborrecimento e constituem ofensa a direito de personalidade.

A quantificação dos danos morais observa o princípio da lógica do razoável, ou seja, deve a indenização ser proporcional ao dano e compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração dos transtornos experimentados pela

Acesso ao Sumário

vítima, a capacidade econômica do causador dos danos e as condições sociais do ofendido. A fixação em R$ 6.000,00 mostra-se razoável e condizente com esses parâmetros, ostentando razoabilidade e proporcionalidade em função do episódio vivenciado.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação, impondo às rés o pagamento de indenização por danos materiais de R$ 350,00 e por dano moral de R$ 6.000,00.

Alega a corré que é parte ilegítima, pois o perito apurou o defeito de fabricação, sem conduta ilícita a ensejar indenização. Aponta que o veículo foi fabricado em data anterior à da especificada no recall, sendo comprovado pela perícia que os problemas são de fabricação, de exclusiva responsabilidade da fabricante, pois não estava incluído na listagem oficial a ensejar reparo gracioso. Insiste que não se trata de falha na prestação de serviços da empresa recorrente, inexistindo responsabilidade, sendo única responsável a montadora. Aponta julgado em que se afasta a responsabilidade do comerciante nos casos em que o fabricante é identificado, consignando ainda a falta de nexo causal. Sustenta a falta de prova do dano material, impugnando o documento de fl. 28 por considerar frágil e inapto. Por fim, consigna que não há prova de dano moral, sem atingimento a direito de personalidade e cita o art. 927 do CC. Considera o ocorrido como mero contratempo e aponta jurisprudência. Impugna o montante da indenização por entender excessivo, com enriquecimento sem causa.

Processado o recurso com preparo e contrarrazões, nas quais o autor sustenta que se trata de vício oculto e que foram chamados vários veículos da marca para *recall* e seu veículo, embora com o mesmo defeito, não estava incluído, tendo corrido risco de morte, pois seu carro sofreu desestabilização do modulo de direção em plena avenida, ficando atravessado na pista de trânsito intenso. Consigna que ambas as corrés são responsáveis pela marca, a fabricante e a fornecedora, o que demonstra o chamamento de ambas para o *recall* nos veículos i30 e refere a falha e os riscos de acidentes inclusive morte. Indica o alerta feito em relação ao acendimento da luz de advertência para encaminhamento imediato à concessionária autorizada, destacando que no site da recorrente consta a informação sobre o *recall*, sendo as empresas do mesmo grupo. Cita o art. 18 do CDC e a responsabilidade solidária. Refere a necessidade de guincho para a retirada do veículo da via pública e o documento apresentado, indicando ainda as despesas com conserto, de R$ 1.200,00, valor até inferior ao cobrado pela recorrente. Cita julgados, refere a perícia e insiste no dano moral perpetrado, com risco de morte.

Acesso ao Sumário

Os autos restaram encaminhados a este E. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Consta da sentença que houve travamento do volante do veículo enquanto trafegava em via pública reconhecidamente como sendo de trânsito intenso (23 de Maio), o que é incontroverso e que o laudo concluiu que o defeito expunha o autor e ocupantes aos mesmos riscos apontados no *recall*. Fundamenta que, mesmo não constando da listagem dos convocados, a perícia detectou a semelhança do defeito e a recusa de conserto não foi adequada, diante do mesma origem e consequência do autor. Conclui que, diante do conserto realizado pelo autor às suas expensas, resta prejudicada a obrigação de fazer, condenando as corrés a pagarem a despesa de R$ 350,00 e a indenização por danos morais de R$ 6.000,00, diante do transtorno que foge da normalidade e risco à segurança enfrentado.

Nos termos do art. 18 do CDC, os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, bem como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Destaca-se a responsabilidade solidária do produtor e do comerciante pelo vício do produto, ou seja, ambas as empresas estão inseridas na relação jurídica e legitimadas para integrar o polo passivo da demanda.

Embora a corré alegue que o veículo não estava na listagem oficial de *recall* para os veículos, tem-se a perícia que constatou a mesma origem do vício e não cabe imputar ao consumidor a perda de garantia, pois o *recall* caberia ser estendido a qualquer veículo que apresentasse o problema.

O que o Código de Defesa do Consumidor exige é que o consumidor reclame pelos vícios ocultos. Também não é dado às partes desconhecer os problemas de fabricação que justificaram as campanhas nacionais, próprias à segurança, residindo nessa conduta a displicência das rés quando se apresentou problema ligado ao *recall*.

Há prova pericial com constatação da existência de defeito, portanto há causa adequada relacionada. Logo, não estão presentes excludentes de responsabilidade, sendo expressamente afastada culpa do consumidor.

A responsabilidade do fornecedor é objetiva, restando inequívoca a falha contratual e o nexo causal com os percalços a que foi submetido o autor. Ademais, a boa-fé deve reger as relações negociais. Significa dizer que o comprador tinha confiança na marca e na concessionária para a qual encaminhou o veículo com defeito para reparo de vício oculto. O produto era defeituoso de antemão, como

Acesso ao Sumário

ficou provado, com chamadas efetuadas para *recall* para o modelo correspondente e do mesmo ano de fabricação junto a mesma concessionária.

Com relação ao dano material, há ordem de serviço de reboque do veículo, com dados correspondentes e valor correspondente à data dos fatos narrados, bem como não há outra causa adequada comprovada pela corré, sendo o documento suficiente para prova do dano emergente.

No tocante ao alegado dano moral, vê-se que o vício não causou mero aborrecimento, mais do que isso, atentou-se contra a segurança do consumidor e eventuais ocupantes do veículo, sendo evidente a frustração do demandante que se vê impedido de utilizar e desfrutar com tranquilidade o automóvel, exigindo se deslocar à concessionária e ao Judiciário.

Os fatos vivenciados causam repercussão no direito de personalidade, fazendo-se jus à indenização correspondente. Não se trata de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada e que, no dizer de Sérgio Cavalieri Filho, "fazem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (cf. "Responsabilidade Civil", pág. 105).

A mensuração dos danos morais tem se constituído em verdadeiro tormento para os operadores do direito, não fornecendo o legislador critérios objetivos a serem adotados. Atribui-se ao Juiz arbítrio prudencial, com enveredamento da natureza jurídica da indenização como ressarcitória e punitiva, mas não a ponto de transformar a estimativa como resultado de critérios meramente subjetivos, ofertando a doutrina, dentre outros, análise de pormenores importantes como: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) a capacidade econômica do causador do dano; d) as condições pessoais do ofendido (Antonio Jeová Santos, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed., p. 186).

A indenização, como anota o já citado Antonio Jeová Santos, "não pode servir de enriquecimento indevido para a vítima. Idêntico raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade" (ob. cit., pág. 199).

Com base nesses critérios, a indenização em R$ 6.000,00 (seis mil reais) é suficiente para ressarcir os danos morais. O sofrimento não pode se converter em móvel de "lucro capiendo", nem a indenização pode se transformar em símbolo, sem caráter punitivo, dada a condição pessoal das ofensoras. Pela fase recursal, os honorários de advogado devem ser suportados pelas rés em maior extensão para 80%, respondendo o autor por 20% da base de cálculo adotada.

Acesso ao Sumário

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065371-55.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS, é apelado PAULO MENDES DE OLIVEIRA.

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 20893)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 23 de maio de 2019.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Cobrança reiterada de débito declarado inexigível judicialmente. Responsabilidade da cessionária. Sentença mantida. Dano moral configurado. Redução. Inadmissibilidade. Valor fixado que é compatível com o dano suportado e respeita os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Apelações contra r. sentença (fls. 96/99) que julgou procedente a ação de indenização por danos morais ajuizada pero ora apelado para condenar a ré ao pagamento de R$. 15.000,00 a título de reparação por danos morais, acrescidos de correção monetária desde a data da sentença e de juros de 1% ao mês a contar da citação, além de custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Insurge-se a ré sustentando, em breve síntese, ausência de dever de indenizar e, subsidiariamente, pugna pela redução do valor do *quantum* indenizatório.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

VOTO

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pelo ora apelado pretendendo a reparação pela cobrança reiterada de dívida já declarada inexigível por sentença transitada em julgado.

Com efeito, infundado o argumento da apelante quanto a sua ausência de responsabilidade alegando apenas ter promovido a cobrança da dívida na condição de cessionária do crédito quando o débito foi declarado inexigível por sentença transitada em julgado em demanda na qual figurou no polo passivo.

Nos termos da decisão recorrida, "*Diante da r. sentença de folhas 15/18 deveria ter adotado todas as providências necessárias para que nenhuma outra cobrança fosse realizada em desfavor do autor. O documento de folhas 19/20 demonstra que tal não ocorreu, prosseguindo a serem realizadas cobranças, através de escritório especializado.*".

Neste sentido, já decidiu esta Corte que "*não é difícil identificar a humilhação que sofre qualquer pessoa que se vê diante da iniciativa de cobranças reiteradas de valores indevidos, que se acumulam e vão aumentando, sem que haja qualquer atenção aos seus reclamos. Não é difícil imaginar os sérios transtornos gerados por esse tipo de comportamento, que acaba retirando as pessoas de seus afazeres normais para se submeter ao suplício de pleitear que algum atendente da empresa se digne a lhe dar ouvidos. O curioso é que os serviços que se mostram tão eficientes na conquista de clientes, oferecendo assinaturas e vantagens, não conseguem o mesmo tipo de resultado quando o consumidor busca soluções para esse tipo de problema. Ao contrário, o que se vê é exatamente o inverso, ou seja, a ineficiência, que leva a pessoa ao cansaço e, quem sabe, a desistir de reclamar e até mesmo pagar o que não deve.* (...)". (Apelação nº 0001216-21.2014.8.26.0417, Rel. Des. Antonio Rigolin; 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 16.2.2016).

Assim, deve ser mantida a condenação do apelante ao pagamento de indenização por dano moral.

Sobre o tema, precedentes desta Corte:

"INDENIZATORIA - Danos morais - Envio de cartas de cobrança e indevido apontamento do nome da autora em órgão restritivo pela empresa financeira que mantém parceria com a loja vendedora do produto - Legitimidade passiva da MARABRAZ - Responsabilidade solidária das partes envolvidas no negócio - Ocorrência de dano moral - Desnecessária prova do prejuízo - Manutenção do 'quantum' ressarcitório - recursos improvidos." (Apelação n. 0033751-37.2007.8.26.0000, Rel. Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 27.9.2011).

Acesso ao Sumário

No que se refere ao *quantum* indenizatório, é pacífica a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores no sentido de que "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Destinando-se a indenização por danos morais a desestimular a repetição da falha da prestação dos serviços do réu e levando-se em linha de consideração a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, tem-se razoável o valor arbitrado pelo juízo *a quo* (R$. 15.000,00), que respeita os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por tais razões, a sentença é mantida tal como lançada.

Finalmente, diante da manutenção da sentença, cabível a majoração da verba honorária pelo acréscimo de trabalho ao advogado na fase recursal, conforme preconizado no artigo 85, § 11º, do CPC, para 15% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004068-05.2018.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante F.P.V.U.E.P.J.M.F., é apelada D.M.A. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37900)**

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

São Paulo, 23 de maio de 2019.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de obrigação de fazer c.c tutela de urgência e danos morais. Sentença de parcial procedência. Relação consumerista. Falha na prestação do serviço da ré. Erro na inscrição da candidata ao concurso público da Polícia Civil do Estado de São Paulo devido à linha digitável do

código de barras. Pagamento correto da inscrição pela autora. Responsabilidade que não pode ser repassada à consumidora. Dano moral caracterizado. Perda de tempo e quebra de expectativa que extrapolam a dimensão econômica, ultrapassando o mero aborrecimento. Reparação moral devida. Recurso da ré improvido.

VOTO

1. Trata-se de apelo interposto da r. sentença de parcial procedência de pedidos formulados em ação de obrigação de fazer indenizatória de danos materiais e morais fundada na pretensão de regularização de sua inscrição no concurso público da Polícia Civil do Estado de São Paulo, por sua organizadora (...), condenada a ré a ressarcir a autora da quantia de R$ 8.000,00 a título de danos morais, tornando definitiva a tutela de urgência para a continuidade no certame, bem como ao pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00. Apela a ré alegando, em síntese, que o cancelamento da inscrição da autora deu-se corretamente, em conformidade com o edital do concurso, em virtude de erro na linha digitável do comprovante de pagamento da inscrição, não correspondendo ao boleto fornecido pela organizadora, apresentando sequências numéricas diversas. Recurso tempestivo e preparado, regularmente. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. O apelo da ré não comporta provimento.

Com efeito, aplicado o CDC e a consequente inversão do ônus da prova, era atribuição da ré demonstrar regularidade na prestação do serviço ante a alegação autoral de injustificado cancelamento da inscrição no concurso público, tendo sido realizado o devido pagamento, demonstrada, assim, a alegada falha na prestação dos serviços, sem adequada e tempestiva solução.

Verifica-se, "in casu", que ocorreu um erro na linha digitável do boleto de inscrição. No boleto apresentado pela autora, quando do ato de sua inscrição, consta a linha digitável nº (...), ao passo que a linha digitável apresentada pela ré possui a seguinte sequência numérica: (...), observada a ocorrência de erro.

Ora, a autora efetuou o pagamento mediante o boleto o qual foi disponibilizado pela ré por meio eletrônico, por ocasião da inscrição no concurso público, estando quites com sua obrigação e, o esperado é a devida contraprestação do serviço, qual seja, a inscrição no certame, o que, não ocorreu devido à falha da organizadora ré.

Na hipótese, o dano moral está caracterizado. A autora tentou por diversas

Acesso ao Sumário

oportunidades, mediante ligações, e-mails, a confirmação de sua inscrição, chegando até mesmo dirigir-se ao local de prova e proceder à sua realização, contudo, houve o cancelamento da sua inscrição no certame, o que demonstra total descaso com a consumidora.

A busca pela aferição do dano moral em outrem é trabalho tortuoso e requer exercício mental baseado em presunções, sem as quais seria impossível ao magistrado entender o sofrimento alheio. Sobre o tema, veja-se a lição do mestre RIZZATTO NUNES:

> "*Da mesma maneira que não se poderão avaliar fatos e danos, abstratamente, é necessário examinar-se a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor."*
>
> *"E, claro, aqui reside o problema."*
>
> *"É que esse aspecto é exatamente aquele que remete à subjetividade. Em tese, é possível pensar que mesmo sem sentir qualquer dor ou ofensa, o consumidor possa dizer que sofreu. Mas essa discussão é ultrapassada e remete àquela, já superada, que justificava a não fixação de indenização por dano moral porque seria impossível fazer a avaliação da dor (sempre subjetiva)."*
>
> *"Sem outra alternativa, é de se trabalhar com presunções fundadas em máximas de experiência relacionadas a casos similares anteriores."*
>
> *"Será por óbvio, presunção juris tantum, que poderá ser desconstituída pelo acusado de ter causado o dano ou seu responsável."*
>
> *"É trabalhoso, mas o magistrado terá de utilizar esse método para buscar entender e delimitar o grau real do mal sofrido.*"[1]

No caso, há que se observar ainda que tempo perdido indevidamente configura lesão à personalidade da vítima, que viveu menos, teve menos tempo de lazer, bem como menos tranquilidade, enquanto buscava resolver um problema causado por terceiro que não teve a menor preocupação em ajudá-la e muito menos em amenizar o transtorno que causou. Leciona muitíssimo bem a respeito o abalizado Mestre ROGÉRIO DONNINI:

> "*A real proteção aos direitos da personalidade se perfaz com a prevenção de danos, ou seja, quando lesões são evitadas na hipótese de ameaça (art.12 do Código Civil), quando se requerer a sua cessação, ou mediante uma efetiva, equilibrada e proporcional reparação do dano causado.*
>
> *Assim, a lesão pela privação imotivada do tempo de outrem configura a violação de um tempo que não volta mais, que não pode ser compensado, em que não há* restitutio in integrum*, mas momentos de vida que se esvaem, que poderiam ser prazerosos, com o aproveitamento de um tempo livre. Esse dano provoca, em verdade, menos momentos de felicidade, seja esta entendida como ócio, mais trabalho, prática esportiva, convívio familiar, com amigos ou momento de solidão.*

Acesso ao Sumário

1 "Curso de Direito do Consumidor", 6ª edição, 2011, Saraiva, pág. 373.

Violar, sem qualquer justificativa, esse direito, seja pela intenção de fazê-lo, pelo desprezo ao tempo de outrem ou pelo lucro desmedido, causa verdadeira transgressão a um direito da personalidade, passível ainda de violação ao direito ao lazer, com interferência na integridade físico-psíquica da vítima.

Em verdade, a noção de tempo livre ou tempo útil é mais ampla do que o direito ao lazer, uma vez que abarca uma série de situações que não se associam a este, tais como a perda de um tempo (ou muitos) dedicado à alimentação, higiene, supressão considerável e reiterada de horas de sono ou impossibilidade de cumprimento de tarefas familiares. Esses temas não guardam relação com lazer, razão pela qual tempo livre é gênero do qual lazer é espécie.

Deveras, menos tempo tem a acepção de menos vida ou mais precisamente menos vida digna. Perda de tempo livre ou útil e ausência de lazer imotivados ou reiterados, portanto, podem configurar danos." ("Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade", Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2015, páginas 157/158).

No que tange à discussão acerca da incidência de danos morais, muito apropriadas se revelam as palavras do Desembargador fluminense Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, ao afirmar que "*o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido em nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique em prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como um sinal de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos*" (Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual, *in* AMAERJ Notícias Especiais, n. 20, junho/2004).

Daí que a r. sentença deve ser mantida.

Em razão do improvimento recursal, os honorários advocatícios devem ser majorados para R$ 2.000,00, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso**, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001028-32.2018.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO - S/A, é apelada SIMONE ENG.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31961)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2019.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA DE MÓVEIS PLANEJADOS - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROCEDÊNCIA PARCIAL - LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO CORRÉU - CONTRATOS COLIGADOS - CONDENAÇÃO DO BANCO APELANTE EM DANOS MORAIS - INADMISSIBILIDADE - RECORRENTE QUE NÃO AGIU PARA CAUSAR OS DANOS ALEGADOS NA INICIAL - ATO ILÍCITO QUE DEVE SER IMPUTADO EXCLUSIVAMENTE AO LOJISTA, QUE DEIXOU DE ENTREGAR OS MÓVEIS ENCOMENDADOS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Apelação parcialmente provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 259/267, que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória por danos materiais e morais c.c. rescisão contratual.

Alega o apelante, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda; que atuou como intermediário financeiro, liberando recursos ao lojista para a concretização do negócio entabulado entre a autora e os demais réus; que a demora na entrega dos móveis planejados foge do âmbito de responsabilidade do apelante; que não há conduta ilícita imputável ao recorrente para fins de responsabilização civil; que o abalo moral sofrido pela autora não teve por causa qualquer conduta do banco apelante; que a autora não sofreu constrangimento ilegal passível de indenização. Subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Recurso preparado, tempestivo e respondido (fls. 295/303).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Constou da sentença:

"***A alegação de ilegitimidade passiva do Banco Losango S/A não prospera, posto que participou da cadeia de fornecedores e tratando-se de relação de consumo, sendo responsável pelo financiamento e recebimento dos valores. Assim, fica afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do Banco Losango. (...). Assim, restou evidenciado nos autos o descumprimento contratual por parte da corré Atelier Design, sendo procedente o pedido de rescisão contratual, com a devolução dos valores pagos à autora, com correção monetária e juros de mora a partir da citação. O fato da corré Atelier Design estar em processo de recuperação judicial não tem o condão de afastar a sua responsabilidade pelo cumprimento do contrato. Com relação à cláusula penal que estipula multa contratual de 20% no caso de rescisão do contrato, esta deve ser afastada, pois no caso, a rescisão contratual não foi motivada por descumprimento contratual por parte da ré. Além do mais, tal cláusula viola disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor prevista no artigo 6º, inciso IV e artigo 51, incisos IV e XV, causando desvantagem à consumidora. Quanto ao pedido de danos morais deduzido em face da requerida Atelier Design e Planejamento de Móveis Ltda., verifica-se que o contrato entre as partes foi celebrado em 19/08/2016 no valor de R$36.000,00 para se pago em 24 parcelas e R$1.500,00, vencida a primeira em 19/08/2016 e a última a se vencer em 10/07/2018 e a autora efetivamente já havia pago 18 das 24 parcelas acordadas. Isso significa que ao tempo em que a autora requereu a rescisão do contrato já havia pago o valor de R$27.000,00 tendo pago todas as 18 parcelas que se venceram desde a data da primeira parcela (agosto de 2016) até a aquela que se venceu dias antes da data da propositura da ação (08/02/2018). Desse modo, tendo a autora celebrado contrato de compra de móveis planejados em agosto de 2016 e já tendo pago as parcelas contratadas durante 18 meses em quantia que representa 75% do valor total, era justa a expectativa da autora de receber os móveis planejados e evidentes os danos por ela experimentados pelo total descumprimento do contrato. (...). Tais circunstâncias impostas à autora extrapolam o mero dissabor vivido no cotidiano, sendo assim, passível de indenização por danos morais. (...). Assim, condeno solidariamente as rés a pagarem à autora indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00. (...). Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para confirmar a liminar anteriormente concedida e para rescindir o contrato de compra e venda celebrado entre a autora e a primeira requerida Atelier Design e Planejamento de Móveis Ltda.; rescindir o contrato de financiamento***

Acesso ao Sumário

celebrado entre a autora e a segunda requerida Banco Bradesco S/A referente ao mesmo negócio jurídico (compra dos móveis planejados); condenar a requerida Banco Bradesco S/A a restituir os valores pagos pelo autor pelo contrato de financiamento corrigidas desde o desembolso e com juros de mora de 1% ao mês incidentes a partir dos respectivos desembolsos e condenar as rés solidariamente a pagarem à autora o valor de R$ 20.000,00, atualizados e acrescidos de juros de mora de 1% incidentes a partir do arbitramento."

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo banco apelante foi corretamente afastada, porquanto o contrato de financiamento estava coligado ao de compra e venda, de forma que o primeiro segue o destino do segundo, decorrendo dessa consequência fática o interesse do recorrente na lide e, por conseguinte, sua legitimidade para compor o polo passivo da demanda. Ademais, soma-se a esse fundamento aquele posto pela sentença, relativo à configuração da relação de consumo.

Com relação aos danos morais, tem razão o banco corréu, na medida em que não pode ser a ele atribuída conduta ilícita causadora de danos à autora, visto que não se responsabilizou pela entrega dos móveis, limitando-se a fornecer o mútuo necessário para a consecução do fim almejado pelas partes no contrato de compra e venda e prestação de serviços.

Nesse sentido:

"***BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA DE MÓVEIS PLANEJADOS - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. PERDAS E DANOS - PROCEDÊNCIA - CONDENAÇÃO DO BANCO APELANTE EM DANOS MORAIS - INADMISSIBILIDADE - NEGATIVAÇÃO QUE DECORREU DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - ATO ILÍCITO QUE DEVE SER IMPUTADO EXCLUSIVAMENTE AO LOJISTA, QUE DEIXOU DE ENTREGAR OS MÓVEIS ENCOMENDADOS - AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE COM RELAÇÃO AO BANCO CORRÉU. Apelação provida.***" (TJSP; Apelação Cível 0012689-98.2013.8.26.0009; Relator (a): Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/05/2018; Data de Registro: 16/05/2018).

A repartição dos ônus da sucumbência em relação ao apelante é cabível, ficando cada parte responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios ao patrono adverso, ora fixados em R$ 1.500,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0080591-23.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.C. DA SILVA OPERADORA DE TURISMO E AGENCIA DE VIAGENS - ME, é apelado BY WEB VIAGENS E TURISMO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.646)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2019.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Propriedade industrial e nome empresarial. Marca. Concorrência desleal. Demanda condenatória em dever de abstenção cumulada com pedido indenizatório, ajuizada por depositante da marca "Web Viagens", fundada na exploração pela ré de denominação social composta por idêntica expressão. Atuação das partes no mesmo segmento econômico. Depósito do pedido de registro marcário que, embora conceda ao depositante determinadas prerrogativas, não confere direito de exclusividade quanto à exploração da marca. Proteção da integridade da marca que não permite a oposição pelo depositante ao emprego de signos assemelhados por terceiros. Arts. 129 e 130 da Lei nº 9.279/96. Expressão adotada pela autora, no mais, que pode ser tida por genérica ou simplesmente descritiva e, bem assim, não registrável. Pedido de registro de marca que, após o ajuizamento da presente demanda, restou indeferido pelo INPI. Art. 124, VI, do mesmo diploma legal. Violação a direito de propriedade industrial não configurada. Concorrência desleal pura tampouco caracterizada. Presença da expressão web viagens na razão social da ré que não configura tentativa de reprodução da marca utilizada pela autora, nem tentativa de confundir o público consumidor. Efeito que decorre

Acesso ao Sumário

da justaposição entre a marca (distinta) utilizada pela ré, By Web, com a designação de sua atividade. Inexistência de elementos concretos indicativos de tentativa de aproveitamento parasitário ou de captação indevida de clientela pela ré. Sentença de improcedência confirmada. Apelação da autora desprovida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 166/168 julgou improcedente demanda condenatória em obrigação de não fazer cumulada com pedido indenizatório, ajuizada por empresa depositante de pedido de registro de marca "*Web Viagens*", fundada em alegada violação a direito marcário e concorrência desleal, ante o uso pela ré de nome empresarial contendo expressão idêntica para a atuação no mesmo segmento econômico (prestação de serviços de agenciamento de viagens oferecidos pela *internet*); considerou o MM. Juiz, para tanto, não ser a autora titular da marca em questão, havendo apenas o depósito do pedido de registro junto ao INPI, que restou indeferido, observando ainda a exploração pela ré da marca "*By Web*", a qual não se confundiria com o termo discutido no presente litígio.

Apela a autora (fls. 209/220), ressaltando o depósito de segundo pedido de registro da marca "*Web Viagens*", ainda não apreciado pela autarquia federal, e sustentando ter o primeiro pedido sido indeferido apenas por conta de irregularidade formal. Destaca, no mais, a anterioridade do uso da expressão litigiosa por ela, autora, alegando que o nome empresarial da ré conteria a integralidade de referido termo, pouco importando a distinção da marca adotada por essa última ("*By Web*"). Insiste na atuação de ambas as partes no mesmo segmento empresarial, o que evidenciaria a possibilidade de confusão entre os consumidores e, bem assim, a concorrência desleal, acenando com o direito de precedência ao registro, nos termos do art. 129, § 1º, da Lei nº 9.279/96, e a necessidade de proteção à locução empregada por ela, autora, no desenvolvimento de suas atividades comerciais. Bate-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença, com o julgamento de procedência da demanda.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido com duplo efeito (fl. 225) e regularmente processado, manifestando-se a apelada em contrarrazões no prazo legal (fls. 227/234).

É o relatório.

Não prospera o inconformismo.

Como incontroverso, a empresa-autora, uma agência *online* de viagens,

Acesso ao Sumário

depositou junto ao INPI, em 6 de julho de 2010, pedido de registro de marca nominativa "*Web Viagens*" (fls. 25/27), o qual, no momento da propositura da presente demanda (em dezembro de 2012), ainda estava pendente de apreciação pela autarquia federal.

A ré, por seu turno, sociedade empresária também com atuação no ramo de prestação de serviços de agenciamento de viagens oferecidos pela *internet*, constituída no dia 27 de março de 2012 (fls. 130/131), efetuou nesse mesmo mês pedido de registro de outra marca, *By Web*. Verifica-se portanto não haver coincidência estrita entre as marcas, senão no tocante ao termo *web*, que todavia é comum e designativo da rede mundial de computadores, como cediço.

O problema maior está na verdade em possível conflito entre a marca depositada pela autora e a razão social da ré, que começa pela expressão objeto da marca usada por essa, *By Web*, seguindo com os termos Viagens e Turismo Ltda., designativos da atividade. Da justaposição dos elementos, acaba por se identificar a presença da expressão *web viagens* em meio à razão social.

E é justamente aí que reside o cerne do litígio, na medida em que a autora argumenta que a utilização pela ré de tal expressão acabaria por reproduzir a marca adotada por ela, violando, segundo afirma, seu direito de precedência e exclusividade no tocante à exploração empresarial desse termo linguístico, bem como ensejando confusão por parte dos consumidores.

Não é assim, contudo.

Sob o prisma marcário, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que a autora, tal como acima já exposto, quando do ajuizamento da demanda, não era titular da marca "*Web Viagens*", mas simples depositante.

Ora, o mero pedido de registro de marca, à luz do disposto no art. 129 da Lei nº 9.279/96, não assegura à parte solicitante qualquer direito de exclusividade, tratando-se de ato precedente à análise de mérito das condições de registro - novidade relativa, não colidência com marca notoriamente conhecida e desimpedimento - e que serve de marco à anterioridade e ao início da contagem de prazos (como o da apresentação de eventual oposição, por exemplo).

E sequer cabia à ora apelante acenar com a regra do art. 130 do mesmo diploma legal, que concede ao depositante de pedido de registro (e não apenas ao titular da marca) prerrogativas como a de ceder os direitos decorrentes do pedido de registro (inciso I), licenciar o uso (inciso II) ou zelar por sua integridade ou reputação (inciso III).

As duas primeiras situações vêm descritas sob viés claramente não concorrencial, não se confundindo evidentemente com a hipótese dos autos e apenas tratando da legitimação em termos civis para a prática de determinados atos contratuais de disposição de direitos; já o direito de zelar pela integridade ou reputação da marca, por seu turno, tem como objeto a proteção da marca em face

Acesso ao Sumário

de possíveis atos de detração, capazes de abalar sua imagem ou credibilidade.

Assim, não se compreende na ideia de proteção da *integridade* da marca a perspectiva ampla de evitar sua diluição, a partir do emprego por terceiro do mesmo signo, decorrendo tal poder apenas do direito de exclusividade no uso, o qual, por sua vez, depende estritamente da obtenção do registro marcário.

E é esse o aspecto essencial a resolver o problema: o direito de exclusividade, como atributo da propriedade da marca, não toca ao depositante, mas tão somente ao efetivo titular do registro, como deflui inequivocamente do texto do já citado art. 129, *caput*, da Lei de Propriedade Industrial.

Não se exclui, por certo, a proteção ao empresário contra atos de reprodução indevida da marca utilizada, mas em perspectiva não registral, ligada à concorrência desleal. Em suma: a antecedência no depósito do pedido de registro, enquanto não deferido esse, isoladamente considerada, não é suficiente para assegurar ao depositante qualquer direito de exclusividade ou a automática oposição ao emprego de signos assemelhados, por terceiros.

Cabe ressaltar, em acréscimo, que a marca objeto do depósito do pedido de registro feito pela autora ("*Web Viagens*") consiste em expressão despida de acentuada distintividade à luz do respectivo segmento mercadológico, sendo composta por vocábulos diretamente relacionados à atividade empresarial desenvolvida, o que faz com que possa ser tida por genérica ou simplesmente descritiva e, bem assim, não registrável, a teor do art. 124, VI, da Lei nº 9.279/96.

Essa aliás foi a razão para o indeferimento pelo INPI, em março de 2013, do primeiro pedido de registro marcário feito pela ora apelante, com alusão expressa ao referido dispositivo legal (fl. 134), não se tratando pois, ao contrário do que foi alegado nas razões do apelo, de mera irregularidade formal do requerimento.

De mais a mais, o segundo pedido de registro da marca "*Web Viagens*" feito pela autora junto ao INPI (nº 906537487), com o qual ela acena em seu recurso, também restou arquivado, conforme se extrai de consulta informal ao *site* da autarquia federal.

Acesso ao Sumário

Por último, quanto à concorrência desleal pura, cumpre destacar que, muito embora as partes atuem no mesmo ramo empresarial, a argumentação da autora a esse respeito foi claramente especulativa, à míngua de elementos concretos indicativos de tentativa de aproveitamento parasitário ou de captação indevida de clientela pela ré, a partir do uso de razão social que a rigor contém o termo "*Web Viagens*" ("By Web Viagens e Turismo Ltda."), desprovido entretanto de qualquer autonomia.

A ré se vale como já visto de marca diferente, e no tocante à razão social o que se verifica é a mera justaposição de expressão nela presente, *web*, com a designação da atividade desenvolvida, que traz referência a *viagens*, designação

perfeitamente lícita na esteira do art. 1.158, § 2º, do Código Civil.

A improcedência, por tudo, era de rigor, ficando confirmada a r. sentença ora apelada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002146-85.2018.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO ASSUPERO, é apelada VALERIA SANTOS DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria, negaram provimento ao recurso, vencidos, o relator sorteado, que declara voto, e o 2º juiz. Relator designado, o 3º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44329)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO, vencedor, GILBERTO LEME, vencido, MELO BUENO (Presidente), FLAVIO ABRAMOVICI, MORAIS PUCCI E SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

FERNANDO MELO BUENO FILHO, Relator Designado

Ementa: PRESTAÇÃO DE SEVIÇOS EDUCACIONAIS - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Conclusão de curso - Demora na entrega do diploma - Desídia da instituição educacional - Danos morais manifestos - Impossibilidade de progresso profissional - Ação procedente - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 139/142 que julgou procedente 'ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais', fundada em prestação de serviços educacionais. A apelante sustenta, em síntese, ausência de responsabilidade pela demora na expedição do diploma; inexistência de danos morais; afastamento do ônus da sucumbência ou que seu percentual seja reduzido (fls. 148/167).

Acesso ao Sumário

O recurso foi processado, sem resposta.

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando compelir a apelante ao fornecimento de diploma de graduação à apelada, bem como haver indenização por danos morais, estimados em R$10.000,00. Isto porque, a apelada concluiu curso técnico em enfermagem, oferecido por instituição educacional e mantido pela apelante, tendo colado grau em 25/11/2016. Contudo, não conseguiu o diploma, o que lhe acarretou prejuízos, sem poder exercer a profissão escolhida, obrigando-a a trabalhar como cuidadora de idosos.

Em sua defesa, argumentou a apelante, que os alunos receberam certificado que os habilitava a promover o registro provisório, deixando a apelada de efetivar a inscrição; a expedição do diploma dependia de cadastro no MEC; o atraso foi justificado, inexistindo comprovação dos alegados danos.

A obrigação de fazer, consistente na entrega do diploma, foi concedida liminarmente e cumprida pela apelante (fls.75).

Ocorre que, a demora em expedir o diploma é unicamente imputável à apelante, que deve ser responsabilizada pelos desgastes e prejuízos causados à apelada, restando frustradas as suas expectativas quanto às vantagens e prerrogativas que a posse do certificado de conclusão do curso superior oferece, impossibilitando-a de alcançar o seu objetivo tão logo concluído o curso, impedindo o progresso profissional.

Assim, diante da conduta desidiosa da apelante na prestação de serviços, notadamente a injustificável demora na expedição do diploma da apelada, o qual somente foi fornecido por força da liminar de fls. 15, é de rigor a reparação pelos danos morais acarretados à apelada. Pois, referida situação ultrapassou os limites da tolerância, deixando de ser meros aborrecimentos atinentes ao cotidiano da vida em sociedade, invadindo a esfera moral, gerando, assim, o dever de reparação, nos moldes fixados na r. sentença recorrida (R$7.632,00), quantia que se afigura criteriosa, não comportando a modificação pretendida. A propósito, confira-se a jurisprudência desta c. Câmara:

> "**Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos morais. Aditamento da inicial para constar apenas ação de reparação por danos morais. Sentença de improcedência. Demora de um ano, contado do recebimento dos últimos documentos solicitados pela faculdade, para a entrega do diploma ao autor, graduada no curso superior de Engenharia de Produção. Embora não haja prazo contratual ou legal para a expedição do diploma, a própria ré alegou, na contestação, que, dentro da autonomia que lhe confere o art. 207, CF, entende como razoável o prazo de no mínimo 180 dias para a concretização do ato. Excessiva e injustificada demora na disponibilização do diploma de conclusão da graduação, fato que**

Acesso ao Sumário

por si só, gera dano moral"[1].

Deste modo, a r. sentença recorrida não comporta modificação, cuja manutenção pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe, inclusive quanto aos honorários de sucumbência, sendo descabida a sua majoração nos termos do art. 85, §11, do CPC/15, eis que fixados no patamar máximo disposto no §2º do mesmo diploma legal.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 23.300)

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença proferida a fls. 139/142 e disponibilizada no DJE em 28.9.2018 que julgou procedente a pretensão inicial para condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, o valor de R$ 7.632,00, com correção monetária e juros de mora de 1% a contar da data da sentença. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada a arcar com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Apela a ré, alegando que não pode ser responsabilizada pela demora na expedição do diploma, uma vez que não havia previsão de horas de estágio para conclusão do curso, mas somente a carga horária de 1.200 horas, entretanto, houve mudança na legislação, pelo que foi necessário acrescentar 600 horas de estágio curricular, totalizando 1.800 horas. Aduz que tal alteração ensejou a necessidade de ajustes nos dados do SISTEC - Sistema Nacional de Informações da Educação Profissional e Tecnologia. Alega ainda que entrou em contato com o COREN, que se comprometeu a não suspender os registros provisórios dos alunos que apresentassem ofício com justificativa pelo atraso do diploma. No entanto, alega que a autora nem sequer pediu o registro provisório. Aduz que a autora não comprovou que experimentou danos morais em decorrência da ausência de expedição de seu diploma. Por fim requer a redução do valor da indenização, bem como dos honorários sucumbenciais.

Recurso tempestivo, preparado e sem resposta da apelada.

É o relatório.

Consta da inicial que a autora conclui, junto à ré, curso superior de técnico em enfermagem, colando grau de 25.11.2016, entretanto, não conseguiu inscrever-se junto ao COREN, pois não foi aceita a declaração de conclusão de curso. Aduz que a ré teria informado que a demora na expedição do diploma decorre do registro no MEC. Alega a autora que não consegue exercer a profissão, pelo que se encontra trabalhando em uma casa de repouso como cuidadora de

1 AP 1003771-23.2016.8.26.0320, Rel. Des. MORAIS PUCCI, j. em 26/06/2017.

idosos, sem registro em carteira.

Em contestação, a ré não nega que a autora colou grau no curso de técnico de enfermagem, tampouco que houve demora na expedição de seu diploma. Apenas argumenta que tal demora não decorreu de desídia de sua parte, mas, sim, de ajustes necessários junto ao SISTEC, tendo em vista a modificação da carga horária exigida para o curso.

Verifica-se que não há controvérsia entre as partes que a autora teve mesmo dificuldade em obter o diploma junto à ré, o qual somente foi a ela entregue diante do deferimento da tutela provisória nestes autos.

Em que pese à arguição da ré de que teve problemas de atualização de dados junto ao SISTEC, nada comprovou nesse sentido. Ademais, causa bastante estranheza que a nova carga horária de 1.800 horas tenha sido exigida na Indicação do CEE n.º 8/2000, aprovada em 5.7.2000, como afirma a própria ré em contestação e nas razões recursais, e, ainda assim, em 2016, quando da conclusão do curso pela autora, ainda não tivesse adequado o curso ministrado em suas dependências.

Assim, sem que a ré se desincumbisse de comprovar sua alegação de que a demora na expedição do diploma não decorreu de desídia de sua parte, de se reconhecer que agiu ilicitamente.

De se consignar que constou, equivocadamente, da r. sentença recorrida que o pedido de obrigação de fazer consistente na entrega do diploma à autora já havia sido satisfeito pela ré, pelo que o julgado deveria restringir-se somente ao pedido de indenização por danos morais. Isso porque, verifica-se que houve deferimento da tutela provisória de urgência nesse sentido, ou seja, para que a ré entregasse o diploma à autora, pelo que deve ser confirmada a tutela antecipada, julgando-se procedente o pedido de obrigação de fazer.

No entanto, de se inferir se tal conduta ensejou danos morais à autora.

Estabelece a Constituição Federal como um dos fundamentos da República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, "a dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inc. III).

Acesso ao Sumário

Com isso, "temos hoje - anota SÉRGIO CAVALIERI FILHO - o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade - todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Pois bem, dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade

da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art. 5, inc. V e X, a plena reparação do dano moral." (Visão Constitucional do Dano Moral apud Cidadania e Justiça vol. 6, pág. 206, publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB).

No entanto, "se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo - prossegue o magistrado fluminense - qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento, sob pena de ensejar a sua banalização. Só pode ser considerada como tal - conclui - a agressão que atinja o sentimento pessoal de dignidade, que, fugindo à normalidade, cause sofrimento, vexame e humilhação intensos, alteração do equilíbrio psicológico do indivíduo, duradoura perturbação emocional, tendo-se por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum." (*ibidem*).

"Com efeito - assentou este Tribunal de Justiça -, não cabem no rótulo de 'dano moral' os transtornos, aborrecimentos ou contratempos que sofre o homem no seu dia-a-dia, absolutamente normais na vida de qualquer um." (RT 711/107).

No caso em tela, alega a autora que, em decorrência da ausência de expedição do diploma, não conseguiu obter emprego como técnica em enfermagem, pelo que trabalha, sem registro em carteira, como cuidadora de idosos.

Note-se que tal fato poderia acarretar prejuízos materiais, caso a autora comprovasse que deixou de ser contratada em determinado emprego somente pelo fato de não ter o diploma, o que não se verifica no caso dos autos. Aliás, *in casu*, nem sequer houve pedido de indenização por danos materiais.

Assim, não há evidências nos autos de que o transtorno causado à autora implicou frustração tão profunda, atingindo-lhe a personalidade, como quer fazer crer. Cuida-se de dissabor indevidamente experimentado, é correto, mas sem a magnitude que lhe quer emprestar.

Pelo meu voto, pois, dou provimento ao recurso para excluir da condenação a indenização por danos morais, com observação. Em razão da sucumbência recíproca, cada uma das partes deverá arcar com metade das custas e das despesas processuais corrigidas, bem como com os honorários sucumbenciais fixados em 10% do valor da causa, com correção monetária a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado, observando-se a gratuidade concedida à autora (fl. 15). Nos termos do parágrafo 11 do art. 85 do NCPC, de rigor a majoração dos honorários devidos pela autora para 15% do valor da causa, nos termos supra.

GILBERTO LEME, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058215-16.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROYAL SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA., RAFAEL DE MOURA FERRAZ LUZ e JOSE ROBERTO FERRAZ LUZ, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MARINA TAVARES LEITE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24444)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO BACCARAT (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO EDILÍCIO. TAXA DE OBRA DE GÁS ENCANADO. Convenção condominial que prevê que tanto as unidades autônomas, quanto as vagas de garagem, participam do rateio das despesas normais de custeio dos serviços comuns, na proporção das frações ideais. Convenção que é soberana e prevalece. Parâmetro adotado em consonância com o art. 1.336, I, do CC. Obra, ademais, que beneficia a coisa comum, quanto aos parâmetros de segurança para obtenção de certificações junto ao corpo de bombeiros. Demonstração, contudo, de que as cobranças mensais não observam a fração ideal de propriedade dos condôminos. Planilha não impugnada pelo réu que comprova as cobranças a maior. Devida a devolução das diferenças pagas. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de revisão de rateio de despesas condominiais, cumulada com repetição de indébito, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 135/138, cujo relatório se adota, pois cabe aos autores arcar com o rateio das despesas na proporção de cada uma das unidades de que são proprietários. Aos

autores foram atribuídos os ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Inconformados, ***apelam os autores*** sustentando que as despesas extraordinárias estão sendo cobradas de unidades que não se beneficiam do produto. Alegam, ainda, que o rateio da verba aprovada para as obras não observou a proporção das suas frações ideais, tendo pago valores a maior do que os devidos, fazendo jus à restituição desta diferença (fls. 144/154).

Houve resposta (fls. 158/166).

É como relato.

O apelo comporta parcial provimento.

Narra a inicial que os autores são condôminos do réu, que é composto por unidades residenciais, comerciais e box de garagem. Para atendimento de normas municipais, o réu se obrigou à instalação de gás encanado, estabelecendo critério de rateio dos custos de instalação.

Afirmam os autores, no entanto, que o gás encanado não se trata de serviço comum, mas individual de cada uma das unidades beneficiadas, não sendo cabível seu rateio com as unidades de garagem, que dele não tiram qualquer proveito. Além disso, na assembleia de 04/01/2015 foi aprovada verba para obra de R$80.000,00, mas na forma como vem sendo rateada, estão sendo cobrados valores a maior, havendo direito à repetição de indébito de R$4.238,61, conforme planilha. Daí o ajuizamento da ação.

A sentença julgou improcedentes os pedidos.

Respeitada a convicção externada pelo Juízo da causa, a sentença merece reforma em parte.

Na assembleia de 04/01/2015 foi aprovada a instalação do gás encanado, com o rateio de R$80.000,00, orçamento apresentado para a obra, em 24 vezes (fls. 70).

Em 03/01/2016, também em assembleia condominial, o prazo para instalação do gás encanado foi revisto, reduzindo-se em 50% o valor do rateio mensal, com aumento do número de meses para atingir o valor necessário para realização do serviço (fls. 73).

Nessas ocasiões não houve deliberação acerca da forma de rateio, prevalecendo o disposto na convenção do condomínio, segundo a qual **tanto as unidades autônomas, quanto as vagas de garagem participam do rateio das despesas normais de custeio dos serviços comuns, proporcionalmente a suas quotas ideais no terreno do edifício** (cláusula 18, fls. 107).

Assim, há que prevalecer o estabelecido na convenção, porque soberana, enquanto não sobrevir alteração em suas disposições.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

*CONDOMÍNIO - Pretensões de alteração do critério de rateio de despesas condominiais e de restituição de valores pagos a maior julgadas improcedentes - Solução que merece prevalecer - **Rateio das despesas de condomínio exigido nos termos da convenção condominial que, por refletir a vontade majoritária dos condôminos, é soberana, devendo prevalecer enquanto não for alterada** - Precedentes do STJ - Recurso não provido.* **(TJSP; Apelação nº 1099238-10.2016.8.26.0100; Rel. Sá Duarte; 33ª Câmara de Direito Privado; j. em 29/10/2018**) (realce não original).

*CONDOMÍNIO - Embargos à execução - Loja térrea com acesso independente - Alegação da autora de que não faz uso das coisas comuns - Irrelevância - **A convenção condominial, por refletir a vontade majoritária dos integrantes da coletividade e por se amoldar necessariamente à lei, é soberana para definir os critérios de rateio das despesas condominiais** - Ainda que a loja térrea não se beneficie das áreas e coisas comuns, cabe-lhe participar das respectivas despesas, se a convenção condominial não a beneficiou com isenção - Justiça gratuita - Deferimento - Elementos dos autos que atestam, ao menos em princípio, a alegada hipossuficiência econômica - Sentença reformada quanto a este ponto - Recurso provido, em parte.* **(TJSP; Apelação nº 1010793-49.2016.8.26.0477; Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira; 32ª Câmara de Direito Privado; j. em 05/12/2018)** (realce não original).

Além disso, os próprios autores afirmam que a obra visa atender às normas municipais. Deste modo, cuida-se de obra útil à coisa comum, porque adequa o condomínio ao serviço público de gás encanado, trazendo vantagens à totalidade dos condôminos, especialmente quanto à regularização de certificações de segurança do edifício, ainda que apenas algumas unidades se utilizem do serviço ao fim.

Nada afasta, portanto, a cobrança do rateio também em relação às vagas de garagem.

Acesso ao Sumário

Têm os apelantes razão, contudo, quanto aos valores que lhes vêm sendo cobrados mensalmente.

Como já assinalado e incontroverso, **a forma de rateio das despesas comuns estabelecida pela convenção leva em consideração a proporção da fração ideal das unidades sobre o terreno.**

Também o Código Civil prevê de forma expressa que a contribuição para as despesas do condomínio se dará na proporção das suas frações ideais (artigo 1.336, I).

A tabela de fls. 50, por sua vez, não foi impugnada pelo réu e aponta, em relação a cada propriedade objeto dos autos, a respectiva fração ideal, cuja

proporção está de acordo com a escritura de fls. 31/37.

Em assim sendo, levando-se em conta o valor aprovado para custeio da obra de instalação do gás encanado em assembleia condominial datada de 04/01/2015, no montante de R$80.000,00 (fls. 70/71), e sua forma de pagamento estabelecida nas assembleias dos anos subsequentes, tem-se que os valores cobrados nos boletos de fls. 63/68 não se mostram proporcionais à fração ideal de propriedade dos autores, consoante a planilha de fls. 50.

Ressalta-se que o réu não demonstrou a forma de cálculo dos valores lançados, tampouco impugnou especificamente a questão em relação à qual se instalou a controvérsia, nada havendo nos autos que elida as alegações dos autores acerca da ocorrência de cobranças a maior.

De rigor, portanto, julgar procedente o pedido de repetição de indébito, para que a diferença dos valores relativos ao rateio das obras de gás encanados **paga a maior**, sem observar a proporção da fração ideal de cada unidade autônoma, seja devolvida pelo condomínio, corrigida desde o desembolso, com juros de 1% desde a citação.

Por conseguinte, parcialmente provido o recurso para julgar parcialmente procedente a ação, apenas quanto ao pedido de repetição de indébito, a sucumbência passa a ser recíproca, ficando cada parte condenada ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, com honorários advocatícios arbitrados por equidade em R$1.000,00, vedada a compensação.

Por fim, diante do acolhimento parcial do recurso dos apelantes, é descabida na hipótese a majoração prevista no §11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, ***dá-se parcial provimento*** ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0043918-85.2006.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante EDUARDO PEREIRA DA SILVA, é apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.105)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de junho de 2019.
NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Multa diária por descumprimento de obrigação de fazer. Soma da multa que resulta valor excessivo. Pretensão de acréscimo. Descabimento. Limitação na fase de cumprimento de sentença que não ofende a coisa julgada. Recurso improvido.

VOTO

Visto.

Trata-se de recurso de apelação interposto de r. sentença, cujo relatório adoto, e que acolheu impugnação a cumprimento de sentença, julgando extinto o incidente (fls. 584/586).

Recorre o autor exequente, pedindo "***que o presente recurso seja conhecido e ao final provido com a finalidade de reformar a Sentença de fls.584/586, no sentido de anulá-la para que seja dado seguimento ao cumprimento de sentença, em razão de estar demonstrado que a Apelada não cumpriu a obrigação judicial (restabelecimento da linha telefônica do Apelante***." (fls. 619).

Invoca o recorrente que a fls. 23 foi-lhe deferido recolher as "*custas ao final da demanda*".

Recurso respondido, com pretensão de fixação de honorários recursais e sustentando "*que não consta nos autos absolutamente nenhum crédito em favor*" do apelante.

É o relatório.

Conheço do recurso.

O pedido inicial é de condenação a "*religação da linha celular do Autor*" (fls. 12) e de indenização por danos materiais e morais (fls. 13), tendo sido a ação julgada procedente, "*para o fim de restabelecer a linha telefônica do autor*" e condenar a ré ao pagamento de R$ 1.500,00, com os consectários legais, a título de indenização. A sentença transitou em julgado, sem recurso (fls. 182v).

A fls. 191 encontra-se guia de depósito referente à condenação de pagamento em dinheiro, pedindo o autor extinção da execução (fls. 184).

Não tendo sido cumprida a obrigação de fazer, imposta liminarmente (fls. 23), a fls. 184/486, requereu o credor a execução do importe de R$ 314.896,03 (trezentos e quatorze mil, oitocentos e noventa e seis reais e três centavos), pelo acúmulo de multa diária fixada a fls. 148, tendo sido a fls. 318 depositada a

Acesso ao Sumário

importância de R$ 313.000,00 (trezentos e treze mil reais) e levantada (fls. 319), dessumindo-se, porém, da petição de fls. 353/355, que o montante não teria sido repassado pelo causídico a seu constituinte.

A fls. 357/359 foi proferida sentença extinguindo a execução, desafiada por apelação do devedor, não admitida porque não assinada (fls. 387), mas por força de Agravo de Instrumento, o apelo foi processado (fls. 402/405), sendo aquela sentença cassada pelo acórdão de fls. 475/478, mandando processarem-se os embargos do executado, e foram, como impugnação de cumprimento de sentença, que foi acolhida, pela sentença, ora apelada (fls. 584/586) que dispôs: "*Com efeito, tendo o exequente liquidado a multa, dando início a execução, deu como satisfeita a obrigação determinada, para a cobrança da multa, que em última análise o indeniza por todo e qualquer prejuízo, eventualmente sofrido pelo não cumprimento da obrigação ao tempo determinado.*

Em assim sendo, não há que se falar em prosseguimento da execução, como pretende o exequente, pois, tal pedido pode implicar em enriquecimento sem causa, por superar, em muito, o valor do dano material comprovado, pois, mesmo que se convertesse o cumprimento da obrigação em indenização, esta não atingiria valor tão elevado, de forma que o valor pago é suficiente para suprir a satisfação da obrigação em sua integralidade, impondo- se a extinção da execução.

Vale ressaltar, que embora o V. Acórdão proferido nos autos dos Embargos à Execução em apenso, ao confirmar a sentença proferida naquele incidente, entendeu que a multa diária fixada não feriu os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, referindo-se ao montante da multa de R$ 1.000,00 (mil reais), que liquidado nesta execução atingiu o montante de R$ 313.000,00 (trezentos e treze mil reais), não faz coisa julgada material quanto ao arbitramento das 'astreintes', que inclusive pode ser suprimido de ofício (art. 537, § 1º, do CPC).

Em sendo assim, diante do valor já levantado pelo exequente, está satisfeita a execução, nada meia havendo que ser reclamado, pois como exposto tal valor indeniza todos os prejuízos, portando não há mais que se falar em multa, posto que suprimida.

Ante o exposto, dou provimento a presente impugnação, e uma vez satisfeita a execução, julgo-a extinta, nos termos do art. 924, II, do Código de Processo Civil. Custas finais pela executada. (fls. 585/586)."

A solução da controvérsia passa pelas seguintes questões: a) se a multa diária podia continuar incidindo, depois de o credor levantar R$ 313.000,00 (trezentos e treze mil reais) a esse título, e b) se a matéria deduzida cabe nos limites de impugnação ao cumprimento de sentença.

Concluiu a r. sentença que a obrigação estava extinta e isso, evidentemente, se alberga entre as matérias dedutíveis no cumprimento de sentença para

Acesso ao Sumário

pagamento em dinheiro, pois a pretensão do apelante é o recebimento de valor pecuniário e não de outra prestação.

Tendo o MM. Juízo entendido que o valor levantado era suficiente para satisfação da pretensão do credor houve pagamento (art. 524, VII, do CPC) e essa defesa é admitida na impugnação ao cumprimento de sentença.

Outra questão é saber se o valor, efetivamente, satisfez o crédito do apelante.

Embora os jugados na fase de conhecimento não tenham estabelecido limite à incidência de multa diária, decorre de lei que ela seja "*compatível com a obrigação*" (art. 537 do CPC e art. 84, § 4º, do CDC) e pode o Juiz de "ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade de multa vencida ou excluí-la", se ela se tornar excessiva (art. 537, § 1º, I, do CPC), mesmo após o trânsito em julgado.

À evidência, o valor de R$ 313.000,00 (trezentos e treze mil reais) já é excessivo para colocar cobro à obrigação de fazer, consistente em religação de uma linha de telefone celular, logo, qualquer acréscimo pretendido pelo apelante é descabido, pois já lhe foi pago o suficiente. Colhe-se, então, da jurisprudência anotada por Theotonio Negrão e outros (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor - 49ª edição - Saraiva: São Paulo, 2018 - nota 6 ao art. 537 do CPC): "*A multa poderá, **mesmo depois de transitada em julgado** a sentença, ser **modificada**, para mais ou menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante verificação de 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; STJ- RDDP 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).*

*'A multa por descumprimento de decisão judicial **não pode ensejar o enriquecimento sem causa** da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis' (STJ-RF 396/353: 4ª T., REsp 793.491). Reduzindo a multa, com fundamento em 'discrepância injustificável entre o patamar estabelecido e o montante da obrigação principal': STJ- 3ª T., REsp 737.828 - EDcl-Ag Rg, Min. Sidnei Beneti, j. 23.6.09, DJ 26.6.09. Chancelando a redução da multa, com os seguintes argumentos: '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 - Ag Rg, Min. Antonio Ferreira, j. 19.2.13, DJ 27.2.13).*"

Acesso ao Sumário

Por esses motivos não prospera o apelo. Fixo os honorários recursais em R$ 1.000,00 (hum mil reais), na forma do artigo 85, § 1º, do CPC.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039283-60.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante VALDERICE CORREA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SENDAS DISTRIBUIDORA S.A. SUPERMERCADOS ASSAÍ e HEINZ BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.929)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 6 de junho de 2019.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de indenização por danos morais. Presença de corpo estranho no interior de lata de molho de tomate (cartilagem). Dano moral configurado. Segundo a atual jurisprudência do STJ a existência de corpo estranho em alimento industrializado gera dano moral in re ipsa, independentemente de sua ingestão. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, fundada em compra e venda de bem móvel (lata de tomate), julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 343/346, cujo relatório se adota.

Inconformada, apela a autora. Discorre sobre a aplicação do CDC ao caso e sobre os danos morais sofridos, salientando que a doutrina e jurisprudência dominantes consagram o princípio de que o constrangimento a que é submetido o consumidor deve ser reparado. Requer a condenação da ré no pagamento de indenização também pelos danos morais.

Recurso regularmente processado, com resposta.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Narra a inicial que a autora adquiriu no Supermercado Sendas cinco latas de molho de tomate, produzido pela corré Heinz, o qual foi ingerido parcialmente pela autora, oportunidade em que verificou a presença de um corpo estranho que parecia ser uma cartilagem, notando que o alimento estava impróprio para consumo.

Com efeito, as fotografias acostadas ao feito e o cupom fiscal de compra do produto, são suficientes para comprovar o fato, cabendo aqui assentar a responsabilidade objetiva pela qual responde a fabricante e o comerciante, pelos danos causados à consumidora.

Ademais, embora o produto não tenha sido completamente ingerido pela autora, eis que era visível a olho nu a presença do corpo estranho, inegavelmente, a situação trouxe incômodo à requerente, que supera mero dissabor, a que todos estão sujeitos no cotidiano das relações comerciais, sendo suficiente para fundamentar o pleito indenizatório.

Anote-se, por oportuno, que o risco potencial à sua saúde restou configurado e a possível circunstância de ter a autora consumido o molho e vir a sofrer danos à sua saúde seriam considerados apenas para intensificar o montante da indenização.

Nesse sentido é a atual jurisprudência do STJ que considerou que a existência de corpo estranho em alimento industrializado gera dano moral *in re ipsa*, independentemente de sua ingestão, nos seguintes termos:

"**RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. 1. Ação ajuizada em 04/09/2012. Recurso especial interposto em 16/08/2016 e concluso ao Gabinete em 16/12/2016.**

2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade

Acesso ao Sumário

da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, o simples "levar à boca" do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita.

6. Recurso especial provido" (REsp nº 1644405, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 09/11/2017).

Quanto ao valor arbitrado, é consabida a dificuldade de que se reveste a quantificação da indenização por danos morais, que deve levar em conta a gravidade do dano, a sua extensão, a posição social e econômica das partes, as finalidades reparatória e punitiva da indenização, devendo ser ela suficiente para coibir novos abusos do ofensor, sem que, todavia, permita o enriquecimento sem causa do ofendido.

Sopesados todos os aspectos antes mencionados, considera-se que a importância de R$ 5.000,00 é adequada para compor o prejuízo moral experimentado e restabelecer o equilíbrio da balança da justiça, sem se mostrar excessiva nem irrisória. Referida quantia deve ser corrigida pela Tabela de Atualização dos Débitos Judiciais, editada por este Tribunal, a contar desta decisão (Súmula 362 do STJ), com juros de 1% ao mês, desde a citação.

O desfecho impõe às rés arcarem com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, pois a fixação dos danos morais em valor inferior ao apontado no pedido não implica em reflexos na distribuição da verba sucumbencial, nos termos da Súmula 326 do STJ.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000607-51.2018.8.26.0588, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que é apelante/apelado MAPFRE VIDA S/A, é apelado/apelante ANTÔNIO JOSÉ DE PAULA BRAGA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22335)**.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e GILBERTO LEME.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DANOS MORAIS - Insuficiência de saldo na conta bancária indicada para débito automático das parcelas do prêmio - Não comprovada a notificação prévia do Autor quanto ao inadimplemento das parcelas - Incabível o cancelamento da apólice - Ausente o dano moral - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para condenar a Requerida à obrigação de fazer de "restabelecer o contrato de seguro de vida celebrado entre as partes, devendo a parte autora pagar o valor dos prêmios do seguro, a partir da inadimplência, valores esses que deverão ser atualizados monetariamente a partir da data em que eram devidos, sem acréscimo de juros", e deferiu a tutela antecipada para o imediato restabelecimento do contrato, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000.00 (limitada a R$ 50.000,00) - RECURSOS (APELAÇÃO) DA REQUERIDA E (ADESIVO) DO AUTOR IMPROVIDOS

VOTO

Recursos interpostos contra a sentença de fls.137/141, prolatada pela I. Magistrada Valéria Carvalho dos Santos (em 27 de setembro de 2018), que julgou parcialmente procedente a "ação de obrigação de fazer c.c. danos morais", para condenar a Requerida à obrigação de fazer de "restabelecer o contrato de seguro de vida celebrado entre as partes, devendo a parte autora pagar o valor dos prêmios do seguro, a partir da inadimplência, valores esses que deverão ser atualizados monetariamente a partir da data em que eram devidos, sem acréscimo de juros", e deferiu a tutela antecipada para o imediato restabelecimento do contrato, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000.00 (limitada a R$ 50.000,00), condenando cada parte ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais e os honorários advocatícios do patrono da parte contrária (fixados em R$ 1.500,00), observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

A Requerida alega que o Autor deveria manter saldo suficiente em conta corrente para o débito automático das parcelas, que caracterizado o descumprimento contratual, que o contrato é automaticamente cancelado após o inadimplemento de duas parcelas, que inadimplidas oito parcelas consecutivas do prêmio, que lícito o cancelamento, que inexiste abusividade nas cláusulas livremente avençadas, que não fixado prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, e que excessivo o valor da multa cominatória para o cumprimento da obrigação. Pede o provimento do recurso, para a improcedência da ação, ou para a fixação de prazo inicial para o cumprimento da obrigação de fazer e a redução do valor da multa cominatória (fls.143/154).

O Autor alega, no recurso adesivo de fls.169/174, que caracterizado o dano moral, e que não possui condições financeiras de pagar os prêmios inadimplidos em parcela única. Pede o provimento do recurso, para condenar a Requerida ao pagamento de indenização por danos morais e para autorizar "que o recorrente pague mensalmente um prêmio vincendo e um prêmio inadimplido".

Contrarrazões do Autor (fls.164/168) e da Requerida (fls.177/184).

É a síntese.

Incontroverso que celebrado contrato de seguro de vida entre as partes desde 2006, com início da vigência da última apólice em 31 de março de 2017 e término em 31 de março de 2021 (fls.30/34), em que estipulado o pagamento das parcelas do prêmio (no valor mensal de R$ 237,31) mediante débito automático em conta corrente de titularidade da esposa do Autor (segurado).

O Autor alega, na petição inicial, que "sempre mantiveram dinheiro disponível para o débito do seguro", mas que "como o Autor sofreu um acidente vascular cerebral no mês de outubro de 2016, sua esposa ficou alguns meses sem tirar estratos da conta, pois dedicava todo o seu tempo para cuidar do Autor", que em outubro de 2017 a esposa do Autor notou que não debitado o valor do prêmio, que "entrou em contato com a Ré para verificar a possibilidade de pagamento das parcelas em atraso, já que os pagamentos haviam sido interrompidos sem aviso prévio", e que "foi informado de que não era possível reativar o seguro, tendo em vista que as parcelas estavam há mais de um ano sem pagamento".

Em contrapartida, a Requerida sustenta, na contestação de fls.88/97, que "o cancelamento do contrato se deu ante o inadimplemento dos prêmios mensais, na medida em que o segurado, durante o período de vigência da apólice de seguros contratada não realizou o pagamento dos prêmios mensais" e que "conforme cláusulas das condições gerais do contrato firmado, se houver mais de duas parcelas do prêmio pendentes de pagamento, o contrato é cancelado automaticamente".

Com efeito, a inadimplência da parcela do prêmio implica em ausência de cobertura securitária (no período de inadimplência) - e não no cancelamento

Acesso ao Sumário

do contrato de seguro - notando-se que a cláusula 10 da "Proposta de Adesão" apresentada pela Requerida (fls.126/129) estabelece que "a falta de pagamento de 2 (duas) parcelas consecutivas acarretará o cancelamento automático do seguro, sendo que a Seguradora deverá notificar previamente o segurado, com antecedência de, pelo menos, 10 (dez) dias antes da extinção do certificado individual, quanto à necessidade de quitação das parcelas em atraso".

A Requerida não comprovou o envio de notificação prévia ao Autor quanto ao inadimplemento das parcelas do prêmio (ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil), e, portanto, incabível o cancelamento do contrato de seguro.

Quanto ao mais, a função precípua da *astreinte* é impelir o cumprimento da obrigação de fazer, ressaltando-se que não constitui fim em si, mas medida voltada à "efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente" (artigo 536, *caput*, do Código de Processo Civil). Tanto assim, que o Juiz pode revogar a imposição ou alterar o valor ou a periodicidade se verificar que a multa se tornou insuficiente ou excessiva ou, ainda, se o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (artigo 537, parágrafo primeiro, do mesmo Código).

Assim, razoável o valor da multa diária cominatória (R$ 1.000,00, limitada a R$ 50.000,00), pois compatível com a obrigação e capaz de afastar eventual recalcitrância da Requerida ao cumprimento da ordem judicial - notando-se, inclusive, que já cumprida a obrigação (fls.160/162).

Por outro lado, incabível obrigar a Requerida a aceitar o pagamento parcelado das parcelas do prêmio em atraso, de modo que incumbe ao Autor o pagamento integral das parcelas vencidas, nos termos da sentença, sob pena de cancelamento do seguro em razão do inadimplemento (antecedido da notificação prévia do Autor, evidentemente).

Em relação ao pedido de indenização por danos morais, a pretensão está fundada na alegação de que o Autor "quando veio a saber sobre o cancelamento de seu seguro, ficou muito abalado e sua qualidade de vida ficou muito prejudicada" (fls.09).

Todavia, o mero inadimplemento contratual não gera, por si, lesão à personalidade do contratante fiel, "por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados" (STJ, AgRg no AREsp 844643/PB, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 05/05/2016), e não comprovada hipótese de excepcionalidade decorrente da conduta da Requerida apta a ensejar reparação por dano moral.

Acesso ao Sumário

Cabe destacar:

O simples inadimplemento contratual não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima, o que não se constatou no caso concreto (STJ, REsp 1536354/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016).

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Por fim, razoável a majoração do valor dos honorários advocatícios dos patronos do Autor e da Requerida para 10% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R$ 40.275,00 - fls.14), para cada qual, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, e majoro os honorários dos patronos do Autor e da Requerida para 10% (dez por cento) do valor da causa, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o trânsito em julgado da decisão, observada a gratuidade processual.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0017271-61.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

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: "Dirimiram o conflito de competência para declarar competente para julgamento do recurso a 12ª Câmara de Direito Privado V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente), MARCONDES D'ANGELO, A.C.MATHIAS COLTRO, ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - APELAÇÃO INTERPOSTA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO ENTRE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR E SEU ASSOCIADO - MATÉRIA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - ART. 5º, INCISO II, ITEM II.3, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013

Em regra a competência para julgamento de execução singular fundada em título executivo extrajudicial, independentemente de sua causa subjacente, é de uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado, salvo as exceções expressamente previstas na resolução 623/13.

COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE RECONHECIDA

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Privado dessa Corte em face da 27ª Câmara de Direito Privado, tendo por objeto o julgamento de apelação interposta contra sentença que acolheu os embargos opostos pelo devedor e extinguiu a execução de título extrajudicial consubstanciado em contrato de mútuo, na modalidade "Novo Credinâmico - Variável".

Os autos foram distribuídos originalmente ao Des. Campos Petroni, integrante da 27ª Câmara de Direito Privado, quem declinou da competência sob o fundamento de que a execução está lastreada em contrato bancário, matéria que compete à Seção de Direito Privado II.

O processo foi redistribuído a 12ª Câmara, a qual argumentou que a execução está aparelhada em contrato de mútuo feneratício (coisa móvel fungível) pactuado entre entidade de previdência privada e seu associado, sem qualquer intermediação de instituição financeira, a ensejar a competência da Terceira Subseção de Direito Privado e, por conseguinte, da 27ª Câmara de Direito Privado, à qual o recurso foi distribuído inicialmente.

Diante disso, suscitou o presente conflito negativo de competência.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Sem razão a suscitante.

O artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe que a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pela natureza da discussão deduzida na petição inicial, sendo distribuída de acordo com a Resolução nº 623/13.

No caso presente, cuida-se de embargos à execução de título executivo extrajudicial consubstanciado em contrato de mútuo, sem natureza bancária, em que a exequente-embargada, Fundação dos Economiários Federais - Funcep, visa compelir o executado-embargante, Carlos Moreira Martins, ao pagamento do débito no valor total de R$28.555,63.

Assim sendo, a 27ª Câmara não tem competência para o julgamento do presente recurso, vez que a matéria se enquadra expressamente no artigo 5º, inciso II, item II.3, da Resolução 623/13 desta Corte, segundo o qual compete a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado II (11ª a 24ª e 37ª e 38ª) o julgamento das "*Ações e execuções de insolvência civil e as execuções singulares, quando fundadas em título executivo extrajudicial, as ações tendentes a declarar-lhe a inexistência ou ineficácia ou a decretar-lhe a anulação ou nulidade, as de sustação de protesto e semelhantes, bem como ações de recuperação ou substituição de título ao portador*".

Ressalte-se que, independentemente da causa subjacente do título executivo extrajudicial, a competência para julgamento das execuções é de uma das Câmaras da Segunda Subseção de Direito Privado, salvo em hipóteses específicas excepcionadas na própria resolução, tal como ocorre nos contratos de locação e honorários advocatícios.

Assim, considerando que não existe previsão de competência específica envolvendo execução derivada de contrato de mútuo, prevalece a regra geral.

Isto posto, pelo meu voto, **dirimo o conflito de competência para declarar competente para julgamento do recurso a 12ª Câmara de Direito Privado.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2030170-28.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de São José do Rio Preto, em

que são embargantes PADUA DINIZ ALIMENTOS LTDA., INDUSTRIAL DE ALIMENTOS CHEYENNE LTDA., FRIGORÍFICO VALE DO GUAPORÉ S/A, FIAMO ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA., AGROPECUÁRIA FBH LTDA., OLCAV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA., PRISMA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., SERTANEJO ALIMENTOS S. A., JJB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA. e ARANTES ALIMENTOS LTDA., é embargado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.749 (REC-DIG-V))**

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

São Paulo, 10 de maio de 2019.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de omissão e erro material no v. acordão - Não ocorrência - Mero inconformismo da parte com pretensão manifestamente infringente - Embargos rejeitados. Dispositivo: rejeitam os embargos.

VOTO

Embargos de declaração opostos por **Arantes Alimentos Ltda. (em recuperação judicial) e outras**, dirigido ao v. acórdão de fl. 5.093-5.101 que, por decisão unânime, decidiu pelo parcial provimento do agravo de instrumento interposto pelo Banco Bradesco, ora embargado.

No julgamento do agravo, a E. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial considerou a falta de clareza no plano de recuperação acerca da possibilidade de alienação da propriedade imaterial, bem como, a inexistência de preclusão em relação ao agravante diante de sua condição de terceiro prejudicado.

Neste recurso o Grupo Atantes alega vício no julgado em razão do erro material e omissão no v. acórdão e pugna pela declaração com efeito infringente.

O embargado exerceu o contraditório em fl. 42-47 destes embargos.

A pretensão de declaração do julgado foi reiterada em fl. 49-52 e fl. 81-82.

É o relatório.

O Grupo Arantes opôs os presentes embargos objetivando a declaração com efeito infringente do v. acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento. Fundamentam a pretensão declaratória em duas premissas: vício

Acesso ao Sumário

de omissão e erro material.

Afirmam que houve omissão desta C. Corte ao deixar de pronunciar-se sobre a preclusão suscitada em contraminuta recursal.

No que diz respeito ao erro material, defendem que a convicção deste Julgador considerou premissa equivocada, olvidando-se que o derradeiro aditamento ao plano de recuperação aprovado e homologado expressamente reportou-se à alienação das marcas objeto do agravo de instrumento.

Da leitura do v. acórdão tem-se inexistente o vício de omissão suscitado, pois consignou-se que a insurgência do agravante deu-se na condição de terceiro prejudicado e não credor sujeito ao concurso.

Melhor sorte não assiste às recuperandas em relação ao alegado erro material.

No aresto embargado, descreveu-se os vários aditamentos ao plano de recuperação:

> […]
>
> A recuperação judicial foi ajuizada na Comarca de Nova Monte Verde, estado de Mato Grosso, em 9 de janeiro de 2009 e, após discussão sobre a competência para o processamento, este E. Tribunal atribuiu-a à 8a Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, razão pela qual, somente em 29 de julho de 2009, seu processamento foi deferido.
>
> Em 19 de janeiro de 2010 foi realizada a AGC aprovando o plano de recuperação judicial de fl. 1.262-1.283 (plano de 2010). Entretanto, em 20 de janeiro de 2011, realizou-se nova assembleia de credores, na qual foram inseridas modificações no plano consolidado, homologando-se o aditivo de fl. 1.374-1.419 posteriormente, em 27 de janeiro de 2011 (plano de 2011).
>
> De acordo com aludido plano de recuperação homologado, "UPI significa cada unidade produtiva isolada, incluindo, sem limitação, terreno, imóvel, construções, benfeitorias, acessões, totalidade dos bens ali instalados, o maquinário e qualquer ativo utilizado nas atividades produtivas" (fl. 1.380).
>
> Sob alegação de dificuldades, mais uma vez, o plano de recuperação judicial foi alterado e consolidado (fl. 1492-1540). Neste plano, previu-se a transferência de ativos à Premium Foods (fl. 1518, cláusula 5.12) e a constituição de UPIs para alienação, entre elas a UPI Jundiaí mencionada na minuta recursal (fl. 1496):
>
> UPI Jundiaí: Fica a UPI Jundiaí constituída pelo imóvel objeto da matrícula n. 57.848, do Registro de Imóveis de Jundiaí/SP, integrante do Anexo 6.1 (c) em conjunto com suas benfeitorias, máquinas, equipamentos, plantas

Acesso ao Sumário

industriais e demais bens correlatos (UPI Jundiaí). A UPI de Jundiaí será ofertada a venda mediante leilão judicial, sendo o produto integral da alienação da UPI destinado para o pagamento dos credores na forma deste Plano.

Na cláusula 6.1, dispôs-se sobre a constituição das UPIs "com os mesmos ativos objeto da transferência de ativos à Premium Foods" (fl. 1.518-1.519), ou seja: imóvel, máquinas, equipamentos e bens correlatos.

Os laudos de avaliação trazidos nos autos dispõem sobre valores de bens móveis e imóveis, lista de fornecedores.

Houve aprovação do aditamento ao plano (plano de 2015) na assembleia realizada em 26 de outubro de 2015 (fl. 3.369-3.373).

Embora o auto de arrematação (fl. 3.545-3.559) disponha sobre a propriedade imaterial (marcas), não houve expressa menção no plano de recuperação judicial e respectivos aditamentos acerca da possibilidade de alienação do ativo imaterial, excetuada a menção na cláusula 7.3 do plano de 2011 acerca do penhor das marcas Hans e Eder para garantia de Debêntures e *Bonds* (fl. 1.395). Ainda assim, restou homologada a arrematação no valor de R$ 127.100.000,00 pela arrematante Seara Alimentos (fl. 3.669-3.673).

Neste cenário, há importante embate acerca da transferência da titularidade da marca *Hans* à uma das empresas em recuperação judicial.

Em contraminuta recursal, o administrador judicial e as recuperandas sucitam preclusão. Defendem que a homologação do plano de recuperação e respectivos aditamentos, de conhecimento do agravante na qualidade de credor sujeito, impedem a reabertura do debate em relação à alienação da UPI Jundiaí e, por consequência, da marca a ela atrelada.

Sem razão no entanto.

Conforme acima observado por este Julgador, o plano e aditamentos posteriores não previram expressamente a hipótese de alienação de aludido patrimônio imaterial. Tal alienação, surpreendentemente, somente veio aos autos no auto de arrematação indicado.

Ademais, a insurgência do agravante nestes autos não se dá na mera condição de credor da recuperação e, sim, na condição de terceiro prejudicado em relação à cessão de aludido bem imaterial pela executada Frigor Hans Indústria e Comércio de Carnes Ltda., sociedade não incluída na recuperação judicial, cujos sócios são os mesmos das sociedades que compõem o Grupo Arantes.

O contrato de cessão de aludida marca firmado entre a executada Figor Hans e a recuperanda Fiamo Administração de bens é datado de 15 de abril de 2008 (fl. 3.745-3.764), porém não foi registrado no INPI até a

Acesso ao Sumário

insurgência recursal. Entretanto, o protocolo de referida averbação perante o INPI foi realizado apenas em 17 de dezembro de 2013 (fl. 3.789-3.809).

Diante deste contexto, o agravante suscitou fraude à execução, haja vista que a executada esvaziou seu patrimônio com a transação noticiada e encerrou suas atividades. Indicou, ainda, expressa indicação de aludida marca para penhora e garantia do Juízo em 15 de fevereiro de 2015, no valor de R$ 50 milhões, por meio do sócio Danilo de Amo Arantes (fl. 3.934). Aquele Juízo inicialmente reconheceu a fraude à execução, porém, em seguida, declarou-se incompetente para deliberar sobre a matéria, indicando que tal questão deveria ser tratada no juízo recuperacional (fl. 4.728-4.729).

Interposto agravo de instrumento dirigido à r. decisão, a C. 22a Câmara de Direito Privado, por relatoria do Exmo. Des. Matheus Fontes, entendeu-se inexistir fraude à execução e, eventual fraude à credores deveria se submeter a ação pauliana (fl. 5.067-5.070).

Neste recuso, pretende-se seja declarada a ineficácia da cessão da marca Hans perante terceiros, determinando-se a reserva do valor até que a questão seja resolvida, em definitivo, nos autos da execução.

De fato, a falta do registro da averbação da cessão da marca perante o INPI é fato relevante, não justificado em nenhuma das manifestações das recuperandas. Veja-se que o pedido de averbação ocorreu apenas no ano de 2013. E mais, não há como presumir a ciência do agravante, uma vez que nos autos da execução havia expressa indicação de tratar-se de propriedade imaterial da agravada.

Estabelece o art. 137 da Lei 9.279/96: "As anotações produzirão efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação". Portanto, a cessão realizada não produziu efeitos em relação ao agravante, de tal sorte que a superveniente alienação nos autos da recuperação judicial segue a mesma sorte.

Acerca da exigência da publicação em relação ao direito marcário esta C. Corte já se manifestou:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Ação inibitória e indenizatória. Marca PREMIUM de suposta titularidade da autora. Ausência da devida anotação do contrato de cessão direitos junto ao INPI, requisito para conferir eficácia perante terceiros. Marca PREMIUM registrada apenas como marca mista, com expressa ressalva de concessão sem exclusividade do uso na marca nominativa ou expressão "premium", termo de uso comum designativo de excelência, ou de boa qualidade. Ré que distribui produtos de informática fabricados no exterior (USA) com a marca premium. Conduta da ré que não viola qualquer direito da autora,

Acesso ao Sumário

diante da ausência de titularidade da marca nominativa premium. Marcas mistas inconfundíveis entre si. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0151832-28.2010.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 15ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/03/2017; Data de Registro: 31/03/2017)

Consignou o eminente Relator:

[...]

Ainda assim, não consta do contrato a indispensável anotação junto ao INPI, para fins de eficácia perante terceiros.

Estabelece o art. 137 da Lei n° 9.279/96:

"As anotações produzirão efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação."

No caso, apenas a partir da data de publicação das anotações que a cessão de direitos de uso da marca produziria efeitos em relação terceiros.

Como a requerente não fez qualquer prova de que houve a publicação de referidas anotações, apresentando apenas o protocolo do pedido de registro da cessão dos direitos de uso da marca junto ao INPI, não pode sustentar que é titular dos direitos de uso da marca.

Portanto, não se trata de invalidar a arrecadação ou reconhecer fraude ou ineficácia nos autos da recuperação judicial, mas sim, garantir ao recorrente, na qualidade de terceiro prejudicado, a preferência em relação ao crédito decorrente da alienação da marca *Hans* para garantia da execução.

Uma vez que a matéria foi devolvida ao Juízo Recuperacional e este aceitou a competência deliberando a respeito, a ele cabe proceder à reserva dos valores na forma pretendida pelo recorrente em razão da alienação não autorizada no PRJ e irregularidade formal suscitada em relação ao bem.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do que alegam as embargantes, houve menção aos aditamentos realizados e o julgador pautou-se nos documentos trazidos aos autos, sem olvidar que o plano de recuperação aprovado na AGC realizada em 26 de outubro de 2015 foi alterado em relação à minuta que deu origem à convocação do conclave (fl. 3.367-3.374).

Assenta-se: até 26 de outubro de 2015, nenhuma menção às marcas Hans e Eder constou dos ajustes e, portanto, não houve transparência na proposta modificada na assembleia, quando já havia expressa indicação de aludida marca para penhora e garantia do Juízo da execução em 15 de fevereiro de 2015, no valor de R$ 50 milhões, por meio do sócio Danilo de Amo Arantes (fl. 3.934).

Esclarece-se, por fim, ao mencionar a alienação não autorizada no PRJ considerou-se o universo de transações havidas entre os anos de 2008 a 2015 e a irregularidade formal suscitada em relação ao bem.

Portanto, nada a ser acrescido ou modificado, restando apenas rejeitar a pretensão infringente das embargantes.

Pelas razões expostas, rejeitam-se os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2001679-40.2019.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é autor INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, é réu ROBERTO XAVIER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Extinguiram o processo sem resolução do mérito. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA e CYRO BONILHA.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA PELO INSS SOB ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA (ART. 966, INC. V, DO NCPC) – CASO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO CURSO DE AÇÃO QUE RESULTOU EM DEFERIMENTO DE AUXÍLIO-ACIDENTE – ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE NÃO TRATA DE POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS – DECISÃO IMPUGNADA QUE NÃO CONHECE DA QUESTÃO DA INACUMULABILIDADE SOB O FUNDAMENTO DE INTEMPESTIVIDADE DA MANIFESTAÇÃO, FORMULADA NA FASE DE EXECUÇÃO, NÃO DURANTE O CONHECIMENTO DA LIDE – DESCABIMENTO DA RESCISÓRIA – PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL (ART. 330, INC.

Acesso ao Sumário

III, DO NCPC).

Extinção do processo sem resolução do mérito.

VOTO

Trata-se de ação rescisória movida pelo INSS objetivando, em síntese, a desconstituição de v. acórdão (transitado em julgado em 20/10/2017 - fl. 162) que manteve a sentença de primeiro grau, a qual julgou improcedentes os embargos à execução da autarquia, afastando a alegação de inacumulabilidade de auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de contribuição (esta, paga no curso da ação em que aquele benefício fora deferido), em razão da preclusão da matéria, que deveria ter sido tratada na fase de conhecimento da demanda.

O autor embasa seu pedido de rescisão do julgado no inciso V do art. 966 do NCPC, afirmando que não há que se falar em preclusão da arguição de inacumulabilidade dos benefícios, pois a questão pode ser alegada a qualquer momento, uma vez que a impossibilidade de recebimento conjunto do auxílio-acidente e da aposentadoria decorre de lei. Assim, entende que houve violação manifesta da redação dos art. 86, *caput* e §3º, da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.528/97. Faz longa digressão acerca da possibilidade de procedência da ação rescisória mesmo na hipótese de existência de controvérsia jurisprudencial sobre a questão, apontando que a Súmula 343 do C. STF não pode ser aplicada sem a devida ponderação. Aponta, outrossim, que o C. STJ, em julgamento de *leading case* de recursos repetitivos, já fixou o entendimento de que o auxílio- acidente não pode ser cumulado com aposentadoria, salvo se ambos os benefícios tiverem sido concedidos antes da Lei 9.528/97, o que não se verifica no caso em tela, pois a aposentadoria teve sua data de início em 17 de julho de 2000. Pede, destarte, a concessão da tutela antecipada para que seja suspensa a execução e a rescisão do julgado, com prolação de nova decisão que reconheça a inacumulabilidade de ambos os benefícios, salientando que, com o trânsito em julgado da decisão que homologou o valor devido, nada mais obsta que tal vulto seja requisitado via precatório e, eventualmente, pago ao exequente, situação que sabidamente será irreversível.

Processo remetido de imediato para julgamento.

É o relatório.

O caso é de indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir.

Isso porque, o fundamento do v. Acórdão rescindendo é o seguinte: a questão da cumulação de benefícios deveria ter sido tratada na fase de conhecimento, razão pela qual não poderia ser conhecida em embargos à execução.

Quanto a isto, a autarquia apenas diz que a cumulação decorre de lei, logo poderia ter sido arguida em qualquer fase processual, não podendo se

Acesso ao Sumário

falar em preclusão. Alega que o cálculo ofertado pelo obreiro deveria conter a informação acerca da aposentadoria por tempo de contribuição e que o raciocínio da decisão é o de que se não houve previsão de inacumulatividade no título, ficaria possibilitada a execução, sendo irrelevante que o pagamento implique violação expressa à disposição de lei. Como reforço de argumentação alega que o título é inexigível (art. 741, II do CPC).

No entanto, como já mencionado anteriormente, o que o v. acórdão considerou é que a aposentadoria do obreiro (causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação – inciso VI, art. 741 do CPC/73) ocorreu em momento anterior ao v. Acórdão que gerou o título executivo e, sendo assim, a coisa julgada deveria ser respeitada (fls. 116/118).

Portanto, a alegação da autarquia de que não houve preclusão porque há previsão legal acerca da inacumulabilidade dos benefícios não se sustenta, pois o entendimento esposado pelo v. Acórdão foi o de que a aposentadoria do obreiro deveria ter sido comunicada em momento adequado, qual seja, antes da formação do título executivo e, pelo que se depreende, a autora desta ação já detinha tal informação.

Assim, os argumentos constantes da inicial não são suficientes para rescindir a coisa julgada e o que se constata, de fato, é que a autarquia pretende discutir a violação ao art. 86, §2º da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97 e não ao art. 741, VI, do CPC/73 fundamento do v. Acórdão atacado.

Saliente-se que na inicial a autarquia diz, acerca da decisão rescindenda, que: *"(...). Essa é, em síntese, a decisão que se busca rescindir, uma vez que o entendimento nela adotado afronta o art. 86, caput e parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97"* (fl. 4).

E, no decorrer da petição trava longa discussão acerca da impossibilidade de cumulação de dois benefícios concedidos após a vigência a Lei 9.528/97.

Fica claro, portanto, que a petição inicial da presente ação rescisória não ataca os fundamentos do v. Acórdão impugnado, trazendo a discussão apenas para as consequências da referida decisão.

Não se pode deixar de mencionar que o Recurso Especial interposto contra o *decisum* rescindendo não foi admitido porque a autarquia não conseguiu infirmar as conclusões do v. acórdão combatido. O mesmo destino teve o Agravo de Instrumento tirado da decisão que indeferiu a subida do Recurso Especial.

Dentro desse quadro, resta demonstrada a carência da ação, na forma de ausência de interesse de agir, eis que não há decisão judicial analisando a cumulatividade de benefícios, sendo certo que a matéria decidida no v. Acórdão ora impugnado é diversa daquelas abordada nas razões da petição inicial na presente rescisória, como visto acima.

Ante o exposto, pelo meu voto, indefiro a inicial e julgo extinto o

processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 330, inciso III, do Novo Código de Processo Civil.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063641-64.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes BELCHIOR VALERIO SANTANA e LUCAS GARCIA SANTANA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são agravados SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e COORDENADOR GERAL DA ADMINISTRAÇÃO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.151)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Decisão que indeferiu o pedido liminar de manutenção da matrícula da criança no Centro de Convivência Infantil – Programa instituído pelo Decreto nº 33.174/91 – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça já concluíram pela irregularidade da Resolução SF 79/2013 que, ao regulamentar o Decreto Estadual nº 33.174/91, acabou por restringir sua incidência ao limitar a faixa etária dos beneficiários do programa – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar.

Narram os agravantes que interpuseram a ação mandamental para garantir seu direito de manter o impetrante Lucas Garcia Santana matriculado no programa estadual dos "Centros de Convivência Infantil CCI", especificamente na escola que atualmente mantém convênio com o Centro Regional de Administração de Sorocaba SP, tendo em vista a expedição, pelo Secretário da Fazenda do Estado, da Resolução SF 79/2013, de 12.12.2013, que reduziu a idade mínima de sete para quatro anos dos dependentes dos servidores da Secretaria da Fazenda para manutenção no programa, em detrimento do Decreto Estadual nº 33.174/91. Explicam que, na condição de servidor público estadual paulista, o agravante Belchior é beneficiário do Programa de Centros de Convivência Infantil, instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91 e criado com o objetivo de proporcionar a prestação de serviço de acolhimento e atendimento dos filhos ou dependentes durante sua permanência no trabalho. Afirmam que, para consecução de seu fim, o programa prevê a possibilidade de o Estado constituir convênios com escolas e outras instituições de ensino nos municípios. Relatam que o agravante Lucas possui quatro anos de idade, completados em 04.01.2019, de forma que preenche os requisitos para se manter vinculado ao programa instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91. Contudo, observam que em 12.12.2013 foi expedida a Resolução SF 79/2013 que alterou os critérios de admissão dos filhos de servidores públicos estaduais no programa e, assim, reduziu a idade máxima dos dependentes dos servidores, em contrariedade com o disposto no Decreto nº 33.174/91, de forma que se encontram na iminência de perder, a qualquer momento, o direito de ser beneficiário do programa. Sustentam a presença do requisito da probabilidade do direito, tendo em vista o fato de uma norma hierarquicamente inferior (Resolução SF 79/2013) reduzir ilegalmente direito expressamente previsto em norma superior (Decreto Estadual nº 33.174/91). Apontam, ademais, a presença do perigo de dano, já que o impetrante Lucas completou quatro anos de idade em 04.01.2019, quando foi ilegalmente compelido a se afastar do Centro de Convivência Infantil "Quinta Do Ré Mi". Requerem, assim, a concessão de medida cautelar recursal para manter o impetrante Lucas matriculado na escola conveniada ao Centro Regional de Administração de Sorocaba, qual seja, a escola "Quintal Do Ré Mi" até os sete anos de idade.

Acesso ao Sumário

Deferida a medida cautelar recursal para determinar a manutenção do agravante Lucas Garcia Santana até os sete anos de idade no programa instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91 (f. 103/107), vieram aos autos a contraminuta (f. 113/119) e o parecer da D. Procuradoria de Justiça, que opinou pelo provimento do recurso (f. 122/126).

É o relatório.

Conforme já observado quando do deferimento da medida cautelar recursal, esta análise revela a relevância da argumentação, tendo em vista que este Egrégio Tribunal de Justiça já concluiu pela irregularidade da Resolução SF 79/2013 que, ao regulamentar o Decreto Estadual nº 33.174/91, acabou por restringir sua incidência ao limitar a faixa etária dos beneficiários do programa instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91.

Com efeito, este E. Tribunal de Justiça assim já decidiu, em casos semelhantes ao presente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – ATOS ADMINISTRATIVOS – MANUTENÇÃO DA MATRÍCULA DA CRIANÇA NO CENTRO DE CONVIVÊNCIA INFANTIL – DECRETO Nº 33.174/91 – MANDADO DE SEGURANÇA – Decisão agravada que indeferiu o pedido de liminar deduzido no mandamus no sentido de manter a filha da servidora no Programa de Centro de Convivência Infantil da Administração Estadual, por não vislumbrar os requisitos legais necessários – a Lei Federal nº 9.394/96, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, previu como dever do Estado a concessão de educação infantil gratuita às crianças de até 05 anos de idade – Decreto Estadual nº 33.174/91 que, ao dispor sobre o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração Pública Estadual, previu a prestação de serviços necessários ao atendimento de crianças de até 07 anos de idade – Resolução SF 79/2013 que regulamentou o benefício do Programa de Centros de Convivência Infantil, todavia, restringiu a participação dos filhos dos servidores com idade até 04 anos incompletos – redução do limite etário que não possui amparo legal precedentes do TJSP – presença dos requisitos necessários para o deferimento da medida liminar, conforme disposição do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009 – decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – 4ª Câmara de Direito Público – Rel. Paulo Barcellos Gatti – Agravo de Instrumento nº 2211743-96.2017.8.26.0000 J. 27.11.2017).

> RECURSO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – Creche – Filhos menores – Programa de Centro de Convivência Infantil (CCI) – Decreto Estadual nº 33.174/91 – Pretensão de manutenção do filho no Programa de Centro de Convivência Infantil até os 7 anos de idade – Cabimento – Ilegalidade da Resolução SF nº 79/2013 no aspecto em que reduz a idade para 4 anos – Violação da disposição prevista no art. 5º do Decreto Estadual nº 33.174/91, a qual limita às secretarias a adoção de medidas administrativas para a manutenção e o desenvolvimento do programa – Sentença concessiva da ordem mantida – Recursos oficial e voluntário desprovidos. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – Rel. Danilo Panizza – Apelação nº 1008497-94.2018.8.26.0053 J. 30.11.2018).

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – Pretensão à inclusão do filho, menor, no programa – Centro de Convivência – Infantil – Sentença de concessão da segurança – Pleito de reforma da sentença – Não cabimento – Dec. Est. nº 33.174, de 08/04/1991, que garante aos filhos e dependentes legais de servidoras ou funcionárias a participação no mencionado programa até a idade de 7 anos Impossibilidade de discriminação de gênero – O dever de cuidar da família é do homem e da mulher, nos termos do art. 226, §5º, e do art. 227, ambos da CF Expedição da Resolução SF nº 79, de 12/12/2.013, na qual houve a restrição da idade prevista no decreto, para 4 anos – Impossibilidade da limitação de norma prevista em decreto por resolução – Ocorrência de violação de direito líquido e certo dos apelados – Sentença mantida – APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO não providos. (TJSP – 3ª Câmara de Direito Público – Rel. Kleber Leyser de Aquino – Apelação nº 1015690-34.2016.8.26.0344 J. 11.12.2018).

A isso se acrescenta o perigo de dano, pois o impetrante Lucas completou quatro anos de idade em janeiro de 2019.

Diante disso, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso para conceder a medida cautelar postulada para viabilizar a manutenção do agravante Lucas Garcia Santana até os sete anos de idade no programa instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91.

O caso é, assim, de dar provimento ao recurso interposto por **Belchior Valerio Santana** e Outro na ação movida por **Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo** e **Outro** (processo nº 1001251-13.2019.8.26.0053 – 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP).

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do Julgamento: deram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085213-76.2019.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que é agravante MUNICÍPIO DE PAULÍNIA, é agravado GABRIEL KALIL ABIB FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 26.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente sem voto), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – INTIMAÇÃO – AUSÊNCIA – Pretensão de declarar nulidade da sentença bem como da decisão que determinou seu cumprimento provisório em dez dias – Inexistência de prejuízo relativamente à sentença, uma vez que houve interposição de recurso de apelação – Decisão proferida no cumprimento provisório que, todavia, deve ser republicada, com inclusão do procurador e reabertura de prazo para impugnação, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas processuais. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela MUNICIPALIDADE DE PAULÍNIA contra a r. decisão de fls. 14 que, em cumprimento provisório de sentença, determinou a disponibilização de medicamentos em favor do agravado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de perdas e danos.

Sustenta a agravante, em síntese, que não foi intimada da sentença que concedeu a segurança em favor do impetrante, ora recorrido e que, ao contrário do que restou consignado na decisão recorrida, não houve concessão da liminar de sorte que a determinação de fornecimento do fármaco só restou definida na sentença. Pondera que o prazo assinalado é exíguo para cumprimento, tornando impossível a observância das formalidades impostas pela legislação. Logo, deve ser concedido efeito ativo ao recurso e, subsidiariamente, dilatado o prazo; aduz ainda que o protocolo de tratamento é inadequado, pois não previsto pelo SUS, não havendo qualquer emergência para início das medidas. Por fim, assevera que o medicamento não se encontra padronizado pelo sistema único, devendo-se considerar o julgado no REsp nº 1657156/RJ.

Agravo tempestivo, preparado e devidamente instruído, deferido o efeito ativo (fls. *), com resposta da parte contrária (fls. *).

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução

Acesso ao Sumário

772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação ***comporta provimento em parte.***

Irresigna-se a agravante com decisão proferida em sede de cumprimento provisório de sentença uma vez que, consoante alegou, não foi intimida da sentença que concedeu a segurança em favor do agravado.

De fato, compulsando os autos, constata-se que a despeito da intimação das demais partes o procurador do Município agravante não figurou na certidão de intimação, de sorte que a r. sentença não seria apta a gerar efeitos em face do agravante;

Entretanto, a ciência da sentença tornou-se inequívoca no momento em que a Municipalidade interpôs recurso de apelação, ato processual que não obsta o cumprimento provisório a teor do artigo 14, §3º da Lei Federal nº 12.016/2009. É dizer, a nulidade que até então se fazia presente foi devidamente saneada com a interposição da apelação, devendo reger a resolução da questão o princípio da instrumentalidade das formas, de modo a recomendar a não declaração de nulidade do provimento jurisdicional (artigo 282, §1º do Código de Processo Civil).

O prejuízo que adviria da falta de intimação da sentença, dessa forma, resume-se à interposição de recurso de apelação, o que já ocorreu, bem como a supressão da oportunidade de cumprimento espontâneo da decisão;

Acerca deste último ponto, de fato, deve-se reconhecer que a decisão proferida em cumprimento provisório de sentença acabou por surpreender a agravante, pois até então não tinha conhecimento de qualquer determinação judicial, isto por conta da ausência de cadastro do procurador da Municipalidade.

Neste contexto, de rigor o acolhimento parcial das razões da agravante, a fim de que a decisão recorrida seja novamente republicada, cumprindo-se, assim, o artigo 283 "*caput*" e parágrafo primeiro do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

As demais matérias alegadas não desaguam na reforma da determinação: o prazo assinalado, de dez dias, será estendido por força do acolhimento deste recurso e as questões relativas ao protocolo de tratamento inadequado e medicação fora da padronização do SUS devem ser alegadas no expediente processual destinado para tanto.

Logo, de rigor o acolhimento parcial da decisão, com determinação de republicação da decisão recorrida.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê

do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, ***dá-se provimento em parte ao recurso.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072933-73.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCELO CANOVA SIMOES BUFFET - EPP, é agravado FUNDAÇÃO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA.

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 19.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 10 de maio de 2019.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERÍCIA. HONORÁRIOS PERICIAIS. Ação de obrigação de fazer com indenização. Arbitramento dos honorários em R$ 38.400,00, para perícia definitiva. Perícia que indicou elevado valor da hora de trabalho do engenheiro, bem como um valor expressivo de horas de trabalho. Valor dos honorários periciais que deve

Acesso ao Sumário

ser reduzido para R$ 15.000,00. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar interposto Marcelo Canova Simões Buffet EPP (fls.01/12) contra a r. decisão de fls. 125, que nos autos da ação de ação de obrigação de fazer c/c indenização, que arbitrou honorários em favor do perito no montante de R$ 38.400,00.

O Agravante, em suas razões (fls. 01/12) sustenta que a r. decisão agravada deveria ser reformada, diante da presença dos requisitos legais. Alega que o valor fixado a título de honorários periciais seria excessivo e abusivo, não sendo razoável o dispêndio de 80 horas para sua realização, tampouco o valor arbitrado seria razoável e proporcional devendo ser limitado em R$4.000,00.

O efeito suspensivo do agravo foi deferido (fls. 127).

Foram ofertadas as contrarrazões, às fls. 131/141, pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização, tendo o magistrado determinado a elaboração de laudo pericial para verificação da situação da área ocupada pela autora e que teria sido objeto de reformas.

A decisão de fls.125 fixou honorários periciais em R$ 38.400,00.

Insurge-se a agravante quanto ao valor da perícia.

2. Note-se que a estimativa do perito de fls. 1359/1362, além de indicar elevado valor de hora de trabalho do engenheiro (R$ 480,00 por hora), estima um valor exagerado de horas de trabalho, cerca de 80 horas (10 dias de trabalho para elaboração do laudo).

Não se pode admitir que o custo da perícia acabe suplantando o valor do próprio objeto da demanda.

Logo, mesmo se considerando o elevado número de quesitos formulados pelas partes, conveniente a redução dos honorários.

A esse respeito, já decidiu este E. Tribunal de Justiça que:

2163860-61.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento/Acidente de Trânsito
Relator(a): Renato Sartorelli
Comarca: Campinas
Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 29/10/2014
Data de registro: 30/10/2014

Acesso ao Sumário

Ementa: "HONORÁRIOS PERICIAIS - FIXAÇÃO - CRITÉRIO - REDUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A remuneração definitiva do expert há de ser fixada no momento da sentença quando então o magistrado poderá balancear, com critério, o trabalho apresentado de forma a alcançar um resultado mais justo".

2161079-66.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento/ICMS/Imposto sobre Circulação de Mercadorias Visualizar Inteiro Teor

Relator(a): Décio Notarangeli

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 29/10/2014

Data de registro: 30/10/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - PROVA - PERÍCIA CONTÁBIL - AIIM - ICMS - IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS - HONORÁRIOS PERICIAIS. 1. Os honorários periciais devem ser fixados com prudência e moderação em montante razoável e compatível com a complexidade da prova, o tempo destinado aos trabalhos técnicos e a qualidade do laudo apresentado. 2. Perícia contábil que prescindiu de providências além daquelas usualmente adotadas. Honorários periciais. Redução. Admissibilidade. Recurso provido, em parte.

Deste modo, considerando o trabalho a ser desenvolvido, o tamanho da área e o tempo necessário para elaboração do laudo, adequada a redução dos honorários periciais para R$ 15.000,00, devendo a parte efetuar o depósito no prazo de 15 dias a contar da intimação do acórdão.

Isto posto, **o recurso é conhecido e parcialmente provido**, para reduzir os honorários periciais para R$ 15.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2213874-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Capão Bonito, em que é agravante MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO GRANDE, é agravado VANDIR MENDES DE QUEIROZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em julgamento estendido, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencidos os Desembargadores Souza Nery, que declarará e Ribeiro de Paula, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.722)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO

Acesso ao Sumário

DE PAULA (Presidente), SOUZA NERY, OSVALDO DE OLIVEIRA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – confisco de carteira de habilitação para compelir o devedor à satisfação de dívida de valor contraída em condenação por dissipação de verbas públicas – inadmissibilidade – medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias estipuladas no art. 139, IV, do Código de Processo Civil que não podem sacrificar direitos de superior estatura axiológica – sobreprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana – imprescindibilidade de que a medida decretada guarde simetria e conexão teleológica com a natureza do direito originário transgredido – interlocutória mantida – recurso de agravo improvido.

VOTO

Agravo de instrumento manejado pela **Fazenda Pública do Município de Ribeirão Grande** em face de **Vandir Mendes de Queiroz**, nos autos do processo de execução em trâmite perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Capão Bonito, cuja interlocutória indeferiu pleito de apreensão da Carteira Nacional de Habilitação como meio de "incentivar" o agravado a ressarcir o erário.

Vindica a agravante a desconstituição da r. interlocutória dardejada, argumentando que a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação não atenta contra a liberdade de locomoção porquanto poderá ir e vir o agravado desde que não seja na condição de condutor de veículo. Seu padrão de vida revela-se incompatível com a suposta inidoneidade patrimonial para suportar a condenação. Pede-se que a decisão seja reformada.

Recurso tempestivo, processado sem efeito suspensivo e não-contraminutado.

Tal, em abreviado, o relatório.

A questão aqui posta em disceptação deve ainda fomentar polêmica até que o real alcance do preceito seja balizado pela jurisprudência, posto hajam vertentes em ambos sentidos.

O que os poucos tratadistas que se ocupam do tema tem escrito é que o legislador brasileiro, operando em nome de um crescente ativismo social,

Acesso ao Sumário

absolutamente não desejou limitar os poderes do juiz no tangente a assegurar efetividade aos provimentos que exara, deixando-se clarificado que há de haver tantos poderes quanto o resultado prático visado os exija, gozando o juiz ***in executivis*** de amplo espectro de escolha dos instrumentos de coerção.[1]

Di-lo o **Código de Processo Civil** no **art. 139**, **inciso IV**, que incumbirá ao Juiz "***determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*****", texto normativo em que o órgão ministerial baliza o recurso.**

Há-se de convir que no atual painel de desagregação de valores estruturais e imenso coeficiente de *litigiosidade contida* hodiernamente vivenciados, pouco provável que a sociedade organizada, ao menos nos seus estamentos mais evolucionários, propensa esteja a contemporizar os mecanismos tendentes toldar de máxima **efetividade** os provimentos judiciais.

E, tenha-se em mente que fazer cumprir uma dada injuntiva é algo que desborda do interesse egóico das partes para penetrar nos mecanismos de autodefesa e reafirmação da função jurisdicional, posto não subsista nada mais pernicioso, infecundo e socialmente antipedagógico para o Sistema Judiciário que expressar tibieza e recuos diante de qualquer estirpe de transgressores da Lei.

O **artigo 5º**, da **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, reproduzido no **art. 8º** do atual **Código de Processo Civil**, em sua prodigiosa dinamicidade supletiva, presta- se a respaldar todos aqueles quadros incompletos de hermenêutica em que, pairando resquício algum de aporia, há de convergir o intérprete aos **fins sociais** e às exigências do **bem comum**, na por vezes espinhosa missão de conciliar e aplicar as normas.

Somos plenamente favoráveis a se toldar o dispositivo do **art. 139, IV,** do **Código de Processo Civil** de uma ampla abrangibilidade pragmática, mas algumas cautelas são necessárias, a nosso sentir, para que o bom propósito não desande em abusos e despotismo.

Afigura-se imperioso, como regra primeira, que se exerça uma **ponderação de valores** (razoabilidade e proporcionalidade), tomando-se como referencial os direitos de maior estatura axiológica, notadamente aqueles que compõem o altar da **dignidade da pessoa natural** averbado como sobreprincípio no pródromo da **Sexta Carta Republicana**, jamais venham a ser imolados diante dos nanodireitos de tessitura meramente utilitária ou transitória.

1 "A defesa do direito que o Estado realiza através da jurisdição, não se esgota nos raciocínios do juiz; a fim de que estes possam tornar-se realidade, é necessário que, por trás da balança do julgador, vigie a espada do executor" - PIERO CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, vol. I, 1999, Bookseller Editora, p. 137.

Acesso ao Sumário

Veja-se, à guisa de ilustração, que os direitos patrimoniais não se situam em escala prioritária na tábua dos bens jurídicos tuteláveis, tanto que vincados de disponibilidade, e isto os fazem capitular diante de uma infinidade de outros direitos, especialmente os direitos sociais fundamentais e os direitos de personalidade.

Empregado fosse em maior latitude, o **art. 139,IV,** do **Código de Processo Civil**, conspurcando o dogma da **equidade**, poder-se-ia chegar ao exotismo de conferir legitimidade à uma suposta proibição de convolar novas núpcias ao devedor de alimentos à prole do primeiro casamento.

Segunda regra é que a medida indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória necessária para assegurar o cumprimento de condenação judicial não pode ser eleita aleatoriamente dentro do catálogo do ordenamento jurídico, mas tem de guardar linearidade e conexão teleológica com a natureza do direito originariamente transgredido e que se busca recompor, pena de o intuito restaurador deste direito degenerar-se em justiçamento.

Neste hemisfério de reflexões, sigo convencido de que não é legitimamente aceitável confiscar-se a carteira de habilitação para compelir o devedor a honrar dívida de valor, a menos que tal imposição resulte do descumprimento de preceitos diretamente relacionados com o sistema específico de outorga do direito de dirigir, porque se estando em regularidade com sobredito órgão público emissor deste documento, o que por via oblíqua passa a experimentar resvaladura será a cognominada liberdade civil.

É que a carteira de habilitação constitui outorga estatal direta ou indiretamente imprescindível, entre finalidades sociais outras, ao exercício de atividades remuneradas ou lucrativas, com o quê o juiz estará paradoxalmente operando no sentido de frustrar a finalidade concreta da medida de força imperativa decretada.

No particular caso de débitos sancionados em razão do cometimento de atos de dissipação do erário, há medidas cautelares contemporâneas ao processo de conhecimento a soarem, por perfeita analogia, a uma **garantia real** símile capaz de prevenir-se do esvaziamento patrimonial.

Caberia à Municipalidade promovente da ação civil que originou o crédito ter mobilizado a jurisdição cautelar a seu devido tempo com o fito de se resguardar da inutilidade prática de uma futura condenação.

Curial agora é que a cobrança de débitos deve se concretizar pelo meio menos gravoso para o devedor, tal sendo de longeva tradição no nosso direito.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 46.524)

Com a devida vênia do eminente Relator sorteado, o Des. SOUZA MEIRELLES, dele divirjo – como em outras ocasiões – por entender não apenas possível, mas mais que isso recomendável, a adoção das chamadas *medidas executivas atípicas*.

Explico-me:

Tendo resultado infrutíferas as tentativas de localização de bens suscetíveis de assegurar o pagamento da multa civil imposta ao requerido, parece-me plenamente justificado, na espécie, o emprego das chamadas Medidas Executivas Atípicas, previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> (...)
>
> IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A utilização de tais medidas – ao contrário do que se alega – não configura constrangimento desconexo com a real intenção processual, uma vez patenteado o proceder do executado no sentido de frustrar o integral cumprimento do julgado.

Em outras palavras, deve prevalecer o interesse coletivo na satisfação da prestação pecuniária, notadamente quando a parte devedora sequer justifica a eventual impossibilidade de cumprimento da ordem judicial, cabendo imperativamente ao Poder Judiciário resguardar e aplicar o princípio da eficiência e efetividade do processo, insculpido no artigo 8º do Código de Processo Civil.

Em suma, a aplicação das medidas executivas atípicas revela-se compatível e adequada, como forma de fazer cumprir a obrigação pecuniária constante de determinação judicial transitada em julgado – e de que é credora toda a coletividade – assim como para assegurar a credibilidade de nossas instituições.

Assim, por meu voto, dava provimento ao agravo.

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085154-88.2019.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MARIA TEREZINHA LOURENÇO DE BIAGGI, são agravados ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.623)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e LEONEL COSTA.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO UNILATERAL DE POBREZA. Indispensável prévia análise das circunstâncias que envolvem a causa e o pedido. Inocorrência de vinculação do juízo. Necessidade de comprovação da situação financeira declarada. Inteligência dos §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC. Agravante reúne documentos que informam a percepção de renda líquida mensal de R$ 4.400,00, o que permite atribuir consistência jurídica para a declaração de hipossuficiência, considerando, para tanto, o valor da causa e a obrigação relativa ao pagamento das custas e despesas processuais devidas no início do processo e para eventual interposição de recurso, bem como honorários advocatícios em primeira e segunda instância. Hipótese de comprometimento do sustento próprio ou da família. Taxa judiciária que representa proporção considerável da remuneração da parte e repercute para atendimento de suas necessidades essenciais, o que qualifica a concessão do benefício.

RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento impugnando decisão do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto que, em sede de ação condenatória, indeferiu os benefícios da gratuidade processual à agravante.

Foi concedido o efeito suspensivo (fls. 12/13) e a agravada apresentou contraminuta (fls. 30/32).

É o relatório.

O agravo de instrumento merece provimento.

A matéria controvertida e devolvida pelo recurso gravita em torno do direito à gratuidade da justiça.

A simples declaração de pobreza não é suficiente para a concessão do benefício da assistência da justiça gratuita, devendo a parte comprovar a insuficiência de recurso para arcar com custas processuais, sem prejuízo de próprio sustento, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. O § 2º do artigo 99 do CPC deixa claro 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*".

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência dessa Seção de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO Decisão que indeferiu a justiça gratuita Ausência de comprovação da insuficiência de recursos Decisão mantida Recurso desprovido" **(TJSP, Agravo de Instrumento n. 2061977-37.2015.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 06.05.2015).**

"AGRAVO INTERNO. Apelação Cível. Reclamação Trabalhista. Serviço público. Assistência judiciária gratuita. Benefício revogado em primeira instância, em razão de fatos que afastavam a presunção de hipossuficiência. Novo pedido de gratuidade processual formalizado no recurso de apelação. Facultada ao apelante, ora agravante, a comprovação da hipossuficiência. Juntada de novos documentos pelo apelante, os quais não comprovam o alegado desemprego, com evidências de disponibilidade financeira. Benefício indeferido, porque ausente alteração da situação pessoal que deu ensejo à revogação da gratuidade processual em primeira instância. **(TJSP, Agravo de Interno n. 92.2012.8.26.0125/50000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 18.03.2015)."**

No entanto, a princípio, "*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*" (§ 3º do artigo 99 do CPC).

A agravante sustenta que não recebe renda imoderada.

Compulsando os autos originais, é possível verificar que a autora auferia

Acesso ao Sumário

ainda no ano de 2018, o valor mensal líquido aproximado de R$ 4.400,00.

A taxa judiciária devida (R$ 728,00) representaria aproximadamente 16,20% da renda mensal da parte, eventual necessidade de interposição de recurso de apelação poderá quadruplicar o valor citado e a sucumbência da parte ainda poderá determinar o pagamento de honorários advocatícios, no primeiro e no segundo grau de jurisdição. Interpreta-se, com isso, que o recolhimento das despesas processuais e custas pode representar significativo encargo para a agravante, inviabilizando o acesso à justiça.

Tais circunstâncias conferem maior consistência para a pretensão de concessão dos benefícios da gratuidade processual.

Anoto que inexiste qualquer fato capaz de expressar potencial para elidir o convencimento que se extrai da declaração, porquanto a prevalência da sua presunção legal associa-se às circunstâncias que apontam para a hipossuficiência.

Com base nisso, a declaração de rendimentos da autora aponta que mesmo o conjunto de bens e direitos não inclui ativos financeiros fungíveis, a bem revelar a inexistência de estrutura patrimonial líquida para dar cabo da obrigação atinente às despesas processuais.

Nesse sentido:

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Pedido para obter assistência jurídica integral e gratuita basta que a parte comprove a insuficiência de recursos (arts. 5º, LXXIV, CF) para pagar as custas do processo e demais despesas, sem prejuízo próprio ou de sua família. Valor das custas processuais que se mostra incompatível com a possibilidade econômica da autora - Concorrência dos requisitos legais. Decisão reformada, para a concessão da justiça gratuita. Recurso provido" **(TJSP, AI n. 0300937-54.2011.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 01.02.2012).**

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão agravada que indeferiu gratuidade judiciária – Declaração de falta de condições de pagamento de custas do processo e honorários na petição inicial – Presunção júris tantum – Mera contratação de advogado e existência de litisconsórcio ativo que não são capazes de elidi-la – Holleriths que demonstram a necessidade – Recurso provido" **(TJSP, AI n. 0373409-87.2010.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. De Paula Santos, j. 22.09.2010).**

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032215-34.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

Acesso ao Sumário

BRASIL EXCELLENCE COMERCIAL E EXPORTADORA DE BEBIDAS LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Declara vencido o relator sorteado. Acórdão com o 3º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI, vencedor, DJALMA LOFRANO FILHO, vencido e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE INDEFERIU PLEITO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO – INADEQUAÇÃO DA VIA – Nulidade alegada sem observância do artigo 272, § 8º, do Novo Código de Processo Civil – Inaplicabilidade do § 9º de referido dispositivo legal, por tratar-se de autos digitais, não tendo sido comprovada qualquer causa de inacessibilidade aos autos – Incabível inversão do procedimento legal com pretenso reconhecimento de nulidade em agravo de instrumento para, depois, conhecer-se de eventuais embargos declaratórios e/ou apelação – Agravo desprovido.

VOTO

Vistos.

Adoto o relatório do eminente Relator sorteado Dr. DJALMA LOFRANO FILHO, mas, conquanto respeitável seu posicionamento, ouso dele divergir, para negar provimento ao agravo de instrumento.

Isso porque, eventual nulidade de intimação deve ser arguida em sede de preliminar do ato que se pretende praticar, nos exatos termos do artigo 272, § 8º, do N.C.P.C., que assim preconiza:

Art. 272 "§ 8º A parte arguirá a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por

Acesso ao Sumário

tempestivo se o vício for reconhecido."

A respeito, preciso escólio doutrinário:

*"7. Arguição de nulidade. **A nulidade da intimação deverá ser articulada em capítulo específico e preliminar do ato processual** que deveria ter sido praticado oportunamente, mas não o foi pelo vício na comunicação (intimação). Reconhecida a nulidade, o ato será considerado para todos os seus fins, pois obviada a intempestividade.*

*7.1. Ao tempo do CPC/1973, ocorrendo vício na citação, poderia o réu articulá-lo exclusivamente, sendo que, acolhida a nulidade, o prazo para resposta iniciaria na intimação da decisão (artigo 214, § 2.º, do CPC/1973). O preceptivo, por assim dizer, migrou do capítulo de citações (na época Seção) para o de intimações. **A rigor, não pode mais o réu simplesmente aventar a nulidade da citação e esperar que esta seja decretada para apresentar a resposta. Deverá, portanto, apresentar a resposta, sendo que um dos seus capítulos tratará do descompasso na citação** (artigo 337, inciso I), tal como previsto, regra geral, para intimação.*

7.2. Nada obstante, quando seja inviável a prática imediata do ato processual, para cuja realização a intimação restou viciada, pode a parte se limitar a suscitar a incorreção, pelo que será permitida a prática do ato depois do reconhecimento da nulidade, com a publicação da decisão respectiva. Esse procedimento escalonado – primeiro articular a nulidade e depois praticar o ato processual só será possível quando indispensável para a prática do ato o prévio acesso aos autos. Logo, necessário nesses casos que o requerimento de nulidade também aponte a impossibilidade de prática imediata do ato processual, haja vista a necessidade de cotejo dos autos.

7.3. Pensamos que o comando pode ser aplicado para a nulidade da citação, observada a idêntica condicionante, qual seja, a impossibilidade de apresentação da resposta ou comparecimento na audiência de conciliação sem o esmerilhar previamente os autos." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *In "Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral".* São Paulo: Editora Forense, 2015. Págs. 2333/2334 – destaquei em negrito).

Desse modo, a agravante deveria ter embargado de declaração da sentença ou apelado deduzindo, em preliminar, a alegada nulidade, conforme previsto na sobredita norma adjetiva.

Ressalte-se que não se aplica, ao caso, a exceção prevista no § 9º do artigo 272[1], visto tratar-se na espécie de autos digitais, não tendo sido comprovada

1 Art. 272, § 9º, N.C.P.C.: "*Não sendo possível a prática imediata do ato diante da necessidade de acesso prévio aos autos, a parte limitar-se-á a arguir a nulidade da intimação, caso em que o prazo será*

Acesso ao Sumário

(aliás, sequer alegada) qualquer causa de inacessibilidade aos autos.

Nem é possível subverter o procedimento legal ao talante da agravante, reconhecendo-se suposta nulidade em sede de agravo de instrumento para depois apreciarem-se **eventuais** embargos declaratórios (ou apelação) que, a rigor, deveriam ter sido manejados antecedentemente.

Frise-se que a agravante não pode alegar o desconhecimento da norma, não só pela dicção do artigo 3º da Lei nº 4.657/42[2], mas também (e principalmente) porque fundamentou seu pedido justamente no artigo 272 do N.C.P.C., inclusive transcrevendo os trechos que lhe eram convenientes (fls. 8/9), mas olvidando-se, por completo, de cumprir o determinado no impositivo parágrafo 8º, o que não se admite.

Portanto, ainda que por fundamento diverso daquele que constou na decisão agravada, entendo ser caso de negar provimento ao agravo.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 14.750)

Vistos.

Ousei divergir da douta maioria, pelos motivos que seguem.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto para reforma da r. decisão de fls. 377, que, em ação de rito ordinário ajuizada por Brasil Excellence Comercial e Exportadora de Bebidas Ltda. contra o Estado de São Paulo, indeferiu o pedido de reconhecimento de nulidade da intimação da sentença, realizada no nome do patrono anteriormente constituído, o qual substabeleceu poderes sem reservas de iguais para os novos causídicos, com a consequente devolução do prazo para interposição de embargos de declaração e/ou recurso de apelação.

Inconformada, a agravante sustentou o seguinte: a) no curso da ação anulatória, requereu a habilitação dos novos patronos, juntando substabelecimento sem reserva de poderes; b) requereu a publicação em nome Antonio Carlos Guidoni Filho e André Ricardo Lemes da Silva, mas não foi observado pelo Cartório referido pleito; c) nítida a nulidade desde então, especialmente porque não houve intimação da sentença, já tendo inclusive ocorrido o trânsito em julgado; d) necessidade de conhecimento do recurso de agravo de instrumento, com base na taxatividade mitigada.

A parte agravada respondeu a fls. 488/508.

O ilustre magistrado não reconsiderou a r. decisão agravada (fls. 510).

contado da intimação da decisão que a reconheça."

2 Art. 3º, Lei nº 4.657/42: "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*.".

É o relatório.

Dispõe o artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 o seguinte:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

Na orientação anteriormente adotada nesta Colenda Décima Terceira Câmara, o rol acima transcrito era classificado como "*numerus clausus*", ou seja, elencava de forma taxativa as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Mas, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando o referido dispositivo legal, em sede de recurso representativo de controvérsia, Tema 988, adotou o entendimento no sentido de que a taxatividade é mitigada, firmando a seguinte tese: "*O rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*" (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018).

Portanto, para o juízo de admissibilidade do recurso do agravo de instrumento é imperioso aferir a impossibilidade de discussão do tema em sede de futura apelação, ou seja, "*situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação*", consoante decidido no

Acesso ao Sumário

Tema 988.

É justamente a hipótese dos autos, porque presente a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão na apelação, uma vez que a nulidade alegada impossibilitou até mesmo a interposição do referido recurso.

Conhecido excepcionalmente o presente agravo de instrumento, mister a análise do mérito recursal.

Observa-se dos autos que a parte autora, ora agravante, constituiu novos procuradores a fls. 342 destes autos, requerendo expressamente que as publicações dos atos processuais subsequentes ao substabelecimento de poderes, sem reserva de iguais, saíssem nos nomes ali indicados.

No entanto, lamentavelmente, o pedido não foi anotado pela Serventia, de modo que a sentença não foi publicada nos nomes dos novos patronos, como se observa da certidão de fls. 358. Da referida publicação constou apenas o nome do causídico substituído.

Destarte, o prazo para a interposição dos recursos que a parte entender cabíveis, sob a ótica dos novos patronos, deve ser restituído, tal como postulado pela agravante.

Diante do exposto, pelo meu voto, dava provimento ao recurso.

DJALMA LOFRANO FILHO, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042940-82.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LABCOR LTDA., é agravado AUDITOR FISCAL TRIBUTÁRIO MUNICIPAL DA DIVISÃO DE JULGAMENTO (DIJUL).

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 35.289)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

ERBETTA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MEDIDA LIMINAR – EXIGIBILIDADE DE CRÉDITOS FISCAIS – Município de São Paulo – Mandado de segurança contra ato da Administração que indeferiu o recurso administrativo da impetrante por intempestividade – Pedido liminar para suspensão da exigibilidade dos créditos ali discutidos, nos termos do art. 151, III, do CTN – Circunstâncias, todavia, que denotam a ausência do *fumus boni iuris* na espécie – Intimação eletrônica que se mostra correta, à primeira vista, indicando a legalidade do ato impugnado – Não configuração, *a priori*, de hipótese de suspensão da exigibilidade – Não preenchimento dos requisitos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09 – Ausência de relevante fundamento – Indeferimento, ademais, que não implicará ineficácia da medida. Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu a liminar pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado pela agravante contra ato que indeferiu o recurso administrativo por ela interposto, porque intempestivo.

Insiste a agravante na presença dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar e, nesse sentido, expõe os seguintes argumentos, em síntese: após ter sua defesa administrativa indeferida (fls. 46 e ss.), a agravante-impetrante manejou tempestivo Recurso Ordinário perante o órgão administrativo competente; para interpô-lo, a impetrante considerou como termo a quo do prazo recursal o dia 03.1.2018, data em que fora intimada por carta (fls. 36); e, de fato, considerando os 30 dias de prazo legal, a agravante poderia interpor o recurso até o dia 02.11.2018, sendo que o protocolou em 17/10/2018, ainda dentro do prazo legal contado a partir do dia seguinte a intimação oficial realizada por correios; entretanto, desconsiderando totalmente a intimação da agravante pelos correios, a autoridade fiscal negou seguimento ao Recurso Ordinário, tomando como início do prazo legal para interposição de recursos o dia 11.09.2018, data de sua intimação por DEC (Domicílio Eletrônico do Contribuinte); o DEC não foi sequer aberto pela Empresa, pois a ciência foi considerada tácita, o que ocorre por ficção legal quando a comunicação pelo domicílio eletrônico tributário, embora regularmente recebida pelo contribuinte, permanece certo prazo sem visualização ou abertura da intimação; o entendimento dominante deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo é de que a alteração da via de comunicação com os contribuintes ao longo do procedimento administrativo não é válida se

Acesso ao Sumário

for feita de surpresa, ou seja, sem nenhuma comunicação prévia ao contribuinte e, de certo, qualquer comunicação prévia deveria ser precisa e pessoal ou virtual, nunca misturando as duas possibilidades; a agravante não pode ser penalizada por uma falha da administração pública em enviar comunicação ao contribuinte de duas formas; assim, pelos princípios da boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade, é imperiosa a necessidade de reforma da r. decisão agravada para que seja a concedida a liminar para suspender a exigibilidade dos crédito tributários referentes aos Autos de Infração nos 006.732.160-7, 006.732.162-3, 006.732.164-0, 006.732.165-8, 006.732.166-6, 006.732.167-4, 006.732.168-2 e 006.732.328-60.

Regularmente processado, sem a atribuição de efeito ativo. Apesar de regularmente intimada, a parte agravada não apresentou contraminuta ao agravo.

Tampouco houve oposição ao julgamento virtual. Em seguida, a douta Procuradoria de Justiça optou por não se pronunciar.

É o relatório.

No *mandamus* de interesse, a impetrante, ora agravante, se volta contra o ato do Município de São Paulo que negou seguimento ao Recurso Ordinário por ela interposto na seara administrativa, por considerá-lo intempestivo. Segundo a impetrante, o ente público cometeu uma ilegalidade, pois desconsiderou totalmente a intimação da agravante pelos correios, tomando, exclusivamente, como início do prazo recursal, a data de sua intimação por DEC (Domicílio Eletrônico do Contribuinte).

Na inicial do mandado de segurança, a impetrante pediu, em sede de liminar, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários debatidos no recurso administrativo em questão, ao argumento de que a pendência de reclamação administrativa é prevista em lei como causa da suspensão pleiteada (art. 151, inciso III, do CTN). O pedido liminar, contudo, foi indeferido. Daí este agravo de instrumento.

Pois bem. Não cabe no recesso do presente recurso, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito das questões de direito que se colocam, concluindo-se a partir da aferição provisória das alegações da agravante, todavia, não estarem preenchidos os requisitos necessários para a concessão da tutela provisória pleiteada.

A recorrente diz ter recebido duas intimações sobre o indeferimento de sua defesa administrativa, uma pelo correio e outra pelo sistema DEC (Domicílio Eletrônico do Contribuinte). Afirma, outrossim, que o Município considerou apenas a intimação por meio eletrônico e que, diante disso, concluiu pela extemporaneidade de seu Recurso Ordinário manejado na esfera administrativa.

Em outras palavras, o argumento da pessoa jurídica impetrante resume-se à seguinte formulação: se a Administração Municipal tivesse dado seguimento

Acesso ao Sumário

ao Recurso Ordinário, estaria presente a hipótese de suspensão da exigibilidade dos tributos, segundo o artigo 151, inciso III, do CTN; contudo, como o recurso foi ilegalmente indeferido, deve- se considerar existente a hipótese de suspensão, motivo pelo qual era de rigor, *in casu*, o acolhimento do pedido liminar.

Sem razão a agravante.

Em primeiro lugar, as circunstâncias do caso parecem indicar, *prima facie*, que o recurso administrativo foi, de fato, interposto após o decurso do prazo legal, tendo sido a sociedade contribuinte devida e regularmente intimada para tanto.

Ao exame da citada carta recebida pela agravante (fls. 36), logo se conclui, pelo seu conteúdo, não se tratar propriamente da intimação de uma decisão administrativa, mas apenas da comunicação quanto à existência de débitos que, mesmo após o encerramento do processo administrativo em 1ª Instância, ainda não haviam sido pagos. Donde se infere que não houve duas intimações, mas apenas uma, a qual, tudo indica, deu- se por meio eletrônico.

Em segundo lugar, a missiva faz expressa menção ao fato de que eventual interposição de Recurso Ordinário deveria ser realizada no prazo de 30 dias contados da publicação do extrato da decisão em 1ª instância, o que indica que a efetiva intimação já havia sido efetuada por outros meios. No fundo, pode-se dizer, à primeira vista, que os termos desse comunicado tiveram a clara finalidade de avisar a agravante quanto às consequências do não pagamento dos débitos em aberto.

Além disso, a intimação por meio eletrônico é expressamente prevista no artigo 28, inciso IV, da Lei Municipal nº 14.107 de 2005. E a própria agravante reconhece (e comprova) ter recebido a intimação eletrônica nos termos legais Isso indica que ela já havia aderido anteriormente ao sistema de comunicação DEC. Tais constatações sugerem, então, a aparente legalidade do ato apontado como coator, o que afasta neste primeiro momento os requisitos para concessão da tutela.

De outra banda, consoante a própria recorrente sustenta, a incidência do princípio da boa-fé objetiva nas comunicações realizadas pelo Poder Público tem, de fato, grande relevância para se examinar a legitimidade de tais atos.

No caso concreto, porém, apesar de alegar ter sido surpreendida pela intimação eletrônica, a agravante não demonstrou ter recebido intimações por carta em momentos anteriores. Pelo contrário: dos documentos que instruem o agravo, verifica-se que a intimação pelo sistema DEC ocorreu em setembro de 2018 (fls. 45); já as comunicações por carta informadas nestes autos foram todas enviadas após aquela intimação eletrônica (fls. 36/44).

Portanto, é justamente a observância do princípio da boa-fé que parece recomendar, *in casu*, a manutenção, por ora, do ato impugnado.

De tudo infere-se, ao menos a princípio, a fragilidade da argumentação tecida pela agravante. Logo, uma vez não demonstrada, neste momento inicial, qualquer hipótese do artigo 151 do Código Tributário Nacional, conclui-se que o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário tinha mesmo que ser indeferido.

De fato, à vista dessas considerações, é forçoso reconhecer a não configuração, na espécie, do *fumus boni iuris*, isto é, do "*relevante fundamento*" que o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, erigiu como condição necessária à suspensão liminar do ato apontado como coator.

Por fim, importa registrar que este indeferimento não tem efeitos irreversíveis e poderá ser modificado se diferentemente entender o Juízo *a quo* quando proferir a sentença. Destarte, a manutenção, por ora, do ato impugnado não resultará em ineficácia da medida.

Assim, até que a controvérsia mereça exame mais aprofundado à luz do que se apurar com o desenvolvimento pleno do contraditório, melhor será confirmar-se o indeferimento do pedido liminar.

Na conformidade do exposto, então, para o fim explicitado, meu voto propõe negar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2090969-66.2019.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ANDRE ANTONIO VICTOR, é agravado DIRETOR DA 14ª CIRETRAN DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Pretensão para desbloqueio do prontuário da CNH, autorizando-se a renovação da habilitação

Acesso ao Sumário

(vencida) desde 05/03/2019. Inadmissibilidade. Presunção de legalidade, legitimidade e veracidade do ato administrativo impugnado não ilididas pelo recorrente. Precedente jurisprudencial desta C. 8ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por André Antonio Victor contra a r. decisão que declarou que a liminar será apreciada após prestadas as informações porque o mandado de segurança tem desfecho célere.

O recorrente requereu a antecipação dos efeitos da tutela para desbloqueio do seu prontuário da CNH, autorizando-se a renovação da habilitação (vencida) desde 05/03/2019, sob os argumentos de que: **a)** possui um procedimento administrativo instaurado em seu desfavor (portaria 300.100.117.716), que visa a suspensão do seu direito de dirigir; **b)** é motorista/caminhoneiro e necessita de sua CNH para trabalhar e **c)** o trânsito em julgado do recurso administrativo da multa gerou a suspensão da sua CNH, todavia, os pontos não poderiam gerar o bloqueio de seu prontuário, nem tampouco o impedimento para dirigir. Pediu o provimento.

Foi indeferida a tutela de urgência (fls. 59/61).

Contraminuta (fls. 65/69).

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Sob a ótica do Novo Código de Processo Civil, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada serão concedidas quando os elementos trazidos aos autos pela parte convençam o Juiz da "probabilidade do direito", devendo ainda estar presente o "perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo" (Novo CPC, art. 300).

Vale dizer ainda que agora "não há mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ("prova inequívoca da verossimilhança da alegação") seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar" (CASSIO SCARPINELLA BUENO, Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254).

Na hipótese em apreço, com o devido respeito, não se fazem presentes os requisitos para tutela de urgência.

Vale ressaltar que, em sede de cognição sumária, não é possível extrair

um juízo de convicção acerca da plausibilidade do direito invocado.

A par da natureza satisfativa da pretensão que, se acolhida, implicaria o esvaziamento do objeto deste agravo, não se vislumbra o alegado *fumus boni iuris* na concessão do provimento jurisdicional almejado.

As alegações do recorrente não são suficientes para ilidir a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade do ato administrativo impugnado, que se encontra devidamente lastreado na legislação de trânsito em vigor, tendo sido expedido dentro dos limites de atuação da Administração Pública.

Não se pode olvidar, ainda, que o Poder Judiciário não é instância revisora ou recursal de decisões proferidas na esfera administrativa, não sendo sua competência revisar o mérito ou rigor do julgamento, devendo se limitar a constatar a observância dos princípios norteadores da Administração (art. 37, *caput*, da CF).

À vista da matéria, oportuno destacar o comentário de Hely Lopes Meirelles:

> *"Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito."* (Direito Administrativo Brasileiro, 40ª edição, Ed. Malheiros, 2014, p. 789-790).

A cautela do MM. Juízo *a quo*, na hipótese, é incensurável, até porque como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, cabe àquele que os impugna a obrigatoriedade de provar o contrário.

E antes de instaurado o contraditório e realizada a instrução processual, não há como afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Nesse sentido, é o **entendimento desta E. 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO** deste C. TJSP:

> *"INDEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DECISÃO MANTIDA Ação anulatória movida em face da Fazenda do Estado, para anular Auto de Infração e Multa lavrado pela autoridade de trânsito, nos termos do art. 165 (Dirigir sob a influência de álcool) c.c. o art. 277, § 3º, do CTB, porque o condutor se recusou a realizar o*

Acesso ao Sumário

teste com o etilômetro Decisão que se pautou pelas alegações e provas carreadas aos autos Agravante que não trouxe aos autos elementos probatórios contundentes que fundamentem suas alegações Princípio da presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo Ausência dos requisitos da tutela de urgência Inexistência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações a autorizar a concessão do pleito antecipatório Decisão agravada mantida Agravo desprovido[1]", sic.

Ausentes, portanto, os requisitos necessários, o pedido de tutela de urgência formulado em Primeiro Grau deveria ter sido mesmo indeferido.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000510- 98.2019.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada ADRIANA APARECIDA VIDEIRA ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.288)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 14 de junho de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – Pedido de prorrogação da licença maternidade para 180 dias – Presentes os requisitos previstos na Lei nº 12.016/09 – "fumus boni juris" e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação –, é cabível o deferimento da medida liminar. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Estado de São Paulo deduziu agravo de instrumento contra r. ato decisório que, nos autos do mandado de segurança, deferiu a medida liminar

1 Agravo de Instrumento nº 2136873-85.2014.8.26.0000, Relator: Ponte Neto, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: **8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**, Data do julgamento: 17/09/2014 e Data de registro: 18/09/2014.

(fls. 19/24 dos autos digitais em primeiro grau).

Alega que a lei do mandado de segurança veda a concessão de liminares que importem em pagamento de qualquer espécie. Informa que o Estado de São Paulo editou a LCE 1.093/09 reformulando a situação do servidor temporário. Afirma que os servidores temporários submetem-se ao Regime Geral de Previdência. Aduz que os temporários não se confundem com os estatutários, nem com os celetistas, tratando-se de regime administrativo especial. Discorre sobre a natureza jurídica da licença-maternidade. Conclui que o salário maternidade trata-se de benefício previdenciário. Alega que a autora faz jus à licença maternidade de 120 dias, nos termos do artigo 71 da Lei Federal nº 8.213/91. Enfatiza que a licença de 180 dias aplica-se somente às servidoras que possuem cargo efetivo. Assevera que o programa Empresa Cidadã possui caráter discricionário, não obrigando a administração prorrogar a licença maternidade. Invoca o artigo 40, § 13º, da Constituição Federal. Diz que não estão presentes os requisitos para a concessão da liminar. Daí, pretender a reforma da r. decisão (fls. 1/20).

Indeferiu-se o pedido de efeito suspensivo (fls. 22).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 25/35).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento no qual a agravante insurge-se contra a r. decisão, proferida em mandado de segurança, que concedeu a medida liminar para assegurar à impetrante a licença maternidade de 180 dias.

A discussão, neste passo, restringe-se à concessão ou não da liminar almejada. As questões concernentes ao mérito não podem ser apreciadas sob pena de suprimir grau de jurisdição.

Prevê a Lei nº 12.016/09 que o Juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica." (artigo 7ª, inciso III).

Desta forma, a concessão da medida liminar, na forma prevista na lei, exige a demonstração do fumus boni iuris e do periculum in mora.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, descrito na norma, é aquele causado em razão da demora do processo e julgamento da ação principal. Necessário, ainda, que a proteção se apresente na linha do possível, o que se verifica no caso.

Como bem salientado por Hely Lopes Meirelles, "a medida liminar não

Acesso ao Sumário

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. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado" (Mandado de Segurança. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76).

No caso em tela, se o direito fosse reconhecido ao final, o gozo da licença não teria qualquer utilidade.

Também está presente a verossimilhança da alegação. A Lei nº 1.093/2009 estabelece que o servidor contratado por tempo determinado, tem os mesmos deveres, proibições e responsabilidades dos servidores efetivos. A Lei 10.261/68 não diferencia servidores efetivos dos contratados temporariamente. Assim, era mesmo o caso de ser deferida a medida liminar para que a licença maternidade seja prorrogada até completar 180 dias, por isonomia.

Neste sentido, já assentou esta Colenda Sétima Câmara de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Servidora pública estadual temporária – Liminar deferida para estender à impetrante o direito de receber e gozar licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, cumprindo com os demais requisitos legais – Decisão acertada – Diferença que não pode ser estabelecida entre servidores – Inteligência do artigo 124 da Constituição Estadual, bem como do artigo 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261/1968, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.054/2008) – Inexistência de situação apta a justificar a reforma da decisão agravada – Recurso não provido" (Agr. Instr. nº 2024493-17.2017.8.26.0000, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. a 10.04.17).

Por fim, necessário consignar que a tutela de urgência em matéria previdenciária é sempre admitida, conforme reiteradamente decidido pelos tribunais superiores, com fundamento na Súmula nº 729 do Supremo Tribunal Federal.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041880-74.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ ROBERTO NEVES FERREIRA, é agravado SECRETÁRIO DE

FINANÇAS DA 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 44.481)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – ITBI – Presença dos requisitos previstos no art. 7º, da Lei 12.016/2009 – Risco de ineficácia da medida eventualmente concedida ao final verificado – Desnecessidade de análise das informações da autoridade indicada como coatora – Base de Cálculo do ITBI que deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor da transação (arrematação), afastando o "valor de referência" – Constitucionalidade do artigo 7º da Lei Municipal de São Paulo n. 11.154/91, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0056693-19.2014.8.26.0000; Circunstâncias em que, na oportunidade do julgamento do referido incidente foi pronunciada a inconstitucionalidade somente dos artigos 7º-A, 7º -B e 12, da Lei n. 11.154/91 – Ilegalidade da apuração do valor venal – Decisão reformada – Recurso Provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão trazida por cópia digitalizada a fls. 25 – autos principais que, ***indeferiu o pedido liminar.***

Inconformado, sustenta o agravante pelo provimento do recurso, a fim de reformar a r. decisão de modo a conceder a medida liminar, determinando a expedição de ofício à Secretaria Municipal para que, confeccione guia de pagamento do ITBI tendo como base de cálculo o valor da arrematação.

Pela decisão de fls. 18, foi determinado o processamento do presente recurso de Agravo de Instrumento, ***com o efeito suspensivo/ativo***, estando em termos para julgamento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Primeiramente, cabe registrar que a decisão agravada foi proferida em 21.02.2019, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do NCPC/2015.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento tirado contra decisão que, nos autos do mandado de segurança n° 1007852-35.2019.8.26.0053, indeferiu a medida liminar requerida.

Pretende a agravante a reforma da r. decisão, com fundamento nos artigos 5º, LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e demais preceitos legais aplicados à espécie, presentes os requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora", se digne conceder, "in initio litis" e "inaudita altera pars", a MEDIDA LIMINAR pleiteada, ordenando a imediata expedição de Ofício/Mandado à Secretaria da Fazenda do Município de São Paulo, a fim de que seja recolhido o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis tendo como base de cálculo o valor da arrematação, afastada a incidência de eventuais juros, multa e correção monetária.

Pois bem.

Respeitando o entendimento adotado pelo Nobre Magistrado "***a quo***", a r. decisão merece reforma.

Senão, vejamos.

A liminar em mandado de segurança apenas pode ser concedida quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso finalmente deferida (art. 7, III, Lei 12016/09).

Assim, como ensinam Vidal Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli, são dois, portanto, os pressupostos para a concessão da tutela de urgência: (a) a relevância do fundamento, que diz com a plausibilidade do direito postulado (fumus boni iuris); (b) risco de ineficácia da medida se concedida apenas ao final do processo (periculum in mora) (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção, 2 ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 60).

Acesso ao Sumário

No caso, a impetrante, em sua prefacial, demonstrou a relevância da argumentação, e logrou êxito em comprovar existir a situação de urgência.

Com efeito, quanto à possibilidade de concessão de liminar em mandado de Segurança, assim dispõe o art. 7º da Lei n. 12.016/2009:

"Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da

medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Assim, observando-se mais uma vez, conclui-se relevante fundamento e presente o risco de dano caso seja apenas no final deferida a segurança, mostrando-se desnecessária, no caso, a análise das informações da autoridade coatora.

Em relação à base de cálculo do ITBI, cumpre observar que é ilegal a instituição de um valor venal distinto daquele utilizado para o IPTU, uma vez que implica em afronta ao princípio da segurança jurídica.

É que valor venal "*É o valor de venda, ou o valor mercantil, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas*" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 27ª ed., p. 1.461, Rio de Janeiro, Forense, 2008).

Nesse sentido, não obstante o IPTU e o ITBI possuam regimes jurídicos próprios, tendo ambos a mesma base de cálculo definida em lei complementar (arts. 33 e 38 do CTN), não pode o legislador ordinário diferenciar a expressão monetária do valor venal conforme se refira à propriedade ou à transmissão do bem ou do direito.

Assim, configura afronta ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF) e ao da legalidade estrita (arts. 37, *caput* e 150, I, da CF), caso, no mesmo exercício, a Prefeitura Municipal adote um valor venal para o cálculo do IPTU e outro, valor venal, mais elevado, para o cálculo do ITBI.

Por outro lado, vale ressaltar que, no caso, o Decreto Municipal nº 46.288/05 e, posteriormente, a própria Lei Municipal n.º 14.256/2006 estabeleceram **que o valor corresponderá àquele** "*...pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado*", **sem, contudo, fixar os critérios de avaliação das tais** "*condições normais de mercado*", o que contraria o princípio da legalidade estrita – arts. 37, *caput* e 150, I, da CF.

Ademais, caso a Administração Pública pretenda majorar o valor venal dos imóveis, inclusive para corrigir eventual defasagem, deve proceder à revisão da planta genérica de valores, sendo que o valor alcançado deve valer para todo o exercício fiscal.

Aliás, já decidiu este Tribunal, especificamente sobre o valor venal para a cobrança do ITBI instituído no Município de São Paulo pelo Decreto nº 46.228/05 e, posteriormente, pela Lei nº 14.256/06, *verbis*:

> ***Apelação. ITBI. Existência de dois valores venais para um mesmo imóvel, um para cálculo do valor de IPTU, outro para o ITBI. Decreto Municipal 46.228/05 e Lei Municipal 14.256/06. Ilegalidade. Recursos não providos*** **(TJSP – 18ª Câmara de Direito Público – Apelação com revisão n.º 806.295.5/8-00 – rel. Des. Jair Martins – j. 28.11.08).**

Assim, presentes os motivos para reforma, fica deferida a medida liminar requerida, nos termos da exordial.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando- se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, DÁ-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2117478-34.2019.8.26.0000, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é agravante MUNICÍPIO DE ESPÍRITO SANTO DO PINHAL, é agravada RITA DE CASSIA CHAGAS.

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 30.506)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

SILVA RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercícios de 2011, 2013 e 2015 – Município de Espírito Santo do Pinhal – Requerida penhora do bem imóvel que deflagrou o fato gerador da incidência do IPTU – Indeferimento ante o entendimento da necessidade de procurar outros bens do devedor, nos termos do princípio da menor onerosidade da execução – Possibilidade – Pedido de penhora autorizado pelos artigos 10 da Lei 6.3830/80, combinado com os artigos 805 e 835, V e §1º,

ambos do CPC – Não se trata de bem impenhorável, mormente quando a execução é de dívida relativa ao próprio bem, nos termos do artigo 833, § 1º, do CPC, de aplicação subsidiária – Execução fiscal que se desenvolve no equilíbrio entre o interesse do exequente e a menor onerosidade para o executado, de acordo com os artigos 798 e 805, ambos do CPC – Incidência dos princípios da celeridade e efetividade processual – Decisão reformada – Agravo provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fl. 43, a qual indeferiu o pedido de penhora, pelo agravante, sobre o bem imóvel gerador da exação, com base no princípio da menor onerosidade, bem como da inexistência de elementos que comprovem a impossibilidade de localização de outros bens passíveis de constrição judicial, buscando a entidade tributante, nesta sede, a reforma do julgado, em suma, alegando a viabilidade da constrição do aludido bem imóvel, notadamente diante da obrigação tributária ser *propter rem*, a qual decorreu do próprio bem, com fundamento nos artigos 805 e 835, V e §1º, ambos do CPC, mencionando, ainda, que as diligências de localização de bens passíveis de penhora, por meio dos sistemas Bacen-Jud e Rena-Jud, restaram infrutíferas (fls. 01/07).

Recurso tempestivo, processado sem pedido liminar e dispensada a intimação da agravada.

É o relatório.

A agravado está sendo executada por débitos tributários referentes ao IPTU, exercícios de 2011, 2013 e 2015, conforme Certidões de Dívida Ativa de fls. 09/11.

Conforme se observa dos autos, houve a citação da executada (fl. 16), por meio de carta citatória com aviso de recebimento, tendo sido suspensa a ação após a celebração de termo de reconhecimento, de confissão e de parcelamento do débito (fls. 17/20 e 21).

Ocorre que houve o descumprimento do aludido parcelamento, oportunidade em que a municipalidade requereu a penhora de ativos financeiros do devedor, a qual restou deferida (fls. 25/26 e 27/28, respectivamente), porém, infrutífera (fls. 29/31). Posteriormente, a entidade tributante pugnou pela pesquisa, por meio do Rena-Jud, de eventuais veículos automotores de propriedade do executado (fl. 36), diligência que também não foi exitosa (fl. 37).

Ato contínuo, no intuito de satisfazer o crédito exequendo, a exequente pediu a penhora do bem imóvel gerador dos impostos ora cobrados (fls. 42).

Acesso ao Sumário

O d. Juízo a quo indeferiu o referido pedido de constrição com base no princípio da menor onerosidade da execução, previsto expressamente no artigo 805 do CPC, o que, segundo entendeu o d. Magistrado, tornar-se-ia imprescindível a demonstração, por parte da municipalidade, da impossibilidade de penhorar outros bens ou direitos do devedor, notadamente em razão do valor da causa, nos termos da r. decisão de fl. 43, da qual ora se agrava.

A r. decisão recorrida deve ser reformada.

Como se sabe, as execuções têm que manter o equilíbrio entre o interesse do exequente e a menor onerosidade para o devedor (previstos respectivamente nos artigos 797 e 805, ambos do CPC, aplicados subsidiariamente, de acordo com o artigo 1º da Lei 6.830/80).

Se, na oportunidade conferida pela Lei o devedor queda inerte e não oferece bens à penhora – ou estes são recusados – devolve-se ao credor o direito à nomear bens à penhora.

Com efeito, compete à municipalidade requerer a penhora de bens passíveis de satisfação do crédito tributário, ressalvados aqueles impenhoráveis por impedimento legal (artigo 10 da Lei 6.830/80).

Nesta senda, o indeferimento da penhora do bem imóvel que deu causa ao crédito tributário ora executado não encontra respaldo legal, na medida em que o referido direito não está presente na lista dos bens legalmente impenhoráveis (artigo 833 do CPC, de aplicação subsidiária). Aliás, muito pelo contrário, já que o parágrafo primeiro do mencionado artigo dispõe que "*a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição*".

Portanto, se a impenhorabilidade não abarca a propriedade do bem imóvel quando a dívida dele decorrer, não há que se falar em impossibilidade jurídica da sua constrição como forma de garantir a satisfação do crédito tributário (artigo 797 do CPC).

Anote-se, ademais, que o exequente conseguiu afastar, no caso em concreto, a preferência legal prevista no inciso I do artigo 11 da LEF, o qual dispõe que a penhora há de ser feita prioritariamente sobre dinheiro, eis que não foram localizados ativos financeiros do devedor e nem veículos automotores de sua propriedade.

Desta maneira, constata-se que o pedido de penhora do bem imóvel gerador das exações encontra-se em harmonia com o comando normativo previsto no artigo 833, §1º, do CPC, bem como em consonância com o enunciado de Súmula nº 417 do E. STJ, o qual dispõe que a ordem de preferência legal dos bens penhoráveis não tem caráter absoluto.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014079-46.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ALEXANDRE BORGES, DANILO VENDRAME VIVAS, GISELE KATIA CAMARA OLIVEIRA, JOHNNY LEANDRO CONDUTA BORDA ALDUNATE, LUIZ FERNANDO PIRES SENA e PAULO HENRIQUE TAYAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos, considerado interposto o oficial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.081)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Concurso Público – Acumulação de cargo de médico perito com o de médico legista – Possibilidade – Precedentes – Sentença concessiva da segurança – Recursos desprovidos.

VOTO

I – Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidatos em concurso público para o provimento do cargo de "Médico Legista" junto à Secretaria de Segurança Pública do Estado, inconformados com o ato administrativo que considerou ilícito o acúmulo do referido cargo com o de "Médico Perito" exercido pelos impetrantes junto ao INSS.

A r. sentença de fls. 173/176, cujo relatório se adota, concedeu a segurança "*para reconhecer aos impetrantes o direito à posse no cargo para o qual foram aprovados em concurso público, tornando assim definitiva a liminar concedida*".

Recorre a Fazenda do Estado pleiteando a inversão do julgado.

Recurso regularmente processado e respondido.

O membro do Ministério Público que oficiou em primeira instância absteve-se de opinar no feito (fls. 171).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

II – Considera-se interposto o reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Feito tal registro, os recursos, "data venia", não comportam provimento.

Isto porque de inteira aplicação ao caso em exame o decidido por este Egrégio Tribunal de Justiça, na Apelação nº 1053274-38.2016.8.26.0053, de relatoria da eminente Desembargadora Heloísa Mimessi (j. 19.12.2018), com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. Acumulação de cargo de Médico-Perito e de Médico-Legista. Possiblidade. Hipótese de acumulação albergada pelo art. 37, XVI, c, da Constituição Federal. Inaplicabilidade da restrição do art. 44 da Lei Complementar Estadual n. 207/79, que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Decreto Estadual n. 42.847/98 que, ao regulamentar a Superintendência da Polícia Técnico- Científica, desvinculou algumas carreiras da Polícia Civil, de modo que resta esvaziada a discussão acerca da incompatibilidade das regras impostas aos Policiais Civis ao caso concreto. Sentença concessiva mantida. Recurso voluntário e remessa necessária não providos."

E acrescenta o referido julgado, por esclarecedor:

> *"(...) Consta dos autos que o impetrante foi aprovado em concurso público para o cargo de Médico-Legista, mas teve sua posse negada diante da alegada vedação à acumulação deste cargo com outro cargo de médico (fls. 69). Referido argumento foi reiterado nestes autos (fls. 130/132).*
>
> *Pois bem.*
>
> *A Constituição Federal permite, expressamente, a acumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, desde que a haja compatibilidade de horários (art. 37, XVI, c).*
>
> *Já o art. 44, III, da Lei Complementar Estadual n. 207/79, proíbe o exercício de outras atividades remuneradas, exceto as relativas ao ensino e à difusão cultural.*
>
> *Verifica-se, portanto, que o dispositivo da legislação estadual colide frontalmente com a norma constitucional. Tendo em vista que a referida lei complementar estadual é anterior à Constituição Federal de 1988, tem-se que aquela não foi recepcionada por esta.*
>
> *Ainda que assim não se entendesse, este E. Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a vedação do art. 44, III, da Lei Complementar Estadual n. 207/79, não se aplica aos Médicos-Legistas, porquanto a Superintendência da Polícia Técnico-Científica, regulamentada pela Lei Complementar Estadual n. 756/94, desvinculou seus integrantes dos quadros da Polícia Civil, de modo que os Médicos-*

Acesso ao Sumário

Legistas não constituem mais categoria da classe policial civil, embora vinculados à Secretaria de Segurança Pública.

Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante aprovada em concurso para o cargo de médico legista e que já ocupa cargo de perita médica junto ao INSS. Possibilidade de cumulação de cargos públicos (art. 37, XVI, "c" da Constituição Federal) caso ocorra compatibilidade de jornadas. Inaplicabilidade do óbice previsto no art. 44 da LCE n.º 207/79. Precedentes. Sentença mantida. Recurso e remessa necessária conhecidos e não providos. (Apelação/Remessa Necessária n. 1011879-32.2017.8.26.0053, Relatora Desembargadora Vera Angrisani, 2ª Câmara de Direito Público, j. 31/10/2018);

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA PRETENSÃO AO CADASTRAMENTO DE MÉDICO PERANTE O IMESC POSSIBILIDADE - ILEGALIDADE CONFIGURADA. 1. Ausência de recepção do disposto no art. 44 da LCE nº 207/79, pela ordem constitucional vigente. 2. Inexistência de vedação à cumulação de dois cargos por médicos legistas, observado o requisito de compatibilidade de carga horária. 3. Incidência do art. 37, XVI, da Constituição Federal. 4. Ato administrativo que violou direito líquido e certo. 5. Ação mandamental jugada procedente, com a concessão da segurança impetrada. 6. Sentença mantida. 7. Recursos oficial e de apelação, desprovidos. (Apelação/Remessa Necessária n. 0010257-71.2013.8.26.0053, Relator Desembargador Francisco Bianco, 5ª Câmara de Direito Público, j. 07/04/2014);

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM. MÉRITO. Médicos Legistas. Cumulação de cargos. O artigo 44 da Lei Complementar n.º 207/79 não foi recepcionado pela CF/88. Possibilidade de cumulação de dois cargos pelos médicos legistas, desde haja a compatibilidade de horários entre eles, como anuncia o artigo 37, inciso XVI, da CF. O Decreto Estadual n° 42.847/98, que regulamentou a Superintendência da Polícia Técnico Científica, estabeleceu sua vinculação à Secretaria da Segurança Pública, esvaziando a discussão acerca da incompatibilidade das regras impostas aos membros dos quadros da Polícia Civil. Precedentes da jurisprudência consolidada neste Tribunal de Justiça. Direito líquido e certo. Reconhecimento. Ilegalidade do ato. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADA A REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação/Remessa Necessária n. 1053295-14.2016.8.26.0053, Relator Desembargador José Maria Câmara Junior, 8ª Câmara de Direito Público, j. 28/02/2018);

APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de segurança. Cumulação de cargos públicos. Médico Legista da Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo e Médico Ginecologista do Município de Caraguatatuba. Compatibilidade de horários comprovada. Possibilidade.

Acesso ao Sumário

Inteligência do artigo 37, inciso XVI "c", da CF. Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo desvinculada da categoria da Polícia Civil, nos termos da Lei Complementar n 756/94 e do Decreto Estadual nº 42.847/98. O impetrante comprova por meio das certidões de fls. 19 e 20, que há compatibilidade de horários no exercício dos dois cargos, pois na Superintendência da Polícia Técnico Científica exerce sua atividade profissional às sextas-feiras das 07:00 hs às 19:00, e, em plantão, às sextas feiras das 19:00 hs às 07:00 hs e aos sábados pelo período de 24 horas -- 48 horas -- ao passo que no Município de Caraguatatuba exerce o cargo de médico ginecologista de segunda a quinta- feira, das 07:00 hs às 12:00 hs -- 20 horas -- evidenciando, com isso, a presença do direito líquido e certo a permanecer nos dois cargos, se e enquanto houver compatibilidade de horários. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido. (Apelação n. 0033451-08.2010.8.26.0053, Relator Desembargador Oswaldo Luiz Palu, 9ª Câmara de Direito Público, j. 06/02/2013);

CUMULAÇÃO DE CARGOS. Médico Legista e Perito do IMESC. Indeferimento da inscrição para cadastramento junto ao IMESC. Art. 44 da LCE nº 207/79. LCE nº 756/94. DE nº 42.847/98. Liminar negada. A Constituição Federal autoriza a cumulação de cargos por profissionais da saúde, havendo compatibilidade de horários. A Superintendência da Polícia Técnico-Científica, instituída pela LCE nº 756/94, e regulamentada pelo DE nº 42.847/98, desvincula seus integrantes dos quadros da Polícia Civil, não se aplicando aos médicos legistas as restrições impostas pelo art. 44, I e II da LCE nº 207/79. Entendimento esposado pela Seção de Direito Público. Permissão constitucional preceituada no art. 37, XVI, "c". Atestado de horário de trabalho. Item 7.4 do Edital nº 2/2014 do IMESC. Segurança concedida. Recursos oficial e da Fazenda desprovidos. (Apelação/Remessa Necessária n. 1020704-96.2016.8.26.0053, Relator Desembargador Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, j. 05/06/2017);

APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA Médico I aprovado em concurso público para o cargo de Médico Legista da Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo Posse obstada Alegação de acúmulo indevido de cargos públicos Inocorrência Inteligência do artigo 37, inciso XVI, alínea "c", da Constituição Federal Existência de permissivo constitucional a amparar a cumulação O artigo 44, inciso III, da Lei Complementar Estadual n.º 207/79 não foi recepcionado pela Lei Maior, razão pela qual não pode ser aplicado à hipótese sub judice Ademais, o Decreto Estadual n.º 42.847/98, que regulamentou a Superintendência da Polícia Técnico-Científica, desvinculou algumas carreiras da Polícia Civil, de modo a esgotar a discussão sobre a incompatibilidade das regras impostas aos policiais civis à hipótese vertente Nomeação para o cargo público Direito à posse Segurança concedida Manutenção da sentença Reexame necessário

Acesso ao Sumário

e recurso de apelação não providos. (Apelação/Remessa Necessária n. 1049527-46.2017.8.26.0053, Relator Desembargador Osvaldo de Oliveira, 12ª Câmara de Direito Público, j. 28/08/2018).

Quanto à compatibilidade de horários, registre-se que o ato de negativa da posse do impetrante sequer levou em consideração tal fator, tendo considerado ilícita a própria acumulação dos cargos em questão, independentemente da compatibilidade de horários. Por outro lado, constou da própria r. sentença a condicionante de observância de apuração da compatibilidade de horários.

Ademais, a necessária compatibilidade de horários deve ser apurada após a posse do candidato aprovado, momento em que, depois de divulgada a designação de sua lotação e horário de trabalho, será possível aferir a possibilidade de compatibilização das jornadas. Frise-se, ainda, que, caso não seja possível a acumulação, terá o direito de optar por um dos dois cargos.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGOS PÚBLICOS INACUMULÁVEIS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO. MOMENTO. 1. Resta incontroverso no constructo doutrinário e jurisprudencial que o candidato aprovado em concurso público, após nomeado, possui direito à posse, na letra do enunciado nº 16 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Assegurado o direito à posse, somente após a investidura do servidor público deve ser apurada eventual acumulação inconstitucional de cargos, seguindo-se, se for o caso, a oportunização ao exercício do direito de opção. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 15.941/PI, Relator Eminente Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 02/02/2006); APELAÇÃO Mandado de Segurança Médico do Hospital das Clínicas aprovado em concurso público para o cargo de médico legista - Liminar deferida para o imediato empossamento Admissibilidade Possibilidade, em tese, de cumulação de dois cargos de médico, desde que os horários sejam compatíveis Inteligência do art. 37, XVI, "c", da CF Análise da compatibilidade de horários somente após a investidura do servidor, para que, caso haja a indevida acumulação de cargos, a autoridade administrativa responsável assim o apure - Súmula nº. 16 do STF Sentença mantida Recurso desprovido. (Apelação/Remessa Necessária n. 0033008-52.2013.8.26.0053, Relatora Desembargadora Silvia Meirelles, 6ª Câmara de Direito Público, j. 31/03/2014);

CONCURSO PÚBLICO. Posse. Liminar em mandado de segurança. Cumulação de cargos públicos de médico. Constituição Federal, artigo 37, XVI, "c". Alegação de incompatibilidade de horários. Requisito a ser verificado depois da posse, dada a possibilidade de se conseguir compatibilizar os horários. Caso contrário, haverá de ser concedido à

Acesso ao Sumário

interessada o direito de opção entre um cargo e outro. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 2019648-44.2014.8.26.0000, Relator Desembargador Edson Ferreira, 12ª Câmara de Direito Público, j. 30/04/2014).

Logo, no caso em exame, incorporados os fundamentos supracitados, tem-se pela confirmação do decreto de procedência da ação.

Por se tratar de mandado de segurança, não se aplica à espécie a regra do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

III – Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento aos recursos para manter a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1051241-07.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CLEITON RAIMUNDO DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA) e LAUREANA ALVES FERREIRA DE LIMA, 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 18.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 6 de maio de 2019.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Demanda para compelir a Administração a fornecer tratamento de fertilização *in vitro* – Ausência de prova da necessidade do tratamento e da omissão da Administração – Inexistência de violação do direito à saúde – Procedimento pretendido, que não se classifica como necessidade de intervenção urgente e inadiável para restabelecimento da saúde – Sentença de improcedência mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 144/152) interposta por **Cleiton Raimundo de**

Lima e **Laureana Alves Ferreira de Lima**, em ação de obrigação de fazer, ajuizada em face do **Estado de São Paulo**, contra a r. sentença (fls. 126/129), que julgou improcedente a demanda, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa – ante a ausência de condenação e de valor econômico palpável – tudo conforme art. 85 e §§ do CPC, salvo se concedida gratuidade judiciária em favor da parte sucumbente.

Os apelantes pretendem o provimento do recurso, para a reforma da r. sentença, sustentando, em resumo: **(a)** é inegável que há impedimento natural à concepção, causada por enfermidade geradora de infertilidade masculina, para além da idade limitadora feminina; **(b)** a pretendida fertilização in vitro é o tratamento indicado à enfermidade que acomete o demandante; **(c)** embora cadastrados em regulação junto ao CROSS (Central de Regulação de Oferta de Serviço de Saúde), aguardam desde 2015 na enorme fila de espera; **(d)** o planejamento familiar é garantido em âmbito constitucional; **(e)** o Estado, ao chamar de fura-fila o cidadão que busca justiça, fere os valores do Estado Democrático de Direito **(f)** insensibilidade e afronta à dignidade da pessoa humana, ao direito do cidadão de se socorrer ao Poder Judiciário; **(g)** indevida condenação ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que são beneficiários da justiça gratuita.

Processado o recurso, foi contrariado (fls. 155/158), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

Não houve oposição expressa das partes para o julgamento virtual, observado, ainda, o cumprimento das disposições contidas na Resolução nº 772/2017 deste E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Trata-se de ação cominatória com o escopo de compelir o Estado a realizar o tratamento de fertilização *in vitro* junto ao Hospital Pérola Byington.

Discorre o autor que é portador de infertilidade masculina e pretende o fornecimento de fertilização *in vitro* pelo Estado (SUS), cuja urgência decorreria da idade de sua esposa (aproximadamente 40 anos).

Afirmam que não possuem condições financeiras de arcar com tal tratamento na rede privada de saúde, bem como já aguardam há 4 anos o tratamento pelo SUS.

Em que pese o sofrimento e a desventura dos autores, a r. sentença deve ser mantida, porque em conformidade com as provas produzidas e a adequada aplicação do direito ao caso.

Com efeito, as provas do processo, ao contrário do alegado pelos apelantes, não revelam "*ipsis litteris*" a necessidade do tratamento de infertilidade

Acesso ao Sumário

pretendido, qual seja, fertilização *in vitro.*

Com efeito, isso, aliás, foi o que se vislumbrou ao tempo do julgamento do agravo de instrumento que confirmou o indeferimento da medida liminar, ora ratificado pelo exame do feito, considerando o conjunto probatório, em recurso de apelação.

Em que pesem as ponderações dos apelantes, nota-se que o único documento médico que relata, de forma pouco completa, a situação de saúde do autor, é uma solicitação de exame subscrita por médico do SUS, datada de 13.7.2018 (fls. 76).

Por outro lado, a patologia do autor consta apenas como hipótese diagnóstica, e o médico solicita novos exames. Não há em nenhum momento a confirmação do diagnóstico, relatório médico pormenorizado, ou indicação de que o único tratamento viável seria a fertilização *in vitro.*

Outrossim, a solicitação afirma que o autor foi encaminhado para tratamento de infertilidade, todavia sem mencionar a pretensão deduzida na inicial, consubstanciada em fertilização *in vitro.*

E, para além desta solicitação, foram juntados apenas resultados de exames laboratoriais, que não bastam como prescrição médica, tampouco concluem qualquer diagnóstico.

Dessa forma, neste momento de cognição exauriente, com respeito à delicada situação vivenciada, o pleito para fertilização *in vitro* não conta com base em prescrição médica devidamente fundamentada, de idoneidade presumida.

De outro turno, a omissão do Poder Público também não ficou caracterizada, porquanto o autor foi encaminhado para tratamento para infertilidade no SUS, as informações constantes dos autos são de que existe tal possibilidade de tratamento pelo SUS, bem como o demandado assevera que o pedido formulado pelo requerente está na Regulação (Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde – CROSS), no aguardo de regular tramitação.

A saúde, como condição essencial à vida e à dignidade humana, é direito fundamental a ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos; contudo, deve ser sopesado com a imprescindibilidade do tratamento, para que não haja preterimento de outros pacientes, nem afronta aos princípios constitucionais. E, no caso, não se verifica risco atual e iminente à vida ou à saúde do autor e de sua esposa.

De outra banda, não se deve olvidar que neste Tribunal há precedentes no sentido de que, ainda que a fertilização *in vitro* fosse o único procedimento médico indicado para propiciar a gravidez almejada, não haveria como o Judiciário obrigar a Administração a fornecê-lo, para além dos limites da política pública de saúde:

Acesso ao Sumário

"PROCESSO – Medicamento – Fornecimento – Infertilidade – Impossibilidade: Há responsabilidade solidária do município, do estado-membro e da União, bastando a presença de qualquer dos entes para que se aperfeiçoe a legitimidade passiva. O acesso igualitário à assistência médica e farmacêutica se destina exclusivamente à proteção indispensável à vida e à saúde." (Ap. nº 1013348-83.2015.8.26.0506, relª. ***Desª. Teresa Ramos Marques****, 10ª Câmara de Direito Público, j. 15/04/2019);*

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Tutela de urgência que visa ao imediato atendimento e tratamento dos Autores – Indeferimento do pedido liminar – Medida que se insere no âmbito de competência do Juiz de Primeiro Grau – Ausência dos pressupostos legais – Vislumbra-se que os recorrentes já vêm recebendo atendimento médico especializado e aguardam em fila de espera para reprodução assistida – Necessidade do aguardo da instauração do contraditório – R. Decisão mantida. Recurso improvido." (Ap. nº 2249896-67.2018.8.26.0000 rel. ***Des. Carlos Eduardo Pachi****, 9ª Câmara de Direito Público, j. 12/02/2019);*

"FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". Ação de Obrigação de Fazer com pedido de liminar. Pleito de medicamentos para viabilização de fertilização "in vitro". Autora que alega infertilidade feminina CID N97. Infertilidade secundária. Ausência de risco à saúde ou à vida. Improcedência do pedido. Sentença mantida. Precedentes desta Corte. Recuso improvido." (Ap. nº 0055501-35.2012.8.26.0222, rel. ***Des. Carlos Augusto Pedrassi****, 2ª Câmara de Direito Público, j. 16/12/2014).*

No que concerne aos ônus sucumbenciais, para que dúvida não haja, ante o fato de os autores gozarem do benefício da gratuidade processual (fls. 81), consta do *decisum* recorrido que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios é com a ressalva da gratuidade judiciária, e, com essa ressalva, a verba honorária fica acrescida em 1% (um por cento), por força da majoração da fase recursal.

Logo, correta a r. sentença, impõe-se o desprovimento do apelo.

Por fim, 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 de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referido no recurso.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034675-17.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, são apelados/apelantes DEOLINDA DUCATT LIMA, ANNA NAVARRO, APARECIDA INES ZAMPAR GRASSI, DAVID DE SOUZA RIBEIRO, ELZITA RIBEIRO DA SILVA, ETORI ANDRE BONIFACIO, GERALDO FERREIRA GONÇALVES, HELOISA REGINA ALVES MORAES, IDERCY DAS NEVES, IRIS BENEDITO SEIXAS, JORGE GOMES DOS SANTOS, JOSE ROBERTO TRUSCHI, LINA TERESA DE MORAES DEL CISTIA, LUIZ ANTONIO FRANCO MARTINS, MARGARETE NUNES GARBINI, MARIA APARECIDA PREVIATO, MARIA LUISA PEREIRO BLAC, MARIA MATOS DE OLIVEIRA, MARIA THEREZA SANTOS, MARISA DE PAULA DOS SANTOS, MASAO WADA, MAURILIO LEITE DE CAMARGO, MAURO ABUD, MIRIAN SILVA DIONISIO, NANCI VIANA DE SOUZA, OLAVO AMADO RIBEIRO, RICARDO MARTINEZ FILHO, ROSA ALICE TASCHETTI RICCI, SUELY GRAVINA CASSONI e TANIA MARIA CONTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Anularam a sentença e, aplicando-se o disposto no §3º, inc. II, do art. 1013, do NCPC, negaram provimento ao recurso dos autores e deram provimento ao recurso da Fazenda do Estado para, agora, julgar improcedente o pedido. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.402)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: SERVIDORES ESTADUAIS

Inativos – Décimos incorporados – Base de cálculo – Diferenças – Impossibilidade:

– O art. 133 da Constituição Estadual não garante a incorporação do valor nominal da diferença oriunda dos décimos incorporados, sempre sujeito às alterações que ocorrerem nas remunerações do cargo de origem e da função superior exercida.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência do pedido para anular o ato administrativo que suprimiu o pagamento da vantagem do art. 133 da Constituição Estadual dos proventos de aposentadoria dos autores e condenar a ré ao restabelecimento do pagamento dos valores referentes à referida vantagem. Atribuiu à Fazenda do Estado o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados sobre o valor da condenação nos mínimos legais a serem apurados na fase de liquidação (fls. 135/139).

Apela a Fazenda do Estado alegando, em síntese, que o art. 133 da Constituição Estadual é calculado, primeiramente, fixando-se a diferença entre os vencimentos do cargo em comissão/função exercido pelo servidor e os vencimentos do cargo em provimento efetivo e, apurada tal diferença, calcula-se o valor correspondente a um décimo, o qual é multiplicado pela quantidade de décimos incorporados, de acordo com o número de anos em que o servidor exerceu o cargo em comissão. Argumenta que na medida em que haja aumentos ou reajustes em quaisquer dos cargos, o valor da rubrica '3005' relativo ao art. 133 da CE/SP, deve-se alterar, razão pela qual a demanda deve ser julgada improcedente. Afirma, ainda, a Administração Pública editou o Decreto 35.200/92 para regulamentar o artigo 133 da CE/SP e as alterações ocorridas na remuneração dos cargos de origem pode gerar a redução do valor monetário dos décimos, pois, levam-se em consideração as alterações remuneratórias ocorridas ao longo do tempo. Por esta razão, a parcela dos décimos pode ser majorada ou diminuída, dependendo do caso. Portanto, entende inexistir qualquer ilegalidade no procedimento realizado pela Administração Pública. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação integral da lei 11.960/09 quanto aos juros e correção monetária (fls. 144/157).

Apelam os autores arguindo, preliminarmente, a existência de sentença *'extra petita'*, uma vez que julgou pedido estranho à lide, porquanto os autores não se insurgem quanto à suposta redução do valor recebido a título de décimos previstos no art. 133 da CE/SP e sim, que a Fazenda do Estado seja condenada efetuar o pagamento dos referidos décimos de acordo com a efetiva diferença remuneratória, considerando-se os vencimentos integrais, pois elaborando o cálculo do art. 133 com base no Decreto 35.200/92, a requerida restringe o conceito de remuneração e também, a própria norma do art. 133 da CE/SP. Portanto, aduzem que a discussão da lide diz respeito à questionada forma de cálculo utilizada pela Administração Pública para se aferir o valor da referida vantagem, com base na limitada extensão conferida pelo art. 2º, do Decreto 35.200/92. No mérito, defendem a ilegalidade e inconstitucionalidade do Decreto 35.200/92, pois ao realizar o cálculo dos décimos previstos no art. 133 da CE/SP, a Administração Pública restringe o conceito de remuneração, desconsiderando a

Acesso ao Sumário

totalidade das vantagens pecuniárias, restringindo apenas à diferença de salário-base e gratificação *'pro-labore'*. Argumentam que referido Decreto desvirtuou o sentido da norma e extrapolou a sua função regulamentadora e inovou na ordem jurídica, o que é defeso. Pedem o provimento do recurso (fls. 169/186).

Os autores ofereceram contrarrazões arguindo preliminarmente, que as razões de apelação oferecidas pela Fazenda do Estado não guardam relação com a matéria objeto da demanda e no mérito, requerem o não provimento do recurso (fls. 158/168).

A Fazenda do Estado também ofereceu contrarrazões (fls. 192/196).

FUNDAMENTOS

1. Inequívoca a existência de sentença *'extra-petita'*. Os autores insurgem contra os termos do Decreto Estadual 35.200/92, alegando que restringe o conceito de remuneração e exclui quaisquer vantagens pecuniárias do cálculo, de modo a receberem valor inferior ao devido em razão dos décimos incorporados na forma do art. 133 da CE/SP. No entanto, ao julgar procedente o pedido, a sentença anulou ato administrativo que suprimiu o pagamento da vantagem do art. 133 da CE/SP dos proventos de aposentadoria dos autores (fls. 138).

De fato, os autores **não alegaram a existência de ato administrativo que suprimiu o pagamento dos décimos** e sim que houve a elaboração do cálculo do art. 133 com base no Decreto 35.200/92, restringindo-se o conceito de remuneração.

Nestes termos, perfeitamente possível a aplicação inc. II, § 3º, do art. 1013, do NCPC, que assim estabelece:

"Art. 1013 – A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

...

§ 3º - Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

...

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir".

É exatamente a hipótese dos autos, o que autoriza a anulação da sentença e, em consequência, sendo a matéria unicamente de direito, o julgamento do mérito.

Neste sentido, a jurisprudência:

"REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO – RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, CONFORME DISPOSTO NO ARTIGO 29, §5°, DA LEI N° 8.213/91 – ***SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DETERMINOU A REVISÃO***

DO BENEFÍCIO CONFORME ARTIGO 29, INCISO II DA LEI N° 8.213/91 – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE SE AFASTA DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO – JULGAMENTO EXTRA PETITA CONFIGURADO – NULIDADE DA SENTENÇA – CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 1.013, §3°, INCISO II, DO NCPC – *INAPLICABILIDADE, IN CASU, DA REGRA DO ARTIGO 29, §5°, DA LEI 8.213/91 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ QUE DECORREU DE MERA TRANSFORMAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA QUE A ANTECEDEU – DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL"*

(Apelação 0049600-11.2012.8.26.0053, 16ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Nazir David Milano Filho, j. 7.8.2018).

2. A preliminar arguida pelos autores, em contrarrazões, deve ser afastada. Em que pese os fundamentos da sentença não estarem congruente com os limites do pedido, as razões de apelação estão. Nelas, a Fazenda do Estado defende a correta aplicação do cálculo relativo aos décimos previstos no art. 133 da CE/SP.

Pontua detalhadamente a dinâmica dos cálculos e assevera que na medida em que haja aumentos ou reajustes em quaisquer dos cargos, o valor da rubrica '3005' relativo ao art. 133 da CE/SP, deve sofrer alteração, majorando-se ou diminuindo-se a parcela dos décimos, dependendo do caso.

3. O art.133 da Constituição Estadual estabelece: "*O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez*."

O Decreto nº 35.200/92, que dispõe sobre a aplicação do artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, dispõe:

"Artigo 1.º - O servidor, com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou a da função para a qual tenha sido admitido, terá incorporado um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos.

Artigo 2.º - Para os fins deste decreto, considera-se:

(...)

III - diferença de remuneração:

a) o valor pecuniário resultante da subtração entre vencimentos e/ou salários, de cargos ou funções distintos, excluídas quaisquer vantagens pecuniárias;

b) o valor pecuniário percebido a título de gratificação "pro labore",

disciplinada em legislação especifica.

(...)

Artigo 8.º - As diferenças de remuneração, correspondentes aos décimos incorporados pelo servidor, serão recalculadas de acordo com as alterações ocorridas no cargo ou na função de que seja titular ou ocupante e nos cargos ou funções de remuneração superior, que haja exercido, inclusive as decorrentes de promoção, acesso, reenquadramento, transformação ou reclassificação."

O art.133 da Constituição Estadual garante ao servidor a incorporação de décimos da diferença entre sua remuneração e a do cargo ou da função de remuneração superior, **e não a incorporação do valor nominal dessa diferença.**

Como o décimo é calculado justamente sobre essa diferença, havendo alteração das remunerações do cargo que o servidor é titular ou do cargo que lhe proporcionou remuneração superior, **essa diferença pode ser majorada ou reduzida** e será devida apenas enquanto subsistir referida diferença.

O **art.8º do Decreto nº 35.200/92 não extrapola sua função regulamentar** nem restringe o direito assegurado pelo art. 133 da Constituição Estadual. Somente esclarece a forma de cálculo dos décimos incorporados, que não abrange verbas indenizatórias ou de natureza pessoal, mas apenas a contraprestação pelo exercício da função com remuneração superior.

Como observado pelo Desembargador Marcelo Semer nº 1029288-21.2017.8.26.0053, a *ratio iuris* foi bem explicitada pelo Desembargador Torres de Carvalho, como segue:

"A lei há de ter uma razão e um fundamento; o pagamento ao servidor de diferença correspondente a um cargo ou função não mais exercido decorre da preocupação do legislador em possibilitar-lhe a manutenção de padrão de vida correspondente aos vencimentos que durante certo tempo recebeu. Daí vem, no art. 133, a incorporação da diferença entre os vencimentos do cargo de que é titular, ao qual retornou, e os vencimentos do cargo que transitoriamente exerceu. A 'incorporação' não tem a rigidez que se lhe vem atribuindo e nada impede que varie ou deixe de existir; exemplo simples é o servidor voltar a exercer o cargo transitório, quando receberá tão somente os vencimentos acrescidos sem qualquer pagamento decorrente dos décimos antes incorporados.

Trata-se de diferença (é bom que se frise essa palavra), não de quantia fixa, que vincula os vencimentos atuais aos vencimentos do cargo por ele exercido transitoriamente. Assentado, e parece não haver dúvida a respeito, que a diferença varia conforme varia o vencimento do cargo de origem, resta ver se varia também conforme varia o vencimento do cargo transitório.

Acesso ao Sumário

As duas soluções são possíveis, ambas expressas nos pareceres administrativos já mencionados. Primeiro, o art. 133 não cria uma vinculação perpétua entre o cargo de origem e o cargo transitório e não atribui ao servidor equiparação com os titulares destes mesmos cargos. Como o fundamento da incorporação é a manutenção do padrão salarial gozado pelo servidor ao tempo em que exerceu o cargo transitório, não há razão para sofrer ele os reflexos positivos de eventual aumento estipendiário desse cargo transitório. Nesta primeira solução a incorporação seria calculada sobre os vencimentos transitórios por ele recebidos durante o exercício, que sofreriam os reajustes periódicos usuais (mas não outras variações decorrentes de aumento, reclassificação, etc), variando a diferença para mais ou para menos conforme variem os vencimentos do cargo de origem.

Segundo, a diferença seria calculada pela variação dos dois cargos, qualquer que fosse, para mais ou para menos em cada um deles. É situação que introduz certa álea no estipêndio do servidor, já que eventual diminuição dos vencimentos do cargo transitório viria reduzir a diferença e o total recebido; mas é situação que se enquadra no 'rationale' do art. 133 e que foi encampada pelo DE nº 35.200/92, artigo 8º, ao mencionar que tais diferenças serão recalculadas '... de acordo com as alterações ocorridas no cargo ou na função de que seja titular ou ocupante e nos cargos ou funções de remuneração superior, que haja exercido, inclusive as decorrentes de promoção, acesso, reenquadramento, transformação ou reclassificação'.

O entendimento traduzido no regulamento deve prevalecer, pela sua generalidade, por não ter sido contestado em juízo e por expressar posição afinada com o texto constitucional. Não vejo erro nem ilegalidade no critério adotado pela Administração no decreto citado. A diferença variará conforme variem, para mais ou para menos, os vencimentos do cargo ou função de origem e do cargo ou função transitórios." (Apelação Cível nº 0044628-03.2009.8.26.0053, julgada em 13.8.12).

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Servidor Público Estadual. Incorporação de décimos. Artigo 133 da Constituição Estadual. Base de cálculo. ***Inteligência do Decreto nº 35.200/92. Decreto que não extrapola os limites do poder regulamentar****. Improcedência da ação mantida. Recurso improvido."* (Apelação 1013729-06.2015.8.26.0114; Relator (a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2018; Data de Registro: 06/06/2018).

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – Incorporação dos décimos – Pretensão de manutenção dos valores que vinham sendo pagos com fundamento no artigo 133 da Constituição Estadual – Impossibilidade – Verbas condicionadas à existência de diferenças remuneratórias – Mitigação das diferenças que enseja, obrigatoriamente, a redução das parcelas compensatórias pagas – ***Obrigação de recálculo prevista no artigo 8º do Decreto 35.200/92 – Determinação que se coaduna com a previsão do constitucional – Inexistência de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos*** *– Sentença reformada – Recurso dos autores improvido e recurso fazendário provido."* (Apelação 1057730-31.2016.8.26.0053; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/05/2018; Data de Registro: 29/05/2018).

"APELAÇÃO – RECÁLCULO DE PROVENTOS – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – DÉCIMOS DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – Pleito de recálculo dos valores referentes à gratificação prevista no art. 133 da Constituição Estadual – impossibilidade – ***Decreto nº 35.200/1992 que não extrapolou limites do poder regulamentar*** *– autores que, ademais, não comprovaram o alegado prejuízo sofrido, limitando-se a fazer alegações genéricas – inteligência do art. 373, I, do CPC/2015 – sentença mantida. Recurso não provido."* (Apelação 1017407-81.2016.8.26.0053; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 23/05/2018).

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. Ação de rito ordinário. Servidores públicos estaduais. Pleito de recebimento dos décimos, do art. 133, da CE, incluídas as vantagens pecuniárias. Sentença que julga a ação procedente. Reforma. Décimos, do art. 133, da CE, que são da diferença entre o cargo de que é titular o servidor e a função exercida de remuneração superior, excluídas expressamente as vantagens pecuniárias. Inteligência do art. 2º, III, a, do DE n.º 35.200/92. Ausência, ademais, de demonstração de equívoco no cálculo dos décimos. Precedentes. Sentença reformada. Apelação e remessa necessária providas." (Apelação 1029288-21.2017.8.26.0053; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 31/01/2018).

Acesso ao Sumário

Preservados, portanto, os artigos 2º, 5º, caput, e 37, inciso XV, 84, inciso IV, da Constituição Federal.

4. Improcedente o pedido, inverto os ônus da sucumbência e, em consonância com o § 2º e § 4º, inc. III, do art. 85 do NCPC, arbitro os honorários advocatícios em 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, já observado o trabalho adicional promovido em fase recursal pelo advogado da parte vencedora (§11 do art. 85, NCPC).

A fixação dos honorários advocatícios neste patamar se justifica, pois, com a inversão da sucumbência, não há condenação principal, tampouco proveito econômico obtido pelos autores, de modo a atrair a aplicação do § 6º do art. 85, do NCPC: *"Os limites e critérios previstos no §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito".*

A sucumbência atribuída aos autores fica suspensa, nos termos do § 3º, do art. 98 do NCPC, uma vez que são beneficiários da justiça gratuita (fls. 109).

Destarte, pelo meu voto, anulo a sentença e, aplicando-se o disposto no §3º, inc. II, do art. 1013, do NCPC, nego provimento ao recurso dos autores e dou provimento ao recurso da Fazenda do Estado para, agora, julgar improcedente o pedido.

Faculto aos interessados manifestação em dez dias de eventual oposição a julgamento virtual de recurso futuro para sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007639-90.2018.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes LEANDRO GEANINI VICENTE (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e LEONICE GEANINI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para cumprimento do V. Acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.501)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 10 de maio de 2019.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – EXTINÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL – DECISÃO SURPRESA – NULIDADE – Sentença que extinguiu o processo sem intimar pessoalmente os exequentes para que pudessem promover as diligências necessárias para fins de expedição de RPV – Decisão surpresa configurada, sendo de rigor o reconhecimento da nulidade do provimento jurisdicional – Devolução dos autos à origem para intimação pessoal dos exequentes, nos termos do art. 485, §1º, do CPC – Sentença anulada – Recurso conhecido e provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fl. 75, cujo relatório adoto, que extinguiu o cumprimento de sentença contra a Fazenda, com base no art. 924, inc. II, do CPC, vez que houve cumprimento da obrigação principal (fornecimento de fraldas geriátricas) sem oposição dos exequentes.

Opostos embargos de declaração às fls. 79/83 pelos exequentes, o V. Juízo *a quo* deixou de acolhê-los em razão de inexistir omissão no tocante à expedição de RPV relativa ao valor de *astreintes* de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), pois os recorrentes não propuseram dentro do prazo legal o incidente de requisição de pequeno valor para executar o referido montante.

Os exequentes, inconformados com a r. sentença, interpuseram recurso de apelação às fls. 87/94, aduzindo, em suma, que a execução das *astreintes* não poderia ter sido extinta pelo V. Juízo a quo, ainda mais da forma como feita, isto é, sem maiores esclarecimentos. Alegam que não houve intimação pessoal para que pudessem promover o requerimento da expedição do RPV, revestindo-se de nulidade o provimento jurisdicional.

Houve oferecimento tempestivo de contrarrazões pela Fazenda às fls. 99/102, pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 85/86 e 87) – sem recolhimento do preparo recursal a esta Superior Instância por força de gratuidade de justiça deferida em ação de conhecimento –, o recurso é recebido e conhecido, admitindo-se o seu processamento em seus regulares efeitos.

No mérito, o recurso comporta provimento, devendo a r. sentença ser anulada, vez que não houve intimação pessoal dos exequentes para que pudessem diligenciar pela instauração do incidente de requisição de pequeno

Acesso ao Sumário

valor das *astreintes* de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Analisando o caso concreto, verifica-se que os exequentes deram andamento ao cumprimento de sentença para que a Fazenda Pública adimplisse a obrigação de pequeno valor oriunda da entrega intempestiva de fraldas geriátricas (fl. 04).

Na petição, aliás, houve esclarecimentos de que a Fazenda deixou de entregá-las após 19.02.2018, momento a partir do qual se iniciou a incidência de *astreintes* no valor de R$ 100,00 (cem reais), limitada a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), consoante título judicial que fundamenta o presente cumprimento de sentença.

Quedando-se inerte a Fazenda, não obstante intimada para ofertar impugnação ao cumprimento (fl. 63), houve manifestação de órgão estadual via *e-mail* sobre o caso (fls. 66/68), afirmando como se daria o fornecimento das fraldas, sem, todavia, questionar o valor requerido a título de *astreintes.*

Ato contínuo, a serventia intimou o advogado dos exequentes para tomar ciência da resposta do DRS XV do Município, cujo conteúdo, nos termos do ato, "*comunica a disponibilidade do medicamente e orienta como proceder para a retirada, bem como informa que as fraldas estão em processo de compra*" (fl. 69), transcorrendo novamente *in albis* o prazo para manifestação (fl. 71).

Por fim, além desses atos, foram promovidos pela serventia a intimação dos exequentes sobre o decurso do prazo de impugnação da Fazenda para que apresentassem o PrecWeb no prazo de 30 (trinta) dias (fls. 72/73), ocasião em que não houve protocolização dentro do prazo legal do incidente de requisição de pequeno valor, tendo o V. Juízo *a quo*, em razão disso, extinto o cumprimento por satisfação da execução e por inércia da parte ativa quanto ao andamento da expedição do ofício requisitório.

Diante desse enredo, tem-se que o provimento deve ser anulado, pois, a uma, deveria ter o Juízo intimado pessoalmente os exequentes para promoverem o andamento do RPV antes da extinção do cumprimento, e, a duas, a inércia no tocante à expedição do requisitório de pequeno valor ensejaria, no máximo, o arquivamento do cumprimento em relação a este capítulo de sentença, e não a extinção por satisfação da execução com base no art. 924, inc. II, do CPC.

Assim, de rigor se mostra a aplicação, *mutatis mutandis*, do art. 485, § 1º, do CPC, cujo conteúdo exige a intimação pessoal da parte, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, para promoção de atos e diligências pertinentes à satisfação do crédito. No caso concreto, apesar de terem os exequentes sido intimados para realização desses atos, não houve intimação pessoal a fim de evitar a decisão surpresa, sendo de rigor, portanto, a anulação do provimento.

Nesse sentido, coligem-se julgados afetos à temática relativa à intimação pessoal das partes:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Pedido de revogação da justiça gratuita e início da fase de cumprimento de sentença. Dúvida acerca da intimação da autora-executada para contrapor-se ao pedido, eis que o cadastro de sua advogada encontra-se inativo perante à OAB e transcorreu aproximadamente cinco anos entre o trânsito em julgado da sentença e o início da execução. Anulação da decisão agravada, com determinação de retorno dos autos à origem para intimação pessoal da autora-executada. RECURSO PREJUDICADO, com observação" **(TJSP, AI nº 2032128-78.2019.8.26.0000, rel. Des. JARBAS GOMES, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 02.04.2019);**

"APELAÇÃO. Ação de desapropriação. Extinção do processo sem julgamento do mérito com base no inciso IV, art. 267, CPC. Impossibilidade. Presença dos pressupostos processuais. Inércia na retirada da carta precatória e comprovação de protocolamento. Hipótese que apenas possibilitaria a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no inciso III, art. 267, CPC. Necessária observância do seu § 1º. Publicação no DJE que não equivale à intimação pessoal. Inobservância da necessária intimação pessoal para suprir o feito em 48 horas. Sentença reformada. Recurso de apelação provido, para que prossiga regularmente a ação de desapropriação" **(TJSP, Ap nº 1001620-55.2014.8.26.0126, rel. Des. MARCELO SEMER, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 26.10.2015).**

Nesse sentido, **anulo a sentença**, devendo o processo retornar ao V. Juízo *a quo* para fins de prosseguimento, sendo de rigor a intimação pessoal dos exequentes para que, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, manifestem-se sobre a expedição de RPV.

Deixo de fixar honorários, tendo em vista que não fora fixado na sentença: "*Não haverá honorários de sucumbência recursal quando nas outras instâncias não houve a fixação em desfavor do recorrente. Isso porque o texto da lei prevê, expressamente, que somente serão majorados os "honorários fixados anteriormente", de modo que, não havendo arbitramento de honorários pelas instâncias ordinárias, não incidirá a regra do § 11 do art. 85 do CPC/15*" **(STJ, REsp nº 1.661.990/MS, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 22.08.2017).**

Por fim, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "*é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de "embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para cumprimento do V. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042697-30.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ÁLVARO CORREA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - IPREM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Após voto do Relator, que foi acompanhado pelo 2º Juiz, o 3º Juiz apresentou divergência. Aplicada a técnica de ampliação do Colegiado, nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, foram convocados os Desembargadores Marcelo Berthe e Maria Laura Tavares, que acompanharam o voto do Relator Sorteado. Resultado do julgamento: Por maioria, negaram provimento ao recurso, em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. Vencido o 3º Juiz, que declara. **(Voto nº 27.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FRANCISCO BIANCO, NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 23 de abril de 2019.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: REPARAÇÃO MORAL – Pedido de ressarcimento pela reversão de aposentadoria voluntária ocorrida em março/2016 – Dano moral não caracterizado – Réus que agiram no estrito cumprimento do dever legal – Exegese da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal – Verificação pelo Tribunal de Contas da não implementação dos requisitos para a aposentadoria do servidor – Determinação à Administração Municipal de regularização do decreto de concessão – Autor notificado e que optou em permanecer em atividade a fim de não sofrer perdas nos proventos – Observância ao contraditório – Requerente que, cumpridas as

Acesso ao Sumário

exigências legais, obteve sua aposentadoria com proventos integrais em abril/2017 – Manutenção da sentença – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Álvaro Correa contra r. sentença do digno Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 235/237), que julgou improcedente ação ajuizada em face da Prefeitura de São Paulo e do Instituto de Previdência do Município de São Paulo - IPREM com pedido de ressarcimento moral decorrente de ordem do Tribunal de Contas do Município para revisão administrativa da aposentadoria concedida ao autor, o que ocasionou sua reversão aos quadros do funcionalismo por mais 180 dias, após oito anos da aposentação.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) dano moral presumido; b) encontrava-se numa rotina de aposentado de mais de oito anos; c) ofensa à dignidade da pessoa humana; d) erro grosseiro; e) reforma do julgado (fls 244/249).

Apelo respondido com preliminar de prescrição (fls 253/271).

É o relatório.

1- Demanda ajuizada por Álvaro Corrêa acionou a Prefeitura de São Paulo e o Instituto de Previdência do Município de São Paulo, objetivando reparação moral pela reversão de sua aposentadoria voluntária por ordem do Tribunal de Contas do Município, diante do não preenchimento dos requisitos para recebê-la no momento em que lhe fora outorgada.

Reclama o autor, em síntese, que foi aposentado com proventos integrais em agosto/2008 no cargo de Agente de Apoio Nível II, todavia, passados mais de oito anos, o Município, pautado em decisão do Tribunal de Contas, em março/2016 cancelou o ato de aposentadoria e determinou seu retorno às atividades laborativas por mais 180 dias.

Queixa-se que não houve procedimento administrativo para a anulação e que foi forçado a modificar sua vida estabilizada aos 64 anos de idade por erro administrativo grosseiro, fato que resultou em estresse emocional e humilhação pelos colegas de trabalho.

2- Rejeito a preliminar trazida nas contrarrazões, aliás descabida sua reiteração nesta via, vez que bem refutada na sentença de primeiro grau (fls 236).

A contagem do prazo prescricional tem como termo *a quo* o decreto de cancelamento aqui impugnado ocorrido em março/2016 e não o ato de concessão

Acesso ao Sumário

do benefício datado de agosto/2008.

3- Dano moral não caracterizado.

Os fatos não avançaram para além da fronteira do mero aborrecimento, com a nota de que o reclamante diz que sofreu escárnio dos colegas de trabalho, mas não especificou no que consistiram as humilhações – irresignação por irresignação.

A propósito, sobre a doutrina do dano moral do mero aborrecimento, o simples contratempo, leia-se Carlos Roberto Gonçalves:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar danos morais pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (que assegura o 'direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem') e X (que declara inviolável 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas') e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático 'a dignidade da pessoa humana'.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (Responsabilidade Civil, 10ª edição, páginas 610/611, Saraiva).

No mais, os réus agiram no estrito cumprimento do dever legal.

Preceitua a Súmula nº 473 do E. Supremo Tribunal Federal: *A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se origina direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

O Tribunal de Contas, em reanálise, verificou a não implementação dos requisitos para a aposentadoria do servidor e determinou à Administração Municipal a regularização do decreto de concessão.

O autor foi notificado do equívoco, teve à disposição opções a fim de

Acesso ao Sumário

corrigir sua situação funcional e ao final escolheu permanecer em atividade mais tempo a fim de não sofrer perdas nos proventos, tudo em observância ao contraditório (fls 124, 127, 130 e 132).

Cumpridas as exigências legais, o requerente obteve a aposentadoria voluntária, por tempo de contribuição, com proventos integrais em abril/2017 (fls 156 e 224).

Nestes termos, de rigor a manutenção da r. sentença.

Por meu voto, nego provimento à apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 36.476)

Vistos;

Adotado o relatório do DD. Desembargador relator sorteado **Fermino Magnani Filho**, ouso respeitosamente divergir do respeitabilíssimo voto de sua relatoria, por vislumbrar a existência de dano moral no caso presente.

Isto, porque não se pode considerar mero aborrecimento o fato de um servidor cuja aposentadoria foi cassada depois de mais de oito anos de inatividade.

Acresça-se a isso, o fato de que tudo ocorreu mediante processo administrativo do Tribunal de Contas, ao qual o autor não compareceu. Na realidade foi um tremendo transe para um cidadão que já gozava a inatividade no serviço público.

Há evidente dano moral e dano moral reparável.

Destaco, ademais, que, apesar de o valor estimado pelo autor ser módico.

Feitas essas observações, meu voto se dirige no sentido de divergir do entendimento exarado pelo DD. Desembargador Relator, Fermino Magnani, quando ao **provimento** do recurso, nos termos em que expostos.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029539-30.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MARCELO MARCHESE DAMINI, é apelado 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:

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 10 de maio de 2019.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Pessoa com deficiência física. Isenção de IPVA obtida em 2017. Lei Estadual n.º 16.498/2017 que limitou a isenção para veículos usados de valor até R$ 70.000,00. Constitucionalidade. Reconhecimento. Precedentes deste Tribunal, inclusive em sede de incidente de inconstitucionalidade (Incidente nº 0038459-47.2018.8.26.0000). Cobrança do IPVA de 2018 e seguintes. Possibilidade. Inexistência de direito adquirido. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por MARCELO MARCHESE DAMINI em face do ESTADO DE SÃO PAULO alegando que é portador de deficiência física e, por conta disso, obteve isenção de IPVA por ocasião da aquisição do veículo em 2017 (Toyota Hilux SWSRX placas GIZ 7488, avaliado em aproximadamente R$ 217.064,00). Ocorre que a lei estadual reguladora desse tipo de isenção foi modificada em 2017, quando então passou a admiti-la somente para veículos cujo valor não exceda R$ 70.000,00. Pede declaração de continuidade da isenção não só para o exercício de 2018, como também para os futuros.

A ação foi julgada improcedente (fls. 78/82).

Recorre o autor buscando a inversão do julgado (fls. 86/92).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 97/110).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Dispunha o artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº. 13.296/2008, que estabelece o tratamento tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, *in verbis*:

É isenta do IPVA a propriedade:

(...) III – de um veículo adequado ***para ser conduzido por pessoa com***

Acesso ao Sumário

deficiência física.

Houve inovação legislativa consistente na Lei Estadual n.º 16.498/2017, com alteração do inciso III do artigo 13 da Lei Estadual n.º 13.296/2008, que passou a prever expressamente a isenção tributária "*de um único veículo,* ***de propriedade de pessoa com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista***".

A alteração legislativa, na esteira do que vinha sendo reconhecido pela jurisprudência, considerou que o fim colimado pela isenção do imposto consiste na promoção e integração social da pessoa com deficiência, inclusive a impossibilitada de dirigir automóvel, favorecendo e facilitando a utilização de meios de transporte mais convenientes às suas necessidades e possibilidades.

Entretanto, a mesma Lei 16.498/2017, acrescentou à Lei nº 13.296/2008 o §1º-A ao artigo 13, nos seguintes termos:

"Artigo 4º - Ficam acrescentados à Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008, os dispositivos adiante elencados:

I - o § 1º-A ao artigo 13, com a seguinte redação:

"§ 1º-A - Relativamente à hipótese prevista no inciso III:

1. a isenção aplica-se a veículo:

a) novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência;

b) usado, cujo valor de mercado constante da tabela de que trata o § 1º do artigo 7º desta lei não seja superior ao previsto no convênio mencionado na alínea "a" deste item;" (**g.n**.)

O Convênio ICMS 38/2012 estabelece na cláusula primeira, §2º: *O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes,* ***não seja superior a R$ 70.000,00*** *(setenta mil reais)*. No mesmo sentido a Portaria CAT 98, de 11 de outubro de 2017.

Portanto, ao portador de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista é garantida a isenção de IPVA, desde que o valor do veículo seja inferior a R$ 70.000,00. A limitação estabelecida não viola princípio da isonomia tributária e o princípio da proteção integral à dignidade humana, como sustenta o autor, tampouco padece de inconstitucionalidade.

O artigo 111 do CTB estabelece a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Tal limitação, ao contrário do que alegado pelo apelante, de forma alguma viola sua dignidade, cidadania ou

Acesso ao Sumário

liberdade de ir e vir.

Com efeito, incumbe ao Poder Judiciário corrigir eventuais distorções decorrentes da aplicação da norma, consoante dispõe o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Na mesma linha, o artigo 8º do Código de Processo Civil vigente determina que *ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Neste sentido, o reconhecimento da jurisprudência a respeito da isenção para portadores de deficiência que não eram os condutores dos veículos, como antes referido e hoje previsto na própria lei. Reconhecia-se que independente de poder conduzir ou não o veículo, impunha-se garantir a isenção a ambos, facilitando a aquisição do automóvel numa interpretação que acolhesse aos anseios da coletividade, prestigiando os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de modo a atender ao escopo social da atividade jurisdicional. Aqui sim a verdadeira aplicação do princípio da isonomia.

No caso em tela, entretanto, o demandante é proprietário de veículo cujo valor é superior ao limite estabelecido para fazer jus à isenção. Caso o autor fosse proprietário de veículo de valor inferior ao limite, teria garantida a continuidade da isenção. Como é incontroverso o fato de que o valor de mercado de seu usado é superior ao limite, não preenche o requisito necessário e não há falar, por conseguinte, em violação ao princípio da isonomia. Neste ponto, não há que se clamar ao Judiciário por uma interpretação extensiva da norma.

Roque Antonio Carrazza ensina (*in* Curso de Direito Constitucional Tributário, 26ª ed., Malheiros, 2010, p. 906/907):

Mas também o princípio da igualdade paira sobre as isenções tributárias. De fato, elas só podem ser concedidas quando favorecem pessoas tendo em conta objetivos constitucionalmente consagrados (proteção à velhice, à família, à cultura, aos deficientes mentais, aos economicamente mais fracos, isto é, que revelam ausência de capacidade econômica para suportar o encargo fiscal, etc).

...

Como vemos, a isenção tributária encontra fundamento na falta de capacidade econômica do beneficiário ou nos objetivos de utilidade geral ou de oportunidade política que o Estado pretende venham alcançados. Nisto difere do privilégio, que se funda unicamente no valor que se pretende outorgar a contribuintes (ou classe de contribuintes) que reúnem todas as condições para suportar a tributação.

Acesso ao Sumário

Pertinente ainda citar lição da doutrina de Leandro Paulsen (*in* Curso de Direito Tributário Completo, 8ª edição, Saraiva, 2017, livro digital):

O problema não está na instituição de tratamento diferenciado que, em si, nada revela quanto à validade da normal. Importam, isso sim, as razões e os critérios que orientam a discriminação.

Efetivamente, o princípio da isonomia não apenas proíbe tratamentos diferenciados sem uma justificação constitucional, como exige tratamentos diferenciados onde haja distinta capacidade contributiva ou essencialidade do produto.

Apreciando "*as razões e os critérios que orientam a discriminação*" sob análise, a jurisprudência amplamente majoritária deste E. Tribunal de Justiça não reconhece a inconstitucionalidade aventada pelo apelante (**Ap. 1000077-03.2018.8.26.0053** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **1ª Câm**. – Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez – J. em 20.06.2018, v.u.; **Reexame Necessário1034215-30.2017.8.26.0053** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **2ª Câm**. – Rel. Des. Renato Delbianco – J. em 26.02.2018, v.u.; **AI 3000879-29.2018.8.26.0000** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **3ª Câm**. – Rel. Des. Encinas Manfré – J. em 12.06.2018, v.u.; **AI 2094274- 92.2018.8.26.0000** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **4ª Câm**. – Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti – J. em 11.06.2018, v.u.; **AI 2039636-12.2018.8.26.0000 –** TJSP – Sç. Dir. Públ. – **5ª Câm**. – Rel. Des. Heloísa Mimessi – J. em 20.04.2018, v.u.; **AI 2020614-65.2018.8.26.0000** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **8ª Câm**. – Rel. Des. José Maria Câmara Junior – J. em 04.04.2018, v.u.; **AI 2046824-56.2018.8.26.0000** – TJSP – Sç. Dir. Públ. – **10ª Câm**. – Rel. Des. Torres de Carvalho – J. em 09.04.2018, v.u.), sendo de se destacar o decidido pelo C. Órgão Especial em incidente de inconstitucionalidade que envolve a norma sob exame:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 4º, inciso I, da Lei Estadual nº 16.498/17, na parte em que acrescentou ao artigo 13 da Lei nº 13.926/2008, o § 1º-A, o qual determina que a isenção de IPVA para proprietário com deficiência física fica limitada a veículo automotor de até R$ 70.000,00 – Alegação de violação ao princípio da isonomia tributária, devendo a isenção ser estendida a veículo de valor superior – Discrímen que garante a concessão da isenção àqueles deficientes físicos que realmente necessitam do benefício para sua inclusão e não a outros que possuem condições financeiras de adquirir veículo de valor elevado, sob pena de prejuízo indevido ao erário – Inconstitucionalidade não verificada – Incidente não acolhido".

(Incidente de Inconstitucionalidade 0038459-47.2018.8.26.0000 – TJSP – Órgão Especial – Rel. Des. Salles Rossi – J. em 27.02.2019, v.u.)

Ora, como sabido, tal decisão proferida pelo C. Órgão Especial em incidente de inconstitucionalidade constitui precedente aos diversos órgãos

Acesso ao Sumário

fracionários deste E. Tribunal na análise de processos que impliquem a mesma controvérsia.

Inclusive o parágrafo único do artigo 949 do Código de Processo Civil de 2015 desobriga os órgãos fracionários do Tribunal a submeter novamente ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento sobre a lei impugnada.

Nesse sentido, afirma Nelson Nery Junior:

Quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção etc.) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar a decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida de economia processual[1].

Convém transcrever as ementas de alguns julgados deste E. Tribunal de Justiça, inclusive desta C. 2ª Câmara de Direito Público:

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de isenção do IPVA incidente sobre automóvel adquirido por portador de monoparesia de membro inferior esquerdo, cujo valor excede R$ 70.000,00 – Inadmissibilidade – Lei Estadual nº 13.296/2008 alterada pela Lei Estadual nº 16.498/17, que é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos – Observância ao limite de valor determinado pelo Convênio ICMS 38/2012 – Isenção que não deve ser concedida ilimitadamente – Precedentes desta C. Corte – R. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1004568-05.2018.8.26.0554; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 30/07/2018).

MANDADO DE SEGURANÇA. Isenção de IPVA. Deficiência física. Valor do veículo que ultrapassa o limite de isenção estabelecido pela LE nº 13.296/2008 c.c. Convênio nº 38/2012. Isenção não concedida. Precedentes. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido. (TJSP; Apelação 1056635-29.2017.8.26.0053; Relator (a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/07/2018; Data de Registro: 25/07/2018).

Por fim, cumpre dizer as razões pelas quais não vingam as teses do direito adquirido e da anterioridade tributária. Para tanto, valho-me dos percucientes argumentos do d. Desembargador Fermino Magnani Filho:

1 Cf. NERY Jr, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade, Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 13ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 920.

*"**A isenção** constitui modo de exclusão do crédito tributário, 'ou seja, surge a obrigação, mas o respectivo crédito não será exigível; logo, o cumprimento da obrigação resta dispensado. **Cuida-se de benefício fiscal concedido por liberalidade do legislador**' (Leandro Paulsen - Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 18ª edição, página 1219, Saraiva, 2018).*

***E justamente por ser uma liberalidade estatal, pode ser revogada a qualquer tempo nos termos do artigo 178 do Código Tributário Nacional**: 'a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104'.*

***A ressalva quanto à isenção condicional e temporal, de fato, preserva o direito adquirido. Todavia, conforme entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, 'a irrevogabilidade da isenção concedida, nos termos do art. 178, do CTN, só ocorrerá se atendidos, cumulativamente, os requisitos de prazo certo e condições determinadas**' (REsp nº 575806/PE, relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 11/09/2007).*

No presente caso, a despeito da isenção ser condicionada ao preenchimento de requisitos preestabelecidos, não há que se falar em delimitação temporal.

A legislação anterior não concedia a isenção enquanto durasse a propriedade. Pensar de outro modo contrariaria a interpretação literal exigida pelo artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Nem há que se falar em violação ao princípio da anterioridade, vez que a Lei nº 16.498/2017 em vigor na data de sua publicação em 18 de julho de 2017, apenas considerou os fatos geradores de IPVA ocorridos a posteriori, e com fulcro no artigo 3º da Lei Estadual nº 13.296/2008 temos que:

'Artigo 3º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto:

***I - no dia 1º de janeiro de cada ano, em se tratando de veículo usado**;'*

[...]" (g.n.)

(TJSP; Apelação 1002453-59.2018.8.26.0053; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/09/2018; Data de Registro: 10/09/2018).

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Deixo de majorar os honorários advocatícios por força do quanto disposto no artigo 85, §11 do CPC, porquanto já fixados no patamar máximo.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria

Acesso ao Sumário

em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014447-21.2016.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUITA FILHO - UNESP, é apelado MARIO JEFFERSON QUIRINO LOUZADA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.431)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.

1. Professor Adjunto da UNESP lotado no Departamento de Apoio, Produção e Saúde Animal da Faculdade de Medicina Veterinária do Campus de Araçatuba – Instauração de processo administrativo disciplinar que culminou com sua demissão, com a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Transgressão às normas do Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa (RDIDP), em razão do exercício concomitante da docência em outra instituição de ensino, sem prévia autorização da UNESP – Pedido de reintegração ao cargo, com restabelecimento dos vencimentos suprimidos – Inviabilidade – Pena demissória devidamente aplicada por autoridade competente – Inteligência da Resolução UNESP nº. 85/99, regulamentada pela Portaria UNESP nº. 06/00 – Servidor enquadrado nas situações previstas nos artigos 241, incisos III e XIII, e 243, inciso IV, da Lei Estadual nº. 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado – Reverência

Acesso ao Sumário

aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – Ato administrativo discricionário praticado dentro dos limites legais, segundo a conveniência e a oportunidade da UNESP – Improcedência da ação – Reforma da sentença.

2. Reexame necessário (interposição *ex officio*) e recurso de apelação da UNESP providos.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 554/570, cujo relatório se adota, ***integrada em sede de embargos declaratórios (fls. 572/574 e 575)***, que ***julgou procedente a presente ação*** para anular a pena aplicada e determinar a reintegração do autor ao cargo que ocupava, devidos todos os vencimentos e vantagens não auferidos desde a dispensa, com os encargos legais (juros e correção), considerando-se o período como de efetivo exercício e apostilando-se. Os honorários advocatícios foram fixados em quinze por cento (15%) do valor atualizado da causa. ***O valor da causa original é de R$ 21.584,75 (fls. 01/30).***

A ***UNESP apelou*** (fls. 577/595), alegando, em síntese, que não houve ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da pena. O autor, estando vinculado ao regime de dedicação exclusiva, manteve contrato de trabalho, sob o regime da CLT, com entidade privada, por mais de doze (12) anos, sem prévia comunicação. A sentença guerreada promove verdadeira defesa dos exclusivos interesses do autor e menospreza a sua irresponsabilidade funcional, em manifesto prejuízo do interesse público. Ao minimizar a conduta do autor, a sentença atacada passa aos demais docentes a mensagem de que a violação do regime de dedicação exclusiva não ostenta maior importância. Ao violar a obrigação de manter vinculo exclusivo, seja qual o motivo, o autor sujeitou-se a uma jornada de trabalho incompatível que, via de regra, lhe acarretou desequilíbrios orgânicos e psíquicos, prejudicando sua produtividade. O vinculo de dedicação exclusiva visa, justamente, propiciar as melhores condições possíveis de trabalho ao professor universitário, que, através desse mecanismo, aufere vencimentos diferenciados. O indiciado defende-se dos fatos descritos na peça acusatória e não de sua capitulação legal. A avaliação da gravidade, que diz intimamente à escolha da pena a ser aplicada, passa, necessariamente, pela formação do convencimento dos membros da comissão processante.

Acesso ao Sumário

Houve resposta (fls. 598/609).

É o relatório.

De proêmio, dá-se por interposto o reexame necessário, *ex officio*,

em atendimento ao disposto no artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil vigente, combinado com a ***Súmula 490/STJ*: "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".**

Quanto ao mérito propriamente dito, o reexame necessário e o recurso de apelação da UNESP comportam provimento, o qual, ao contrário do que sugere o autor foi protocolado tempestivamente.

Com efeito, a decisão acolhedora (fls. 575) dos embargos declaratórios opostos pelo autor (fls. 572/574) foi disponibilizada no dia 23/04/18 e publicada no dia 24/04/18 (fls. 576). Contando-se o prazo legal de trinta (30) dias, com fundamento do disposto nos artigos 183, *caput*, 219, 224, 231, inciso VII, e 1.003, § 5º, todos do Código de Processo Civil vigente, o termo *ad quem* para a interposição do recurso de apelação foi o dia 19/06/18 (terça-feira), já computados os correspondentes interregnos de suspensão. Como o recurso de apelação da UNESP foi protocolado no dia 18/06/18 (segunda-feira fls. 577/595), não há que se falar em sua intempestividade.

Ao *meritum.*

Respeitado o convencimento do MM. Juiz de Direito *a quo*, entende-se que o ato administrativo demissório foi praticado dentro dos limites legais, de maneira que não há que se falar em direito reintegratório do autor ao cargo docente mantido junto à UNESP.

Juiz *a quo* entendeu que ***houve efetivamente a prática de infração funcional pelo autor*** consubstanciada na transgressão às normas do Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa (RDIDP), em razão do exercício concomitante da docência em outra instituição de ensino (***Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium***), sem prévia autorização da UNESP. Contudo, a única pena cabível – segundo seu convencimento – seria a de repreensão (artigo 252 da Lei Estadual nº. 10.261/68), de modo que o decreto demissório ofenderia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Portanto, de antemão, ***não se discute mais se houve ou não a prática da falta funcional.*** Trata-se de fato que não pode ser reavivado nesta instância revisora para eventualmente beneficiar o autor, pena de ofensa ao principio da *reformatio in pejus*. Significa dizer que, para todos os efeitos de direito, resta apenas a análise da adequação do comando judicial de procedência da ação, com determinação de reintegração ao cargo docente do autor, por entender que a pena demissória agrediria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto à razoabilidade e à proporcionalidade da pena demissória, não se entrevê ilegitimidade em sua aplicação, considerando a existência de expressa previsão legal que autorizava a UNESP a assim proceder, dentro dos limites de sua atuação discricionária.

Acesso ao Sumário

Pela infração funcional, por descumprimento às normas do Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa (RDIDP), assim definidas na Resolução UNESP nº. 85/99, regulamentada pela Portaria UNESP nº. 06/00, o autor foi enquadrado nas situações previstas nos artigos 241, incisos III e XIII, e 243, inciso IV, da Lei Estadual nº. 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, que assim estabelecem, *in verbis*:

Artigo 241 - São deveres do funcionário:

(...)

III - desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que for incumbido;

(...)

XIII - estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções;

(...)

Artigo 243 - É proibido ainda, ao funcionário:

(...)

IV - exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;

(...)

A pena de demissão, por sua vez, está expressamente prevista nos artigos 251, inciso IV, e 256, inciso II, ambos da sobredita Lei Estadual nº. 10.261/68, combinados com o artigo 157, inciso III, do Regimento Geral da UNESP, que assim preconizam, respectivamente:

Artigo 251 - São penas disciplinares:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - multa;

IV - demissão;

V - demissão a bem do serviço público; e

VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

(...)

Artigo 256 - Será aplicada a pena de demissão nos casos de:

I - abandono de cargo;

II - procedimento irregular, de natureza grave;

III - ineficiência no serviço;

IV - aplicação indevida de dinheiros públicos, e cinco) dias,

Acesso ao Sumário

interpoladamente, durante 01 (um) ano.

§ 1º - Considerar-se-á abandono de cargo, o não comparecimento do funcionário por mais de (30) dias consecutivos 'ex-vi' do artigo 63.

§ 2º - A pena de demissão por ineficiência no serviço, só será aplicada quando verificada a impossibilidade de readaptação.

(...)

Artigo 157 - As penas disciplinares aplicáveis aos membros do corpo docente são:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - demissão.

De outra parte, a pena demissória para os casos de transgressão dos preceitos do Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa (RDIDP) também está prevista nos artigos 24 e 25 da Resolução UNESP nº. 85/99, regulamentada pela Portaria nº. 06/00:

Artigo 24. O Chefe do Departamento e o respectivo Conselho são os responsáveis diretos pela verificação do fiel cumprimento das atribuições descritas nos Artigos 14, 15, 16, 17, 18, 20 e 21 do RDIDP e 22 do RTC.

Artigo 25. Caberá à CPA apurar a transgressão dos preceitos do RDIDP e do RTC.

§ 1º - Configurada a transgressão dos preceitos do RDIDP e do RTC, a CPA, uma vez garantido o contraditório e a ampla defesa, poderá propor ao Reitor, a aplicação das penas disciplinares de repreensão ou suspensão.

§ 2º - Nos casos em que a transgressão dos preceitos do RDIDP e do RTC for considerada de natureza que invoque a possibilidade da pena disciplinar de demissão, a CPA proporá ao Reitor a instauração de processo administrativo disciplinar.

§ 3º - O processo administrativo disciplinar de que trata o parágrafo anterior será instaurado especificamente contra o(s) docente(s) apontado(s) como responsável(eis), podendo culminar com a aplicação das penalidades previstas no Artigo l57 do Regimento Geral.

§ 4º Caracterizada a omissão do Chefe do Departamento, o mesmo será responsabilizado, ficando também sujeito às penalidades previstas no Artigo 157 do Regimento Geral.

A pena de demissão impingida ao autor, ademais, foi adequadamente aplicada pelo Reitor da UNESP (fls. 373), na qualidade de autoridade competente para a prática do ato, conforme determina a regra do artigo 158, inciso III, do Regimento Geral da UNESP:

Acesso ao Sumário

Artigo 158 - A competência para aplicação de penas disciplinares impostas aos docentes será:

I - do Chefe de Departamento, nos casos de repreensão;

II - do Diretor e do Presidente do Grupo Administrativo, quando couber, nos casos de suspensão;

III - do Reitor, nos casos de demissão.

A falta praticada pelo autor foi reputada de natureza gravíssima, pela quebra de obrigação de fidelidade à UNESP, diante do exercício de atividade paralela e concomitante não autorizada previamente, conforme o relatório de fls. 43/50 e a decisão de fls. 368/372.

Diante desse contexto e considerando, repita-se novamente, que a falta funcional praticada pelo autor, de natureza gravíssima, está sujeita, por força de lei, à pena de demissão, nos termos dos artigos 251, inciso IV, e 256, inciso II, ambos da sobredita Lei Estadual nº. 10.261/68, combinados com o artigo 157, inciso III, do Regimento Geral da UNESP, não é adequado desconstituí-la judicialmente, pena de incursão indevida no mérito do ato administrativo.

Sobre o tema, assim ensina o ***Professor Hely Lopes Meirelles***[1]:

"Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa do acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz".

No caso dos autos, a sanção imposta ao autor é legitima, porque expressamente prevista em lei, tendo o processo administrativo disciplinar reverenciado as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os motivos da punição foram adequadamente descritos no processo administrativo disciplinar, ao passo que o ato demissório foi praticado por autoridade competente. Portanto, substituir ou modificar a pena aplicada ao autor torna-se inviável, pois a proporcionalidade e a razoabilidade da medida têm seus limites

1 *Direito Administrativo Brasileiro, 26ª Edição, 2001, São Paulo, Malheiros Editores, páginas 655 e 656.*

na própria norma que autorizou seu desligamento dos quadros funcionais da UNESP. Dizendo de outro modo, se a lei de regência, que dirige a prática do ato administrativo, permite a aplicação da pena impingida, haja vista a gravidade da infração funcional, descabe substituir a discricionariedade da autoridade competente que agiu legitimamente respaldada.

A discricionariedade do ato em tela, pautada em critérios de conveniência e oportunidade da UNESP, trilhou os limites legais para o seu implemento, de maneira que não há razão para o seu desfazimento.

Aliás, já decidiu o ***E. STJ*** que: **"(...) Não cabe ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade ou teratologia, adentrar no mérito do ato administrativo revendo o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade tida como coatora (...)" (*RMS 25.267/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 19/05/2009*).**

Ainda: **"(...) A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial (...) O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional (*José do Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, 2005, Ed. Lumen Juris, p. 32*). Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT, 446:213). Caso contrário, o Judiciário, ensina Hely Lopes Meirelles, '*estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial' (Direito administrativo, cit., p. 607).* Assim, o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos de legalidade. Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito (*Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, 9ª Edição, Ed. Saraiva, 2004, p. 95, 96*). A jurisprudência consigna em prol desse entendimento, consoante os precedentes da Suprema Corte e deste STJ: HC 73.940 - SP, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 26 de junho de 1.996; HC 72.082 - RJ, Relator Ministro FRANCISCO**

Acesso ao Sumário

REZEK, Tribunal Pleno, DJ de 1º de março de 1.996; HC 16.819 - PA, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, DJ de 15 de abril de 2.002 (...)" (HC 56.986/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 23/08/2006).'

Dessa forma, tendo o ato administrativo caminhado nos estreitos limites da legalidade, a partir de critérios definidos pela própria norma que autorizava a aplicação da pena demissória, não se entrevê ilegitimidade em sua prática, valendo a ressalva de que **"(...) Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário (...)" (Superior Tribunal de Justiça - RMS 9.319/MG, Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, j. 09/02/1999).**

Mesmo no que se refere à proporcionalidade e à razoabilidade da pena demissória, o ato administrativo não merece censura. Sob a ótica da UNESP, a reprimenda guarda estreita adequação com a gravíssima falta praticada pelo autor, que tinha pleno conhecimento das restrições quanto ao exercício de atividade docente em outra instituição de ensino, sem prévia autorização e desde que preenchidos os requisitos previstos na Resolução UNESP nº. 85/99:

Artigo 2º - O RDIDP é um regime especial de trabalho que visa a contribuir para a qualificação e a capacitação docente, a qualidade de ensino, a realização de pesquisa científica e tecnológica e a extensão de serviços à sociedade, bem como para o desenvolvimento de atividades relativas à gestão da Universidade.

Artigo 3º - O docente em RDIDP obriga-se a manter vínculo empregatício exclusivo com a UNESP, com atividade permanente na Unidade em que está lotado, vedado o exercício de qualquer atividade profissional fora do âmbito da UNESP, salvo o previsto no § 1º do Artigo 4º.

Artigo 4º - O docente em RDIDP obriga-se, na UNESP, a quarenta horas semanais de trabalho, durante as quais desenvolverá atividades de ensino, de pesquisa, de extensão e de gestão, bem como de prestação de serviços relacionados a essas atividades.

§ 1º - O docente em RDIDP, portador de, no mínimo, título de doutor e desde que em dia com as obrigações decorrentes desse regime de trabalho, poderá, em caráter excepcional, exercer simultaneamente, mediante remuneração e desde que não prejudique o desempenho de suas funções, as seguintes atividades, nas condições estabelecidas nesta Resolução:

1. difusão de idéias e conhecimentos;

2. exercício de atividades docentes;

3. assessoria, prestação de serviços e participação em projetos, decorrentes de ajustes de cooperação.

Acesso ao Sumário

§ 2º - Excepcionalmente, e mediante proposta do Departamento aprovada pela Congregação, poderá aplicar-se aos docentes com título de Mestre o disposto no §1º deste artigo.

§ 3º - O tempo total destinado às atividades previstas no § 1º deverá observar o limite médio de 08 horas semanais no período determinado para a execução do projeto.

(...)

Artigo 8º - O docente em RDIDP poderá exercer funções docentes, remuneradas ou não, no magistério superior, em nível de pós-graduação, em instituições públicas ou privadas e desde que o respectivo projeto de atividades seja aprovado pelo Conselho do Departamento e pela Congregação da Unidade em que está lotado.

§ 1º - A atuação em instituições públicas ou privadas externas à UNESP, de que trata este artigo, será exercida por tempo determinado e estará condicionada à existência de ajuste de cooperação específico para o projeto proposto, previamente celebrado entre a UNESP e as instituições interessadas.

§ 2º - O exercício concomitante de atividades docentes poderá ser permitido desde que:

1. o docente esteja confirmado no RDIDP;

2. a remuneração pecuniária, se houver, corra por conta de recursos oferecidos por entidades externas à UNESP, e desde que o docente obedeça às condições estabelecidas nas normas da UNESP que dispõem sobre a matéria.

3. a carga horária semanal destinada ao exercício concomitante de atividades docentes não seja computada no cálculo das horas-aula atribuídas ao docente na UNESP.

(...)

Artigo 27 - As atividades concomitantes remuneradas serão autorizadas pelo Reitor, ouvidos os órgãos colegiados da Unidade e a CPA, com exceção do disposto no Artigo 5º e §§ 1º e 2º dos Artigos 10 e 11.

Nas próprias palavras do MM. Juiz de Direito *a quo* (fls. 561/562):

"Quanto a alegação do autor que desconhecia a restrição imposta na Resolução UNESP nº. 85 soa quase pueril. Ora, trabalhou o autor na instituição por longos 25 anos, não se podendo aceitar que desconhecesse a regra do Regime que o próprio nome já traz ínsito seu significado, tampouco lhe dado o direito de alegar desconhecimento da norma que rege não só osdestinos dos servidores como da instituição em que trabalha, bem como tratar-se de dever funcional (artigo 241,

Acesso ao Sumário

XIII, Lei nº. 10.261/68)".

Especificamente sobre a apreciação judicial da legitimidade de pena disciplinar aplicada a servidor faltoso, a título puramente ilustrativo, já se decidiu que: **"(...) Não há confundir a análise do mérito administrativo, que é de exclusividade da Administração por exigir juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade do ato, com o exame de eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, que acarreta na ilegalidade e nulidade do ato e, portanto, é passível de ser examinada pelo Poder Judiciário (...)" *(REsp 876.514/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 19/10/2010).***

Além disso: **"(...) A aplicação de penalidades, ainda que na esfera administrativa, deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, isto é, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir à Administração), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato (...) A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos (...)" (*RMS 20.665/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. 05/11/2009).***

As circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano provocado à UNESP) e as circunstâncias subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais), de sua parte, não permitem ilação diversa da que motivou o ato demissório do autor. A exclusividade do vinculo empregatício exigido pela UNESP e a vedação de qualquer atividade profissional fora de seu âmbito institucional (artigo 3º da Resolução UNESP nº. 85/99) demarcam a gravidade do ato hostilizado, o que está devidamente demonstrado nos autos, consoante o documento copiado a fls. 549, que atesta que o autor manteve um cargo docente no ***Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium*** ao longo de aproximadamente doze (12) anos, no período de 07/08/01 a 28/06/13. Aliás, após o ajuizamento da demanda, em 11/16 (fls. 01/30), o autor foi recontratado pela mesma instituição de ensino, em 1º/08/17 (fls. 549). A regra da unicidade do vinculo trabalhista, assim, foi ferida em seu âmago, indicando a incompatibilidade da postura do autor frente ao dever funcional assumido perante a UNESP de dedicar-se exclusivamente às suas atividades na instituição, sem atrelar-se a nenhuma outra ocupação, sem prévia autorização, salvo as exceções expressamente previstas em norma vigente.

Acesso ao Sumário

Novamente, respeitada a posição do MM. Juiz *a quo*, não há espaço para repelir o ato demissório, pois sua gravidade, devidamente reconhecida pela UNESP, recomendava a medida adotada pela autoridade competente, nos limites da lei autorizadora. Pensar o contrário é equivocado, pois ao Poder Judiciário não é atribuída a competência para imiscuir-se na esfera discricionária da UNESP, que agiu dentro dos limites legais, segundo sua conveniência e oportunidade, para reprovar um ato que exigia uma medida mais severa, inclusive a título exemplar, a fim de que sua moralidade fosse restabelecida.

Nesses termos, reforma-se a sentença (fls. 554/570) e ***julga-se improcedente o pedido inicial***, devendo o autor arcar com os encargos da sucumbência, incluindo verba honorária advocatícia de vinte por cento (20%) sobre o valor atualizado da causa, com amparo no artigo 85, §§ 2º e 4º, inciso III, do Código de Processo Civil vigente.

É o que se decide.

Posto isso, **dá-se provimento aos recursos (oficial e voluntário).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014764-65.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados SILVANA SCATENA LIMA DA ROCHA e MARCELO MAURICIO DA ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.272)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), FERNÃO BORBA FRANCO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. Mandado de segurança. Indeferimento administrativo de pedido de constituição de nova empresa para revenda de combustíveis, a pretexto da existência de outra empresa do mesmo ramo de atividade a ocupar o local. Inocorrência do fato constatada. Inadmissibilidade de se validar o ato administrativo com base em motivo

Acesso ao Sumário

diverso do que o ensejou. Ordem concedida. Recursos não providos.

VOTO

Mandado de segurança impetrado por Silvana Scatena Lima da Rocha e outro contra o Delegado Regional Tributário de São José do Rio Preto, sustentando que teve indeferido pedido de constituição de nova empresa (Rocha Comércio de Combustíveis Ltda.) para revenda de combustíveis, qual seja, Rocha Comércio de Combustíveis Ltda., sob o argumento de existência de empresa aberta para o mesmo local, qual seja, Auto Posto Peixão Ltda.

Asseverando que locaram pelo prazo de 15 anos o imóvel onde anteriormente estava situado referido posto, e pretendendo ter empresa aberta em nome próprio, sustentam não subsistir obrigação legal de se proceder a alteração das cotas sociais ou mesmo fechamento ou baixa da empresa anterior para que apenas então se proceda a abertura de nova empresa no local.

Aduzem que falta subsunção à norma de vedação de abertura de empresa nova no local (art. 13, IV, da Portaria CAT 2/2011), porquanto as informações ou declarações constantes no expediente de abertura de empresa nova não são falsas, incompletas, inverídicas, incorretas ou que não puderam ser confirmadas pelo fisco, sendo, pois, que o cumprimento da determinação do fisco lhe traria prejuízos financeiros, bem como seria ofensiva ao princípio da livre iniciativa.

Pugnaram pela concessão da ordem para que se determine seja deferida a inscrição estadual, ainda na modalidade "suspensa", até que a ANP defira o Certificado de Revendedor à empresa nova.

Concedeu-a a segurança de fls. 362/4, cujo relatório adoto, para deferimento aos impetrantes a inscrição estadual na modalidade suspensa, até a vinda do Certificado de Revendedor a ser expedido pela ANP, desde que inexistente outro impedimento, porém diverso daquele inicialmente apresentado em sede administrativa, qual seja, a existência, no mesmo local, de outro posto revendedor de combustíveis, em atividade.

Acesso ao Sumário

A par da remessa necessária, apela a Fazenda Estadual (fls. 372/85). Informa que após a prolação da sentença, no expediente referente ao pedido de Inscrição Estadual formulado pela empresa Rocha Comércio de Combustíveis Ltda. (da qual são sócios os impetrantes), a Fiscalização analisou que além da colisão do endereço com outro estabelecimento ativo não existia nenhuma outra irregularidade. Que, assim, foi concedida a inscrição estadual à empresa com a situação cadastral de "suspensa" até a apresentação dos documentos faltantes. Que, ademais, em prosseguimento à fiscalização verificou que o estabelecimento anterior não mais ocupa o imóvel e, por isso, teve a inscrição estadual suspensa, com o que não haveria mais o óbice inicial para o funcionamento do posto

que estará sob a administração dos impetrantes, o que somente não implica na perda do objeto da segurança porque remanesce o risco concreto de, por algum motivo, o estabelecimento anterior pretender a manutenção de sua inscrição estadual, ainda que findo o seu contrato de locação para o imóvel, com o que não se poderia aceitar que 2 postos permanecessem em funcionamento no mesmo local.

Pugna pela reforma da sentença para reconhecer a impossibilidade jurídica para que duas empresas do mesmo ramo de atividade não possam funcionar ao mesmo tempo no mesmo local.

Contrarrazões às fls. 411/5.

É o relatório.

Assentou a sentença:

(...) Os impetrantes firmaram contrato de locação comercial de posto de combustíveis pelo prazo de 15 anos e, deste modo, pretendem constituir nova empresa no mesmo ramo.

Contudo, o pedido de inscrição estadual formulado perante a Delegacia Regional Tributária de São José do Rio Preto foi negado, uma vez que no mesmo endereço encontra-se estabelecida e em atividade a empresa "Auto Posto Peixão EIRELI".

A imposição da autoridade coatora no sentido de negar a inscrição estadual à impetrante, condicionando-a ao encerramento das atividades de empresa inicialmente instalada no local e atualmente em atividade, sem sombra de dúvidas, fere o princípio da livre iniciativa, o que não pode ser concebido. Isso sem falar que impedir o desenvolvimento empresarial trará prejuízos à empresa, que impedida de explorar a atividade econômica, deixará de auferir renda necessária ao custeio de suas despesas, tal como o aluguel do imóvel.

Ademais, como bem salientou a parte autora, a legislação tributária não exime o adquirente do fundo de comércio da responsabilidade tributária, conforme se observa do disposto no art. 133 do CTN.

Assim, a existência de outra empresa sediada no local, em atividade, não apresenta um óbice para o atendimento da pretensão da parte autora.

E, **comprovado pela impetrante que todos os requisitos legais foram atendidos, poderia, assim, conforme previsto na Portaria CAT 02/2011, em seu artigo. 5º, obter a inscrição estadual, contudo, na modalidade suspensa.**

(...)

Por fim, ressalte-se que **a autoridade coatora não logrou comprovar a prática de eventual fraude ou irregularidade pelos impetrantes. Assim, presume-se a boa-fé dos mesmos.** (grifei)

2. Como se extrai claro dos autos o ato administrativo impugnado tem como fundamento o art. 13, IV, da Portaria CAT 2/2011, segundo a qual:

Art. 13 - **Os pedidos de que trata o artigo 10 serão indeferidos nas**

Acesso ao Sumário

seguintes hipóteses:

I – não for efetuado nos termos desta portaria;

II – não for apresentado documento exigido por esta portaria ou pela autoridade fiscal;

III – qualquer das pessoas físicas, regularmente notificada, não comparecer para a entrevista pessoal mencionada no inciso I do artigo 4°;

IV – as informações ou declarações prestadas pelo requerente se mostrarem falsas, incompletas, inverídicas, incorretas ou não puderem ser confirmadas pelo fisco;

(...).

É induvidosa a falta de correlação entre o motivo que deu ensejo ao ato coator e o enquadramento adotado pela autoridade, já que conquanto tenha indeferido o pedido de concessão a inscrição estadual à empresa Rocha Comércio de Combustíveis Ltda. (da qual são sócios os impetrantes) com base no art. 13, IV, da Portaria CAT 2/2011, sustenta a validade no ato tão somente no fato de considerar inviável a existência de dois estabelecimentos comerciais registrados no mesmo imóvel.

Não é demais lembrar, nesse contexto, que o motivo integra a formalização do ato, havendo, pois, que guardar relação de pertinência lógica com a sua "causa", o que não se verifica.

É sabido que a Administração possui a faculdade de condicionar, limitar, e até mesmo suspender ou cassar a inscrição estadual de estabelecimento comercial, mas tal limitação não pode se dar ao arrepio da lei, sob pena de violação ao princípio da livre iniciativa econômica, como ponderou com acerto o MM. Juiz.

A par disso, também há que se considerar (o que *per se* também tornaria absolutamente insubsistente a tese sustentada pela autoridade) que pese alegar que a pretensão dos impetrantes tenderia à continuação (sucessão) das atividades econômicas da empresa estabelecida anteriormente no local, a própria fiscalização, durante o tramitar do feito, acabou por conceder a inscrição estadual à empresa de titularidade societária dos impetrantes (com a situação cadastral de "suspensa" até a apresentação dos documentos faltantes) por constatar que aqueloutra empresa anteriormente sediada no local (Auto Posto Peixão EIRELI) lá não mais se encontrava desde 1º/09/2017; Para tanto inclusive constatou a expiração do prazo contratual da respectiva locação (tendo, por isso, suspendido a inscrição estadual desta).

Acesso ao Sumário

Tal circunstância implica verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido, nada justificando, ao contrário do que pretexta em sede de recurso o fisco (à fl.375), a denegação da ordem preventivamente como forma de acautelar o "risco" de, por algum motivo, o estabelecimento anterior pretender a manutenção

de sua inscrição estadual, inclusive porque além de tal desiderato refugir em absoluto aos limites objetivos da impetração, não é possível validar (legitimar) ato administrativo por motivo diverso daquele que o ensejou, já que como leciona, Celso Antônio Bandeira de Mello *motivo é o* **pressuposto de fato** *que autoriza ou exige a prática do ato*[2].

Dito em outras palavras, há inquestionável relevância nos motivos em que se assenta o pedido inicial, não havendo razão lógica e jurídica para a reforma da sentença, como pretextado pela apelante à fl. 384, para reconhecer *a impossibilidade jurídica para que duas empresas do mesmo ramo de atividade não possam funcionar não mesmo tempo no mesmo local*.

O que seja, no caso, a tese fazendária é infundada porque partiu de premissa equivocada; É o se infere claro dos autos do expediente administrativo (fl. 387), assim expresso: *Analisado o presente expediente, verificamos que a Equipe de Fiscalização não executou as análises e verificações fiscais pertinentes ao caso conforme preceitos da Portaria CAT nº 02/2011, pois a constatação da existência de outra empresa no mesmo endereço acabou por prejudicar qualquer tipo de fiscalização à época em virtude da impossibilidade jurídica do pedido.*

Dessarte, caracterizada a ilegalidade do ato em testilha, alternativa outra não havia senão a de acolher a pretensão dos impetrantes, razão pela qual há que se manter indene a sentença, inclusive pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Posto isto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011255-12.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIS FERNANDO GIANCOLI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

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, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.651)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 401.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de junho de 2019.
CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Administração Pública que instaurou procedimento para aplicação de penalidade de suspensão do direito de dirigir – Documentação que demonstra que a decisão administrativa já transitou em julgado após o encerramento da fase recursal – Intempestividade do recurso à JARI, recebido pela autoridade coatora após o decurso do prazo fixado em notificação – Possibilidade de apontamento de qualquer restrição no prontuário do motorista ante o exaurimento do processo administrativo – Inteligência do art. 290, parágrafo único, do CTB – Resolução CONTRAN n° 182/2005 – Ausência de direito líquido e certo – Ordem denegada por outros fundamentos.

Recurso improvido, com observação.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 84, cujo relatório é adotado, denegou a segurança ante a perda superveniente do interesse processual, extinguindo o feito nos termos do art. 485, inciso VI do CPC, custas na forma da Lei. Sem condenação em verba honorária.

Sustenta, em apertada síntese, a existência de direito liquido e certo ao tempo da impetração do *mandamus*. Aduz que teve instaurado contra si procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir (PA 019-0008545-5/2018) em razão de autuações de trânsito praticadas com o veículo de placa ANZ-7373, sendo que ainda na pendência de apreciação de recurso administrativo os pontos das autuações foram lançados em seu prontuário. Requer a concessão da ordem com a reforma integral do julgado. (fls. 88/100).

Contrarrazões a fls. 103/106.

Desnecessária remessa dos autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça que tem deixado de se manifestar em casos que tais.

É o Relatório.

Cuida-se de ação mandamental proposta pelo recorrido, visando garantir o seu direito de dirigir, porquanto foi desconsiderada sua defesa administrativa, na forma de recurso interposto à JARI, conforme AR juntado a fls. 34, que

procura demonstrar a tempestividade do recurso.

Prevê o art. 290, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro: "*A apreciação do recurso previsto no art. 288 encerra a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades.* ***Paragrafo único****: Esgotados os recursos, as penalidades aplicadas nos termos deste Código serão cadastradas no RENACH*".

Por sua vez, a Resolução CONTRAN n° 182/2005, em seu artigo 24: "*No curso do processo administrativo de que trata esta Resolução não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de mudança de categoria da CNH, renovação e transferência para outra unidade da Federação, até a notificação para a entrega da CNH, de que trata o art. 19*".

Observe-se que, no caso dos autos, o comprovante anexado pelo impetrante dá conta apenas de que postou nos correios sua defesa administrativa no exato ultimo dia do prazo concedido pelo DETRAN para apresentação de recurso (fls. 27), sendo que a peça administrativa foi recebida pelo órgão de trânsito apenas dois dias depois, em 20/02/2018 (fls. 34). Daí porque a fls. 35 consta do processo administrativo ausência de interposição de recurso à JARI pendente de apreciação.

A Autoridade Coatora, portanto, logrou êxito em demonstrar o contrário do quanto alegado pelo Impetrante, sendo de rigor manter a denegação da segurança, ainda que por motivos distintos daqueles adotados em Primeiro Grau.

É certo que esta C. Câmara de Direito Público entende que havendo recurso administrativo pendente de apreciação pelo órgão de trânsito competente, não se pode impor as restrições no prontuário do condutor. Todavia, no caso em tela, as informações de fls. 25/35 demonstram que o autor não logrou êxito em interpor tempestivamente recurso à JARI, não sendo caso de acolhimento do pedido inicial.

Neste sentido, precedentes desta Nona Câmara de Direito Público:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – PROCESSO ADMINISTRATIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – BLOQUEIO DE PRONTUÁRIO NA PENDÊNCIA DE RECURSO – INADMISSIBILIDADE. 1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009). 2. No curso do processo administrativo instaurado para suspensão ou cassação da Carteira Nacional de Habilitação não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator. Inteligência dos arts. 5º, LV, CF, 265 e 290, parágrafo único, CTB, e art. 24 da Resolução nº 182/2005 do CONTRAN. Liminar indeferida. Inadmissibilidade. Decisão reformada. Recurso provido" (TJSP – 9ª C. Dir. Público – AI

Acesso ao Sumário

0069536-21.2011.8.26.0000 – Rel. Décio Notarangeli – j. 11.05.2011).

"REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – CNH – Bloqueio de carteira de habilitação e negativa de renovação – Procedimento administrativo para apuração de aplicação da penalidade pendente de julgamento definitivo – Aplicação do disposto na Resolução nº 182/2005 do CONTRAN e artigos 290, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro – Enquanto pendente de julgamento recurso administrativo não se pode impor penalidade – Reexame necessário desacolhido" (TJSP – 9ª C. Dir. Público – Decisão Monocrática 0034589-73.2011.8.26.0053 – Rel. Sérgio Gomes – j. 03.09.2012).

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração objetivando a renovação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), enquanto pendente recurso administrativo interposto contra a penalidade de suspensão do direito de dirigir – Sentença que concedeu parcialmente a segurança, para possibilitar a renovação da CNH – Manutenção necessária – Artigos 24 da Resolução nº 182/2005 do CONTRAN e 90 do Código de Trânsito Brasileiro – Decisão Monocrática – Negado seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil" (TJSP – 9ª C. Dir. Público – Decisão Monocrática 0247185-41.2009.8.26.0000 – Rel. Rebouças de Carvalho – j. 26.02.2013).

"REMESSA NECESSÁRIA. Mandado de segurança. Carteira Nacional de Habilitação - CNH. Processo de cassação. Penalidade aplicada. Pendência de decisão na esfera administrativa. Impossibilidade de cassação da CNH antes de esgotados os recursos perante a JARI e o CETRAN. Ordem concedida para afastar a sanção, somente até o trânsito em julgado do processo administrativo. Incidência da inteligência dos comandos insertos nos artigos 265 e 290, do Código de Trânsito Brasileiro. Sentença que concedeu a segurança mantida. Decisão que tem eficácia, exclusivamente, somente até o término da instância administrativa. Remessa necessária desacolhida" (TJSP – 9ª C. Dir. Público – Reexame Necessário 1026059-19.2018.8.26.0053 – Rel. Oswaldo Luiz Palu – j. 10.01.2019).

"REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – Bloqueio de CNH – Restrição anterior ao trânsito em julgado do procedimento administrativo para suspensão do direito de dirigir – Impossibilidade – Aplicação do art. 290, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro c.c. Resolução CONTRAN nº 182/2005 – Sentença de concessão da segurança mantida – Reexame necessário desprovido" (TJSP – 9ª C. Dir. Público – Reexame Necessário 1000659-51.2018.8.26.0619 – Rel. Moreira de Carvalho – j. 05.02.2019).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a denegação da ordem é medida que se impõe, ainda que por outros fundamentos.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, denegando a segurança vindicada em Primeiro Grau com fulcro no art. 487, inciso I do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005962-89.2018.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante EVENTOS FERRARI EXPRESS EIRELI, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE COTIA.

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 30.504)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de segurança – Licença de funcionamento – Estabelecimento que pretende operar na modalidade de jogos de poker "Texas Hold'Em" – Controvérsia sobre ser o jogo de azar ou não – Necessidade de dilação probatória que importaria em ausência de direito liquido e certo – Legalidade do ato administrativo que indeferiu a licença de funcionamento – Sentença que denegou a segurança que será mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eventos Ferrari Express - Eireli, contra a r. sentença (fls. 208/213), proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia, que lhe denegou a ordem em mandado de segurança, que pretendia a expedição de licença de funcionamento, pois a analise da matéria depende de dilação probatória o que impede caracterizar o eventual

direito liquido e certo do impetrante.

Em síntese, alega o apelante que o Jogo de Poker "Texas Hold'EM", não é de azar, tratando-se de modalidade esportiva, pois há predominância de habilidade do jogador. Solicitou alvará de funcionamento que lhe foi indeferido, sob alegação posterior de que se tratava de jogo de azar.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 235/240.

É o relatório.

A manutenção da r. sentença que denegou a segurança é de rigor.

O apelante teve negado seu pedido administrativo de alvará de funcionamento para o seu estabelecimento, onde alega haveria pratica de jogo de poker "esportivo", entre outros, de inicio sem aparente justificativa, mas posteriormente porque o Município alegou que a modalidade de Poker é jogo de azar, nos termos do art. 50 da Lei nº 3.688/41, Lei das Contravenções Penais.

Incontroverso que existam dúvidas a respeito de ser o jogo de poker de azar ou não, tanto que o E. STF, através do RE 966.177, esta discutindo, apenas na esfera penal, a aplicação de penalidade ou não, pela pratica do tal jogo de poker.

Ademais, embora alegue o apelante que não há apostas em dinheiro nem qualquer modalidade de fichas e etc., havendo somente pagamento de prêmios, não ficou muito bem esclarecido como se realizam as arrecadações de dinheiro para o pagamento dos tais prêmios.

Portanto não se configurou a ilegalidade no ato administrativo que negou o alvará de funcionamento à empresa apelante, pois a atividade que lá se realizará não se coaduna com a lei nem com os princípios gerais de direito, além disso a atividade do apelante poderá afetar a coletividade municipal.

Desse modo, havendo controvérsia a respeito da legalidade ou não do tal jogo de poker, como atividade meramente esportiva, obvio que há necessidade de dilação probatória, de modo que inexiste direito liquido e certo a ser amparado.

Nesse sentido, é o entendimento deste E. TJSP, como segue:

Alvará de funcionamento – Associação que promove o jogo de poker – Controvérsia sobre ser jogo de azar ou não – Irrelevância na hipótese, por não ter sido esclarecida a questão de inscrição, pagamento de entrada no clube, apostas, etc. – Legalidade do ato administrativo – Recurso provido. (A. C. nº 1005955-36.2015.8.26.0077 – Relª. Desª. Luciana Almeida Prado Bresciani – j. 13/12/2016).

Assim, entendo que o indeferimento da segurança deve ser mantido, pois a ação mandamental não é a adequada via eleita para o caso em tela, onde é necessária dilação probatória. O direito alegado não é liquido e certo, e, por isso, não está amparado pelo mandado de segurança, pois apenas pela documentação

Acesso ao Sumário

acostada aos autos não é possível se concluir tenha o impetrante o direito líquido e certo alegado.

Desse modo, agiu com acerto o magistrado sentenciante ao denegar a ordem, já que evidente a necessidade de instrução probatória.

Portanto, sendo requisito indispensável para a ação mandamental a existência de prova pré-constituída, no caso específico, não há direito líquido e certo demonstrado nos autos.

Conforme ensina Vicente Greco Filho em sua obra: "O Novo Mandado de Segurança", Editora Saraiva, 2010, p. 19:

> *"O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão por meio de mandado, devendo a parte pleitear seus direitos por meio de ação que comporte a dilação probatória."*

Confira-se a respeito, decisão desta Colenda 7ª Câmara de Direito Público:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Sentença de extinção do feito sem julgamento do mérito. Manutenção. Inadequação da via eleita – Mandado de segurança não se revela o meio adequado para o pleito, visto que as especificidades do caso exigem dilação probatória – Recurso não provido." (A. C. nº 1054548-66.2018.8.26.0053 – Rel. Des. Magalhães Coelho – j. 23.04.2019).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013040-77.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VAGNER PIRES 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: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.149)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – PROCEDIMENTO COMUM – COBRANÇA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANOS MORAIS – BLOQUEIO JUDICIAL INDEVIDO – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

2. Bloqueio de aplicações financeiras por equívoco. Privação indevida do patrimônio do administrado. Dano moral *in re ipsa*. Precedentes. Dever de indenizar presente. Sentença reformada. Pedido procedente. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença a fls. 124/126, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de condenação no pagamento de indenização por danos morais.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que suas aplicações financeiras foram indevidamente bloqueadas, causando-lhe prejuízos, daí a razão da procedência do pedido.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ressalvada a convicção da digna juíza prolatora da r. sentença atacada, assiste razão ao apelante.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, tratando-se de comportamento danoso comissivo, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

Acesso ao Sumário

No caso, não há controvérsia quanto à matéria de fato. O MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Cotia equivocadamente contra quem não era o devedor determinou o bloqueio de R$ 2.952,00 em aplicações financeiras do apelante, os quais somente foram liberados 26 dias depois.

Em razão do erro o apelante se viu indevida e injustamente privado de seu patrimônio por quase um mês. Em casos assim, esta Corte entende que o dano moral é *in re ipsa*, ínsito ao próprio ilícito praticado pelo Estado. Nesse sentido:

"Apelação Cível – Indenização por danos morais – Responsabilidade civil objetiva – Art. 37, § 6º, da CF – Teoria do Risco Administrativo – Executivo Fiscal – Direcionamento equivocado – Penhora "on line" – Incontroverso o equívoco do agente estatal ao direcionar incorretamente execução fiscal, dando ensejo à constrição de valores em conta bancária de pessoa homônima – Ilícito caracterizado – Dever de indenizar configurado. Arbitramento do "quantum" indenizatório – Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como às peculiaridades do caso concreto – Valor de R$ 9.370,00 fixado pelo Juízo "a quo" que segue mantido. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 1001019-17.2017.8.26.0620, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marrey Uint, j. 12/03/19).

"RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO – Penhora de contas bancárias em execução fiscal ajuizada contra homônimo por conta da incorreta inserção do CPF do autor naquela ação – Dano moral *in re ipsa* – Valor da indenização arbitrado em patamar razoável pelo Juízo de 1º Grau – Recurso não provido." (Apelação nº 1003462-52.2017.8.26.0292, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 20/06/18).

"APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – BLOQUEIO INDEVIDO DE VALORES – Dano moral decorrente de bloqueio judicial movido contra homônimo do autor – Caracterização de erro da Autarquia Municipal – Existência de nexo de causalidade entre o ato do requerido e o evento danoso – Incidência da responsabilidade objetiva do ente público – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF – Dano moral caracterizado por força do simples fato da violação – Desnecessidade de comprovação do prejuízo – Quantum arbitrado com adequação, observando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como em atenção aos aspectos reparador, punitivo e pedagógico da medida – Recurso desprovido." (Apelação nº 0000846-85.2014.8.26.0629, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 19/07/16).

"RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO – Bloqueio de valores depositados em conta corrente, motivado pelo ajuizamento de execução fiscal movida contra homônimo – Dano moral verificado – Afronta aos direitos da personalidade – Situação que ultrapassa o mero dissabor – Dano *in re ipsa* – Dinheiro proveniente de aposentadoria, usada para a subsistência do autor, pessoa idosa e com problemas de saúde – Precedentes jurisprudenciais – Reexame necessário não provido – Apelação da Municipalidade de Praia Grande não provida – Apelação do autor parcialmente provida." (Apelação nº 0010445-

Acesso ao Sumário

53.2013.8.26.0477, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 07/07/15).

Presente o dever de indenizar, passa-se à fixação do valor, que deve se pautar por dois aspectos: o retributivo e o punitivo. O primeiro visa dar o mínimo de conforto material àquele que teve sua tranquilidade de espírito violada e o segundo destina-se a desestimular que o autor da ofensa volte a realizar a conduta que ensejou a dor, tristeza, aflição naquele.

Na verdade, a indenização não pode se constituir em fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, nem tampouco ser irrisória ao ofensor a ponto de não o inibir de repetir a conduta lesiva. Nesse contexto, considerando-se o caso concreto, fixa-se o valor da indenização em R$ 6.000,00, equivalente ao dobro do valor bloqueado, o que atende as finalidades a que se destina a reparação civil.

Quanto aos acessórios da condenação, sobre o principal incidirão juros de mora, a partir do evento, e correção monetária a partir da sentença, nos termos do decidido definitivamente pelos Tribunais Superiores no julgamento dos Temas nº 810 do STF e nº 905 do STJ.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso para reformar a r. sentença apelada e julgar procedente o pedido inicial condenando a ré no pagamento de indenização por danos morais fixada em R$ 6.000,00, nos termos acima especificados, além de custas processuais e honorários advocatícios, incluindo os recursais, fixados em 12% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 3º e 11, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0006456-61.2018.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante GERALDO GONCALVES PEREIRA, é apelado DAAE-DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE RIO CLARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.372)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ex-ocupante de cargo em comissão – Pretensão ao recebimento de FGTS, licença-prêmio, adicional por tempo de serviço e auxílio-alimentação – Sentença de improcedência – Insurgência limitada ao adicional por tempo de serviço e auxílio- alimentação – Adicional que não é devido, diante da natureza administrativa do vínculo jurídico – Benefício previsto apenas aos servidores efetivos – Artigo 98, da LCM nº 17/07 – Extensão do direito ao vale-alimentação ao servidor comissionado – Impossibilidade de apresentação de tese nova na instância recursal, sob pena de supressão de grau de jurisdição – Artigo 1.013, do CPC – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada por ***Geraldo Gonçalves Pereira***, visando ao pagamento de FGTS, licença-prêmio, adicional por tempo de serviço e auxílio-alimentação referente ao período em que ocupou cargo em comissão no ***Departamento de Água e Esgoto de Rio Claro - DAEE.***

Ajuizada a demanda perante a Justiça do Trabalho, esta reconheceu sua incompetência absoluta para processar e julgar a ação, sendo os autos redistribuídos para a Justiça Comum (fls. 131/134).

Conforme sentença de fls. 261/267, o pedido foi julgado improcedente, condenado o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

Recorre o autor somente em relação ao adicional por tempo de serviço e auxílio-alimentação. Sustenta, em síntese, que na qualidade de servidor municipal era regido pela Lei Orgânica do Município que, no tocante ao adicional por tempo de serviço, não faz distinção entre cargos de provimento efetivo e em comissão, de modo que é vedado ao Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Rio Claro, norma hierarquicamente inferior, obstar o direito ao benefício. Aduz, ainda que a Lei Municipal nº 4.298/11 garante o pagamento de auxílio-alimentação a todos os seus servidores públicos municipais ativos, independentemente da condição dos cargos (fls. 270/279).

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 291).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e nego-

Acesso ao Sumário

lhe provimento.

De plano, cumpre observar que, embora na petição inicial o autor tenha elencado outros pedidos, em seu recurso pede somente a condenação do requerido no pagamento do adicional por tempo de serviço e auxílio-alimentação, de modo que a controvérsia recursal fica restrita ao seu cabimento.

A r. sentença merece ser mantida.

O autor foi contratado para exercer o cargo em comissão de Superintendente do DAAE em 01/01/2009, sendo exonerado em 31/12/2016.

O artigo 37, II, da Constituição Federal prevê que "***a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração."***

Sobre o tema, nos ensina José dos Santos Carvalho Filho que: "***Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).***" (Manual de Direito Administrativo, 17ª Ed., Editora Lumen Júris, p. 530).

Portanto, por força da disposição constitucional, o vínculo mantido com a autarquia possui natureza administrativa.

Nesse tipo de relação de trabalho, não existe – e nem se constitui – vinculação trabalhista entre as partes. Trata-se de contratação a título precário, não sujeito às regras da CLT, mas ao regime jurídico administrativo previsto na legislação de regência.

Acesso ao Sumário

No tocante ao adicional por tempo de serviço, dispõe o artigo 98, da Lei Complementar Municipal nº 17/07 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Rio Claro):

> ***"Artigo 98 – A cada período de um ano no serviço público municipal, será concedido ao funcionário um adicional correspondente a 1% (um por cento) do vencimento de seu cargo efetivo, até o limite máximo de 35% (trinta e cinco por cento), respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 89"*** – grifo nosso.

Destarte, apenas servidores efetivos fazem jus ao adicional por tempo de serviço, o que não é o caso do autor.

Ressalte-se que na inicial o autor, ao discorrer sobre a causa de pedir, expressamente requer a aplicação do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Rio Claro (fls. 06); porém inova na apelação sob o fundamento de que a Lei Orgânica do Município deve prevalecer sobre o Estatuto.

Ora, diante a inviolabilidade do duplo grau de jurisdição, é vedado a este Juízo apreciar questão que não foi levantada em 1º Grau.

O mesmo raciocínio aplica-se ao auxílio-alimentação.

Na inicial, o autor fundamentou sua pretensão nos seguintes termos:

"Por fim, em consonância com o princípio da isonomia entre os trabalhadores, requer uma verba que, apesar de não prevista no Estatuto, era paga a alguns funcionários do Município, qual seja o vale alimentação.

Em 2016 o valor do vale-alimentação era de R$280,00 (duzentos e oitenta reais mensais).

Em 60 meses de trabalho, é devido ao Reclamante, portanto, R$16.800,00 (dezesseis mil e oitocentos reais)."

Em sede recursal, no entanto, o autor inovou e apresentou a tese de que a Lei Municipal nº 4.298/11, a qual, aliás, sequer fez prova de seu teor e validade, garante o pagamento de auxílio-alimentação a todos os seus servidores públicos municipais ativos, independentemente da condição dos cargos.

Ora, a tese apresentada nas razões de apelação é diversa daquela ventilada na inicial, configurando verdadeira inovação recursal, o que, repise-se, não se admite, até porque acarretaria supressão de grau de jurisdição.

Destarte, nada há que se reparar na r. sentença.

Por fim, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, considerando o trabalho adicional nessa fase recursal e atendendo-se aos critérios legais e trabalhos desenvolvidos, majoro os honorários para 11% do valor atualizado da causa, observados os benefícios da Justiça gratuita.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005729-75.2018.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante PEDRO SALVADOR MONTES BAZAN, é apelado CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 27.872)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 15 de maio de 2019.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil. Indenização por prejuízos materiais e morais. Morte de peixes causada por blecaute em sistema elétrico. Ré empresa de economia mista. Submissão ao regime de direito privado. Inaplicabilidade do Decreto 20.910/32. Prazo prescricional do Código Civil. Inexistência de causa impeditiva ou suspensiva. Pleito de natureza particular, não coletivo. Interesse privado. Lesão de direito ocorrida em novembro de 2009. Ação proposta a destempo. Ocorrência de prescrição. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido improcedente ação proposta para reparação de danos causados ao autor, pescador profissional, decorrentes da morte de toneladas de peixes causada pela redução da vazão de água na Usina Hidrelétrica Engenheiro Souza Dias.

Inconformado, recorre para afastamento da prescrição e, acolhida a pretensão inicial, ser indenizado pelos prejuízos materiais e morais sofridos.

Recurso bem processado e respondido (págs. 1045/1056).

É o relatório.

Alega o autor ser pescador profissional e que *em 10 novembro do ano de 2009 nas margens do Rio Paraná, junto às comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, operada pela requerida, houve a morte de diversas espécies de peixes*, de que lhe resultaram prejuízos moral e material.

Imputa a morte dos peixes a "blecaute" no sistema elétrico, com *redução da vazão de água pelo local, sendo que as comportas ocasionaram o aprisionamento de peixes em ilhas de micrófitas (plantas aquáticas), vindo a causar a morte de toneladas de espécie diversas, principalmente o "shizodon Borele", conhecido como "taquara" em quantidades expressivas.*

Reporta-se a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e a auto de infração do Imasul - Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul- a indicar flagrante dano ambiental à fauna do

Acesso ao Sumário

Rio Paraná em decorrência do referido *blecaute.*

Sustenta *que a Usina Hidrelétrica deveria possuir meios próprios para que a situação de mortandade não ocorresse, até porque, ninguém pode se esquivar da responsabilidade ambiental alegando força maior ou coisa parecida, e mesmo porque já houveram, outras vezes, fatos parecidos com este, fato que leva a crer que a requerida deveria, ao menos, ter tomado às precauções devidas, o que não o fez.*

Defende a imprescritibilidade em ações de reparação de dano ambiental; subsidiariamente, argumenta sobre *a prescrição para pretensão indenizatória deve ter início quando do encerramento dos trabalhos de investigação*, no caso, a emissão do laudo pericial em Ação Civil Pública, 16/01/2016.

Ajuizou então esta ação em 07/12/2018, para reparação por lucros cessantes relativos ao *valor que deixou de auferir durante todo este período de represamento do rio, e também nas fases de readaptação* (pág. 17), bem como por danos morais.

O MM. Juiz entendeu ser caso de reconhecer prescrição, e, com fundamento nos artigos 487, inciso I, e 332, §1º do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido (págs. 1001/1005).

Em que pese às razões recursais, com quase sedutora tese jurídica, bem exposta e bem deduzida, não me convenço de desacerto na r. sentença.

A ré, Companhia Energética de São Paulo – CESP, é sociedade de economia mista e, embora concessionária de serviços públicos, é pessoa jurídica de direito privado, submetida ao regime prescricional do Código Civil, não do Decreto 20.910/32[1].

Nesse sentido julgados no E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL. PRAZO PRESCRICIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. 1. A compreensão esposada pela Corte de origem está em desacordo da pacífica orientação do STJ de que o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/1932 não se aplica às pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes: REsp 1.608.717/RS Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.6.2018; AREsp 640.815/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.2.2018; REsp 1.501.773/RS, Rel. Min. Diva Malerbi Desembargadora Convocada, Segunda Turma, DJe 12.2.2016; REsp 1.247.370/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.9.2011. 2. A parte recorrente é sociedade de economia mista. Incidência do prazo prescricional previsto no art. 206, §

1 **Art. 1º – As dívidas passivas da União, dos Estados E dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.**

Acesso ao Sumário

3º, IV, do Código Civil. 3. Recurso Especial provido.[2]

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL. PRAZO PRESCRICIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. 1. A compreensão esposada pela Corte de origem está em desacordo da pacífica orientação do STJ de que o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/1932 não se aplica às pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes: REsp 1.608.717/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.6.2018; AREsp 640.815/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.2.2018; REsp 1.501.773/RS, Rel. Min. Diva Malerbi Desembargadora Convocada, Segunda Turma, DJe 12.2.2016; REsp 1.247.370/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.9.2011. 2. A parte recorrente é sociedade de economia mista. Incidência do prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. 3. Recurso Especial provido.[3]

Feita essa observação, há de ser considerado que o direito a eventual indenização nasceu para o autor em novembro de 2009, quando se deu *blecaute no sistema elétrico, com redução da vazão de água pelo local, sendo que as comportas ocasionaram o aprisionamento de peixes em ilhas de micrófitas (plantas aquáticas), vindo a causar a morte de toneladas de espécie diversas, principalmente o "shizodon Borele", conhecido como "taquara" em quantidades expressivas.*

Esse fato é importante para marcar o início do prazo prescricional, pois, nos termos da petição inicial, como visto acima, foi mesmo em novembro de 2009 a ocorrência trazida como a violar direito do autor (art. 189 do Código Civil).

Há de se observar também que, embora tenha ocorrido danos de ordem ambiental, não é essa a natureza da indenização pleiteada, mas de natureza material e moral, de caráter individual, mesmo porque, como muito bem observado pelo D. Magistrado, ***o que se busca na presente demanda não é a reparação ambiental, até porque a parte autora sequer teria legitimidade para tanto****. O que se busca é a indenização por supostos danos materiais e morais de caráter individual que teriam sido suportados pela parte autora em decorrência da morte de peixes no Rio Paraná e que teria sido ocasionada por falta de energia elétrica nas turbinas existentes na usina hidrelétrica controlada pela requerida. Todavia, diferentemente dos danos ambientais, os prejuízos individuais cuja reparação se busca estão, sim, sujeitos ao prazo prescricional.*

Nesse sentindo, sobre a imprescritibilidade do direito à reparação por danos ambientais, oportuno lembrar entendimento no Colendo Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

2 **STJ – Resp nº 1.648.042/SP – Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/12/2018 – DJe 19/12/2018.**

3 **STJ – AgInt no REsp 1.715.046/SP – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06/11/2018 – DJe 14/11/2018.**

de Justiça:

> 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. **Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.** 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.[4]

Dessarte, não há a imprescritibilidade defendida pelo autor, porquanto busca reparação de danos eminentemente privados, mesmo porque, em repetição, careceria de legitimidade para pleitear reparação de danos ambientais.

Isso resolvido, de igual maneira, não prospera a tentativa de alteração do marco inicial do prazo prescricional para a data do laudo pericial que instruiu ação civil pública, pois os danos e suas causas já eram conhecidos e sentidos desde a data do evento (novembro de 2009), conforme Comunicado da CESP e reportagens vistos nas págs. 70 e seguintes.

Por outra, o autor jamais dependeu de apuração em juízo criminal, causa impeditiva prevista no Código Civil para o ajuizamento desta ação[5].

Mesmo assim não fosse, a ação civil pública de obrigação de fazer cumulada com indenização ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, como se vê nas págs. 35 e seguintes, não tem natureza criminal, mas clara natureza civil, de cunho ambiental.

Embora os alegados danos materiais e morais tenham ocorrido em novembro de 2009, o ajuizamento desta ação só se deu em dezembro de 2018, ou seja, quando já decorrido de há muito o prazo prescricional do art. 206, §3º, V, do Código Civil.

Nem é demais lembrar o velho brocardo ***dormientibus non sucurrit jus***.

Com essas observações, entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida e, considerando que a ré somente foi citada após aquela decisão, a termo do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, condeno o autor a pagar verba honorária advocatícia que fixo em 10% sobre

Acesso ao Sumário

4 **STJ, Resp 1.120.117/AC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/11/2009, DJe 19/11/2009 – sem grifo no original.**

5 **Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.**

o valor da causa, do que se livra por ser beneficiário de assistência judiciária gratuita (pág. 1.005).

Anoto, 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).

Nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001816-73.2000.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante IRA AGROPECUÁRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento à apelação e à remessa necessária, tida por interposta. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.579)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: - O Ministério Público é legitimado para a propositura de ação civil pública destinada a garantir o cumprimento, pelo poder público, das obrigações a ele impostas pela Constituição federal e pelas demais normas legais, bem como para a defesa de interesses difusos e coletivos, nos termos dos incisos II e III do art. 129 da Cf-88. Ademais, a Lei n. 13.465/2017 (de 11-7) atribui expressamente ao Ministério Público a legitimidade para promover a regularização fundiária urbana.

- Não se cuidando, com a regularização dos parcelamentos do solo, de uma singela faculdade do município, mas, isto sim, de um seu dever tem porte constitucional (inc. VIII do art. 30 da Constituição federal de sua omissão atrai o suplemento judiciário

Acesso ao Sumário

(nesse sentido, cf. REsp 292.846 - STJ - Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; REsp 259.982 - STJ - Min. FRANCIULLI NETTO), certo, insista-se, que "o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento", no exercício de uma atividade "que é vinculada, e não discricionária" (REsp 447. 433- Min. DENISE ARRUDA).

- "A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infraestrutura (art. 40)" (REsp 252. 512 , STJ - j . 29-10-2001) .

Não provimento da apelação e da remessa necessária que se tem por interposta.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Noticiando a irregular constituição de loteamento no imóvel denominado Fazenda Nossa Senhora Aparecida, situado na cidade de Bofete, e inscrito na matrícula n. 1 .435 do Registro de Imóveis de Conchas, o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra a Municipalidade de Bofete e Ira Agropecuária e Comércio Ltda., pleiteando que os requeridos sejam condenados a

(a) elaborar projeto de loteamento e submetê-lo aos órgãos competentes para sua aprovação, registrando o empreendimento no ofício predial;

(b) outorgar as escrituras aos adquirentes dos lotes, indenizando aqueles que eventualmente sofram prejuízo com o projeto realizado em virtude da presente demanda;

(c) executar as obras de infraestrutura;

(d) demarcar os lotes não ocupados ou ocupados irregularmente.

2. Concedeu-se a tutela antecipada para que os demandados se abstivessem de efetuar novas vendas de lotes, e que os tabelionatos e o registro de imóveis não lavrassem ou registrassem escrituras de venda e compra e de transferência de domínio de áreas pertencentes ao prédio em tela, decretando-se, ainda, a indisponibilidade dos bens da empresa requerida (fls. 221-3).

3. A inicial foi aditada para incluir o fundamento de que a Lei municipal n. 651 /1974 (de 23 -12) instituiu o plano diretor, dispondo sobre o planejamento físico do Município de Bofete (fls. 252-4).

4. Deferiu-se o pedido de prova técnica (fls. 564-5), vindo aos autos o laudo pericial (fls. 900-1.012), com o qual concordou o autor, manifestando

Acesso ao Sumário

a Municipalidade requerida o entendimento de que as conclusões periciais afastariam sua responsabilidade (fls. 1.019-24 e 1.029-34).

5. A r. sentença julgou o feito parcialmente procedente para

"A) CONDENAR a empresa-ré e o município de Bofete-SP, este subsidiariamente, a elaborarem projeto de loteamento e submetê-lo à aprovação perante à Prefeitura Municipal de Bofete-SP, ao Graprohab - Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais do Estado de São Paulo e à Secretaria do Meio Ambiente, atendendo a todas as exigências legais, segundo os padrões urbanísticos do município, incluindo reserva de áreas destinadas ao sistema de circulação, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, adequando a realidade física existente ao novo projeto a ser aprovado, devendo providenciar, para tanto: abertura de ruas; implantação das redes de abastecimento de água; coleta de esgoto e de captação e de escoamento de águas pluviais; rede pública de energia elétrica; pavimentação das vias públicas; construção de guias e sarjetas; além da demarcação dos lotes.

As obrigações acima determinadas deverão ser realizadas pela empresa-ré no prazo de doze meses (fls. 1011) e, não o realizando ou o fazendo parcialmente, deverão ser implementadas pelo Município de Bofete-SP, no mesmo prazo, sob pena de multa diária por descumprimento, que ora fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), a cada um dos requeridos, limitado a R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), que incidirão a partir da intimação desta sentença. Eventual descumprimento por circunstâncias diversas, como não entrega de materiais de construção pelo fornecedor, poderão ser analisadas pelo Juízo, desde que comprovadas. Ressalte-se que o Juízo já autorizou a realização de obras de prolongamento da rede de água (fls. 1025) e f ica resguardado eventual ressarcimento do Município de Bofete-SP, dos custos decorrentes da provável implementação do Programa de Regularização Cidade Legal, pela empresa-ré;

B) CONDENAR a empresa-ré e o Município de Bofete-SP a submeterem o empreendimento a registro perante o Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição, bem como procederem à outorga de escrituras aos respectivos adquirentes. A obrigação deverá ser realizada pela empresa-ré no prazo previsto no art. 18 da Lei 6766/79 e, não o realizando, deverá ser implementada pelo Município de Bofete, no mesmo prazo;

C) CONDENAR a empresa-ré e o Município de Bofete-SP a regularizarem o sistema de circulação, que inclui tapamento de buracos e erosões, remoção de entulhos e capinação dos leitos carroçáveis das vias existentes. A obrigação deverá ser realizada pela empresa-ré no prazo de doze meses e, não o realizando, deverá ser implementada pelo Município de Bofete, no mesmo prazo;

D) CONDENAR a empresa-ré e o Município de Bofete-SP a demarcarem os lotes não ocupados e os ocupados irregularmente, assim como as

Acesso ao Sumário

quadras e logradouros públicos, com emprego de marcos de concreto (art. 18, V, da Lei 6766/79). A obrigação deverá ser realizada pela empresa-ré no prazo de doze meses e, não o realizando, deverá ser implementada pelo Município de Bofete, no mesmo prazo."

Confirmou-se, ainda, a medida liminar de indisponibilidade de bens, determinando-se que os demandados arquem com metade das custas e despesas processuais e com a totalidade dos honorários periciais (fls. 1.133-42).

6. Do decidido, apelou somente Ira Agropecuária e Comércio Ltda., arguindo a ilegitimidade ativa do Ministério Público, e a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o loteamento seria anterior à Lei n. 6.766/1979 (de 19-12). Sustenta a ocorrência da prescrição, alegando, quanto ao mérito *stricto sensu*, a inaplicabilidade da referida normativa, por se localizar o imóvel em área rural, bem como ser responsabilidade do Município de Bofete a aprovação, fiscalização e regularização do loteamento (fls. 1.267-84).

Respondeu-se ao recurso (fls. 1.286-92).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 27 de fevereiro de 2019 (fl. 1.350).

VOTO:

7. Superou-se, na sessão de 7 de abril de 2010 da egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a divergência relativa ao cabimento da remessa obrigatória em casos de sentença il íquida proferida contra a Fazenda Pública (EREsp 701.306 – Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 7-4-2010).

Reputa-se, portanto, interposto o reexame oficial no presente feito.

8. O Ministério Público é legitimado para a propositura de ação civil pública destinada a garantir o cumprimento, pelo poder público, das obrigações a ele impostas pela Constituição federal e pelas demais normas legais, bem como para a defesa de interesses difusos e coletivos, nos termos dos incisos II e III do art. 129 do Código político de 1988.

Trata-se aqui de demanda em que se busca a regularização de loteamento, visando a atuação do Ministério Público a garantir a observância das normas relativas ao parcelamento do solo, cuja regulação é dever dos Municípios, conforme dispõe o inciso VIII do art. 30 da vigente Constituição federal.

O feito também versa interesses coletivos, consistentes no cumprimento das normas de regulação do solo e na garantia aos consumidores adquirentes dos lotes.

A legitimidade do Ministério Público e a adequação da via eleita amparam-se na Lei n. 7.347/1985 (de 24-7), normativa de regência da ação civil pública:

"Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

Acesso ao Sumário

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

(...)

VI - à ordem urbanística.

(...)

Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público"

Além disso, a Lei n. 13.465/ 2017 (de 11-7) atribui expressamente ao Ministério Público a legitimidade para promover a regularização fundiária urbana.

Afasta-se, desta forma, a suscitada ilegitimidade ativa.

9. A agitada impossibilidade jurídica do pedido é uma regressão do exame de mérito, de maneira que se afasta por incabível no domínio de um processo não moldado pelo conceito civilista da ação.

10. Afirma-se na inicial que a venda irregular de lotes no imóvel *sub examine* teve início em 1988, sustentando a ora apelante a ocorrência de prescrição, uma vez que proposta a presente demanda apenas em 2000.

O conjunto probatório destes autos permite aferir que o cogitado loteamento se teria inaugurado na década de 80, sem que tenha havido, até o momento, sua regularização, é dizer, mediante a observância das exigências da Lei n. 6.766/ 1979, vislumbrando-se, ainda, a continuidade da venda de lotes, de forma que a irregularidade do empreendimento se protrai no tempo, não decorrido o prazo prescricional.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ:

"Especificamente quanto à alegação de prescrição, caso superado o óbice do prequestionamento, deve- se observar que as i licitudes praticadas pelos recorrentes, sobretudo as omissivas (falta de licença, ausência de obras de infra-estrutura), são de natureza permanente. Logo, no âmbito cível- administrativo não se pode falar de prescrição, pois a ilegalidade do loteamento renova-se a cada instante." (AgRg no Ag 928.652, j. 21-2-2008; na mesma trilha, neste Tribunal de Justiça: AC 0010589-30.2009 – Rel. Des. EDUARDO GOUVÊA, j. 28-3-2018 ; AC 0416851-61.1998 – Rel. Des. ALVES BRAGA JUNIOR, j. 19-3-2019; AC 3004552-80.2013 – Rel. Des. FERNÃO BORBA FRANCO, j. 20-8-2018 ; AC 0006929-18.2009 – Rel. Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, j. 12-4-2016).

11. Verifica-se dos autos que a ora recorrente é proprietária, desde 16 de agosto de 1985, do imóvel objeto da matrícula 1.435 do Registro Predial de Conchas (fl. 708), sendo a área declarada por de **expansão urbana** segundo a Lei bofetense n. 857/1983 (de 17-11 – fl.65).

Acesso ao Sumário

O perito judicial, no resumo do processo lançado ao início de seu laudo, reproduziu a informação genérica de que a venda dos lotes teria começado em 1980 – "alguns moradores estimam em dez mil o número de terrenos comercializados a partir de 1980" (fl. 902) –, informação constante de levantamento técnico realizado no inquérito civil que antecedeu a propositura da vertente demanda, que, por sua vez, não indicou a fonte desse dado (fl. 209).

Ao par de não haver confirmação pericial sobre a data de início da transferência dos lotes, essa notícia não encontra referência no conjunto probatório destes autos.

A cópia da matrícula do imóvel contém diversos registros de transferência de "frações ideais", originados de escrituras de venda e compra lavradas a partir de 1988 (fls. 708-86vº), sendo juntado pela ora apelante, em sua contestação, instrumento particular de promessa de venda e compra firmado em 1986, de forma que a prova indiciária dos autos é no sentido de que o loteamento irregular começou a implantar-se já sob a égide da Lei n. 6.766/1979.

Ressalta-se, ademais, que, antes mesmo desse referido diploma legal, já havia previsão normativa acerca da regular instalação de loteamento – Decreto-lei n. 38/1937 (de 2-12) e Lei local n. 651/1974 (de 23-12) –, tal o observou o Ministério Público em suas contrarrazões.

Neste quadro, são aplicáveis as disposições da Lei n. 6.766/1979 para o caso em tela, normas que deveriam ter sido observadas para implementar-se regularmente o empreendimento.

12. A prova pericial concluiu pela efetividade do loteamento na área em pauta, com a abertura de **35 vias de circulação**, algumas calçadas com "bloquete de concreto do tipo sextavado", sendo a maioria de terra batida.

Informou que o abastecimento de água é feito em parte pela Sabesp e, em outra parte, de forma individual, por meio de poços caipiras, não havendo rede de coleta de esgoto, nem de escoamento de águas pluviais (fls. 955-64 e 987-8).

O perito judiciário asseverou, ainda, que o empreendimento possui rede elétrica, mas apenas uma parcela conta com iluminação pública, não havendo conservação das vias públicas, de forma que algumas delas "já não são mais visíveis devido à ocupação por vegetação" (fl. 959).

Indicou ser necessária, para o atendimento às disposições da Lei n. 6.799/1979, a "execução de toda a pavimentação, implantação completa do sistema de abastecimento de água, execução e galerias de águas pluviais e do sistema de esgotamento sanitário" (fl. 995).

Assim, a prova dos autos confirma a alegada irregularidade factual e jurídica do loteamento, instalado sem a observância dos requisitos estabelecidos na Lei n. 6.766/1979.

13. À luz da normativa de regência, cabe ao **parcelador** responder pela

regularização do parcelamento ilícito (arg. do art. 38 da Lei n. 6.766/1979, de 19-12), já porque só é regular – ou seja, *secundum regulas* – o parcelamento inscrito com observância do princípio da continuidade – vale dizer, consecutividade –, *maxime* quando se tratar de loteamento, em que há transferência de áreas aos municípios em que se situe o parcelamento.

Assim, o proprietário registral responde pela regularidade do loteamento seja quando o promove, *directe*, seja quando o delega consensualmente na pessoa de terceiro, tanto ainda se tolera o mau uso de sua propriedade, quanto se um estranho o implanta sem sua advertência e consentimento (ressalvado, nesta hipótese, o direito de regresso). É que conexo ao direito de usar, gozar, fruir e dispor de um imóvel há os deveres de ordená-lo ao bem comum e o de preservá-lo nesta direção.

O dever do parcelador em executar loteamento com observância às normas legais não é afastado por suposta autorização verbal da Municipalidade requerida, que, ademais, não se comprovou nos autos.

14. A regularização de parcelamentos do solo urbano, nos termos da Lei n. 6.766/ 1979, incumbe, primeiramente, aos parceladores e, depois, aos municípios (ou ao Distrito federal), admitindo a doutrina que até mesmo os adquirentes de lotes detinham titularidade para promover essa regularização (cf. AMADEI, Vicente Celeste. AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2012, p. 401).

Com o advento da Lei n. 13.465/2017 (de 11-7), passaram a legitimar-se à promoção regularizadora a União, os estados, o Distrito federal, os municípios, os beneficiários, as cooperativas habitacionais, as associações de moradores, as fundações, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária, os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores, a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes, e o Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Não se cuidando, porém, com a regularização dos parcelamentos do solo, de uma singela faculdade do município, mas, isto sim, de um seu **dever –** que tem porte constitucional (inc. VIII do art. 30 da Constituição federal de 1988) –, **sua omissão atrai o suplemento judiciário** (nesse sentido, cf. REsp 292.846 –STJ – Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j . 15-4-2002; REsp 259.982 – STJ – Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 27-9-2004), certo, insista-se, que "o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento", no exercício de uma **atividade "que é vinculada, e não discricionária"** (REsp 447.433 – STJ – Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 22-6-2006).

O fato, ademais, de a Lei n. 6.766/1979, indicar o primado obrigacional do parcelador para a regularização dos parcelamentos **não afasta a solidariedade**

do município em caso de inadimplemento da obrigação primaz, tanto que o parcelador não atenda à notificação para o saneamento das irregularidades:

> "A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infraestrutura (art. 40)" (REsp 252.512 –STF – Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 29-10-2001).

Não é excessivo observar, a propósito, que é exatamente para forrar-se de eventual dano pecuniário com a regularização que a administração pública tem legitimidade para escolher a garantia prevista no art. 9º da Lei n. 6.766/1979.

Averbe-se que, desatendida a obrigação pelos parceladores, a imposição de solidariedade entre eles e o município é até benéfica para o poder público, na medida em que preserva os primeiros na condição de concorrentes para a regularização a que se obriga já a municipalidade, nos termos do art. 40 da Lei n. 6.766/1979.

Cabe, assim, manter o r. *decisum* de origem, que atendeu prudencialmente à situação recrutada nos autos.

15. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, nego provimento à remessa obrigatória, que se tem por interposta, e ao apelo de Ira Agropecuária e Comércio Ltda., mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 0001816-73.2000 da 2ª Vara da Comarca de Conchas.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recursos.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013616-07.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADELMO FERREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 23.852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DETENÇÃO – SEQUELAS FÍSICAS APÓS ATROPELAMENTO–AUSÊNCIADAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA O ACOMPANHAMENTO NO AMBIENTE PRISIONAL – FALHA NO DEVER DE GARANTIA DA INTEGRIDADE FÍSICA DO DETENTO – CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADOS – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial. 2. Culpa, por ação ou omissão, do Poder Público, com relação ao acompanhamento médico dispensado ao detento, inocorrente, na hipótese dos autos. 3. Ausência de informação a respeito do atropelamento, por ocasião do recolhimento prisional. 4. Risco de sequelas, informado na oportunidade da alta médica hospitalar. 5. Nexo de causalidade e culpa do Ente Público Estatal, não demonstrados. 6. Danos materiais e morais, passíveis de reconhecimento e correção, não caracterizados. 7. Ação de procedimento comum, julgada improcedente. 8. Sentença, ratificada. 9. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 383/390, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de procedimento comum, objetivando o recebimento de indenização, a título de danos materiais e

morais. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa, observada a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em síntese, o seguinte: a) omissão do serviço público, com relação à incolumidade dos detentos; b) a continuidade no tratamento médico, posteriormente ao atropelamento, no ambiente carcerário, foi comunicada por ocasião do recolhimento à Penitenciária de Paraguaçu Paulista; c) sequelas para a deambulação, decorrentes da ausência de tratamento médico adequado, visando o restabelecimento da fratura do joelho; d) responsabilidade estatal objetiva, relacionada à segurança dos presidiários; e) danos materiais e morais, caracterizados. Por tais argumentos, postulou a procedência da ação.

O recurso de apelação tempestivo, dispensado de preparo (fls. 148), foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, com resposta da parte contrária.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não comporta provimento, porque a r. sentença de Primeiro Grau deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se os respectivos fundamentos nesta oportunidade.

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes litigantes, alcançando a irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de improcedência da ação de procedimento comum.

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas em Primeiro Grau, é forçoso concluir pelo desprovimento do recurso de apelação, ratificando-se os termos da r. decisão ora combatida.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais, sob as seguintes alegações: a) ocorrência de negligência no acompanhamento médico dispensado à parte autora; b) nexo de causalidade entre a conduta culposa e o prejuízo decorrente da sequela deambular; c) responsabilidade objetiva do Estado, com relação à segurança dos detentos; d) danos morais e materiais, passíveis de reparação, caracterizados.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Na verdade, não há demonstração da presença do necessário e imprescindível nexo de causalidade entre a alegada conduta culposa dos agentes da Administração Pública e os supostos danos morais e materiais que teriam sido experimentados pela parte autora.

Acesso ao Sumário

Ademais, a parte autora foi vítima de atropelamento, em 11.1.13, submetendo-se a tratamento médico e internação hospitalar, sem a necessidade de intervenção cirúrgica. E, na sequência, obteve alta médica, portando aparelho de gesso para a correção da fratura do joelho esquerdo.

Além disso, a médica responsável pela alta hospitalar, recomendou a terapia conservadora de imobilização do membro fraturado. mais. Ressaltou, ainda, o risco de sequela, na hipótese de deambulação, com carga.

Mas não é só. A parte autora, somente após o restabelecimento, foi recolhida à penitenciária de Paraguaçu Paulista, não tendo informado, por ocasião da inclusão no sistema prisional, a respeito do acidente e as consequências decorrentes do referido evento, conforme a prova documental de fls. 161/162.

Aliás, consta do Relatório de Saúde do detento (fls. 167/168 seguinte:

"Na data de 09/12/15 em atendimento de enfermagem referiu algia esporádica em joelho, devido trauma decorrente de acidente automobilístico anterior a sua privação de liberdade. Realizado encaminhamento para avaliação e conduta médica." (destaques acrescidos)

De outra parte, as informações constantes dos autos indicam que a parte autora estava usufruindo do benefício do livramento condicional, desde 5.4.16, pouco mais de um mês a partir do ajuizamento da presente demanda. E mais. Mencionou a presença de dor esporádica no joelho, apenas e tão somente, em dezembro de 2015, muito tempo após o recolhimento prisional.

Por outro lado, a prova oral produzida nos autos durante a instrução do processo não comprova a inocorrência de adequado tratamento ou deficiência no atendimento básico prestado ao detento, pouco esclarecendo a respeito dos fatos da causa.

E, o resultado verificado (*sequela*) está restrito às próprias condições do acidente e da fratura, com a ressalva, repita-se, de que o risco era previsível, desde a alta hospitalar.

Outrossim, é incontroversa a ausência de demonstração da culpa da parte ré no evento descrito na petição inicial, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, que exige a presença dos seguintes requisitos: a) comprovação do nexo de causalidade; b) sequelas; c) falha na prestação do serviço de garantia da integridade física dos detentos.

Daí porque, o Estado não pode ser responsabilizado pelos prejuízos materiais e morais, ora reclamados.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte recorrente, em todos os aspectos suscitados no recurso de apelação, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento, como se vê:

"1. O direito positivo brasileiro adotou a teoria da responsabilidade

objetiva do Estado, também chamada de teoria do risco, a bastar a comprovação do nexo causal entre o fato e o dano, para fazer surgir a obrigação de indenizar. De acordo com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal: (...) 2. Contudo, a situação fática descrita na inicial omissão no tratamento eventualmente necessário não acarreta reconhecimento de responsabilidade objetiva. A rigor, a causa de pedir está vinculada à ineficiência do serviço público, que, em tese, não teria adotado os procedimentos médicos adequados para evitar o dano mencionado pela Autora. Nessa hipótese, a responsabilidade é subjetiva, a depender, então, de comprovação de que a Administração foi imperita, competindo o ônus a quem alegar. Sobre a responsabilidade subjetiva do Estado em casos de omissão, trago à colação o pensamento de Celso Antônio (...) 3. Porém, no caso, não restou evidenciado que eventuais sequelas apresentadas pelo Autor fossem decorrentes exclusivamente de falta de atendimento médico na unidade prisional. Convém lembrar que o Autor teria sido vítima de atropelamento, sendo, portanto, natural que tivesse sequelas decorrentes do acidente. Note-se que o laudo pericial indicou que o autor sofreu trauma no joelho esquerdo, submetido a tratamento com imobilização, tendo evoluído satisfatoriamente sem limitação articular ou funcional de membro. Ou seja, não há nenhuma demonstração de que o tratamento ofertado pelo Estado não tenha sido eficaz, valendo lembrar que não seria de rigor exigir do Estado a correção de toda e qualquer sequela, na medida em que não foi agente do Estado quem teria atropelado o autor. O argumento do Autor, na verdade, implica reconhecer que a obrigação pelo agente público, durante o período de custódia do Autor, seria de resultado, ou seja, deveria ter eliminado totalmente o problema ortopédico apresentado pelo Autor, só não explica como. Com esses fundamentos, julgo improcedente a pretensão e condeno a Autora ao pagamento da verba honorária que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa. A execução ficará subordinada às condições do art. 98, § 3º, do Novo Código de Processo Civil." (fls. 383/390).

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000040-43.2017.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes V.D.M.

(REPRESENTADO (A) POR SUA MÃE) e M.M.M. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TATUÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.093)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado – Indenização por danos morais – Mordidas sofridas pelo autor nas dependências de creche municipal – Responsabilidade do Poder Público pela integridade física e moral da criança – Caracterizada a falha na prestação do serviço público, em razão do descumprimento do dever de vigilância – Configurado o dano moral passível de reparação – Ação julgada improcedente na 1ª Instância – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização proposta por V.D.M. (menor representado por sua mãe, M.M.M.) em face do MUNICÍPIO DE TATUÍ.

A r. sentença de fls. 232/235, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela o vencido às fls. 240/244. Aduz haver baixo contingente de empregados na creche, sendo certo que a Municipalidade omitiu-se em relação aos cuidados relacionados à segurança dos menores. Observa que o fato do menor ser mais ou menos agitado não afasta a responsabilidade da ré, havendo comprovação dos variados incidentes ocorridos em curto espaço de tempo, a demonstrar a omissão apontada. Indica haver consequências, como: a recusa a entrar na creche, recusa a mamadeiras, dois dentes quebrados, pavor em relação a outras crianças.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 247/251.

Feito encaminhado inicialmente à Câmara Especializada, a qual deixou de conhecer do recurso, determinando sua redistribuição (acórdão de fls. 267/273).

Manifestação da PGJ às fls. 305/311.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização proposta por V.D.M. (menor representado por sua mãe, M.M.M.) em face do MUNICÍPIO DE TATUÍ.

Conforme se extrai da exordial, o autor, com 02 anos de idade, sofreu diversas lesões enquanto se encontrava nas dependências da Creche Municipal (...), onde permanecia em tempo integral.

Diante disso, foi ajuizada a presente demanda, pela qual se requer a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos morais.

O recurso merece prosperar.

Como é cediço, cabe à Administração zelar pela integridade física e moral do aluno matriculado em estabelecimento de ensino público. É responsabilidade dos funcionários (inspetores, professores, diretores e etc.) a vigilância no ambiente escolar.

Nas lições de **RUI STOCO**:

"Em verdade, a escola pública, representada pela Administração Pública, é responsável por qualquer dano que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causado por terceiro, seja ele professor, aluno, visitante ou invasor.

No que pertine à escola pública, a responsabilidade se filia a princípio consagrado no art. 37, §6º da Constituição Federal, configurando-se pela simples falha na garantia da incolumidade, independentemente da verificação de culpa específica de qualquer servidor.

A nós parece que não só o menor absoluta ou relativamente incapaz recebe esse resguardo, como também, o maior de idade, considerando que o que se põe em relevo e discussão ***é o dever de guarda e incolumidade que o Estado, por força da teoria do risco, deve assegurar a todos que se coloquem sob seu manto protetor, na consideração de que o caput do art. 5º da Constituição Federal afirma ser dever*** *indeclinável do estado garantir a todos, sem distinção, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,* ***à segurança*** *e à propriedade."*

(*in* Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais) (grifos nossos).

Nesse sentido, já se pronunciou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O PODER PÚBLICO, AO RECEBER O ESTUDANTE EM QUALQUER DOS ESTABELECIMENTOS DA REDE OFICIAL DE ENSINO, ASSUME O GRAVE COMPROMISSO DE VELAR PELA PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE FÍSICA, DEVENDO EMPREGAR TODOS OS MEIOS NECESSÁRIOS AO INTEGRAL DESEMPENHO DESSE ENCARGO

Acesso ao Sumário

JURÍDICO, SOB PENA DE INCIDIR EM RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS EVENTOS LESIVOS OCASIONADOS AO ALUNO."

(STF, 1ª. Turma, rel. Min. **CELSO DE MELLO**, j. em 28.05.96 RTJ 163/1108 e RT 733/130).

Sendo assim, de se reconhecer, no caso em tela, a responsabilidade do poder público pelo evento danoso, notadamente por estarem presentes os requisitos necessários para a responsabilização.

Ora, o fato é incontroverso e, de acordo com as provas colacionadas aos autos, guarda relação de causalidade com os danos sofridos.

Pelas fotos de fls. 10/13, verifica-se que o autor sofreu diversas lesões, muitas delas com formato de mordida, o que, aliás, foi confirmado por Boletim Médico (fl. 16).

Na prova testemunhal, a funcionária e a Diretora da Creche tratam com naturalidade os eventos narrados na exordial.

De fato, é de conhecimento comum que, entre as crianças da faixa etária do autor, é corriqueira a ocorrência de mordidas e até mesmo de outros tipos de agressão. É algo relativamente comum como decorrência do convívio infantil, principalmente em creches.

Entrementes, a assertiva não elide a responsabilização do ente municipal no sentido de zelar pela integridade física e moral do aluno matriculado na entidade de ensino.

Sendo um fato corriqueiro, isso o torna ainda mais previsível, a demonstrar que a vigilância deve ser redobrada, relegando-se aos funcionários o encargo de vigiar as crianças a todo momento e com a maior cautela possível.

No caso, embora a Sra. E. afirme, em seu depoimento, que o número de monitores estava adequado ao número de crianças, tal afirmação deve ser interpretada com parcimônia, porquanto revela tentativa natural de legitimar a higidez de sua conduta.

Nesse aspecto, é preciso asseverar que a assertiva colide com o teor do documento de fl. 58, pelo qual outra funcionária dá conta acerca da dificuldade em "controlar" as crianças diante do número reduzido de profissionais.

Some-se a tal circunstância o fato de que foram vários os incidentes (um no dia 21/09/2016; outro no dia 09/09/2016; e outros dois no dia 28/09/16), a evidenciar a incúria da Creche (fl. 71).

E, em relação às imagens de segurança trazidas aos autos, bem observou a Procuradoria Geral de Justiça:

"[...] As imagens oferecidas pelas câmeras de segurança, corroboram a responsabilidade do Município pelo evento danoso.

Nesse ponto, observo que o réu, instado a apresentar as imagens

Acesso ao Sumário

referentes aos dias em que o autor sofreu as lesões, sob pena de desobediência, inicialmente, relatou não ser possível cumprir a requisição e, quando finalmente apresentou o material, trouxe aos autos apenas fragmentos dos dias em questão, em total desrespeito à determinação judicial, que requisitava a apresentação da filmagem de todo o dia.

Ainda assim, nos poucos segundos disponibilizados, podemos observar que, em um único dia, o autor foi mordido duas vezes, além de ter sido agredido em outra situação, sem qualquer intervenção das cuidadoras.

Inclusive, no momento em que o autor levou a segunda mordida, as duas únicas cuidadoras que estavam na sala haviam saído, deixando mais de dez crianças pequenas sem qualquer supervisão. Ainda que por pouco tempo, trata-se de circunstância que não pode se verificar, especialmente tendo em vista a tenra idade dos infantes*. [...]"* (fls. 309/310 – grifos nossos).

Assim, não há dúvida acerca da incúria perpetrada pela ré, a justificar sua responsabilização.

Sobre o assunto, já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"É sabido que o aluno, como na espécie, fica sob a guarda e vigilância do estabelecimento de ensino público ou privado, com direito de ser resguardado em sua incolumidade física, enquanto estiver nas pendências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro.

(...)

Assim, em síntese, com vistas à responsabilidade objetiva do Estado, cabe à reparação da ré pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, mormente em se tratando de omissão da Administração que, por negligência de seus agentes, absteve-se de providenciar a vigilância necessária aos alunos da referida escola.

Portanto, custodiada a aluna ao estabelecimento pedagógico oficial, deve o órgão responsável velar por sua higidez física, munindo seu quadro funcional de fiscais e inspetores em número suficiente a evitar semelhantes sinistros, pelo que emerge cristalino direito à reparação reclamada."

(AC nº. 704.161.5/5-00, 1ª. Câmara de Direito Público, rel. Des. **DANILO PANIZZA**, j. em 11.03.08, v.u.).

Mais:

"*RECURSO DESPROVIDO – Havendo nexo causal entre a conduta omissiva e negligente dos prepostos da ré, no dever de fiscalização, guarda e vigilância de menor durante período de atividade escolar, no Centro de*

Acesso ao Sumário

Educação Infantil, sob a supervisão de professores e monitores, que sofre lesões na face provocadas por outras crianças, configura-se a responsabilidade civil da Administração Pública" (Apelação nº 0003936-16.2011.8.26.0659, Relator o Desembargador Vicente de Abreu Amadei, órgão julgador 1ª Câmara de Direito Público, j. em 24/03/2015).

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Menor que estudava em creche municipal – ocorrência de várias lesões – BO anexado, com maus tratos – Descaso da municipalidade devidamente configurado – Dano moral – Responsabilidade objetiva do Estado – Indenização devida – Sentença que deve ser reformada – RECURSO PROVIDO" (Ap. nº 0004864-59.2014.8.26.0562, Relª. Desª. MÔNICA SERRANO, j. de 27.09.2016).

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM ESCOLA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ACIDENTE EM CRECHE MUNICIPAL. MORDIDA ENTRE CRIANÇAS. Meios de prova determinam o dever de indenizar atribuído ao Município. Falha do serviço. A controvérsia gravita em torno da dinâmica dos fatos que envolveram o acidente em que a autora, à época com menos de dois anos de idade, sob os cuidados de creche municipal, foi atacada por um colega que lhe desferiu inúmeras mordidas. Falha no dever de guarda e de preservação da integridade física do menor. Repercussão moralmente danosa demonstrada." (Ap. nº 0004492-24.2012.8.26.0581, Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, j. de 06.05.2015).

"[...] INDENIZATÓRIA – Dano moral – Lesões físicas causadas em criança de tenra idade por outras, da mesma faixa etária, em creche municipal – Fato satisfatoriamente comprovado – Dano moral in re ipsa – Responsabilidade civil do Município por omissão nos cuidados que deviam ter sido dispensados à criança – Julgamento conforme o art. 515, § 3º, do CPC – Indenização arbitrada em valor equivalente a quinze salários mínimos vigentes ao tempo do fato, ou cinco atuais – Sucumbência pela ré – Sentença reformada para julgamento de procedência da ação – Recurso provido, em parte." (Ap. nº 0015578-74.2004.8.26.0224, Rel. Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA, j. de 26.03.2014).

Acesso ao Sumário

Enfim, presentes os pressupostos caracterizadores do dever de indenizar, passa-se a apreciar os prejuízos em si.

De plano, saliente-se que o prejuízo imaterial restou suficientemente configurado na presente situação, tendo em vista a lesão causada no autor.

Note-se que, a lesão sofrida em razão do incidente denota, por si só, ofensa à incolumidade física e moral do autor, não caracterizando mero aborrecimento ou transtorno.

A angústia, o sofrimento da vítima está caracterizado naturalmente no

caso em pauta. Desnecessário qualquer tipo de prova a ser produzida nos autos.

Sobre o assunto, ensina **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**:

"O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe 'in re ipsa'. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante."

(*in* Responsabilidade Civil, Editora Saraiva, 2003).

Contudo, deve-se ponderar que não há um critério legal objetivo para o arbitramento da indenização por danos morais. É preciso levar em conta as condições econômicas das partes, as consequências do ato, a intensidade da culpa e mais o aspecto subjetivo do sofrimento vivenciado pela vítima, tudo com o fito de não proporcionar o mero enriquecimento do lesado.

Não se perca de vista, aliás, só para argumentar, o que orienta **MARIA HELENA DINIZ**:

"(...) na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, inibindo comportamentos lesivos. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, com a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo"

(*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 18ª. Ed., 2004, p. 105).

Diante de tais exposições, entendo que o valor de **R$ 2.000,00 (dois mil reais)** mostra-se condizente, razoável e proporcional com o sofrimento trilhado, sem configurar enriquecimento sem causa do autor.

Aliás, tal montante já foi utilizado por esta Corte, em caso semelhante:

Acesso ao Sumário

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por dano moral – Agressão sofrida por aluno de escola pública municipal Creche – Agressão perpetrada por colega que desferiu cinco mordidas no interior do estabelecimento educacional – Dever do Estado de garantir a integridade física dos tutelados, respondendo por danos independente de culpa de agente público – Configurado o dano moral in re ipsa – Redução do montante da indenização para R$ 2.000,00 que se mostra adequado ao caso. Sentença condenatória mantida no substancial [...]" (Ap. nº 0002661-13.2012.8.26.0266, Rel. Des. CARLOS EDUARDO PACHI, j. de 25.04.2016).

Incidirá sobre este valor juros, a partir da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ), e correção monetária, desde a data desse arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Em relação a estes consectários legais, o cálculo deve ocorrer conforme decisão do STF, em repercussão geral (RE 870.947/SE, Tema 810), e do STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.495.146/MG, Tema 905). Ou seja: (i) quanto à correção monetária, deve ser aplicado o IPCA-E; e (ii) quanto aos juros de mora aplica-se o artigo 1º.-F da Lei nº. 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº. 11.960/09.

Observe-se que, no dia 24.09.18, o Min. **LUIZ FUX** concedeu efeito suspensivo aos embargos de declaração, opostos pelos entes federativos estaduais, contra a decisão sobre o Tema 810, pelo que, em caso de alteração do entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, na fase de liquidação os índices e períodos serão modificados, aplicando-se os que porventura venham a ser fixados.

Assim, é caso de reformar a sentença, julgando-se parcialmente procedente o pedido para condenar a Municipalidade a arcar com o pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de indenização, com as observações realizadas acima.

Diante da alteração do julgado, é caso de fazer ajustes em relação à verba sucumbencial, que deve ser direcionada à vencida, porquanto a procedência parcial deu-se exclusivamente em função inferior do valor indenizatório em relação àquele pleiteado (Súmula 326 do STJ).

Arcará ela, portanto, com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, sendo estes fixados em 11% sobre o proveito econômico, nos termos do art. 85, §§ 2º, I a IV, e § 3º, I, do CPC/2015. Neste percentual, estão incluídos também os honorários recursais (art. 85, § 1º, do CPC).

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007319-23.2018.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante VALDIR LOURENÇO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.895)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA e SOUZA NERY.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO – Cobrança de IPVA pelo Estado de São Paulo – Alegação de duplo domicílio do contribuinte, nos Estados de São Paulo e de Mato Grosso do Sul – Tributo recolhido no Estado de Mato Grosso do Sul – Prova documental que não demonstra ter autor domicílio também na cidade de Aparecida do Taboado (MS) – Presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Relatório

Ação anulatória de débito tributário, objetivando anular lançamento do IPVA de 2014.

A sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido.[1]

Recorre o autor, pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Sustenta o autor que é proprietário de veículo automotor registrado no Estado de Mato Grosso do Sul, para quem recolhe o IPVA, mas foi surpreendido com a cobrança pelo Estado de São Paulo do mesmo tributo já recolhido em Mato Grosso do Sul; a cobrança é ilegal, porque tem mais de um domicílio, o

1 **Fls. 49/50.**

2 **Recurso de apelação, fls. 56/61; contraminuta, fls. 67/79.**

Acesso ao Sumário

tributo já foi recolhido, configurando bis in idem, tributa-se o mesmo fato duas vezes.

É possível registrar veículo em qualquer Estado da Federação, desde que seja domicílio ou residência de seu proprietário. No caso de a pessoa ter vários domicílios, o registro poderá ser feito em qualquer um deles, conforme artigos 120 e 130 do CTB, e 6º, § 1º, da Portaria 2.449/04 do DETRAN, sem que este comportamento possa configurar sonegação ou evasão fiscal.

Contudo, o juiz *a quo* julgou improcedente a ação por falta de prova, nos seguintes termos:

> "No presente caso, a alegação do autor de que possui domicílio/residência na cidade de Aparecida do Taboão/MS, não restou comprovada. Todos os documentos que instruíram a inicial indicam que o autor reside nesta cidade de Votuporanga, não havendo motivos legais para licenciar seu veículo no estado do Mato Grosso do Sul."

De fato não há nos autos demonstração documental de que o apelante resida em Aparecida do Taboado (MS), limitando-se em afirmar que os documentos de fls. 11/23 comprovam que ele possui residência no Estado de Mato Grosso do Sul. Contudo, não há sequer um comprovante da suposta residência.

Portanto, os documentos juntados não autorizam a conclusão de que o apelante tem duplo domicílio, Mato Grosso do Sul e São Paulo, de modo que o tributo é devido ao Estado de São Paulo, onde se deve ser recolhido, na forma da lei.

Ante o exposto, mantenho a sentença por seus e pelos fundamentos aqui deduzidos; responde o autor pelos ônus sucumbenciais, nos termos da sentença, elevada a verba honorária para 12% (doze por cento) do valor da causa, conforme disposto no art. 85, § 11. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004493-56.2012.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, NOVA DENOMINAÇÃO DO BANCO ITAÚ S.A/UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S.A., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.999)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Exercícios de 2002 a 2006 – Serviços bancários – Incidência da Lei Municipal 2.815/2003 sobre fatos geradores de 2004 – Taxatividade da Lista Anexa à LC nº 116/2003 – Interpretação extensiva para adequar o serviço prestado à nomenclatura adotada pela instituição bancária – STF, RE 1.111.234/PR – Tema 132, STJ – Sucumbência proporcional – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Fixação em R$ 10.000,00, por equidade – CPC, art. 85, parágrafos 8º e 11º. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação contra sentença que rejeitou os embargos e determinou o prosseguimento da execução do Imposto Sobre Serviços bancários, recolhido a menor, no período de março de 2002 a dezembro de 2006, com a condenação do embargante nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da execução[1]. Inconformado, o embargante sustenta a impossibilidade da exação com base na Lei Municipal nº 2.815/2003, portanto, antes de 18/03/2004, o que viola a anterioridade nonagesimal. No mérito, sustenta ser ilegal a cobrança do ISS, dada a incidência do IOF e, quanto às subcontas 7299.362 e 7316.473 pugna pela aplicação da alíquota de 2% e consequente reforma da sentença.

Recurso regularmente recebido, processado e respondido, em que a Municipalidade insiste na manutenção da decisão recorrida.

Relatado.

A Lei Municipal nº 2.815/2003 início de vigência em 17/12/2003 antes, portanto, de publicada a Emenda Constitucional nº 42/2003 que em 31/12/2003 adotou o princípio da anterioridade nonagesimal.

Assim sendo e por força do princípio da irretroatividade (CF, art. 5º, XXXVI), a Lei Municipal nº 2.815/2003 se aplica aos fatos geradores verificados

1 Valor da execução: R$ 455.398,25, em dezembro de 2008.

no exercício de 2004.

No mais, a instituição financeira está sujeita à tributação por *obrigação de fazer* na prestação do serviço fim, de qualquer natureza (ISSQN – art. 155, III, da CF) e em razão de operação financeira, creditícia, cambiária, securitária ou de títulos e valores mobiliários (IOF – art. 153, V, da CF), conforme a natureza das receitas auferidas, cuja *atividade principal ou acessória seja a intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira e a custódia de valor de propriedade de terceiros* (Lei nº 4.595/64, art. 7º).

Já o caráter taxativo da Lista Anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 e da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 admite interpretação extensiva, item por item, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *TRIBUTÁRIO – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. 2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08* (REsp 1111234/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 08/10/2009).

E mais, aplica-se o entendimento cristalizado na Súmula 424, do STJ, no sentido que a interpretação extensiva deve se limitar à norma: *É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987.*

Cuidando-se de ato vinculado, a autoridade fiscal tem o dever de indicar, com exatidão, todos os elementos integrantes dos serviços bancários, de modo a conferir validade e eficácia ao lançamento ou ao auto de infração, dadas as inúmeras atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras e bem assim possibilitar que o contribuinte exerça o seu legítimo direito de defesa.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, se o título da modalidade do serviço prestado consta da lista anexa à norma, a simples menção dos itens é suficiente para tipificar a incidência do imposto. Mas se a nomenclatura for genérica ou diversa, prevalece o princípio da legalidade com presunção de certeza quanto aos fatos geradores do tributo, devendo, portanto, a autoridade indicar a hipótese legal de incidência, com especificação dos serviços prestados, correspondentes aos itens da lista anexa à LC nº 116/2003, de acordo com as modalidades dos serviços efetivamente prestados pelas instituições financeiras e, portanto, sujeitos ao imposto.

Logo, incide ISS sobre as contas *Rendas de Cobrança (7.1.7.40.00-7) e*

Rendas de Serviço de Custódia (7.1.7.70.00-8) por se amoldarem ao disposto nos itens 15.10 e 15.12 da Lista Anexa à Lei Complementar 116, em 2003. Contudo, inexiste previsão legal para tributação das receitas Rendas de Serviços prestados a Ligadas (7.1.7.80.00-5), Rendas de Transferências de Fundos (7.1.7.90.00-2), Rendas de Outros Serviços (7.1.7.99.00-3).

O apelante alega, de forma genérica, que as receitas contabilizadas nas *subcontas 7299.362 – Itaucard/Indic. De Clientes e 7316.473 – BV INSS-Censo* estão sujeitas ao recolhimento pela alíquota de 2% e não 5%, porém, não comprova o enquadramento nos itens 10.01 e 17.01, da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 2.815/2003.

Por fim, quanto à sucumbência, não se pode admitir que a lei processual vede honorários irrisórios mas permita a sua fixação em valores altos, sem justificativa, beirando o enriquecimento sem causa, de maneira que o arbitramento dessa verba, na forma do § 3º, do art. 85, do CPC, deve ser descartado por se apartar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como já decidiu este Tribunal:

> *Ação anulatória de sentença arbitral. Honorários advocatícios. Fixação por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC. Admissibilidade. Valor da causa elevado, que ensejaria verba honorária em valor excessivo caso observada a regra do art. 85, § 2º, do CPC. Sentença, contudo, que fixou os honorários em valor insuficiente, de modo a não remunerar de forma digna o trabalho desenvolvido pelos patronos da ré. Honorários advocatícios majorados. Recurso provido em parte*
>
> (Apelação Cível 1088694-94.2015.8.26.0100; Relator Augusto Rezende; Data do Julgamento: 29/01/2018).

Daí porque, **dá-se parcial provimento** ao recurso para extinguir a cobrança em relação às contas Rendas de Serviços prestados a Ligadas (7.1.7.80.00-5), *Rendas de Transferências de Fundos (7.1.7.90.00-2), Rendas de Outros Serviços (7.1.7.99.00-3),* devendo cada parte arcar com os honorários advocatícios da parte adversa, fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 85, §§ 8º e 11 e art. 86, *caput*, ambos do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 3000084-34.2013.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante ADAO TAVARES CARNEIRO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PERUÍBE.

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 14.413)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – Município de Peruíbe – IPTU dos exercícios de 2008 a 2011 – Alegação de que o imóvel objeto da cobrança está inserido em área de preservação ambiental e que não é dotado dos melhoramentos exigidos no artigo 32, § 1º e incisos, do CTN – Requerimento de prova pericial pelo embargante – Ausência de apreciação do pedido – Configurado o cerceamento de defesa – Sentença extintiva de improcedência do feito que não reconheceu a prescrição dos créditos tributários – Decisão que não apreciou todos os fundamentos do embargante imprescindíveis à solução da lide – Sentença anulada – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de embargos à execução fiscal opostos por Adão Tavares Carneiro em face da Prefeitura Municipal de Peruíbe visando afastar a cobrança de IPTU dos exercícios de 2008 a 2011. Sustenta ocorrência de prescrição dos créditos e ausência dos requisitos autorizadores da exação, quais sejam, os constantes do artigo 32, parágrafo 1º, do CTN, estando o imóvel em área de preservação ambiental.

A r. sentença de fls. 58/59 julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, refutando a prescrição dos créditos tributários.

Inconformado, apela o embargante. Alega, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto não fora realizada perícia para constatar que o imóvel encontra-se em área de preservação permanente, desprovida, portanto, dos melhoramentos necessários para incidência de IPTU. Reitera suas alegações quanto à prescrição do crédito tributário.

Recurso contrarrazoado às fls. 84/88.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O apelante pretende afastar a cobrança de IPTU do imóvel supostamente inserido em área de preservação ambiental alegando não estarem presentes os requisitos do § 1º, artigo 32, do CTN para incidência do imposto.

Não obstante o pedido expresso de prova pericial (fls. 50) o juízo a quo deixou de apreciá-lo, proferindo o julgamento antecipado de mérito, com base no artigo 920, II, do CPC:

> Art. 920. Recebidos os embargos:
>
> II - a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido ou designará audiência;

Certo que o indeferimento de provas inúteis é poder-dever do juízo, que deve zelar pela celeridade processual. No caso dos autos, contudo, a prova pericial era necessária para verificação dos requisitos necessários à incidência do IPTU.

Em regra, a prova pericial que constata a localização do imóvel – se esse se encontra ou não em área de preservação ambiental – pouco influi no convencimento do juízo acerca da incidência de IPTU. Isto porque, estando o imóvel em área de proteção ambiental, esse fato não impede o domínio útil tampouco implica a perda da propriedade ou posse, de forma que a circunstância não interfere na hipótese de incidência do IPTU, assim descrita na legislação:

> Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, **o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município**. (g. n)

Contudo, a legislação exige, para incidência do IPTU, a presença dos requisitos constantes do artigo 32, § 1º, do CTN, a serem verificados caso a caso:

> § 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
>
> II - abastecimento de água;
>
> III - sistema de esgotos sanitários;
>
> IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
>
> V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Dessa forma, devem estar presentes, em regra, pelo menos dois dos melhoramentos supramencionados, de forma que tais exigências podem ser excepcionadas somente se houver lei municipal que enquadre o imóvel ou o loteamento respectivo em área urbanizável ou de expansão urbana:

> § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis,

Acesso ao Sumário

> ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Nesse ponto, os autos não se encontravam aptos para julgamento antecipado do mérito. A verificação da existência dos melhoramentos supramencionados, em especial à época dos fatos geradores, e a localização do imóvel (se em área urbana ou rural) depende de análise técnica que poderia ocorrer inclusive nos documentos do ente municipal, considerando-se o lapso de tempo desde os exercícios fiscais que originaram as exações e as possíveis modificações ocorridas no local.

Não se olvide que a prova poderia ter sido fundamentadamente indeferida pelo juízo[1] caso a Municipalidade apontasse os elementos de fato e de direito capazes de demonstrar a legitimidade da cobrança de IPTU, garantindo ao julgador os meios ordinários de convencimento.

Para tanto, a apelada poderia ter indicado a suposta legislação municipal que enquadra o imóvel em área urbanizável ou de expansão urbana, ou juntado documentos que demonstrassem a existência de melhoramentos legais nos períodos fiscais exigidos. No entanto, a exequente se limitou a afirmar que o embargante estaria cadastrado como proprietário do imóvel e que, segundo imagens do "*google maps*", a área estaria altamente urbanizada.

Por assim dizer, não apontou qualquer elemento minimante capaz de desconstituir as alegações do embargante.

Conclui-se, portanto, que conjunto probatório constante dos autos não se mostrava suficiente para julgamento do feito, uma vez que o autor esclareceu a necessidade de perícia para comprovar suas alegações e que a Municipalidade, quando do exercício do contraditório, não refutou categoricamente o arguido.

Nesse ponto, reconhece-se o cerceamento de defesa ao apelante e a nulidade da r. sentença. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior[2] sobre o cerceamento de defesa:

> Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo juiz, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. Somente haverá perícia, portanto, quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame.
>
> [...]

Acesso ao Sumário

1 Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:
I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

2 Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

> Enfim, cabe ao juiz, na direção da instrução da causa, deliberar sobre o cabimento, ou não, da prova pericial (art. 370). Mas quando, pela natureza dos fatos, sua verificação e avaliação somente forem possíveis por meio de técnicos, não cabe ao magistrado denegar a prova técnica, sob pena de cometer cerceamento de defesa ao litigante que a requereu.

Por fim, reconhece-se a nulidade da r. sentença também em razão da ausência de fundamentação, nos termos do artigo 489, II, do CPC. Nota- se que o juízo sequer apreciou as alegações do embargante quanto à ausência dos melhoramentos exigidos pelo artigo 32, § 1º, do CTN para incidência do IPTU, matéria que poderia influir no provimento final dos embargos.

Para os devidos fins de direito, restam prequestionados todos os dispositivos legais enfrentados pelo v. aresto e mencionados pelas partes litigantes.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso** para anular a sentença, nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008079-25.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado R.C.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 28.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – LICENÇA-SAÚDE – Inteligência do art. 191, do Estatuto dos Servidores Estaduais – Perícia oficial não realizada por desídia da Administração – Prevalência do parecer do médico que acompanha o servidor – Licença-saúde que deve ser concedida – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido."

Acesso ao Sumário

VOTO

MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por R.C.C. contra suposto ato coator de autoridade vinculada à **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** que indeferiu o seu pedido de licença-saúde. Sustenta que passou a sofrer problemas psiquiátricos, fazendo uso de medicação e com manifesta dificuldade cognitiva, tristeza, angústia, desânimo, falta de energia, irritação, insegurança, intolerância e com tendência ao isolamento social. Requereu a concessão da ordem para que a autoridade coatora seja compelida a deferir licença-saúde por 90 dias contados da data de 08.02.2019.

A sentença de fls. 90/91 concedeu a segurança para obter a licença por 90 dias contados de 8 de fevereiro de 2019, julgando procedente o pedido inicial.

Apela a Fazenda Estadual (fls. 98/105). Pugna pela reforma da r. sentença para que o pedido seja julgado improcedente, argumentando que, a despeito da opinião do médico particular do impetrante, há parecer médico da instituição militar considerando-o apto para o serviço, com restrições.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 108/114).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

O art. 191, da Lei Estadual n° 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo), estabelece que:

> *Art. 191. Ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o exercício do cargo, será concedida licença, mediante inspeção em órgão médico oficial, até o máximo de 4 (quatro) anos, com vencimento ou remuneração.*

De fato, para que seja deferida a licença-saúde, faz-se necessário a realização de inspeção em órgão médico oficial. Tal imposição ocorre, pois, em certos casos específicos, eventual laudo emitido por médico particular não deve se sobrepor às conclusões contrárias de peritos oficiais do Estado.

Contudo, a Administração Pública não se interessou em realizar perícia oficial que atestasse a condição de saúde do servidor. O que consta é a simples informação que o apelado foi avaliado em unidade de saúde da Polícia Militar no dia 12.02.2019 (fls. 27), sendo considerado apto com restrições para o serviço por 60 dias contados de 12.02.2019 (fls. 51).

Frise-se que a avaliação médica não fundamentada às fls. 27 não supre a perícia médica oficial, e não há explicação o que seja "apto com restrições". Não afirma quais as restrições.

Ainda, consta nos autos (fls. 26) parecer de médico particular declarando que o apelado seguia tratamento naquela clínica, apresentando sintomas de dificuldades cognitivas, tristeza, angústia, desânimo, falta de energia, irritação, insegurança, intolerância com tendência a isolamento social e que dormia mal,

Acesso ao Sumário

estando sem previsão de alta do tratamento medicamentoso específico. Diante disso, solicitou o médico particular o seu afastamento do trabalho por 90 dias a partir de 08.02.2019.

No caso, a apelante não apresentou qualquer laudo médico fundamentado que contrarie a opinião do Psiquiatra que acompanha o apelado, nem tampouco impugnou a concessão da tutela antecipada, cumprindo-a de pronto.

Assim, o ato administrativo que indeferiu o pleito não se mostra legítimo frente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que, como cediço, integram o conceito de legalidade.

Ademais, a atuação do Poder Judiciário no caso não implica em qualquer violação da independência e harmonia dos Poderes. Tal violação inexiste quando o Poder Judiciário se limita a interpretar e dar aplicação às normas constitucionais e legais aplicáveis.

Por conta disto, a r. sentença deve ser mantida, tal qual proferida.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1022208-68.2018.8.26.0506, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada MARIA STELA FACCI MEIRELLES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.301)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – MEIO AMBIENTE – PREVENÇÃO E CONTROLE DE POLUIÇÃO – RENOVAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL – DECRETO ESTADUAL Nº 62.973/2017, QUE DEU NOVA REDAÇÃO A DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DA LEI Nº 997, DE 31 DE MAIO DE 1976 – ALTERAÇÃO NAS FÓRMULAS DE CÁLCULO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS, DOCUMENTOS, AUTORIZAÇÕES E PARECERES TÉCNICOS A SEREM EMITIDOS PELA CETESB – NOVA BASE DE CÁLCULO DO PREÇO DA LICENÇA, DECORRENTE DA ALTERAÇÃO DA DEFINIÇÃO DE "ÁREA INTEGRAL DE FONTE DE POLUIÇÃO" – INADMISSIBILIDADE – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – COMPROVAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. Considerando-se que o Decreto Estadual nº 62.973/2017, que deu nova redação a dispositivos do Regulamento da Lei nº 997/1976, alterou as fórmulas de cálculo para expedição de licenças ambientais, documentos, autorizações e pareceres técnicos a serem emitidos pela CETESB, dando nova redação, inclusive, à definição de "área integral de fonte de poluição", o que, consequentemente, alterou os valores da base de cálculo do preço dessas licenças, majorando-os de forma desproporcional e abusiva, em nítida violação à ordem, economia, saúde e segurança públicas, restam demonstradas a ofensa a direito líquido e certo e a ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade, sendo de rigor, portanto, a concessão da ordem. Sentença mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

MARIA STELA FACCI MEIRELLES impetrou mandado de segurança contra o **DIRETOR PRESIDENTE DA COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB**, com pedido de liminar, tendo a ordem sido concedida pela r. sentença de fls. 189/195, cujo relatório se adota, para determinar que não sejam aplicadas, no que concerne ao cálculo da taxa objeto

desta demanda, as disposições do Decreto Estadual nº 62.973/17, devendo seu recolhimento ocorrer conforme o art. 74, I, do Decreto Estadual nº 8.468/78.

Inconformada, apela a CETESB, almejando a reforma da decisão (fls. 141/180). Sustenta, em síntese, que o Diretor Presidente é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, pois o Decreto nº 62.973/17 foi editado por autoridade diversa (Governador do Estado), além de aduzir não ser cabível a impetração de mandado de segurança contra lei em tese e nem como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que a mera expectativa de violação não pode ser elevada à categoria de liquidez e certeza para fins de impetração do *mandamus*. Ademais, sustenta que a Lei Estadual nº 118/73 atribuiu à CETESB a incumbência de exercer o poder de polícia administrativa visando o controle da poluição em todo o território do Estado de São Paulo, ressaltando, ademais, que o Decreto Estadual nº 8.468/76, que aprovou a Lei Estadual nº 997/76, foi alterado substancialmente pelo DE nº 47.397/02, com exclusão do conceito de "área integral da fonte de poluição", cuja lacuna foi posteriormente preenchida por decisão da Diretoria da CETESB nº 315/2015/C, a qual definiu "área integral" como sendo a área do terreno ocupado pelo empreendimento ou atividade, acrescida das áreas construídas dos pavimentos superiores e inferiores, salvo algumas exceções, no mesmo sentido do Dec. 62.973/17, que inclusive trouxe muitos benefícios aos empreendedores, e que os preços de análises do licenciamento no Estado de São Paulo não eram reajustados desde o ano de 2002, além do fato de que, ante a natureza jurídica da Cetesb, o valor percebido nos processos de licenciamento se trata de preço de análise e não de taxa, fato que leva ao reconhecimento de que seguem o regime jurídico contratual e de Direito Privado, razão pela qual, se mantido o *decisum*, será obrigada a deixar de cumprir o princípio da legalidade e a desenvolver suas atividades de forma onerosa, beneficiando aquele que obtém lucro com suas atividades e utilizando dinheiro público para tanto, não havendo, assim, como assumir, junto com o Estado, os custos do lucro de empreendedores. Por fim, pugna pela necessidade de preservação da ordem pública ambiental à luz do art. 225 da CF, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

Contrarrazões às fls. 251/260, com parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 266/277.

É O RELATÓRIO.

Conheço dos recursos e lhes nego provimento.

Com efeito, consta dos autos que Maria Stela Facci Meirelles impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor Presidente da CETESB, pleiteando a suspensão da aplicação do Decreto Estadual nº 62.973/17, que deu nova redação ao Regulamento da Lei nº 997/76, alegando que referido decreto alterou as fórmulas de cálculo para expedição de licenças ambientais, documentos,

Acesso ao Sumário

autorizações e pareceres técnicos a serem emitidos pela CETESB, dando nova redação, inclusive, à definição de "*área integral de fonte de poluição*", o que, consequentemente, alterou os valores da base de cálculo do preço dessas licenças, majorando-os de forma desproporcional e abusiva. Afirmou ainda a impetrante que não poderia ser considerada na base de cálculo do preço do licenciamento a área total do imóvel poluidor, mas apenas a área construída ou do terreno ocupada pelo empreendimento ou atividade poluidora, nos termos da legislação anterior.

A r. sentença de primeiro grau concedeu a ordem à impetrante, determinando a suspensão da aplicação do Decreto Estadual nº 62.973/17. E o fez com razão, como se verá.

Inicialmente, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Diretor Presidente da CETESB, pois embora o Decreto Estadual nº 62.973/17 tenha sido editado pelo Governador do Estado, fato é que a CETESB, representada pelo seu Diretor Presidente, é quem o aplica na cobrança das taxas de licenciamento ambiental. Não há, pois, que se falar em ilegitimidade passiva.

Quanto ao mais, a Lei Estadual nº 997, de 31.05.1976, dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente no Estado. Estabelece o art. 5º que "**A instalação, a construção ou a ampliação, bem como a operação ou o funcionamento das fontes de poluição que forem enumeradas no Regulamento desta lei, ficam sujeitos à prévia autorização do órgão estadual de controle da poluição do meio-ambiente, mediante expedição, quando for o caso, de Licença Ambiental Prévia (LAP), de Licença Ambiental de Instalação (LAI) e/ou de Licença Ambiental de Operação (LAO)", considerando-se como "'fonte de poluição' qualquer atividade, sistema, processo, operação, maquinário, equipamento ou dispositivo, móvel ou não, previsto no Regulamento desta lei, que cause ou possa causar poluição ambiental através da emissão de poluentes**".

Já o Decreto Estadual nº 8.468/76, alterado pelo Decreto nº 47.397/02, previa que para cobrança das licenças ambientais em casos de poluição ambiental, deveria ser considerada a "área integral da fonte de poluição", definida como sendo "**a área total construída, mais a área ao ar livre ocupada para armazenamento de materiais e para operações e processamentos industriais, quando se tratar de fontes de poluição constantes dos incisos I, II, III, V, VI e IX do artigo 57"**, mais a **"área de terreno ou local a ser ocupado por incinerador ou por outro dispositivo de queima de lixo e de materiais ou resíduos, sólidos, líquidos ou gasosos**" (art. 74, parágrafo único). O Decreto Estadual nº. 397/02 manteve a "área integral da fonte de poluição" como um dos fatores para o cálculo do preço para expedição de licenças, mas sem trazer o significado de 'área integral'.

Acesso ao Sumário

Sob a alegação de que até então não havia sido dada por lei ou decreto a definição de "área integral de fonte de poluição", a CETESB emitiu a Decisão da Diretoria nº 315/2015/C, estabelecendo o seguinte:

> *"Art. 1º - A área integral da fonte de poluição a que se refere o art. 73-C do Regulamento da Lei Estadual nº 997/76, aprovado pelo Decreto Estadual nº 8.468/76, será a área do terreno ocupado pelo empreendimento ou atividade, acrescida das áreas construídas dos pavimentos superiores e ou inferiores, excetuadas as seguintes: I. áreas ocupadas com florestas ou outra forma de vegetação nativa; II. a área ocupada por outros empreendimentos presentes na área total do terreno; III. as áreas ocupadas por empreendimentos agrosilvopastoris que não estejam diretamente ligados à atividade licenciada".*

Ocorre que não poderia a CETESB ter "regulamentado" as definições trazidas pela Lei Estadual nº 997/76, muito menos ampliado a definição de "área integral de fonte de poluição" como sendo a área total do imóvel, e não apenas a área de construção ou de terreno ocupada pelo empreendimento ou atividade poluidora, por simples decisão interna do órgão, a não ser que fosse por meio de decreto estadual.

Veio agora o Decreto Estadual nº 62.973, de 28.11.2017, que, ao regulamentar a Lei nº 997/76, alterou as fórmulas de cálculo para expedição de licenças ambientais, documentos, autorizações e pareceres técnicos a serem emitidos pela CETESB, dando nova redação, em especial, à definição de "área integral de fonte de poluição", alterando a base de cálculo dos preços para expedição de licenças ambientais.

Considerou como sendo a "*área integral de fonte de poluição*" aquela **"área do terreno ocupado pelo empreendimento ou atividade, acrescida das áreas construídas dos pavimentos superiores e/ou inferiores, excluindo-se as seguintes: 1 - as áreas ocupadas com florestas e outras formas de vegetação nativa; 2 - a área ocupada por outros empreendimentos presentes na área total do terreno; e 3 - as áreas ocupadas por atividades agrosilvopastoris que não estejam diretamente ligadas à atividade licenciada"** (art. 1º do decreto, que alterou a redação do Regulamento nº 8.468/76, art. 73-C, parágrafo único).

Ora, resta claro que, ao considerar como base de cálculo a área do terreno ocupado pelo empreendimento e de edificação não ocupada pela atividade licenciada, ou seja, aquela área que não é fonte de poluição, o decreto extrapolou os limites previstos no art. 5º, §1º, da Lei nº 997/76, aumentando consideravelmente e de forma desarrazoada o preço das licenças ambientais.

Nesse aspecto, prevê o artigo o seguinte:

> **"Artigo 5º - A instalação, a construção ou a ampliação, bem como a operação ou o funcionamento das fontes de poluição que forem enumeradas no Regulamento desta lei, ficam sujeitos à**

Acesso ao Sumário

prévia autorização do órgão estadual de controle da poluição do meio- ambiente, mediante expedição, quando for o caso, de Licença Ambiental Prévia (LAP), de Licença Ambiental de Instalação (LAI) e/ou de Licença Ambiental de Operação (LAO). (NR)

§ 1.º - Para os fins do disposto neste artigo, considera-se "fonte de poluição" qualquer atividade, sistema, processo, operação, maquinária, equipamento ou dispositivo, móvel ou não, previsto no Regulamento desta lei, que cause ou possa causar poluição ambiental através da emissão de poluentes".

Assim, de fato houve uma oneração desarrazoada na expedição de licença de operação se efetuado o cálculo do preço da licença com base na nova redação de "fonte de poluição" trazida pelo Decreto nº 62.973/17, que considerou a área total do empreendimento como sendo fonte de poluição, ao invés de apenas considerar a área de construção ou de terreno ocupada pelo empreendimento ou atividade poluidora, como na antiga redação do Regulamento da Lei nº 997/76.

Ora, como já apontado em anteriores análises sobre o tema, aludido Decreto nº 62.973/2017 contém vício de ilegalidade ao introduzir um novo procedimento de cálculo dos preços das licenças ambientais, eis que majorou de forma não razoável o preço das licenças ambientais, em aumento que chega a alcançar, em alguns casos, a casa de 1000% e que não guarda uma relação direta com o porte da atividade e com o custo dos serviços prestados, de modo que o critério quantitativo da regra-matriz de incidência da taxa cobrada pelo poder de polícia apresenta vício em sua composição e onera de forma exorbitante as empresas que necessitam de licença ambiental, de modo a servir de óbice ao livre exercício de seu objeto social.

Logo, diante dessa evidente violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, bem como ao princípio do não confisco, é possível concluir que o decreto padece de ilegalidade.

Nesse aspecto, já houve manifestação desta C. Corte de Justiça a respeito do tema, senão vejamos:

"MEIO AMBIENTE. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA A DIRETORIA DA "CETESB". ORDEM CONCEDIDA PELO MM. JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PAULISTA. PRETENSÃO RECURSAL DESACOLHIDA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL BASEADA NO DECRETO ESTADUAL N° 62.973/2017. ATO NORMATIVO QUE CONFERE MAIOR AMPLITUDE E EXTRAPOLA O CONCEITO DE "FONTE DE POLUIÇÃO" PREVISTA NA LEI N° 997/76. MAJORAÇÃO DESPROPORCIONAL DO VALOR DO TRIBUTO. DETERMINAÇÃO PARA QUE A AUTORIDADE COATORA SE ABSTENHA DE APLICAR NORMA IMPUGNADA

COMO PARÂMETRO PARA O CÁLCULO DO PREÇO DA LICENÇA AMBIENTAL. PRECEDENTES DESTA CÂMARA SOBRE A MATÉRIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO". (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1015420-39.2018.8.26.0053; Relator (a): **Paulo Alcides**; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/11/2018; Data de Registro: 23/11/2018).

"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. LE nº 997/76. DE nº 8.468/79, 47.397/02 e 62.973/17. 1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão de primeira instância que indeferiu pedido liminar consistente na determinação de suspenção de aplicação do Decreto Estadual nº 62.9873/17. 2. Ao estabelecer o conceito de "área integral" para cálculo do preço de licenciamento, o DE nº 62.973/17 incluiu na definição de 'área integral do terreno' não apenas a área ocupada pelo empreendimento, mas determinou o cômputo da área toda, implicando no caso presente à elevação exorbitante do preço do licenciamento. Liminar deferida. 3. Presença dos elementos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, a teor do quanto disposto pelo art. 300, do CPC, para determinar que se considere como 'área integral' apenas a área interna e externa ocupada pelo empreendimento ou atividade, segundo o sistema anterior. Recurso provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2138749-36.2018.8.26.0000; Relator (a): **Nogueira Diefenthaler**; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/10/2018; Data de Registro: 16/10/2018).

"MEIO AMBIENTE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICENCIAMENTO AMBIENTAL – FIXAÇÃO DOS VALORES PARA EXPEDIÇÃO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS – Insurgência contra o indeferimento de liminar para suspender a incidência do Decreto 62.973/2017 – Critérios instituídos pelo Decreto Estadual nº 69.723/2017, que define um novo conceito de "área integral" para o cálculo do preço de licenciamento, definindo como base de cálculo da taxa a área do terreno ocupado pelo empreendimento ou atividade, acrescida das áreas construídas dos pavimentos superiores e/ou inferiores – Desproporcionalidade dos valores resultantes da aplicação das novas fórmulas para cálculo dos preços de obtenção de licenças ambientais – Probabilidade da pretensão da autora verificada – Presença dos requisitos legais a alicerçar a concessão da tutela pretendida – Inteligência do art. 300, do CPC/2015 – AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO". (TJSP; Agravo de Instrumento 2126183-55.2018.8.26.0000; Relator (a): **Luis Fernando Nishi**; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 25/09/2018).

Acesso ao Sumário

"MEIO AMBIENTE. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA A DIRETORIA DA "CETESB". PEDIDO LIMINAR INDEFERIDO PELO MM. JUÍZO "A QUO". RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO IMPETRANTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 1º e 7º, INCISO III, DA LEI N° 12.016/2009. APARENTE ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL BASEADA NO DECRETO ESTADUAL N° 62.973/2017. ATO NORMATIVO QUE CONFERE MAIOR AMPLITUDE E EXTRAPOLA O CONCEITO DE "FONTE DE POLUIÇÃO" PREVISTA NA LEI N° 997/76. MAJORAÇÃO DESPROPORCIONAL DO VALOR DO TRIBUTO. RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA CASO A SEGURANÇA SEJA CONCEDIDA APENAS AO FINAL DA AÇÃO, UMA VEZ QUE O IMPETRANTE POSSUI PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO DA SUA ATIVIDADE EMPRESARIAL. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE A AUTORIDADE COATORA SE ABSTENHA DE APLICAR O DECRETO N° 62.973/2017 COMO PARÂMETRO PARA O CÁLCULO DO PREÇO DA LICENÇA AMBIENTAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO". (TJSP; Agravo de Instrumento 2143497-14.2018.8.26.0000; Relator (a): **Paulo Alcides**; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Campos do Jordão - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 25/09/2018).

Além disso, como bem descreveu o E. Des. Pereira Calças, em caso análogo ao dos autos, no julgamento do Agravo Interno nº 2080000-26.2018.8.26.0000/50000, pelo Órgão Especial do TJSP, em 25.07.2018, cujo trecho ora transcrevo, a respeito da definição nova de "área integral" feita pela CETESB:

"A necessidade de observar rigorosa adstrição do Decreto à Lei, impedindo que o primeiro exceda os limites fixados pela última, torna-se ainda mais evidente quando se parte, como na decisão recorrida, da premissa de que as verbas de que ora se cuida têm natureza de taxa cobrada pelo exercício de poder de polícia, exigindo, dessa forma, rigorosa observância ao princípio da legalidade tributária no estabelecimento da base de cálculo.

Destacou-se que a CETESB já havia tentado promover idêntica alteração no conceito de "área integral da fonte de poluição" através da edição da Decisão de Diretoria nº 315/2015/C. Na ocasião, em mandado de segurança também impetrado pela CIESP, a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que também está preventa para os recursos referentes ao presente caso, entendeu que, para além da óbvia inadequação do meio normativo então empregado (Decisão de Diretoria da CETESB), a regulamentação ainda estendia indevidamente o conceito de "área integral da fonte de poluição", extrapolando os limites do art. 5º da Lei nº 997/76, raciocínio que também pode ser aplicado ao Decreto nº 62.973/17, ora em análise".

Acesso ao Sumário

Logo, pelo que se depreende dos autos, verifica-se a presença de direito líquido e certo da impetrante, ora apelada, até porque, segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles, tal direito *"é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração (...). Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança (...). Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança..."* (*in* "Mandado de Segurança, Ed. Malheiros, 14ª ed., págs. 25/26).

Portanto, era mesmo de rigor a concessão da ordem, mantida, assim, a r. sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

Posto isto, rejeitada a preliminar, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1000337-81.2017.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.124)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 6 de maio de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: MEDICAMENTOS E INSUMOS – Portadora de Neoplastia Maligna da Mama (CID 10 - C50) e Osteoporose (CID 10 - M81.9) – Pleito de fornecimento de medicamentos e insumos de que necessita para o seu tratamento – Admissibilidade – Direito fundamental à vida assegurado – Aplicação

Acesso ao Sumário

do art. 196, da Constituição Federal e art. 223, inciso V, da Constituição Estadual – Mantida multa diária fixada segundo parâmetros legais – Recursos Oficial e da Fazenda Estadual, improvidos.

VOTO

Trata-se de Reexame Necessário e Recurso de Apelação (fls. 114/129), interpostos em face de r. sentença (fls. 101/107), cujo relatório se adota, proferida em Ação Civil Pública, em que a autora, portadora de Portadora de Neoplastia Maligna da Mama (CID 10 - C50) e Osteoporose (CID 10 - M81.9), solicita o fornecimento dos medicamentos e insumos relacionados na inicial, quais sejam: **Anastrozol** comprimido 1mg (1 comprimido/dia), **Vitamina D3** 1000000 Ul/ml (4 gotas diárias), **Carbonato de Cálcio** equivalente a 200mg de cálcio elementar 91 comprimido/dia) e **Alendronato de Sódio** 70 mg (1 comprimido por semana).

O recurso foi recebido (fls. 131), e adveio a resposta às fls. 140/146.

Considera-se interposto o recurso oficial.

Em síntese, é o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

A apelada tem direito ao fornecimento da medicação pleiteada, e cabe às autoridades competentes garantir o bem estar, a saúde e a vida dos cidadãos governados, de tal sorte que é impossível excluir tal responsabilidade com base em argumentos formais como o exarado pela apelante, posto que contrários a nossa Magna Carta. As normas lá insculpidas preveem a obrigação dos entes federativos em fornecer assistência farmacêutica gratuita e não apresentam qualquer restrição ou condicionamento.

Considera-se que a obrigação de assistência à saúde é solidária e concorrente das três esferas de governo e suas respectivas autarquias, podendo ser acionadas pelos cidadãos, em caso de necessidade. Por este motivo a Fazenda Municipal não pode se eximir da responsabilidade de atender ao cidadão que a ela recorreu para obter medicamentos de que necessita para cuidar de sua saúde.

No mais, não cabe aqui qualquer alegação referente à teoria da "reserva do possível", nem se pode argumentar que as leis orçamentárias são óbices ao fornecimento da medicação. Cita-se Acórdão da lavra do desembargador JOSÉ SANTANA proferido na Apelação Cível nº 566.127.5/6-00:

> **"... não há justificativa para ser negado ao impetrante o medicamento de que necessita, de acordo com prescrição médica, porquanto, não há prioridade maior para a Administração do que a sobrevivência dos cidadãos, razão pela qual não são aceitáveis as escusas relativas à insuficiência orçamentária e exigência de licitação.**

Acesso ao Sumário

No caso da primeira, porque pode ser suplementada e, na segunda, porque dispensa licitação, ao teor do artigo 24, IV, da Lei 8.666/93. Depois, por força de disposição constitucional, a obrigação em garantir a saúde à população é solidária entre os três entes federativos, de modo que não importa qual dos entes públicos seja acionado em matéria de saúde pública.

Trata-se de questão cujo entendimento já se encontra pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo, colhe-se:

"É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à mediação ou congênere necessário à cura, controle abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados membros e Municípios, é dever reconhecer- se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no pólo passivo da demanda" (REsp. n.719.716/SC, rel. Min. Castro Meira).

Não se trata, também, de interferência do Poder Judiciário em outro Poder. Aquele tem sobre os demais o controle da legalidade, ou seja, a conformidade dos atos administrativos com as normas legais, e a aferição nos casos concretos, da omissão administrativa, no que tange a atos vinculados, em que a administração não tem a opção de deixar de atuar.

O mesmo se diga da ausência de padronização. Anote-se trecho de acórdão proferido na Apelação Cível nº 591.564.5/8-00, que teve como relatora a magistrada MARIA GABRIELLA P. S. SACCHI:

"O fato de o medicamento Enbrel não ser padronizado para o tratamento da artrite reumatóide não impõe a rejeição da presente inicial. Os Protocolos Clínicos são, apenas, normas gerais de conduta, normalmente editados com atraso se considerado o avanço da medicina em face dos entraves burocráticos da Administração. Uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Protocolos Clínicos) não pode fazer tabula rasa do direito constitucional a saúde, à vida, especialmente diante das provas concretas trazidas aos autos pela impetrante e à míngua de qualquer comprovação por parte do recorrente que venha a ilidir os fundamentos lançados no laudo médico juntado aos autos".

Acesso ao Sumário

O art. 196, da Carta Magna preceitua ser a saúde dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O art. 23, II, estabelece a partilha de atribuições na Federação, e prescreve ser de competência comum da União e dos Estados e Municípios "***cuidar da Saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência***". Além disso, a Lei 8.080/90 (Lei do SUS) comete atribuições ao Estado para a execução de programas de

combate e tratamento de doenças.

Também a Constituição Estadual, no inciso V, do art. 223, atribuiu ao Sistema Único de Saúde a organização, fiscalização e controle da produção e distribuição de componentes farmacêuticos básicos, medicamentos, produtos químicos, biotecnológicos, imunológicos, hemoderivados e outros de interesse para a saúde, facilitando à população o acesso a eles.

No mais, a apelada demonstrou que é portador de doença grave, necessitando dos medicamentos e insumos pleiteados na inicial, para tratar de sua enfermidade, provando, igualmente, que não possui condições financeiras para adquiri-lo. Assim, não pode o Poder Público eximir-se de suprir sua necessidade, levando em conta as Constituições Federal e Estadual, e toda a legislação infraconstitucional sobre o assunto.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1038824-90.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GARBO S/A. e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Segundo Juiz. Prosseguindo no julgamento, nos termos do art. 942, § 1º do CPC, com a participação dos desembargadores Oscild de Lima Junior e Marcelo Lopes Theodósio, negaram provimento ao recurso, vencido o Segundo Juiz, que declarará. De conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente vencido, com declaração), JARBAS GOMES, OSCILD DE LIMA JÚNIOR e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Declaratória. Cancelamento de Protesto. Alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade. Sentença de parcial procedência. Recurso da autora, buscando a inversão parcial do julgado para o

cancelamento do protesto. Legalidade do protesto reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.686.659/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema nº 777). Recurso da autora improvido, por maioria de votos.

VOTO

I. Trata-se de "Ação Declaratória de Cancelamento de Protesto de CDA" movida por GARBO S/A, empresa contribuinte de ICMS, contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando sustar e a final cancelar, por apontada inconstitucionalidade, a lavratura de protesto cambiário da Certidão de Dívida Ativa de nº 1.211.944.270, encaminhada ao 10º Tabelião de Protestos de São Paulo. Alegou, em síntese, que a Lei nº 12.767/2012, que autorizou protesto da Certidão da Dívida Ativa, padece de ilegalidade e inconstitucionalidade, uma vez que a Fazenda Pública dispõe de meios suficientes para cobrança de seu crédito, o que torna desnecessário o encaminhamento da CDA ao protesto.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 49/51), e a r. sentença de fls. 340/346, de relatório adicionalmente adotado, julgou parcialmente procedente o pedido, para "*declarar o direito da autora à exclusão dos juros previstos nos artigos 85 e 96 da Lei Estadual 13.918/2009, que incidiram sobre o débito ora discutido, determinando o recálculo do saldo com a devida exclusão dos juros ilegais e a observância da taxa referencial SELIC*." (textual – fls. 346). Carreou à ré, ainda, o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Determinado o reexame necessário, sobreveio apelação da autora. Nas razões de fls. 357/371, reitera suas alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade na determinação de protesto de CDA, requerendo o provimento do recurso "*para proceder o cancelamento do protesto encartado ao presente processo, por estar embasado em título nitidamente majorado*" (textual – fls. 371). O recurso foi contrariado a fls. 379/392, subindo os autos.

Nesta instância, a Decisão de fls. 398/400, proferida em 30.10.2018, determinou a suspensão do processo nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil. Este, em síntese, o relatório.

II. Anote-se, de início, não mais ser o caso de suspensão do feito, nos termos do artigo 1.037, II, do CPC.

A autora é empresa contribuinte do ICMS e ajuizou a presente ação ordinária contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, buscando obstar o protesto cambiário de Certidão de Dívida Ativa nº 1.211.944.270, encaminhada ao 10º Tabelionato de Protesto de Letras e Títulos de São Paulo (fls. 28). Alega, em síntese, que o protesto configura violação aos

Acesso ao Sumário

princípios do devido processo legal e da menor onerosidade ao devedor.

Como decidido na sentença, possível levar-se a protesto cambiário Certidão de Dívida Ativa.

Reproduz-se, a propósito, excerto de julgado da lavra da Des. MARIA LAURA TAVARES:

"É verdade que a Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, prevê a ação de execução fiscal como o meio mais comum para tal finalidade. Inobstante, não há qualquer impedimento para que a Fazenda Pública leve a protesto a certidão de dívida ativa – CDA, por falta de pagamento, mesmo gozando o título da presunção de liquidez e certeza (art. 204 do CTN).

Cuida-se de medida facultativa que se insere nos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, principalmente por se tratar de meio menos oneroso e mais célere para a satisfação do seu crédito.

Por outro lado, também não se faz presente o requisito do periculum in mora, pois a impetrante, se porventura obtiver o reconhecimento do direito invocado, poderá pleitear a reparação dos prejuízos que diz estar sofrendo, tendo em vista o célere rito processual do mandado de segurança.

A questão é complexa e enseja melhor análise no Juízo a quo, quando do julgamento do mérito.

A matéria já foi decidida por esta Colenda Câmara: "PROTESTO – Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública – Possibilidade, apesar do disposto no art. 204, do CTN privilegiar o Fisco, considerando a CDA como título líquido e certo – O fato do art. 204, do CTN considerar a CDA como título líquido e certo, não impede o Fisco de levar o título a Cartório, para lavrar protesto, medida administrativa, menos onerosa e mais célere, em confronto com o executivo fiscal, para persuadir o devedor ao pagamento" (AI nº 592.724.5/6, Rel. Desembargador LUIS GANZERLA, j. 9.10.2006). "AÇÃO ORDINÁRIA – PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – POSSIBILIDADE – É CERTO QUE A LEI DAS EXECUÇÕES FISCAIS PREVÊ A FORMA DE COBRANÇA DOS DÉBITOS FISCAIS, ENTRETANTO, NADA IMPEDE QUE O TÍTULO EM QUESTÃO (CDA) SEJA LEVADO A PROTESTO POR FALTA DE PAGAMENTO – VERBA HONORÁRIA REDUZIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE" (AC nº 725.482.5/3, Rel. Desembargador PIRES DE ARAÚJO, j. 14.4.2008).

Em caso semelhante, também há decisões deste E. Tribunal no mesmo sentido:

"CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. ICMS. Protesto. Possibilidade. Extensão do protesto a outros documentos de dívida. Inteligência da Lei 9.441/97. Título executivo extrajudicial. Parecer Normativo nº 076/05-E. Recurso não provido" (AC nº 588.145.5/9, 10ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público, Rel. Desembargador PAULO GALIZIA, j. 15.3.2010). "EMBARGOS INFRINGENTES – Protesto de Certidão de Dívida Ativa – Insurgência sob alegação de excesso de encargos – Conquanto não seja o protesto da certidão da dívida ativa requisito essencial para ajuizamento de ação de execução fiscal, nada obsta sua indicação – Aplicação da Lei nº 9.492/92 – Recurso acolhido" (EI nº 994.08.204665-6/5002, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador MAGALHÃES COELHO, j. 19.10.2010)." (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 990.10.570859-5, Rel. a Des. MARIA LAURA TAVARES).

O protesto em questão é na atualidade expressamente admitido por lei. Assim o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 9.492/97, acrescentado pela Lei Federal nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente a ADI 5.135, que tinha por objeto precisamente o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, na redação dada pela Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012 (cf. Informativo nº 846 do STF). Em julgamento datado de 09.11.2016, o Plenário do STF, em V. Aresto tomado por maioria de votos (vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski), relatado pelo Min. Luís Roberto Barroso, fixou a seguinte tese: "**O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política**" (grifei).

Nos termos do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, "**as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**".

Ademais, também o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em recente julgamento, rejeitou arguição de inconstitucionalidade do art. 25 da Lei federal 12.767/2012, em V. Acórdão assim ementado: "***Arguição de inconstitucionalidade. Lei 12.767/2012, que acrescentou dispositivo à Lei nº 9.49297 de modo a admitir extração de protesto de certidões de dívida ativa. Alegação de falta de pertinência temática entre a emenda legislativa que acrescentou aquela disposição e o teor da Medida Provisória submetida a exame. Irrelevância. Pertinência temática que a Constituição da República só reclama nos casos nela indicados em "numerus clausus", rol que não compreende o tema em questão. Sanção presidencial que, ademais, validou o acréscimo feito pelo Legislativo, perdendo sentido, destarte, discussão sobre a regularidade formal daquela modificação. Inconstitucionalidade não reconhecida. Arguição desacolhida***." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0007169-19.2015.8.26.0000, j. 29.4.2015, rel. o

Des. ARANTES THEODORO).

Por fim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.686.659-SP (Primeira Seção, j. 28.11.2018, Dje. 19.03.2019, Rel. o Ministro HERMAN BENJAMIN), submetido à sistemática dos recursos repetitivos, recentemente firmou orientação a respeito da legalidade do protesto de CDA, no regime da Lei 9.492/97. Reproduz-se parcialmente a ementa do julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 948 E 949 DO CPC/2015. NÃO CONFIGURAÇÃO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. PROTESTO. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.492/1997, COM A REDAÇÃO DA LEI 12.767/2012. LEGALIDADE. (...) 32. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: "A Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012"."

Existindo lei em sentido formal a autorizar expressamente a medida, nada tem de ilegal ou inconstitucional (formal ou materialmente) o protesto cambiário de certidão de dívida ativa, anotando-se em acréscimo que a legislação estadual paulista expressamente admite o protesto de certidões de dívida ativa (Lei estadual 11.331, de 2002).

E mesmo a se afastar o cálculo juros de mora, introduzido pela Lei estadual 13.918, de 2009, isso não importaria em desconstituição da Certidão de Dívida Ativa levada a protesto. Se, no bojo de execução fiscal, pacificada orientação da jurisprudência sinaliza facultar-se à Fazenda, em tal hipótese, apresentar nova CDA expungida do excesso, não há razão para que se determine o cancelamento da CDA, e, como decorrência lógica, do protesto, mesmo porque o principal da dívida é confessado e incontroverso. O Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que nulidade parcial de Certidão de Dívida Ativa não impede o prosseguimento da execução: "***É possível prosseguir a execução da parte válida da CDA se, por meros cálculos aritméticos, for possível aferir os valores. Entendimento consolidado no REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 30/11/2010, acórdão submetido ao regime do art. 543- C do CPC e da Resolução STJ 08/2008***." (STJ, AgRg no REsp 1.216.672-SC, 2ª Turma, j. 19.06.2012, Rel. o Min. CASTRO MEIRA).

Ou como ponderou o Desembargador RICARDO DIP em precedente amoldável: "***O excesso quantitativo de execução não afeta a certeza, liquidez e exigibilidade do título, sempre que, tal o caso, os valores cobrados possam rever-se mediante simples operações aritméticas. Processo é instrumento e não fim. Suas leis maiores, a realização do direito material e a economia de tempo, de gastos e de esforços. Sua demarcação, a segurança jurídica. Tanto que não se aflija essa segurança, o mero recorte de excesso de cobrança, por meio de cálculos aritméticos nos próprios autos, colima efetivar o direito material de modo processualmente mais***

Acesso ao Sumário

econômico."

III. Por todo o exposto, por maioria de votos, nega-se provimento à apelação.

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.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 54.502)

1. Adoto o relatório lançado no voto do eminente Des. AROLDO VIOTTI.

2. O STJ no julgamento, aos 28 de novembro de 2018, do REsp 1.686.659, analisado sob a égide de recursos repetitivos, anunciou que "a Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA na forma do art. 1º, parágrafo único, da lei 9.492/97, com a redação da lei 12.767/12."

Ainda que se reconheça a **admissibilidade legal** do protesto, há necessidade de apreciar-lhe a pertinência no quadro da norma posta pelo art. 805 do Código de processo civil de 2015 ("Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado").

No caso dos autos, sendo de logo possível a cobrança judicial do débito inscrito em dívida ativa, não se avista a pertinência do protesto para a satisfação do discutido crédito tributário.

3. Faltante interesse jurídico legítimo em dada atuação prejudicial a outrem, tem-se a dissociação entre o exercício pretendido e a finalidade social para a qual se destina o direito correspondente.

Com efeito, avista-se que o disputado protesto, sem implicar acréscimo algum à exequibilidade do título, acarreta muito provável prejuízo ao crédito do devedor, desviando-se dos fins jurídico, econômico e social que justifica a própria existência dessa prática tabelioa.

Poderá mesmo vislumbrar-se a exageração do exercício do direito de protesto quando o titular desse direito venha a exercitá-lo não para caracterizar a mora temporal ou dar condições de executividade a um documento, mas, isto sim, para desviar o protesto de seu objetivo próprio e das razões mesmas que lhe podem justificar a existência, de maneira tal que o prejuízo do devedor e o comprometimento de seus direitos põem à vista a desproporção entre a real utilidade do exercício do direito de protesto e os detrimentos consequentes.

Desvela-se, neste quadro, a vulneração da regra do art. 805 do Código de

Acesso ao Sumário

processo civil de 2015, pois emerge o desequilíbrio entre o exercício do direito de protesto – que é válido em princípio – e o sacrifício objetivamente excessivo imposto ao devedor. Se havia – e há – meios flagrantemente menos onerosos para a realização do direito, é desproporcional exercitá-lo de maneira mais gravosa.

POSTO ISSO, meu voto, *data venia* do respeitável entendimento divergente, dá provimento à apelação de Garbo S/ A., para determinar o cancelamento do protesto da CDA *sub examine*. (autos de origem n. 1038824-90.2016 da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo).

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador, Segundo Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1029461-80.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PORTE PAPELARIA HIGIENE E LIMPEZA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO CONHECIDO e REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO, V.U., com declaração de voto convergente do Desembargador Ribeiro de Paula" de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.216)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 15 de abril de 2019.

SOUZA NERY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA. CREDITAMENTO DE ICMS. Pretendida a anulação do auto de infração e imposição de multa lavrada em desfavor da empresa autora pelo Fisco Estadual, em razão do creditamento de ICMS incidente sobre operações mercantis realizadas com empresas posteriormente declaradas inidôneas. Admissibilidade – Documentos acostados nos autos que comprovam a efetiva ocorrência das operações mercantis relativas à aquisição de produtos

junto às empresas elencadas no bojo do auto de infração impugnado que, contudo, à época das tratativas comerciais com a empresa adquirente, apresentavam situação regular perante o Fisco. Declaração de inidoneidade que não possui efeito *ex tunc* em relação às notas fiscais emitidas anteriormente à declaração de inidoneidade, quando verificada a boa-fé e efetiva operação comercial da empresa adquirente. Hipótese em apreço que vai ao encontro do entendimento da Súmula n. 509, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sentença que julgou o pedido procedente, declarando a inexigibilidade dos valores contidos no auto de infração combatido. Apelação apresentada pela Fazenda do Estado de São Paulo que não observou o disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, implicando não conhecimento, pois, não superado o juízo de admissibilidade. Matéria apreciada por este E. Tribunal, em razão do reexame necessário previsto no artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil. Decisão de 1º grau mantida.

RECURSO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO CONHECIDO e REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de ação, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por *PORTE PAPELARIA HIGIENE E LIMPEZA LTDA.* em face da *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO* na qual pretende a empresa autora que seja declarada a nulidade do auto de infração e imposição de multa n. 4.065.357-0, lavrado em seu desfavor pelo Fisco Estadual, em decorrência de creditamento de ICMS incidente sobre as operações mercantis de aquisição de produtos junto às empresas elencadas no bojo do referido auto de infração, as quais foram posteriormente declaradas inidôneas pelo Poder Público. Em breve síntese, sustenta a parte autora a (i) efetiva realização das tratativas comerciais, consoante notas fiscais e comprovantes de pagamento em favor das empresas vendedoras; (ii) que à época da aquisição das mercadorias todas as empresas apontadas pelo Fisco Estadual apresentavam situação regular perante o sistema SINTEGRA e, por fim, (iii) a existência de boa-fé na condição de empresa adquirente.

Tutela provisória de urgência deferida para determinar a suspensão de exigibilidade do débito decorrente do auto de infração ora impugnado,

Acesso ao Sumário

determinando-se ao 1º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Guarulhos que se abstenha quanto à lavratura do termo de protesto do título, ou caso tenha ocorrido, suspenso os efeitos.[1]

Oferecida contestação pela *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO* PAULO, alegando, *grosso modo*, a regularidade do auto de infração e imposição de multa lavrado em desfavor da empresa autora, em razão de seu envolvimento em operações ilícitas de circulação de mercadorias, praticadas em desacordo com a legislação tributária, diante da suposta aquisição de produtos de empresas vendedoras declaradas inidôneas pelo Poder Público, maculando, desta forma, o creditamento de ICMS. Por tais fundamentos, pugnou a improcedência do pedido vestibular, aduzindo, já na peça defensiva, a desnecessidade de produção de provas, diante do contexto fático e documentos acostados.[2]

Manifestação sobre a peça defensiva e documentos acostados, na qual sustentou a parte autora a efetiva realização das operações comerciais com empresas que, à época das transações, apresentavam situação regular perante o Fisco Estadual, renovando a boa-fé enquanto empresa-adquirente, motivos suficientes para afastar a infração combatida nestes autos, pois, regular a escrituração fiscal.[3]

Instadas a se manifestar em sede de instrução probatória, a parte autora declinou a necessidade de produção de provas. Transcurso do prazo *in albis* em relação à parte requerida, a Fazenda do Estado de São Paulo.[4]

Sobreveio a r. sentença de procedência do pedido, ratificando-se a tutela de urgência deferida no sentido de inexigibilidade dos valores relativos ao auto de infração e imposição de multa n. 4.065.357-3, sob o fundamento de que a documentação carreada nos autos demonstra a efetiva transação comercial relativa à aquisição de produtos por parte da empresa autora, apresentadas as correspondentes notas fiscais com a comprovação de pagamentos realizados em favor das empresas vendedoras, e ainda, que as declarações de inidoneidade em relação às empresas apontadas no bojo do auto de infração lavrada em desfavor da parte autora, ocorreram posteriormente às tratativas comerciais, não havendo que se falar em creditamento indevido de ICMS ou escrituração fiscal em desacordo com a legislação tributária, anotando-se, por fim, a boa-fé da empresa adquirente. Em razão da sucumbência, condenada a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte adversa fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido até 200 salários mínimos e 8% sobre o proveito econômico obtido[5] a partir de

Acesso ao Sumário

1 Fls. 811-812, decisão da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. RAFAEL TOCANTINS MALTEZ, da 2ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos.
2 Fls. 827-900.
3 Fls. 907-912.
4 Fls. 913-915.
5 Proveito econômico correspondente a R$ 501.993,56, montante acrescido de correção monetária

201 salários mínimos até o valor restante, consoante determina o artigo 85, §3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil.[6]

Apelou a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, aduzindo, em breve síntese, a existência de diversos fundamentos para modificação da r. sentença hostilizada, sem, contudo, apontar quais. No mais, cita os princípios que regem a matéria tributária em cotejo, bem como a legislação aplicável, notas sobre a declaração de inidoneidade e seus efeitos e as medidas que devem ser observadas pela empresa adquirente, sendo irrelevante argumentação de boa-fé, em razão da responsabilidade tributária objetiva que estampa o artigo 136, do Código Tributário Nacional. Nesta senda, pugnou provimento de seu apelo e a reforma integral da r. sentença, decretando-se a improcedência do pedido vestibular.[7]

Contrarrazões oferecidas pela parte autora apontando o acerto da r. decisão hostilizada, pois se mostra consentânea às provas carreadas, legislação aplicável ao caso e jurisprudência relativa à matéria, em especial, à Súmula 509 do Superior Tribunal de Justiça, motivos pelos quais defendeu a manutenção da sentença.[8]

No mais, decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante dispõe o artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil.

É O RELATÓRIO.

O recurso fazendário não deve ser conhecido.

Dispõe o artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil/2015:

> Art. 932. Incumbe ao relator:
>
> [...]
>
> III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Diante do que determina o referido dispositivo, para que seja conhecida, a apelação deve preencher os requisitos previstos no artigo 1.010 do CPC. Nesse passo, ao se exigir, no que aqui interessa, "*as razões do pedido de reforma*", disposto no inciso III, primeira parte, do mencionado artigo, tem-se que o referido preceito pressupõe que a insurgência recursal deve guardar correlação direta e imediata com a sentença, de forma a permitir o exercício do efeito devolutivo.

Todavia, examinando as razões recursais, nota-se a ausência desse requisito formal.

Da leitura do apelo interposto verifica-se que as razões não guardam pertinência com a decisão objurgada, ao passo que discorre de forma genérica, sem nenhuma alusão específica quanto à *ratio decidendi* exposta na r. sentença

Acesso ao Sumário

a partir de 22.08.2018.

6 Fls. 917-926, sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. THIAGO ZAMPIERI DA COSTA, da 2ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos.

7 Fls. 927-935.

8 Fls. 942-947.

proferida pelo d. Juízo singular, não expondo motivos ensejadores à reforma pretendida perante este E. Tribunal.

Assim, é possível inferir a manifesta violação do princípio da dialeticidade. Em realidade, há mais: verifica-se que o propósito é a deletéria prática consistente no "recorrer por recorrer".

Sabido que a má-fé não é presumível, entrementes tal conduta resvala à litigância desleal à medida que visa gerar apenas o prolongamento do trâmite processual, desviando-se a recorrente do precípuo fim do processo que, *grosso modo*, serve de veículo para concretização do direito material postulado, e assim, em última análise, a pacificação social, mediante a resolução de litígios trazidos à apreciação do Estado-Juiz.

A conduta da recorrente, nestes autos, notadamente em sede recursal, uma vez que não traz uma indagação específica à r. sentença objurgada, visa obstar o desiderato acima mencionado, razão pela qual deve ser rememorado à Ilustre Procuradora do Estado que subscreve a apelação que este espírito não mais se coaduna com o moderno processo civil, especificamente com o princípio da boa-fé processual delineado no novel Código de Ritos.[9]

Assim, impõe-se o não conhecimento do recurso fazendário, dada sua incapacidade de ultrapassar o juízo de admissibilidade, pois, não atendido o disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil.

No mais, a matéria é apreciada nesta E. Corte em razão do reexame necessário, anotando-se, desde já, o não provimento.

Conforme bem lançado na r. sentença, as tratativas comerciais realizadas pela empresa autora, ora recorrida, ocorreram em período anterior à declaração de inidoneidade das empresas vendedoras. No mais, também restou comprovada a efetiva aquisição de mercadorias, afastando-se a hipótese de simulação de operação mercantil, dessumindo-se, deste contexto fático, a regular escrituração fiscal realizada pela empresa autora ao proceder o creditamento de ICMS incidente sobre as incontestes operações comerciais.

E no caso em apreço, aplicável o sedimentado entendimento jurisprudencial que, por meio da edição da Súmula 509 do A. Superior Tribunal de Justiça, definiu que: "*É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda*."

Não é outra a conclusão de que esta é a hipótese em cotejo, consoante os documentos acostados nos autos, em especial os comprovantes de pagamentos correspondentes às notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias, as quais foram emitidas por empresas que, à época das transações comerciais, detinham

9 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

a condição de idoneidade perante os órgãos de controle, notadamente, o Fisco Estadual.[10]

Por fim, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não conhecido o recurso pelo órgão julgador, deverá haver a condenação em honorários advocatícios recursais em desfavor do recorrente, conforme previsto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil[11], razão pela qual, considerando os limites previstos na lei processual civil, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais devidos ao patrono da parte adversa de 10% para 15% em relação ao percentual disposto no inciso I; e de 8% para 10% quanto ao percentual contido no inciso II, ambos os limites delineados no § 3º, artigo 85, do Código de Processo Civil.

Considera-se 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, ressaltando-se que as multas processuais eventualmente aplicadas podem ser executadas, independentemente da condição de beneficiário de gratuidade judiciária.

Pelo exposto, meu voto orienta-se no sentido de *NÃO CONHECER O RECURSO DA APELANTE, a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e NEGAR PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO*, restando mantida a r. sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 27.980)

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal com o fim de declarar a nulidade do débito oriundo do AIIM nº 4.065.357-2, em razão de, no período de março de 2010 a setembro de 2012, ter celebrado transação com empresas declaradas inidôneas posteriormente.

A r. sentença julgou a ação procedente para declarar a nulidade do AIIM e a inexigibilidade dos créditos ali apontados. Recorre a FESP pela reforma da sentença.

O voto de Relator não conheceu do recurso da FESP ao fundamento de ausência do requisito formal previsto no inc. III, do art. 932, do CPC, que estabelece ser inadmissível o recurso que não tenha impugnado especificadamente

10 Fls. 26-795.

11 STJ – EDcl no AgInt no Recurso Especial n. 1.573.573 – RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, 3ª Turma, julgamento em 04.04.2017, publicado no DJe: 08.05.2017.

Acesso ao Sumário

os fundamentos da decisão recorrida.

Contudo, entendo que era caso de conhecer do recurso fazendário e negar-lhe provimento.

Os fundamentos adotados na sentença, de que a apelada estaria de boa-fé e as operações comerciais teriam de fato ocorrido, são irrelevantes para a tese da FESP, que defende ser o ato declaratório de inidoneidade documento interno da administração tributária pelo qual se atesta a irregularidade em determinada empresa; os documentos fiscais apresentados, portanto, não são aptos a acobertar operações válidas, não gerando direito de crédito.

Isso porque, de acordo com a Fazenda, uma vez publicada a declaração de inidoneidade, forma-se presunção absoluta de irregularidade referente à operação praticada, especialmente pelo fato de que a partir dessa data a situação do contribuinte perante a Secretaria da Fazenda passa a ser de 'cancelado'.

Assim, apesar de não concordar com a tese defendida pela Fazenda Pública, penso que seria o caso de conhecer do recurso para negar-lhe provimento.

RIBEIRO DE PAULA, Desembargador, Terceiro Juiz

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0049310-48.2018.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram do conflito para fixar a competência da C. 15ª Câmara de Direito Público, por maioria de votos, vencidos os Desembargadores Raul de Felice e Encinas Manfré, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.466)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, BURZA NETO, FERMINO MAGNANI FILHO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, LUIZ

FELIPE NOGUEIRA, EDSON FERREIRA, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, ALIENDE RIBEIRO, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Conflito de Competência. Ação anulatória ajuizada por edifício residencial. Cobrança, pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília, a título de contrapartida "aos investimentos que a autarquia deverá fazer para atendimento do aumento de demanda de água potável, que tais empreendimentos geram". Precedentes a respeito da matéria julgados pelas Câmaras Especializadas em tributos municipais. O C. Órgão Especial, em demanda de outro ente municipal, reconheceu a cobrança como tributo. Conflito conhecido para fixar a competência da C. 15ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito ajuizada por EDIFÍCIO RESIDENCIAL MARSELHA em face do DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA - DAEM alegando que, em outubro/2016 foi notificada a respeito do lançamento tributário de ofício, a título de contrapartida, no valor de R$ 94.659,20 para pagamento em dez prestações mensais. Referiu que a notificação de cobrança foi expedida pela requerida com base no Ato/DAEM nº 175, Resolução 781, de 19 de julho de 2013, bem como art. 23, IV da Lei Municipal nº 3.926, de 15 de outubro de 1993. Aduziu que a ré instituiu "contrapartida" por mero ato administrativo, com base em decisão de seu Conselho Deliberativo, em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal. Esclareceu que a cobrança, segundo o Ato/DAEM nº 175, ocorre sob o argumento de se fazer frente "aos investimentos que a autarquia deverá fazer, para atendimento do aumento de demanda de água potável, que tais empreendimentos geram". Sustentou que a construção de edifício predial não gera, automaticamente, aumento da demanda de consumo de água e que a ré deveria comprovar os investimentos efetivamente realizados para fazer frente ao suposto aumento de consumo. Acrescentou que o art. 27 da Lei Municipal nº 3.926/93 estabelece que na cobrança regular de água e tratamento de esgoto, já é considerada a "expansão do serviço". Concluiu, portanto, que a ré cobra duas vezes para custear seus investimentos. Requereu

Acesso ao Sumário

a concessão de tutela de urgência para o fim de suspender a cobrança objeto da contrapartida, determinado que a ré se abstenha de emitir qualquer fatura a este título, suspendendo os lançamentos já efetuados e proibindo-a de efetuar novos. Ao final, pediu a procedência da ação para o fim de declarar a inexigibilidade do débito objeto da notificação referida na inicial, anulando-se toda e qualquer cobrança com base no Ato/DAEM nº 175.

A ação foi julgada procedente (fls. 167/172), confirmando a tutela de urgência foi deferida (fls. 102/106).

Inconformados, apelaram o réu (fls. 174/186) e a autora (fls. 203/212), esta última com relação aos honorários de sucumbência.

Contrarrazões somente do autor (fls. 228/237 e 238).

Distribuído o recurso à C. 15ª Câmara de Direito Público, o d. Relator sorteado se deu por incompetente e determinou a redistribuição entre as Câmaras de Direito Público com competência geral (fls. 240/242).

Redistribuído o recurso à C. 13ª Câmara de Direito Público, esta suscitou dúvida de competência ao C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, por entender que a competência seria das Câmaras especializadas de Direito Público (fls. 258/264).

A D. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer no sentido de se reconhecer a competência da 15ª Câmara de Direito Público (fls. 272/277).

O C. Órgão Especial não conheceu do incidente e determinou a remessa à C. Turma Especial da Seção de Direito Público (fls. 284/289).

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência, suscitado pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, sustentando que a competência para o julgamento do apelo interposto é das Câmaras Especializadas em Tributos Municipais.

Temos que a razão está com a C. Câmara suscitante.

Já se viu, cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito ajuizada por EDIFÍCIO RESIDENCIAL MARSELHA em face do DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA - DAEM alegando que, em outubro/2016 foi notificada a respeito do lançamento tributário de ofício, a título de contrapartida, no valor de R$ 94.659,20 para pagamento em dez prestações mensais. Referiu que a notificação de cobrança foi expedida pela requerida com base no Ato/DAEM nº 175, Resolução 781, de 19 de julho de 2013, bem como art. 23, IV da Lei Municipal nº 3.926, de 15 de outubro de 1993. Aduziu que a ré instituiu "contrapartida" por mero ato administrativo, com base em decisão de seu Conselho Deliberativo, em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal. Esclareceu que a cobrança, segundo o Ato/DAEM nº 175, ocorre sob o argumento de se fazer frente "aos

Acesso ao Sumário

investimentos que a autarquia deverá fazer, para atendimento do aumento de demanda de água potável, que tais empreendimentos geram". Sustentou que a construção de edifício predial não gera, automaticamente, aumento da demanda de consumo de água e que a ré deveria comprovar os investimentos efetivamente realizados para fazer frente ao suposto aumento de consumo. Acrescentou que o art. 27 da Lei Municipal nº 3.926/93 estabelece que na cobrança regular de água e tratamento de esgoto, já é considerada a "expansão do serviço". Concluiu, portanto, que a ré cobra duas vezes para custear seus investimentos. Requereu a concessão de tutela de urgência para o fim de suspender a cobrança objeto da contrapartida, determinado que a ré se abstenha de emitir qualquer fatura a este título, suspendendo os lançamentos já efetuados e proibindo-a de efetuar novos. Ao final, pediu a procedência da ação para o fim de declarar a inexigibilidade do débito objeto da notificação referida na inicial, anulando-se toda e qualquer cobrança com base no Ato/DAEM nº 175.

Conforme dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, a *competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se* ***pelos termos do pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*

Tenho que a competência é das Câmaras Especializadas desta Seção de Direito Público, acompanhando os termos do acórdão do eminente desembargador Ricardo Anafe, da C. Câmara suscitante.

A Resolução n.º 623/2013 do C. Órgão Especial desta Corte dispõe que:

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:

...

II – 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ***ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não.***

A autora alega ilegal a cobrança, a título de contrapartida, efetuada pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM, seja ela considerada taxa ou preço público e busca a declaração de inexigibilidade e anulação do débito.

O C. Órgão Especial, em 29.02.2012, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0310787-35.2011.8.26.0000, definiu que a cobrança de "taxa de verticalização" pela ligação de água em construções verticais, no Município de Piracicaba, tem natureza tributária. Vale transcrever trecho do acórdão, de relatoria do ilustre Desembargador Roberto Mac Cracken:

Ainda mais, como bem registra o Nobre e Douto Representante do

Acesso ao Sumário

Ministério Público do Estado de São Paulo: "Ora, a Taxa de Verticalização é cobrada de "todos os pedidos de ligação de água relativamente às construções verticais", compulsoriamente, em dinheiro. Não se trata de aplicação de pena, por ato ilícito. É instituída pela Lei n. 3.911/95 e cobrada mediante atividade administrativa. Portanto, evidentemente trata-se de um tributo. Desta forma, a fixação da base de cálculo da Taxa de Verticalização por Decreto Municipal, e que aumentou o "quantum" inicialmente fixado pela Lei, traduz evidente vilipêndio ao art. 97, incs. II e IV, do Código Tributário Nacional, bem como do art. 150, inciso I, da Constituição Federal, tisnando a apontada norma municipal evidente inconstitucionalidade".

Assim sendo, tratando-se de tributo, a criação ou o aumento somente poderia se dar por meio de lei, restando, assim, consagrado o conhecido princípio da legalidade tributária.

A matéria, envolvendo a "contrapartida" cobrada pela autarquia do Município de Marília, vem sendo julgada perante as Câmaras Especializadas, conforme recente jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Anulatória de Débito de "contrapartida financeira" instituído pelo DAEM – Cobrança instituída por Ato Normativo que extrapola os limites legais conferidos ao Diretor-Executivo da autarquia municipal e invade a esfera legislativa do Município – Natureza de Taxa – Ofensa aos princípios da legalidade administrativa e tributária, previstos nos artigos 37 e 150, I, ambos da Constituição Federal – Cobrança inconstitucional – Sentença reformada – Restituição – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1003140-70.2017.8.26.0344; Relator (a): Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/02/2019; Data de Registro: 10/03/2019).

Apelação – Ação anulatória de débito Fiscal – "contrapartida financeira" criado pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM. Ato Normativo nº 175/13, aprovado pela Resolução nº. 781, que tem por fundamento legal para sua edição o artigo 23, inc. IV da Lei municipal nº 3.926/93 que, por sua vez, dispõe sobre a competência do Diretor Executivo do DAEM para expedir normas, instruções ou ordens para a execução dos trabalhos afetos ao órgão que dirige. Inexistência de previsão da criação de obrigações que envolvam terceiros estranhos à autarquia. Ato que extrapola o poder regulamentar e invade competência legislativa. Natureza jurídica de taxa e não de tarifa. Ilegalidade da cobrança. Aplicação do art. 252, do RITJSP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1010641-75.2017.8.26.0344; Relator (a): Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/02/2019; Data de Registro: 28/02/2019).

Acesso ao Sumário

Apelação – Ação anulatória de débito denominado de "contrapartida financeira" criado pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM. Ato Normativo nº 175/13, aprovado pela Resolução nº. 781, que tem por fundamento legal para sua edição o artigo 23, inc. IV da Lei municipal nº 3.926/93 que, por sua vez, dispõe sobre a competência do Diretor Executivo do DAEM para expedir normas, instruções ou ordens para a execução dos trabalhos afetos ao órgão que dirige – Inexistência de previsão da criação de obrigações que envolvam terceiros estranhos à autarquia – Ato que extrapola o poder regulamentar e invade competência legislativa – Natureza jurídica de taxa e não de tarifa – Ilegalidade da cobrança – Aplicação do art. 252, do RITJSP – Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1003806-71.2017.8.26.0344; Relator (a): Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 26/11/2018).

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO – CONTRAPARTIDA – Exercício de 2016 – Município de Marília – Cobrança criada através de ato normativo do Diretor Executivo do Departamento de Água e Esgoto – Cobrança que possui verdadeira natureza jurídica de taxa e não de tarifa – Exigência da taxa em razão de pedido de ligação definitiva de água em condições verticais (edifícios) – Impossibilidade – Limitação do poder de tributar prevista no art. 150, I da Constituição Federal e art. 97 do CTN – Verba honorária majorada de acordo com o disposto no artigo 85, § 3º, inciso I do CPC – Recurso da autarquia improvido – Recurso do condomínio provido para majoração da verba honorária. (TJSP; Apelação Cível 1002415-81.2017.8.26.0344; Relator (a): Rezende Silveira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 28/02/2018).

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – CONTRAPARTIDA FINANCEIRA – EXERCÍCIO DE 2016 – MUNICÍPIO DE MARÍLIA – Sentença que julgou procedente a ação. Apelo da autarquia.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – Limitação ao poder de tributar imposta pelo artigo 97 do Código Tributário Nacional – Departamento de Água e Esgoto de Marília que, por meio do Ato nº. 175 e da Resolução nº. 781, instituiu a cobrança de "contrapartida financeira" – Cobrança que possui natureza jurídica de taxa – Inteligência do decidido na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0310787-35.2011.8.26.0000, julgada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça – Violação ao princípio da legalidade – Precedente desta C. Câmara, inclusive da mesma comarca.

LIMITES DO PODER REGULAMENTADOR DA ADMINISTRAÇÃO – Ato nº. 175 do Departamento de Água e Esgoto de Marília que prevê como fundamento legal para sua edição o artigo 23, inciso IV da Lei Municipal nº.

Acesso ao Sumário

3.926/93 que, por sua vez, dispõe sobre a competência do Diretor Executivo do DAEM para expedir normas, instruções ou ordens para a execução dos trabalhos afetos ao órgão que dirige, não prevendo a criação de obrigações que envolvam terceiros estranhos à autarquia – Ato nº. 175 que ao criar a "contrapartida financeira" extrapolou o âmbito interno do DAEM, excedendo seus limites do poder regulamentar – Impossibilidade de extrapolação do alcance legal por meio de ato normativo inferior à lei – Doutrina.

Honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 – HONORÁRIOS RECURSAIS – Artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015 – Majoração – Possibilidade – Ocorre que o Código de Processo Civil não é a única norma a ser aplicada – Aplicação conjunta com a Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) – Entendimento jurisprudencial no sentido de não permitir o aviltamento da profissão de advogado – Honorários que devem ser fixados de forma razoável, respeitando a dignidade da advocacia – Honorários recursais fixados em R$ 2.000,00, que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em arbitramento sem onerosidade excessiva aos cofres públicos – Verba honorária que totaliza R$ 3.000,00.

Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1014814-79.2016.8.26.0344; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/06/2018; Data de Registro: 25/06/2018).

Por todo o exposto, pelo meu voto, o conflito é conhecido para fixar a competência da C. 15ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0016234-96.2019.8.26.0000, da Comarca de Panorama, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram procedente o conflito e fixaram a competência da 9ª Câmara de Direito Público. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.057)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, BURZA NETO, FERMINO

Acesso ao Sumário

MAGNANI FILHO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, ALIENDE RIBEIRO, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Indenização postulada por pescadores profissionais pela menor oferta de pescado decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Mota (Porto Primavera), que alterou a bacia hidrográfica do Rio Paraná. Competência declinada pela 9ª Câmara de Direito Público, em 2009, quando do primeiro recurso de apelação, para a Câmara Especial do Meio Ambiente, que julgou o recurso. Julgamento anulado pelo Superior Tribunal de Justiça, com retorno dos autos ao primeiro grau, sobrevindo nova sentença e apelação, distribuída em 17-10-2018, por prevenção, ao Des. Nogueira Diefenthaler, da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que suscitou conflito negativo de competência. Legislação ambiental que não integra a causa de pedir. Sem pedido de ajustamento da situação de fato à legislação ambiental. Questão ambiental meramente acessória e secundária. Matéria não afeta às Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. Resolução 623/2013, redação dada pela Resolução nº 681/2015, desta Corte. Competência em razão da matéria que tem natureza absoluta e por isso prevalece sobre a regra de prevenção do artigo 105 do Regimento Interno desta Corte. Conflito procedente, fixada a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Ação de pescadores profissionais por indenização pelos danos decorrentes da diminuição da oferta de pescado nas águas do Rio Paraná em decorrência da construção da Usina Hidrelétrica Sérgio Mota, que alterou a correspondente bacia hidrográfica.

Primeira apelação distribuída, em 28 de setembro de 2006, ao

Acesso ao Sumário

Desembargador Peiretti de Godoy, da 9ª Câmara de Direito Público, 19º volume, fls. 3604, em 24 de setembro de 2008, o colegiado não conheceu do recurso e determinou remessa para a Câmara Especial do Meio Ambiente, vol. 20, fls. 3945/3948, que julgou o recurso, em 17 de setembro de 2009, vol. 22, fls. 4232/4240.

Recurso especial foi acolhido e determinado o retorno dos autos à origem para novo julgamento, com inversão do ônus da prova, vol. 23, fls. 4574/4592, sobrevindo nova sentença, vol. 26, fls. 5314/5321.

Nova apelação foi distribuída, em 17 de outubro de 2018, por prevenção decorrente do AI 0073853-38.2006.8.26.0000, ao Des. Nogueira Diefenthaler, da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que suscitou conflito negativo de competência, volume 27, fls. 5531 e 5545/5555.

É o relatório.

Legislação ambiental que não integra a causa de pedir, pois não há pedido de ajustamento da situação de fato à legislação ambiental.

Portanto, a questão ambiental é meramente acessória e secundária, de modo que a matéria não está afeta à competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, segundo a disciplina da Resolução 623/2013, com a redação conferida pela Resolução nº 681/2015 desta Corte:

Art. 4º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Público a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, que formarão o Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental, com competência para:

I - Ações cautelares e principais ***que envolvam a aplicação da legislação ambiental*** *e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente natural, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;*

II - Ações em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de ***medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental*** *(Lei nº 6.938/1981, art. 14, "caput" e §§ 1º a 3º).*

Com efeito, a pretensão dos autores é de reparação de danos causados que teriam sido causados por CESP - Companhia Energética de São Paulo, pela concessionária de serviço público, pela construção da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Mota (Porto Primavera), em Rosana, que alterou a bacia hidrográfica rio Paraná.

Não se alega violação a normas de proteção ao meio ambiente, buscando somente reparação dos danos decorrentes do fato objetivo da intervenção na bacia hidrográfica com consequente redução da oferta de pescado em prejuízo

Acesso ao Sumário

dos pescadores da região.

A competência, portanto, é mesmo das Câmaras de Direito Público, sendo nesse sentido os seguintes julgados desta Turma Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Ação que envolve pedido de indenização por danos que teriam sido causados pela CESP com a construção da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera e do desvio do Rio Paraná, pois, essas obras de acordo com a narrativa da petição inicial - provocaram drástica diminuição de peixes no rio, prejudicando a atividade profissional dos autores.

Fato danoso relacionado à prestação de serviço público. Competência recursal que, nesse caso, deve ser definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público para "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 (CC nº 0048632-04.2016, rel. Desembargador. Ferreira Rodrigues, julgado 07-12-2016).

Conflito negativo de Competência. Câmara Reservada ao Meio Ambiente (suscitante) e Câmara de Direito Público (suscitada). Ação indenizatória proposta por pescador profissional alegando prejuízo à atividade pesqueira, decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Engenheiro Sérgio Motta (Porto Primavera). Questão que não envolve diretamente direito ambiental Competência da c. 12ª Câmara de Direito Público (CC nº 0045595-66.2016.8.26.0000, relator Desembargador Luiza Felipe Nogueira, julgado 11-11-2016).

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil do Estado. Pedido de reparo material e moral em razão da diminuição da piscosidade do Rio Paraná, consequente à construção da Usina Porto Primavera. Redução da fonte de renda de pescadores profissionais. Matéria que aborda apenas indiretamente a proteção do Meio Ambiente. Direito individual constatado. Reconhecimento da incompetência da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Incidente acolhido, sendo declarada a competência da 4ª Câmara de Direito Público (CC nº 0044404-20.2015.8.26.0000, rel. Desembargador Fermino Magnani Filho, julgado 27-11-2015).

Por outro lado, tratando-se de competência em razão da matéria, por isso de natureza absoluta, prevalece sobre a regra de prevenção do artigo 105 do Regimento Interno desta Corte, afastando-se, pois, o direcionamento em virtude do AI 0073853-38.2006.8.26.0000, que foi julgado pela Câmara Ambiental,

Acesso ao Sumário

como já decidido pelo Órgão Especial em 17-08-2016, Apelação nº 0033592-35.2016.8.26.000, relator Desembargador Amorim Cantuária.

Voto, pois, pela procedência do conflito e fixação da competência da 9ª Câmara de Direito Público.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2016490-05.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São José dos Campos, em que é embargante RESIDENCIAL SATURNO SPE LTDA., é embargado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.198)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Agravo de instrumento. Ação anulatória. São José dos Campos. Imóvel adquirido por incorporadora. Autuações administrativas em face da ex-proprietária. Necessidade de expedição de certidão positiva com efeito de negativa. Suspensão da exigibilidade do débito. – Omissão. Contradição. O acórdão erroneamente considerou não haver comprovação nos autos de que os créditos incidentes sobre o imóvel objeto de incorporação decorram das multas administrativas aplicadas em face da antiga proprietária; a alegação foi comprovada pelo relatório sintético juntado aos autos; o acolhimento, no entanto, não implica na concessão de efeito infringente, visto que remanescem os argumentos que impedem a concessão da liminar

Acesso ao Sumário

pretendida. – Tutela de urgência indeferida. Agravo desprovido. Embargos acolhidos para correção da contradição, sem efeito infringente.

VOTO

1. A Câmara, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência de suspensão da exigibilidade de multas administrativas. Embarga a agravante; diz que há omissão e contradição na afirmação de ausência de comprovação de que os créditos sobre o imóvel referem-se às multas decorrentes das autuações; o relatório de fls. 329 do agravo informa a relação das multas que impedem a emissão de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa; a concessão de tutela de urgência não implica em dano reverso irreparável. Pede declaração para eventual efeito infringente e para fins de declaração.

É o relatório.

2. Omissão. Contradição. Configura-se a omissão quando o acórdão não aprecia questão que deveria apreciar; não há omissão quando o acórdão examina as questões e fundamentos necessários à solução da controvérsia, deixando de lado questões irrelevantes, implicitamente rejeitadas ou que, pela natureza, não permitem apreciação nesse momento do processo. Os embargos visam eliminar contradição entre os termos do próprio acórdão ('error in procedendo'), não entre o acórdão e outros elementos dentro ou fora do processo ('error in judicando'). No caso, a agravante tem razão, não por contradição, mas por erro material, já que o acórdão erradamente afirma não haver comprovação de que os créditos sobre o imóvel se referem a multas decorrentes das autuações discutidas.

O documento de fls. 329 do agravo constitui relatório sintético de créditos existentes referentes à inscrição imobiliária do imóvel no qual se pretende o registro da incorporação imobiliária pela embargante, em que de fato constam as multas administrativas objeto da ação anulatória. Ao contrário do que constou no acórdão, há indícios de que referidos débitos obstam a expedição da certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para que a incorporadora prossiga com o registro.

3. No entanto, embora se considere que os créditos foram demonstrados, o desprovimento do recurso subsiste pelas razões a seguir. O juiz 'a quo' ainda não decidiu quanto à legitimidade 'ad causam', aguardando a manifestação da autora quanto à preliminar nos termos do art. 10 do CPC; a questão deve ser resolvida no processo de origem para que não se suprima a instância, conforme constou no acórdão embargado.

No mais, a autora requereu liminarmente 'a suspensão da exigibilidade dos avisos de lançamento nº 0001524; 0002093; 0001150 e 0001629, vinculados

Acesso ao Sumário

aos processos administrativos nº 45.832/2013 e 85.662/2013 e 111.092/2013 (...) a fim de viabilizar o registro do projeto de construção do empreendimento na matrícula do imóvel, que encontra-se obstada por exigência do 1º CRI local' (fl. 12, na origem, fls. 13 e 25 do agravo), sendo reiterado o pleito aqui às fls. 3/4, acrescentando a embargante o argumento de que não se trata de dano reverso irreparável, pois no caso de improcedência poderá a ré utilizar os 'meios processuais cabíveis à cobrança do crédito tributário em questão', o que reforça o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito. Aqui reside a confusão da embargante que, somada à dúvida da legitimidade 'ad causam' ainda a ser dirimida, impede a concessão da tutela.

4. O pedido liminar precisa ser claro e indicar exatamente o que se pretende; se a tutela requerida visar à desconsideração de referidas multas para obtenção de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para prosseguimento do registro de incorporação perante o 1º CRI, então este deve ser o pleito direcionado, primeiro, ao juiz 'a quo'; e não foi isso o que a embargante pediu. O pedido de suspensão da exigibilidade dos referidos avisos de lançamento [que não foram endereçados à embargante] que se examine antes a legitimidade da autora para o ajuizamento da demanda, pois as multas administrativas foram lavradas em face da antiga proprietária e não há indicação de transferência de responsabilidade pelo pagamento à incorporadora. A execução fiscal de nº 1504066-71.2017.8.26.0577 foi ajuizada pelo Município de São José dos Campos em face de Colantuono Participações Ltda., tendo por objeto o crédito decorrente destas multas não pagas pela executada. Ora, eventual determinação de suspensão obstaria inclusive o prosseguimento da ação executiva e, portanto, não é o caso de concessão de efeito infringente aos embargos.

Percebe-se que a embargante não pretende o que pediu, mas outra coisa; quer apenas que tais apontamentos não prejudiquem o registro da incorporação de seu interesse, por tratar-se de crédito fiscal cobrado de terceiro. É o que deve levar, com a fundamentação devida, ao juiz e à administração, que decidirão livremente.

O voto é **pelo acolhimento dos embargos**, para corrigir o erro material, sem efeito infringente. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1046866-14.2016.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante SEMAE - SERVIÇO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA

E ESGOTO, são embargados IRACY DOS SANTOS FOLHA (ESPÓLIO) e MARIA APARECIDA FOLHA DE ANDRADE (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos declaratórios e o agravo interno, negando provimento ao apelo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.470; Voto nº 22.471 e Voto nº 22.472)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 10 de maio de 2019.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. Ação de Obrigação de Fazer. Reconsiderada a decisão que, tendo em vista o valor atribuído à causa, remetera os autos ao Colégio Recursal. Inteligência do artigo 5º da Lei nº 12.153/2009.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO INTERNO ACOLHIDOS.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Hidrômetro. Constatadas irregularidades na caixa padrão, sua correção incumbe ao proprietário do imóvel, cujo nome consta dos cadastros municipais e que contratara os serviços de água e esgoto, agora representado pelo espólio. Inteligência do artigo 1.997 do Código de Processo Civil. Interesse de agir presente. Ação procedente.

APELO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta pelo *SEMAE - SERVIÇO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO, em face do ESPÓLIO DE IRACY DOS SANTOS FOLHA*, visando a que o réu seja compelido "*a providenciar a instalação da caixa padrão para abrigar o hidrômetro e manter nela instalado o dispositivo, na forma estabelecida em norma do SEMAE, bem como em instalar a caixa de inspeção de esgoto, no passeio público e, se não o fizer, que seja autorizado o SEMAE a executar tais serviços e lançar os valores fixados na Matriz Tarifária no cadastro do imóvel mencionado em preâmbulo, pena de multa diária*".

Julgada procedente a lide, nos termos da r. sentença de fls. 93-94, insurge-se

o réu, sustentando, em síntese: a) responsabilidade do co-proprietário do imóvel, por força de disposição contratual; b) cumprimento da obrigação; c) carência de ação, uma vez que o autor não teria noticiado fatos que culminariam com o encerramento da demanda; d) supostos prejuízos causados pela desnecessária propositura da ação; e) má-fé do autor (fls. 116-128).

Recurso tempestivo, bem processado e respondido (fls. 135-139).

Os autos foram distribuídos, originalmente, à C. 38ª Câmara de Direito Privado, sorteado como relator o I. Des. Spencer Almeida Ferreira que, por decisão monocrática, determinou a remessa do processo a esta Seção de Direito Público (fls. 146-148).

Houve redistribuição dos autos à C. 11ª Câmara de Direito Público.

Este Relator, por sua vez, determinou a remessa do processo autos ao Colégio Recursal competente, em virtude de o valor atribuído à causa ser inferior a 60 salários mínimos (fls. 154-160).

Contra essa decisão, o autor opôs embargos declaratórios, ao passo que a ré apresentou agravo interno, ambos sustentando que competiria a esta Corte a apreciação do apelo.

Facultou-se à ré a manifestação nos embargos declaratórios; dispensou-se o pronunciamento do autor no agravo interno, uma vez que ambas as insurgências possuem idêntico objetivo.

É o relatório.

I. Acolhem-se os embargos declaratórios e o agravo interno, tendo em vista o artigo 5º da Lei nº 12.153/2009, *verbis*:

> *"Artigo 5º. Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;*
>
> *II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas."*

Diante disso, reconhece-se a competência deste Colegiado para apreciar a apelação.

II. Os elementos disponíveis informam que, em vistoria realizada em dezembro de 2015, o autor constatou irregularidades na caixa padrão do hidrômetro instalada no imóvel de co-propriedade do espólio-réu.

O prazo de 10 dias concedido para sanar a desconformidade foi, porém, desatendido, motivando a propositura da presente demanda.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do que defende o réu, não se pode cogitar de falta de interesse de agir, pois ao tempo da propositura da ação, em 18.6.2016, a obrigação que lhe fora cominada pelo autor, no exercício do poder de polícia que lhe é ínsito, ainda não havia sido satisfeita.

Somente após a publicação dos embargos declaratórios opostos à r. sentença, ocorrida em 28.11.2017, o réu, por meio de sua inventariante, se dispôs a noticiar o cumprimento da obrigação que, conforme o documento por ele próprio apresentado, não foi integral (cf. fls. 107-111).

Essa circunstância – de parcial adimplemento do encargo - não é significativa de carência superveniente do interesse de agir (ou perda de objeto, como quer o réu), mas, sim, de reconhecimento do pedido.

A propósito dos mencionados documentos juntados pelo espólio após a prolação da r. sentença, recomendável lembrar que o princípio da eventualidade da defesa imputa ao réu os ônus de "*alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir" e de "manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas*" (artigos 336 e 341 do Código de Processo Civil), não desempenhados a contento no caso concreto.

A ação foi corretamente direcionada em face do espólio, uma vez que a falecida Iracy figurava como responsável pelo imóvel e contratante dos serviços de água e esgoto junto ao SEMAE (fls. 15-18).

Sobrevindo a morte de Iracy, ao seu espólio incumbem as dívidas, pecuniárias ou não, a teor do ao artigo 1.997, primeira parte, do Código Civil.

Daí a inconsistência da argumentação de que ele, réu, espólio, não usufruiria do imóvel (mesmo porque não poderia fazê-lo).

Nem mesmo o fato de ter sido autorizado o parcelamento dos débitos administrativos junto ao SEMAE, a pedido do ex-companheiro de Iracy, Sebastião Barbosa da Silva, como consta do documento de fl. 09, dá respaldo às teses de defesa.

Referido documento é claríssimo ao consignar a ciência de Sebastião "*sobre a urgência para abertura de inventário sobre o imóvel e também ciente de que qualquer outra solicitação para o SEMAE deverá ser apresentado andamento do processo de inventário o nomeando como inventariante, ou a solicitação deverá ser feita por um representante legal do imóvel*" (sic).

Não houve, como alega o réu, qualquer alteração cadastral.

Como bem salientou a MM. Magistrada, "*quanto à suposta ausência de interesse processual e o pedido de chamamento ao processo, observe-se que a obrigação requerida é de natureza pessoal e a pretensão foi oposta em relação ao contratante à época, quem seja, a Sra. Iracy. Desse modo, não há que se*

Acesso ao Sumário

falar em ausência de interesse de agir tampouco chamar ao processo parte que não era contratante dos serviços da autarquia."

Quanto ao mérito propriamente dito, tem-se que o autor demonstrou, por meio de documentação hábil, que a caixa padrão do hidrômetro não obedecia aos critérios da legislação municipal (artigos 27 a 29 da Lei nº 1.061/1964; e 49, 104 e 105 do Decreto nº 13.265/2006) e que suas tentativas de compelir o réu a sanar as irregularidades foram infrutíferas; ou seja, o SEMAE demonstrou o fato constitutivo de seu direito (artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil).

O réu, por seu turno, não se desincumbiu do ônus que lhe é imposto pelo inciso II do referido dispositivo, porque não ofereceu nenhum elemento que pudesse desconstituir o direito afirmado na inicial.

A pretensão deduzida pelo autor, longe de traduzir abusividade, visa a nortear a fruição dos serviços de água e esgoto e, assim, a viabilizá-los a toda a coletividade.

Diante desse cenário, revela-se infundado o argumento de que o SEMAE teria litigado em má-fé.

Não se conhece do pedido de reparação de danos materiais e morais em favor da inventariante do espólio, pois não foi submetido ao juízo de origem, constituindo, portanto, indevida inovação processual representativa de supressão de um grau de jurisdição e de surpresa à ré, com o que não se pode compactuar.

Por essas razões, a r. sentença merece subsistir integralmente.

Caberá ao réu, ainda, o pagamento de honorários sucumbenciais recursais, à luz do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, acrescendo-se 2% ao percentual fixado em primeiro grau (10% sobre o valor da causa). Concedido, nesta ocasião, o benefício da gratuidade processual, anota-se que a execução do julgado obedecerá à condição suspensiva prevista no artigo 98, § 3º, do mencionado codex.

III. Isto posto, acolhem-se os embargos declaratórios opostos pelo autor com efeito infringente, e o agravo interno apresentado pelo réu, reconhecendo-se a competência deste órgão jurisdicional para apreciação do feito. Nega-se provimento ao apelo do réu.

IV. 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 apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais.

No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1022406-08.2018.8.26.0506/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante TRANSERP EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S/A, é embargado BRUNO HUDSON DEFENDI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.366)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente), LEONEL COSTA, BANDEIRA LINS e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Recurso com nítido caráter infringente – Omissão – Vício inexistente – Mera discordância com o julgado – Prequestionamento – Inadmissibilidade – Observância do art. 1025, do Código de Processo Civil/2015 – Embargos rejeitados.

VOTO

Cuida-se de Embargos de Declaração, tempestivamente opostos por Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A, alegando omissão e pretendendo prequestionar o v. acórdão resultante do julgamento realizado em 03.04.2019 (fls. 411/418), disponibilizado no DJe de 09.04.2019 e publicado no primeiro dia útil subsequente (certidão de fls. 427) que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso.

A embargante alega ser imperioso que todos os elementos pleiteados nos autos constem em acórdão e/ ou não se façam contraditórios, sob pena de prejuízos multifacetados, sobretudo prejudicar o conhecimento ou ensejar a rejeição dos recursos nos Tribunais ad quem.

Sustenta não ter sido analisado em acórdão o que tange à competência da TRANSERP para autuar infrações de trânsito, demais desdobramentos e/ ou motivações. Prequestiona a matéria.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Não merece acolhida a pretensão da embargante.

Ao contrário do afirmado, como se depreende da simples leitura do *decisum*, não houve omissão em nenhum ponto discutido no recurso, pelo que se pode afirmar com convicção que não há quaisquer dos vícios do art. 1022, do Código de Processo Civil/2015, que autorize o recebimento dos presentes embargos declaratórios.

A decisão embargada se acha motivada e enfrentou todos os argumentos deduzidos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

A questão referente à competência da TRANSERP para autuar infrações de trânsito foi expressamente tratada no v. acórdão embargado:

"Das referidas leis municipais, possível depreender-se não ter sido atribuída à apelante a competência para o exercício do poder de polícia em relação ao trânsito da cidade de ribeirão Preto, mas tão somente para gerenciar o sistema de trânsito municipal.

Ademais, frise-se que a delegação do poder de polícia não pode ser irrestrita, em especial a aplicação de sanção por infração de trânsito, por se tratar a Transerp de pessoa jurídica de Direito Privado."

Claramente se percebe do teor das razões recursais que a recorrente se volta contra o resultado do julgamento em si, contra ele se insurgindo, a pretexto de apontar suposta omissão.

Toda a matéria agitada nos embargos se relaciona com a **interpretação** que o julgado deu aos fatos da causa e aos seus fundamentos jurídicos, nada havendo de substancial que embase a indigitada existência dos vícios que justificariam, em tese, a interposição dos declaratórios.

Enfim, mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 1022 do CPC *(repita-se: obscuridade, contradição, omissão ou erro material).* Estes, como se viu, não foram preenchidos. Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Prequestionamento. Acórdão que examinou todas as questões jurídicas relevantes para decidir o recurso. Art. 1025 do nCPC: consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam admitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade. Inconformismo com o resultado. Erro de julgamento que não justifica a oposição de aclaratórios. Precedentes STJ. Embargos rejeitados.* (EmbDecl nº 2021858- 97.2016.8.26.0000/50000 - Comarca: São Paulo - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Teixeira Leite - j. 15.06.2016 - v.u.).
>
> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITOS LEGAIS – Os embargos de declaração devem se embasar no artigo 1.022 do Código de Processo Civil – Ausentes os requisitos*

Acesso ao Sumário

legais devem ser rejeitados – Embargos rejeitados. (EmbDecl nº 0046681-11.2011.8.26.0562/50000 - Comarca: Santos - Rel. Des. Hugo Crepaldi - j. 16.06.2016 - v.u.).

Embargos de declaração – Hipóteses do art. 1.022 do NCPC não verificadas – Inconformismo revelador da natureza infringente dos embargos de declaração – Prequestionamento – Embargos de declaração rejeitados. (EmbDecl nº 1003061-34.2015.8.26.0127/50000 - 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Comarca: Carapicuíba - Rel. Des. Maurício Pessoa - j. 16.06.2016 - v.u.).

Embargos de declaração – Objetivo meramente pré-questionador. Inadmissibilidade. Art. 1.025 do novo código de processo civil que extinguiu a necessidade da oposição dos aclaratórios para fins de pré-questionamento. 1. Opostos contra acórdão proferido já na vigência do Novo Código de Processo Civil, os recursos se submetem à nova ordem legal. 2. O art. 1.025 do NCPC extinguiu a necessidade de serem manejados embargos de declaração para fins de préquestionamento, uma vez que se consideram "incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou". 3. Opostos contra acórdão proferido já na vigência do Novo Código de Processo Civil, os recursos se submetem à nova ordem legal. 4. A ora embargante se utiliza dos embargos de declaração para se opor injustificadamente ao andamento do processo, expondo fatos e, a seu bel-prazer, nomeando-os de contradição, sem que contradição sejam, o que importa, assim, em interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório. Age, pois, em evidente litigância de má-fé, consoante dispõe o art. 80 do NCPC, devendo, portanto, ser condenada à sanção prevista no art. 1.026 do mesmo diploma, que trata especificamente da multa cabível em caso de embargos de declaração manifestamente protelatórios. 5. Embargos rejeitados, com aplicação de multa. (EmbDecl. nº 1007008-16.2014.8.26.0068/50000 - Comarca: Barueri - 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Artur Marques - j. 16.06.2016 - v.u.).

Se a embargante não concorda com o julgamento, deve exercer a via recursal específica e cabível, mas não apodar o aresto de omisso, defeito que, *repita-se*, ele não possui.

Em suma, inexiste a alegada omissão, nem qualquer eiva no acórdão embargado, que deve subsistir por seus próprios fundamentos.

Portanto, pelo exposto, meu voto é pela **rejeição dos Embargos**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração

Acesso ao Sumário

Cível nº 1004251-80.2016.8.26.0229/50000, da Comarca de Hortolândia, em que é embargante CARLOS EDUARDO RAULINO GOMIDE, é embargado HORTOPREV - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DE HORTOLÂNDIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.550)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Embargos de Declaração – Erro material – Aposentado é homem, portanto o divisor é de 30 anos – Aposentado com tempo trabalhando de 15 anos – Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Carlos Eduardo Raulino Gomide** contra o **Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Hortolândia - Hortoprev**. Diz a inicial que o autor, na qualidade de servidor público municipal, lotado no cargo de professor, pleiteia que seja realizado o recálculo de sua aposentadoria proporcional sobre o tempo de serviço exigido para a aposentadoria integral dos membros do magistério (30 anos), conforme determinação legal, assim como o pagamento das parcelas vencidas e não prescritas.

Citada, a ré contestou (fls.47), alegando a regularidade no cálculo da remuneração, pois não tem o autor direito à redução do tempo de contribuição.

Réplica a fls. 89.

A ação foi julgada procedente (fls. 108) pelo juiz *Luis Mario Mori Domingues*.

Insatisfeita, apelou a Hortoprev, repetindo os argumentos trazidos na contestação.

Recurso contrariado, a fls. 124.

Por votação unânime esta Terceira Câmara de Direito Público negou provimento ao recurso (fls. 141/149).

Insatisfeito, Carlos Eduardo Raulino Gomide apresenta, agora, embargos de declaração, alegando erro material do acórdão ao colocar equivocadamente

Acesso ao Sumário

o autor como mulher e quanto ao tempo de trabalho de 21 anos e não apenas 15 anos.

Recurso tempestivo

É o relatório.

O acórdão apresenta erro material que deve ser sanado. No trecho em que consta:

> Portanto, tem razão a autora quando afirma que tem direito ao recálculo de seus proventos de aposentadoria à base de 15/25 avos, retificando-se o título de aposentação. Eventuais efeitos patrimoniais pretéritos, respeitada a prescrição quinquenal, deverão ser buscados em ação autônoma.

O autor, aposentado, é homem devendo ser utilizado o divisor de 30 anos para cálculo de seus proventos. Já quanto à sua proporcionalidade de tempo, este foi aposentado com tempo trabalhando de 21 anos. Dessa feita, deve-se utilizar a fração 21/30 para cálculo dos proventos.

Dessarte ficam acolhidos os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1043851-20.2017.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante JAQUELINE MARINELLI DE CARVALHO, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.752)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição – Prequestionamento – Ausente vício na decisão colegiada, não se admitem embargos com o fim único de prequestionamento – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por **JAQUELINE MARINELLI DE CARVALHO** contra v. acórdão proferido por esta 4ª Câmara de Direito Público (fls. 973/992) que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela embargante, de modo a reformar a r. sentença de primeiro grau que extinguiu o feito sem exame de mérito por ilegitimidade passiva, e, com força no permissivo do art. 1.013, §1º, do CPC/2015, denegar ordem de segurança pretendida.

Em suas razões (fls. 01/13), a embargante sustenta que há omissão no v. acórdão, considerando que não teria havido manifestação quanto à preterição existente em relação aos candidatos aprovados no certame diante da contratação de temporários, ressaltando que "o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação", nos termos da Súmula 15 do STF. Aduz que o entendimento impugnado divergiu de casos análogos e, ao final, requer o provimento dos aclaratórios, sanando-se os vícios apontados.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A embargante busca reapreciação da matéria já julgada com o único propósito de reverter o que entende lhe ter sido adverso, induvidosa a finalidade "modificativa" inerente aos presentes aclaratórios.

Entretanto, todas as questões de fato e de direito apresentadas e reconhecidas como relevantes foram apreciadas e decididas, e, por meio de embargos de declaração não cabe pretender que se "redecida", mas tão somente que se "reexprima" o que em tese ficou omisso, contraditório ou obscuro.

Referido por José Frederico Marques na sua obra Instituições de Direito Processual Civil[1], tem-se que "como explica magistralmente Pontes de Miranda":

> A sentença nos embargos de declaração não substitui a outra, porque diz o que a outra disse. Nem pode dizer algo menos, nem diferente, nem mais. Se o diz, foi a outra sentença que o disse. É a antinomia – que nos vem do fundo das ciências – entre a proposição existencial e a existente.

Consequentemente, tão somente por exceção à regra pode haver mais do que uma integração didática no acórdão, e quanto a esse aspecto, em particular pelo que consta do alentado lastro de fls. 02/13, não se identifica qualquer falta que impossibilite a parte de recorrer.

Note-se que a matéria questionada pelo embargante foi suficientemente

Acesso ao Sumário

1 Rio de Janeiro: Forense, 2ªed., p. 287.

enfrentada no acórdão embargado, *in verbis* (fls. 985/991):

"(...) *In casu*, embora a autora tenha sido um dos 5.000 candidatos aprovados dentro do número de vagas, chamou inicialmente a atenção o fato de que a Administração, conquanto esgotado o prazo de validade do certame, não tenha por iniciativa própria nomeado qualquer dos candidatos.

Após a integração da relação processual, tal qual ocorreu no julgamento de questão análoga por essa 4ª câmara de Direito Público (Agravo de Instrumento nº 1052534-46.2017.8.26.0053) as autoridades coatoras esclareceram e comprovaram que após a abertura do certame público o cenário político e econômico do país passou por sensíveis alterações, o que impactou na queda da receita orçamentária do Estado de São Paulo.

Com efeito, observou a Fazenda Estadual que a autorização do certame em 2013 ocorreu em um cenário econômico completamente diferente do atual e que no exercício de 2014, quando iniciado o certame público regido pelo Edital DP nº 2.321/14, a despesa com pessoal correspondia a 50,71% da receita corrente líquida, enquanto o limite de alerta era de 54% e o limite prudencial estava em 57% (fls. 659/671).

Nos exercícios posteriores, contudo, ante a queda na arrecadação tributária decorrente do cenário de crise nacional, os demonstrativos da despesa com pessoal dos exercícios de 2015 e 2016 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 art. 59, parágrafo 1º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, no exercício de 2016 foi ultrapassado o limite de alerta, conforme indicado nos documentos de fls. 711/713.

Diante disso, com o escopo de atender a advertência do Tribunal de Contas Estadual quanto ao alcance do "limite de alerta" (art. 59, parágrafo 1º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal), a Administração Estadual, considerando que cenário econômico não melhorou em 2017 – conforme indicado no demonstrativo de despesa com pessoal a fls. 408 – e que os cargos de Oficial Administrativo não se enquadram como atividade-fim da segurança pública, optou justificadamente por deixar de efetuar as nomeações, as quais gerariam considerável aumento de despesas com pessoal, em montante anual equivalente a R$ 64,7 milhões caso providas as 5.000 vagas pretendidas.

Concomitantemente, foram adotadas outras medidas pelo Estado de São Paulo a fim de equalizar o orçamento e tentar manter sob controle a gestão fiscal, tais como redução de despesas de custeio e com pessoal (Decretos Estaduais nº 61.131/2015 e nº 61.132/2015); vedação de admissão e contratação pela Administração Direta e Autárquica (Decreto Estadual 61.466/2015); revisão dos contratos administrativos específicos

Acesso ao Sumário

com saldos individuais ou superiores a R$ 750.000,00 (Decreto Estadual 61.785/2016); contingenciamento de despesas de 6,9 bilhões previstos no orçamento de 2016 (Decreto Estadual 61.802/2016); estabelecimento de diretrizes e restrições de despesas, como, por exemplo, para novos contratos de locação de imóveis e de prestação de serviços (Decreto Estadual nº 62.409/2017).

Como se vê, a conduta da Administração Estadual, ao deixar de nomear os candidatos aprovados no concurso de *Oficial Administrativo da Polícia Militar* (Edital nº DP-2/321/14), mostrou-se correta e justificada em situação excepcionalíssima, devidamente comprovada nos autos, inexistindo qualquer ilegalidade ou arbitrariedade a ser afastada pelo Judiciário, notadamente porque o ato administrativo foi embasado nos termos do **RE nº 598.099**.

Confiram-se, nessa linha, precedentes deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em casos análogos, inclusive do Órgão Especial:

(...)

Observe-se, por oportuno, que atento à situação de excepcional gravidade, devidamente comprovada pela Fazenda Estadual em todos os processos semelhantes, o Exmo. Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a suspensão das liminares e das execuções das sentenças concessivas da ordem para os casos análogos, conforme se verifica no Processo nº 2134329-56.2016.8.26.0000.

Em que pese o respeito ao entendimento diverso, nada há nos autos que indique ter havido preterição da ordem de classificação ou contratação de servidores temporários **após** a realização do concurso regido pelo Edital DP nº 2/321/14, para o exercício da mesma atividade a ser desempenhada pelos candidatos que aguardam nomeação.

Com efeito, os servidores contratados sob o regime temporário da Lei Estadual 500/74 há muito desempenham suas funções da Administração Estadual, tanto assim que sempre foram considerados servidores em sentido amplo, submetidos às regras do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis tanto para obrigações quanto para os direitos ali previstos (art. 205, da LCE 180/78[2]).

De acordo com as lições da ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"A lei nº 500/74 acabou por desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar ao estabelecer, para os servidores temporários, regime jurídico praticamente igual ao do funcionário público com a agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente. Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer por tempo determinado para atender à necessidade temporária de

Acesso ao Sumário

2 **Artigo 205, da LCE 180/78** – Para os fins desta lei complementar, passam a ser considerados servidores:
I – os admitidos em caráter temporário nos termos do artigo 1º da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974;

excepcional interesse público"[3].

Com o escopo de adequar sua legislação ao comando do art. 37, IX, da CF/88[4], o Estado de São Paulo editou a Lei Complementar Estadual 1.010/2007, garantindo aos servidores temporários da Lei 500/74 tratamento equivalente aos servidores titulares de cargo de provimento efetivo, desde que possuíssem o vínculo jurídico- funcional vigente no momento do advento dessa novel legislação, conforme disposição do art. 2º, §2º, da LCE nº 1.010/2007[5].

Dessa forma, conquanto admitidos originariamente na condição de "temporários", os servidores submetidos à Lei 500/74 que atualmente trabalham na Administração Estadual são tratados de forma equivalente aos servidores efetivos.

Tais servidores foram contratados muito antes do início do concurso ora discutido, de modo que inexiste preterição da ordem de classificação ou demonstração de necessidade de pessoal por parte da Administração a justificar a nomeação da impetrante.

Por todo o exposto, nego provimento ao mérito do recurso da autora, denegando-se a ordem de segurança pretendida".

Ressalte-se que a jurisprudência não impõe a necessidade de manifestação acerca de todos os argumentos elencados pelas partes, bem como não é obrigatória a menção expressa a dispositivo constitucional ou legal, bastando que a matéria devolvida ao Tribunal seja apreciada e devidamente fundamentada pela decisão colegiada, tal como ocorreu no caso concreto.

Neste sentido, a conferir, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. HASTA PÚBLICA. SUSPENSÃO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

Outrossim, a violação ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, p. 307.

4 **Art. 37, IX, da CF – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;**

5 **Artigo 2º**, **da LCE 1.010/07** – São segurados do RPPS e do RPPM do Estado de São Paulo, administrados pela SPPREV:

(...)

§ 2º - Por terem sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, e nos termos do disposto no inciso I deste artigo, são titulares de cargos efetivos os servidores ativos e inativos que, até a data da publicação desta lei, tenham sido admitidos com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974.

Acesso ao Sumário

trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. (**REsp nº 827.932/GO, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 09.09.2008**) (com destaque)

Note-se, ademais, que o órgão judicante não está obrigado a acolher os embargos declaratórios opostos com exclusiva pretensão de prequestionamento da matéria controvertida. É neste sentido o entendimento consolidado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento, visando à interposição do apelo extraordinário, não podem ser acolhidos quando inexistentes omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida"

(**EDcl no MS nº 11.484/DF, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 3ª Seção, j. 09.08.2006**).

Em suma, observada a conduta protelatória da embargante, que beira a litigância de má-fé, impondo óbice ao deslinde natural do processo, inexiste qualquer obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada no v. acórdão embargado.

Ante exposto e pelo meu voto, **REJEITO** os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1028486-91.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é embargado ESCOLA ANTONIETTA E LEON FEFFER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos de declaração, sem efeitos modificativos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.776)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acórdão que reformou a r. sentença concedendo a ordem no sentido de determinar que a 4ª Câmara do

CMT deverá proferir novo julgamento para enfrentar o mérito das razões de recorrer – Alegação de omissão – Ocorrência – V. Acórdão que não rebateu a alegação contida em contrarrazões ao recurso de apelação – Não ocorrência da decadência para impetração do mandado de segurança – Prazo de 120 dias que somente passou a ser contado após a publicação do resultado do julgamento em processo administrativo – Embargos declaratórios acolhidos, sem efeitos modificativos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Município de São Paulo** ao acórdão de fls. 512/518 que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação no qual foi apelada **Escola Antonietta** e **Leon Feffer**, concedendo a ordem e declarando a competência do Conselho Municipal de Tributos para apreciar o Recurso Ordinário da impetrante.

Insurge-se o embargante alegando que ocorreu a decadência para a impetração do presente mandado de segurança. Diz que a decisão apontada como ato coator foi proferida em 05 de março de 2015, pelas Câmaras Reunidas do Conselho Municipal de Tributos, contudo, o *writ* só foi ajuizado em 24/07/2015, mais de 120 dias após a ciência do suposto ato coator. Aduz que o ato impugnado foi proferido em 05/03/2012 e a impetrante teve ciência do conteúdo da decisão exatamente neste dia, visto que seu patrono realizou sustentação oral na sessão de julgamento, como se verifica nas fls. 249/250.

É o relatório.

Conheço dos embargos, pois tempestivos, sendo caso de acolhê-los, para aclarar a questão, porém sem efeitos modificativos.

O art. 1.022 do CPC/15 assim dispõe:

"Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I- esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II- suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; (...)".

Observa-se que o v. acórdão não enfrentou a alegação trazida nas contrarrazões a respeito da alegada decadência do prazo para impetração do mandado de segurança.

Entretanto, constou corretamente da r. sentença:

"De ser denegada a ordem. Antes, de se afastar a tese levantada de que

Acesso ao Sumário

o direito ao mandamus teria sido atingido pela decadência.

Assim porque, o prazo de 120 dias somente passa a ser contado a partir do momento em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, capaz, portanto, de produzir lesão ao direito da impetrante, o que só iria ser verificado após a publicação do resultado do julgamento.

O fato de o defensor da impetrante estar presente na data do julgamento nada altera esse quadro, pois, a exiquibilidade do que se teve naquele julgamento só poderia gerar efeitos a partir da publicação.

Com isso, observado o termo inicial para cômputo da decadência a publicação do ato impugnado, tem-se que os 120 dias não se haviam alcançado quando da impetração da presente".

Não se entende que ocorreu a decadência do direito de impetração ao mandado de segurança, pois o prazo legal passou a fluir a partir da publicação do ato administrativo impugnado e não da data do julgamento proferido pelo CMT.

Assim julgou este Egrégio Tribunal em casos análogos:

MANDADO DE SEGURANÇA. AIIM por creditamento indevido de ICMS. Vícios no julgamento do recurso administrativo, falta de fundamento legal do ato combatido, excesso de juros e multa. Decadência não configurada. Prazo da impetração que não passa a fluir do julgamento do TIT, mas sim do encerramento da esfera administrativa. Somente com o indeferimento do processamento do recurso especial é que passou a existir interesse processual, na medida em que só então houve constituição definitiva do crédito. Participação de advogados inscritos na OAB/SP no órgão julgador que não configura mácula. Impedimento, nos termos do art. 8º do Regulamento Geral, que só abrange os profissionais que exercem a advocacia perante o próprio órgão em que atuavam como julgadores administrativos. Excessos configurados em relação aos juros superiores à SELIC, dado o reconhecimento pelo C. Órgão Especial da inconstitucionalidade da Lei nº 13.918/09, e também da multa que supera o valor do próprio imposto. Precedentes. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1023209-89.2018.8.26.0053; Relator (a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/04/2019; Data de Registro: 22/04/2019).

PROCESSO CIVIL – Mandado de segurança – Decadência da impetração (art. 23 da Lei nº 12.016/2009) – Inocorrência – Crédito tributário (ICMS), com recursos administrativos, que suspenderam a sua exigibilidade (artigo 151, III, do CTN) – Termo inicial do prazo de 120

Acesso ao Sumário

dias, que, no caso, não pode se reportar ao AIIM, mas sim à intimação da decisão que indeferiu o Recurso Especial interposto no âmbito do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) – Precedentes – DECRETO DE DECADÊNCIA AFASTADO, COM IMEDIATO EXAME DO MÉRITO (art. 1.013, § 4º, do CPC). APELAÇÃO – Crédito fiscal, ICMS, decorrente de AIIM – Pretensão de exclusão dos juros apoiados no art. 96 da Lei n. 6.374/89, na redação da Lei n. 13.918/2009, no que superar a taxa SELIC – Admissibilidade, contudo, sem reconhecimento de inconstitucionalidade formal – Julgamento do Órgão Especial deste Tribunal (Arg. Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, j. 27.2.2013) que apenas deu interpretação, conforme a Constituição, à Lei 13.918/2009, limitando os juros à taxa SELIC – Hipótese em que não se faz necessária a nulidade da CDA, truncando a exigibilidade do crédito tributário, bastando a determinação de retificação dos cálculos, com poda do excesso – Sentença reformada, para a concessão parcial da segurança – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1029780-48.2018.8.26.0224; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/03/2019; Data de Registro: 15/03/2019).

Ante o exposto, **acolhem-se os embargos**, *sem efeitos modificativos*.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2082272-56.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ANDRÉ VIVIANI VIANA, é impetrada MMA. JUÍZA DE DIREITO DIRETORA DO FÓRUM ESTADUAL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferimento da inicial - Segurança denegada, sem resolução de mérito. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.075)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 21 de maio de 2019.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante que atua como Agente de Segurança Penitenciária no Fórum de São Bernardo do Campo – Insurgência contra ato da MMª Juíza Diretora do Fórum que requisitou ao Diretor do Núcleo Mera solicitação de transferência que não se caracteriza como ato coator – Eventual ato coator que será praticado pela autoridade competente vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária – Inexistência de ato coator praticado pela autoridade coatora indicada no *writ* – Ausência de interesse de agir – Indeferimento da inicial – Segurança denegada, sem resolução de mérito.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por ANDRÉ VIVIANI VIANA contra ato da MMª JUÍZA DE DIREITO DIRETORA DO FÓRUM ESTADUAL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, com a alegação de que a autoridade impetrada teria determinado a remoção do impetrante de forma ilegal e arbitrária.

O impetrante narra que é servidor público estadual ocupante do cargo efetivo de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, sendo lotado como diarista no fórum estadual da Comarca de São Bernardo do Campo desde 2014 até a presente data. Sustenta que no dia 04.04.2019 estava efetuando o controle de entradas e saídas do fórum, durante o transporte de dois presos, quando o Policial Militar José Silva Neto solicitou que o impetrante abrisse o portão. Aduz que solicitou que o mesmo aguardasse o término do embarque dos presos, uma vez que esse é o procedimento de segurança adotado pelo fórum, mas o Policial Militar em questão teria proferido ofensas e ameaçado o impetrante, não tendo chegado às vias de fato somente porque outro Agente de Segurança o teria impedido. Alega que, em razão de tal ocorrência, a MMª Juíza Diretora do Fórum teria requisitado a imediata remoção do impetrante, mas que tal ato teria sido praticado de forma arbitrária, sem a devida apuração dos fatos, em inobservância aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e

Acesso ao Sumário

do devido processo legal.

Pede o deferimento de medida liminar para que seja determinada a suspensão da requisição de remoção do impetrante e, ao final, a concessão da segurança definitiva, a fim de que seja anulado o referido ato.

É o relatório.

Tem-se dos autos que o impetrante insurge-se contra o ato da MMª Juíza de Direito Diretora do Fórum da Comarca de São Bernardo do Campo que solicitou a substituição do impetrante do posto em que está lotado.

Contudo, compulsando-se os autos, verifica-se que o ato praticado pela MMª Juíza Diretora do Fórum de São Bernardo do Campo não configura coação impugnável via mandado de segurança.

Nos termos do Ofício nº 47/2019 (fl. 15), a MMª Juíza Diretora do Fórum solicitou ao Diretor do Núcleo de Carceragens da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo a substituição do impetrante, que se encontra lotado na carceragem do Fórum, em razão do "*desentendimento envolvendo o referido agente e o Sargento PM João Silva Neto, que também presta serviços na carceragem*"

Como se vê, o ato praticado pela MMª Juíza Diretora do Fórum consistiu em mera solicitação de substituição do impetrante à autoridade competente para tanto, que é vinculada à Secretaria de Administração Penitenciária.

Assim, é certo que, no caso dos autos, a eventual prática de ato coator será efetuada pela autoridade competente da Secretaria de Administração Penitenciária que, após análise do requerimento formulado pela autoridade impetrada e da apuração dos fatos, optará por determinar – ou não – a remoção do impetrante.

A remoção do impetrante – a qual, *em tese*, pode configurar ato coator ilegal, não foi e não será determinada pela MMª Juíza Diretora do Fórum, uma vez que a mesma sequer detém competência para tanto, já que o impetrante é Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária e está vinculado ao órgão de origem, embora atualmente exerça suas funções no Fórum da Comarca de São Bernardo do Campo.

Aliás, anote-se que o próprio impetrante indicou na inicial que "*no caso em tela, vislumbra-se que a autoridade coatora não é superior hierárquico do impetrante, cabendo apenas a administração penitenciária (SAP) a decisão de transferir ou não o impetrante, tendo em vista a necessidade, considerando o efetivo de pessoal e apurando os fatos administrativamente para constatação ou não de culpa dos fatos*".

Dessa forma, é certo que inexiste interesse de agir na hipótese dos autos, anotando-se que "*no caso do mandado de segurança, essa condição da ação apresenta-se como um requisito específico de uma ação especial, que vem a ser*

a necessidade de o autor arguir um direito líquido e certo como sendo aquele que foi objeto da ofensa imputada à autoridade coatora" (Humberto Theodoro Júnior *in* Lei do Mandado de Segurança Comentada Artigo por Artigo, Ed. Forense, 2ª ed., p. 61).

Assim, considerando-se que o *writ* foi impetrado contra a MMª Juíza Diretora do Fórum de São Bernardo de Campo e que inexiste ato coator a ser imputado à ela, é evidente a ausência de interesse de agir do impetrante no presente caso.

E, nos termos do § 5º do artigo 6º da Lei nº 12.016/2009, *denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil* – que corresponde ao artigo 485 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

Dessa forma, diante da inexistência de ato coator praticado pela MMª Juíza – e do consequente interesse de agir do impetrante – deve ser denegada a segurança.

Pelo exposto, pelo meu voto, denego a segurança pleiteada pelo impetrante, sem resolução de mérito.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Remessas Necesárias

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1050681-02.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos FERNANDA LUISA OLIVETE BERNARDES TROMBETTI, GIUSEPPE CECCON TROMBETTI, FRANCESCO CECCON TROMBETTI e FÁBIO MARQUES BERNARDES TROMBETTI JÚNIOR.

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, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.890)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de maio de 2019.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Reexame Necessário – Pensão por morte – Benefício instituído inicialmente em favor de cinco netos, tendo sido posteriormente cessado em relação a um deles, em virtude da maioridade universitária – Pretensão de reversão da cota parte, de modo a preservar a integralidade do benefício – Admissibilidade – Aplicabilidade da Lei Complementar Estadual nº 180/78 – Norma que deve ser interpretada de forma sistemática – Princípio da unicidade do benefício previdenciário – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação pelo rito ordinário com pedido de tutela de urgência movida por Fernanda Luisa Olivete Bernardes Trombetti e outros em face da São Paulo Previdência - SPPREV, objetivando compelir a Ré a realizar a reversão de cota parte de beneficiário de pensão por morte, requerendo o pagamento do benefício em sua integralidade, com a redistribuição da cota extinta e pagamento dos atrasados (fls. 01/20).

Constou da inicial que os Autores são pensionistas netos do Sr. Flávio Cleto Giovanni Trombetti, falecido aos 02/07/2006, bem como que cada um dos Autores recebe 1/5 da cota parte deixada pelo ex-servidor, o que totaliza 4/5 da pensão. Narraram que no início do pagamento da pensão por morte havia cinco dependentes netos, mas que desde 11/04/2011 a Ré cessou o pagamento ao pensionista Flávio Miguel Hernandes Bernardes Trombetti por haver atingido a maioridade universitária, sem reverter sua parte aos demais beneficiários.

O pleito liminar restou indeferido (fls. 77/78).

Em parecer, o i. membro do Ministério Público de primeiro grau manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 133/136).

A r. sentença de fls. 142/148, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Vinícius Alberto Alonso Muñoz, julgou procedente o pedido, para condenar

Acesso ao Sumário

a Ré a realizar a reversão da cota parte do beneficiário de pensão por morte, redistribuindo-se referida cota entre os Autores e declarando o direito de crédito das mesmas quanto ao pagamento das parcelas dos últimos cinco anos anteriores a propositura da demanda.

Em face da sucumbência, condenou a parte ré a suportar as custas processuais e honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo do valor da causa, nos termos do art. 85, §3º, do CPC.

Subiram os autos mediante o reexame necessário.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso de ofício.

É o relatório.

O cerne da controvérsia posta consiste em verificar a possibilidade de reversão de cota parte de beneficiário excluído de pensão por morte de avô, em favor dos pensionistas remanescentes.

Nesse cenário, pela oportunidade, este Relator se utiliza do disposto no art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo a fim de reiterar os bem fundamentados termos da sentença proferida em Primeiro Grau, "in verbis":

"(...)

Cuida o mérito em saber se há o direito de acrescer entre irmãos quanto à pensão decorrente do falecimento de seu genitor, que era servidor público.

O art. 148, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº 180/78 expressamente prescreve o direito de acrescer a reversão de filhos para cônjuge (ou companheiro), e vice-versa.

Convém realçar que o princípio da legalidade que rege a rotina da Administração Pública, por força do art. 37, caput, da Constituição Federal não deve ser compreendido de forma estreita, como se o administrador se encontrasse adstrito exclusivamente às regras.

A percepção deve ser mais ampla: a Administração Pública está sujeita à lei, deve agir ou deixar de fazê-lo conforme prescrevem as leis, isto é, deve submeter-se às regras e também aos princípios jurídicos.

A norma (e a lei é uma norma) é o gênero. As espécies são as regras e os princípios jurídicos.

Em palavras de Lúcia Valle Figueiredo: '(...) o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais (...)'. (Curso de direito administrativo, 7ª, p. 42).

Acesso ao Sumário

Entendimento acompanhado por Juarez Freitas:

'Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada'. (O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 3ª, p. 43 a 44).

Tal equivale a dizer que o princípio da legalidade deve compreender todas as espécies de normas do sistema positivo, é dizer, tanto as regras quanto os princípios jurídicos e daí a razão para parcela da doutrina preferir alcunhar o princípio da legalidade, sob esta leitura mais auspiciosa e contemporânea à ordem vigente, de princípio da legitimidade.

Nestes termos, reconhecer o direito de acrescer entre irmãos significa admitir que não é a literal disposição do art. 148, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº 180/78 que deve prevalecer, mas o princípio de integralidade da pensão que se encontra no art. 40, § 7º, II da Constituição Federal.

Em outros termos, são os fins do próprio art. 148, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº 180/78.

A respeito, convém recordar as lições de Luís Roberto Barroso:

'A interpretação histórica cuida, como se assinalou, da 'occasio legis', isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessação não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a necessidade de se trabalhar um outro conceito o de 'ratio legis' -, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A 'ratio legis' é uma 'força vivente móvel' que anima a disposição e a acompanha em toda sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto.' (Interpretação e Aplicação da Constituição, 5ª ed., p.139.)

A percepção a respeito do fim do direito é clássico ensinamento de Rudolf Von Jhering:

'Destarte, a vontade, tanto quanto a natureza, necessita da causa eficiente. Todavia, na última, ela é de natureza mecânica: a causa (causa efficiens);

Acesso ao Sumário

na vontade, de natureza psicológica: a finalidade (causa finalis). A pedra não cai com a finalidade de cair, mas porque deve, i.e., por lhe ter sido retirado o apoio; o homem, entretanto, que age, fá-lo não em razão de um 'porquê', mas de um 'para quê' para, desta forma, conseguir algo. Este 'para quê' é para a vontade tão indispensável quanto o 'porquê' para a pedra; assim como o movimento da pedra é impossível sem causa, tampouco é possível o movimento da vontade sem finalidade. No primeiro caso, falamos de uma lei mecânica, no último, de uma lei psicológica de causalidade. Passarei a designar a última como lei de finalidade, em parte por motivos de concisão, em partes para salientar, já pelo nome, que é a finalidade que contém a única causa psicológica da vontade. Assim, o acréscimo atribuído é prescindível no que se refere à lei mecânica de causalidade, de forma que passarei a chamá-la simplesmente de lei de causalidade.' (A finalidade do direito, tomo I, p. 15).

Ou, na doutrina do português José de Oliveira Ascensão:

'Enfim, é elemento a ponderar na interpretação o que podemos chamar a justificação social da lei. A finalidade proposta é tida em conta para que a ela seja adequada a regra resultante. Todo o direito é finalista. Toda a fonte existe para atingir fins ou objectivos sociais. Por isso, enquanto se não descobrir o para quê duma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação.'

A finalidade evolutiva do direito (Barroso), o para quê como causa psicológica da vontade (Ihering), a finalidade como justificação social da lei novamente, um para quê (Ascensão) traduzem a mesma ilação: a lei tem um escopo a ser considerado. Não é o seu texto literal que define sua normatividade. Mas seu fim.

Portanto, uma vez que o direito de acrescer entre irmãos encontra-se, por força do art. 40, § 7º, II da Constituição Federal, em conformidade com a finalidade de cumprir com a integralidade do valor da pensão, o que permite ser este igualmente o fim determinado pelo art. 148, § 5º, da Lei Complementar Estadual n° 180/78, é legítima a pretensão formulada.

Nesse sentido, a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – UNICIDADE DO BENEFÍCIO – DIREITO DE ACRESCER ENTRE IRMÃOS – ADMISSIBILIDADE. A pensão por morte é benefício de caráter unitário (art. 40, § 7º, I e II, CF), natureza social e cunho alimentar. Direito de acrescer entre irmãos da cota parte que deixou de ser paga a quaisquer dos beneficiários até sua final extinção. Pedido procedente. Sentença reformada. Recurso provido. (Ap. n. 0105381-91.2007.8.26.0053 – 9ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Público – Comarca de São Paulo – Rel. Des. Décio Notarangeli – j. 24.09.2014 r. 24.09.2014).

PREVIDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO DE QUOTA PARTE. BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO POR MORTE NA CONDIÇÃO DE FILHOS DE SERVIDOR FALECIDO. PRETENSÃO À REVERSÃO DE QUOTA-PARTE ENTRE IRMÃOS, EM VIRTUDE DE EXCLUSÃO DE COBENEFICIÁRIOS DA PENSÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO PENSIONAMENTO. UNICIDADE DA PENSÃO. SENTENÇA MANTIDA. O direito de acrescer deve ser interpretado de maneira extensiva para abranger irmãos, tendo em vista o caráter social das regras previdenciárias e alimentar do benefício da pensão. APELAÇÃO DENEGADA. (Ap. n. 0041358-59.2010.8.26.0562 – 3ª Câmara de Direito Público – Comarca de Santos – Rel. Des. Amorim Cantuária – j. 29.05.2012 r. 05.06.2012).

PENSÃO POR MORTE – Reversão de quota-parte entre irmãos – Cessação da condição de beneficiário de um deles – Possibilidade – Pensão que possui caráter unitário e natureza intuito familiae – Caráter social e alimentar do benefício – Interpretação sistemática das normas constitucionais e legais – Recurso desprovido. (Ap. n. 0002429-53.2010.8.26.0627 – 11ª Câmara de Direito Público – Comarca de Teodoro Sampaio – Rel. Des. Oscild de Lima Junior – j. 26.11.2012 r. 07.12.2012).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a ré a realizar a reversão de cota parte do beneficio previdenciário de pensão por morte, redistribuindo-se a cota parte extinta entre os requerentes e declarar o direito de crédito das mesmas quanto ao pagamento das parcelas dos últimos cinco anos anteriores a propositura da demanda. EXTINGO o processo, resolvendo-lhe o mérito nesta fase processual, na forma do art. 487, I do Código de Processo Civil. Em relação à sucumbência, condeno a parte ré a suportar as custas processuais e a verba honorária, que fixo no percentual mínimo do valor da causa nos termos do art. 85, § 3º do CPC." (fls. 144/147 - grifei).

De fato, o art. 148 da Lei Complementar nº 180/78 prevê a hipótese de reversão de cota parte somente entre cônjuges/companheiros e filhos, e vice e versa, sendo silente no tocante à reversão de pensão entre irmãos e netos e avós.

Entretanto, da interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a matéria é possível concluir que a pensão decorrente do falecimento do instituidor do benefício deve ser concedida de forma integral aos beneficiários remanescentes, independentemente do grau de parentesco.

Acesso ao Sumário

É que para fins de pagamento do benefício, em homenagem ao princípio da unicidade, o valor da pensão por morte é uno e devido num *quantum* determinado aos beneficiários, na linha do entendimento da D. Procuradoria Geral de Justiça, em sede de parecer:

"(...)

A pensão por morte decorrente dos descontos regulares é uma só, inteira, sendo devida ao conjunto de dependentes do segurado, não importando aqui ser em um, dois, ou mais beneficiários, todos dividirão o valor unitário da pensão entre si. No caso em tela, ao extinguir-se um dos beneficiários, a pensão deveria ter sido recalculada em favor dos beneficiários remanescentes, a fim de integrar o valor original e unitário da pensão por morte, que não é mais distribuída por 5 dependentes, mas por 4 dependentes. O caráter unitário da pensão por morte é facilmente depreendido da Lei nº 180/78.

Frise-se que as alterações trazidas pela Lei nº 1012/2007 ressaltam ainda mais esse caráter unitário, conforme se verifica em seu art. 148:

'Com a morte do servidor a pensão será paga aos dependentes, mediante rateio, em partes iguais.'

A própria Lei nº 8.213/91 determina em seu art. 77:

'A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais.

§1º - Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão o cessar.'

Nesse passo, cada beneficiário deve ser tratado de forma isonômica, conforme estipula a Carta Magna em seu art. 5º, caput, combinado com o art. 40.

A regra, portanto, é simples: havendo apenas um beneficiário, a pensão deve ser integralmente direcionada a seu favor; se mais beneficiários existirem, a pensão deve ser dividida entre todos, na proporção prevista em lei. Se algum deles perder sua condição de beneficiário, a quota dever ser revertida em favor dos demais.

Em todas essas situações, o caráter uno da pensão é preservado. A extinção paulatina da quota estipulada para cada beneficiário, independentemente da situação legal correspondente, determina o retorno da fração ao 'bolo' e sua reversão para aqueles que não perderam essa condição, até que, ao cabo benefício, não exista mais ninguém que necessite da verba previdenciária para subsistir." (fls. 174/176).

Acesso ao Sumário

Destarte, embora a Lei Complementar n° 180/78 não preveja expressamente a possibilidade de reversão de quota-parte entre irmãos, afastando o pretenso

direito da parte autora, há de se considerar outros aspectos, entre eles o princípio da unicidade do benefício e o princípio da isonomia, ambos consagrados pela Carta da República.

Nesse contexto, a extinção do benefício previdenciário (pensão por morte) em relação a um dos beneficiários produz o efeito de reverter a sua quota-parte para o beneficiário remanescente, principalmente no caso de beneficiário obrigatório.

Nesse sentido, há precedentes na jurisprudência deste Tribunal:

"PENSÃO POR MORTE – Reversão da quota-parte entre irmãos – Admissibilidade – Unicidade da pensão – Lei aplicável é a vigente à época em que o benefício poderia haver sido revertido, in casu, Complementar 180/78 – Direito de acrescer que deve ser interpretado de maneira extensiva para abranger irmãos, dado seu caráter social e alimentar – Art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Sentença reformada e recurso parcialmente provido." (Apelação nº 0014635-75.2010.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 10/09/12).

"PENSÃO POR MORTE – Beneficiário que perdeu essa condição – Reversão em favor dos demais – Direito de acrescer que decorre da unicidade do benefício, inclusive sob o enfoque constitucional, e do princípio da isonomia, ainda que a lei não o contemple. Sentença parcialmente reformada para fixar os honorários advocatícios em conformidade com o art. 20º §3º do CPC – Recursos parcialmente providos." (Apelação nº 0020217-56.2010.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Burza Neto, j. 08/08/12).

"RECURSO DE APELAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – PREVIDÊNCIA SOCIAL – IPESP – PENSIONISTA DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PRETENSÃO À REVERSÃO DAS PARCELAS DESTINADAS AO IRMÃO E TIO, CUJO BENEFÍCIO FOI EXTINTO – POSSIBILIDADE. 1. Prevalência, embora não prevista no artigo 154 da Lei Complementar nº 180/78, da unicidade da pensão por morte. 2. De acordo com os elementos de convicção constantes dos autos, a pensão por morte foi extinta com relação ao irmão e tio da apelante, o que acarreta a possibilidade de reversão do benefício. 3. Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal de Justiça. 4. Pretensão acolhida. 5. Sentença reformada para julgar procedente a ação. 6. Recurso de apelação provido." (Apelação nº 9064170-13.2009.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Francisco Bianco, j. 30/01/12).

"PREVIDÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO DE QUOTA

Acesso ao Sumário

PARTE. BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO POR MORTE NA CONDIÇÃO DE CÔNJUGE E NETOS DE SERVIDOR FALECIDO. PRETENSÃO À REVERSÃO DE QUOTA-PARTE EM RAZÃO DE EXCLUSÃO DE CO-BENEFICIÁRIO DA PENSÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO PENSIONAMENTO. UNICIDADE DA PENSÃO. SENTENÇA MANTIDA.

O direito de acrescer deve ser interpretado de maneira extensiva para abranger avó e netos, tendo em vista o caráter social das regras previdenciárias e alimentar do benefício da pensão." (Apelação nº 0025130-81.2010.8.26.0053, rel. Des. Amorim Cantuária, 3ª Câmara de Direito Público, j. 27/09/11).

Deste modo, embora uma interpretação literal da legislação atinente possa conduzir à impressão de que a reversão é indevida, porquanto não expressamente prevista em relação a irmãos, consolidou-se nesta Colenda Corte o entendimento de que se deve buscar, primordialmente, para fins de verificação da aplicabilidade ou não do direito de acrescer, o juízo axiológico da norma, levando-se em conta o escopo social das regras previdenciárias, o caráter alimentar do benefício e, principalmente, a natureza unitária da pensão perante o órgão pagador.

É o quanto basta para se manter a sentença guerreada tal como lançada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Anote-se que eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, nos termos da Resolução n.º 549/2011, ficando as partes intimadas desde já a apresentarem manifestação em caso de oposição.

Em face do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1023355-76.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido JAIR DELGADO.

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 da Relatora,

que integra este acórdão. **(Voto nº 20.079)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: Reexame necessário – Autor portador de Halux esq.obstrução arterial crônica, com dores constantes no local da lesão, tecido de necrose e fibrina – Disponibilização de vaga para internação – Obrigação do Poder Público – Direito que decorre da aplicação do art. 196 da CF – Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada – Recurso não provido.

VOTO

Reexame necessário contra sentença que nos autos do mandado de segurança impetrado por Jair Delgado contra ato praticado pelo Diretor Técnico do Departamento Regional de Saúde e Bauru – que, ratificando liminar deferida, concedeu a segurança para "que a autoridade impetrada proceda à disponibilização da vaga para internação hospitalar de que a parte impetrante necessita, e julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil."

Anotou-se a necessidade de reexame necessário.

Manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

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

A via mandamental é a adequada para exigir o cumprimento da obrigação requerida, pois os documentos apresentados com a inicial atestam a existência da enfermidade e a necessidade da medicação que foi prescrita.

Narra o autor que foi acometido por "*lesão em Halux esq.obstrução arterial crônica, com dores constantes no local da lesão, tecido de necrose e fibrina*", aguardando vaga para internação, sem obter êxito.

Deferida a liminar, sem noticia de interposição de recurso.

A responsabilidade do Poder Público de dar atendimento ao seu pedido encontra-se disposta no artigo 196 da CF, que determina que a saúde "*é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal*

Acesso ao Sumário

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Portanto, cabe às autoridades estatais competentes garantir o bem estar, a saúde e a vida dos cidadãos governados, de tal sorte que impossível excluir tal responsabilidade com base em argumentos formais como o exarado pela Ré, posto que contrários à nossa Magna Carta.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, já pacificou entendimento a respeito do tema, em caso análogo, nos seguintes termos:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF. ARTS. 5º, CAPUT, E 196) *- Precedentes (STF) - Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. 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. INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. 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 in fidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º. caput. e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um*

Acesso ao Sumário

gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (AGRG no RE n° 271.286-8/RS, 2ª Turma, rei. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000).

Nem se alegue a ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, posto que a decisão que assegura à parte o respeito a um direito é o simples exercício de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor (art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Outrossim, é absolutamente irrelevante a necessidade de prévia autorização e/ou disponibilidade orçamentária. A questão, repete-se, versa sobre a saúde e o direito à vida e cabe ao Estado aparelhar-se para servir a população de forma adequada.

Assim sendo, tenho que a r. sentença deve ser prestigiada por seus próprios fundamentos, inexistindo amparo à sua reforma.

Ressalto, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias á motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao improvimento do recurso, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas o do dever de motivação (CF. , art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de presquestionamento, 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. 240).

Assim sendo, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1054584-11.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido BENEDITO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.039)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA

ALVES.

São Paulo, 7 de maio de 2019.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Remessa necessária – Mandado de segurança – Instauração de procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir – Lançamentos de pontuação no prontuário do proprietário do veículo – Infrações cometidas por terceira pessoa, que estava conduzindo o veículo, identificada no momento da conduta – Segurança concedida – Reexame Necessário suscitado – Desprovimento de rigor – Não sendo o Impetrante o condutor do veículo na ocasião das autuações, não se pode lhe imputar pontos e consequentemente, instaurar procedimentos administrativos para suspensão do direito de dirigir – Caracterizada a violação a direito líquido e certo – Concessão da segurança que se impunha – Sentença mantida – Remessa Necessária desprovida.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 69/71, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, nos autos de **Mandado de Segurança** impetrado por **Benedito da Silva** contra ato tido por coator do **Diretor de Pontuação do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/SP**, concedeu a segurança pretendida, confirmando a tutela antecipada.

Suscitada a **Remessa Necessária**, sem recurso voluntário pelas partes (fl. 78), subiram os autos.

É o relatório.

2. Não merece reparo a r. Sentença concessiva da segurança.

Cuida-se de ação mandamental impetrada contra ato da autoridade coatora, visando o cancelamento dos procedimentos administrativos nºs 580-0/2018 (dirigir sob influência de álcool) e 657-9/2018 (efetuar manobra perigosa), bem como a exclusão da pontuação derivada dos demais autos de infração (AIT nºs 3C5596885, 3C5596886, 3C5596888 e 3C5596889), tendo em vista que a comprovação de que não foram praticadas pelo impetrante.

Conforme se denota da leitura da exordial, o impetrante recebeu notificação para "procedimento administrativo para suspensão do direito de

Acesso ao Sumário

dirigir" (fls. 15/18), fundamentado em 04 (quatro) autos de infração.

Com efeito, padece de manifesta injustiça e ilegalidade a conduta de lançar a pontuação, referente aos autos de infração indicados na inicial, no prontuário do impetrante.

Pois bem.

É certo que o art. 257, § 7º, do CTB determina que "***não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração***".

Como visto, os documentos de fls. 20/24, notificações de autuação por infração à legislação de trânsito, comprovam que houve a identificação, no momento da infração, do condutor do veículo, que era o motorista Cristiano Augusto da Silva.

Conforme destacado na r. sentença: "***tais infrações não podem ser imputadas ao Impetrante nem são hábeis a fundamentar a instauração de procedimentos administrativos para suspensão do direito de dirigir. Ainda, apesar do art. 257, § 2º, do Código Brasileiro de Trânsito, imputar a responsabilidade pelas penalidades decorrentes de não preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito, também ao proprietário, apenas a pena pecuniária pode ser atribuída também ao proprietário e não apenas ao condutor, sob pena de violação ao disposto no inc. XLV, do art. 5º, da Constituição da República, que dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Desse modo, não sendo o Impetrante o condutor do veículo na ocasião das autuações, não se pode lhe imputar pontos e consequentemente, instaurar procedimentos administrativos para suspensão do direito de dirigir***".

Ainda, o art. 259, §4º, do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que "***ao condutor identificado no ato da infração será atribuída pontuação pelas infrações de sua responsabilidade (...)***".

Assim, mostra-se ilegal e descabido o lançamento de pontuação no nome do proprietário do veículo, tendo em vista a identificação real do condutor no momento da infração, devendo ser anulados os procedimentos administrativos correlatos.

Neste mesmo sentido:

> ***REEXAME NECESSÁRIO – Infrações de trânsito – Anulação do Auto de Infração e Procedimento Administrativo – Negativa da prática da infração, justificada pela identificação do condutor da infração de trânsito – Presunção de veracidade do ato administrativo vs. ônus probatório de fato negativo – Sentença de procedência mantida – REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO, com observação.*** (TJSP;

Remessa Necessária Cível 1001483-64.2017.8.26.0095; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Brotas - 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/12/2018; Data de Registro: 10/12/2018).

REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – Anulação do procedimento administrativo para renovação da CNH – Infrações cometidas por terceira pessoa, que estava conduzindo o veículo, identificada no momento da conduta – Impossibilidade de atribuição da pontuação ao proprietário do veículo – Sentença mantida – Reexame necessário improvido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1001820-44.2016.8.26.0077; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Birigui - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2017; Data de Registro: 15/03/2017).

Destarte, é de ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Para efeito de prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à remessa necessária.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Ações Penais - Procedimentos Ordinários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0047012-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Altinópolis, em que é autor JUSTIÇA PÚBLICA, são réus JOÃO BAPTISTA MATEUS DE LIMA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTONIO DA ALEGRIA) e ADERILDA LOURDES DA SILVA LIMA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., julgaram parcialmente procedente a ação para absolver JOÃO BAPTISTA MATEUS DE LIMA e ADERILDA LOURDES DA SILVA LIMA quanto ao crime do artigo 312, "caput", do CP, com fundamento no art. 386, III, do CPP, e condená-los como incursos no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cada um, no regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena corpórea, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas na forma e com destinação a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. Outrossim, condenaram os réus à perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, nos termos do § 2º, do artigo 1º, do Decreto-lei 201/67, bem como ao pagamento das custas processuais, ora fixadas no valor de 100 (cem) UFESP's, nos termos da Lei Estadual 11.608/03. Nos termos do artigo 387, inciso IV, do CPP, fixaram o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração em R$ 141.290,08 (cento e quarenta e hum mil, duzentos e noventa reais e oito centavos), a ser dividido igualmente entre os réus, perfazendo o valor de R$ 70.645,04 (setenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e quatro centavos), para cada um, a ser corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento. O E. Desembargador Alcides Malossi Junior declara voto convergente", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR, SILMAR FERNANDES, ANDRADE SAMPAIO e GRASSI NETO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Ação Penal. Competência originária por prerrogativa de função. Prefeito Municipal. Artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 e Artigo 312 do CP. Procedência parcial da ação. Materialidade e autoria comprovadas. Réus: Prefeito municipal e Primeira dama. Corré que se afastou informalmente do cargo concursado (remunerado) para assumir atividades sociais (não remuneradas), entretanto, continuou recebendo (indevidamente) os salários por 8 (oito) anos, com a ciência inequívoca e colaboração essencial do corréu, Alcaide que a convidou para a nova atividade e, ainda assim, assinava autorização para os pagamentos dos vencimentos no cargo anterior. Absolvição pelo crime do artigo 312 do CP. Condutas que já se encontram abrangidas pelo crime de responsabilidade. *Ne bis in idem*. Penas. Básicas majoradas pelos altos valores desviados e longo tempo em que se deram os fatos. Fixado o regime inicial aberto e substituição da pena corpórea por duas restritivas de direitos. Perda do cargo e inabilitação por 05 (cinco) anos, nos termos do art. 1º, §2º, do Decreto-Lei 201/1967. Custas processuais no valor de 100 UFESP's. Ação penal parcialmente procedente para absolver os réus quanto ao crime do artigo 312, "caput", do CP, e condená-los como incursos no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/2967, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cada um, no regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além da perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, nos termos do § 2º, do artigo 1º, do Decreto-lei 201/67, bem como ao pagamento do valor mínimo dos danos causados ao erário, ora fixado em R$ 70.645,04, para cada réu, corrigido monetariamente até a data do adimplemento, além das custas processuais, fixadas no valor de 100 (cem) UFESPs, nos termos da Lei Estadual 11.608/03.

Acesso ao Sumário

VOTO

JOÃO BAPTISTA MATEUS DE LIMA, Prefeito Municipal, e sua esposa **ADERILDA LUORDES DA SILVA LIMA** foram denunciados como incursos no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/67, e artigo 312, na forma do artigo 29, "caput", ambos do CP.

O réu João Baptista foi novamente eleito Prefeito do Município de Santo Antônio da Alegria para o mandato de 2017 a 2020, sendo diplomado como tal em 16/12/2017 (fls. 825), tomando posse na Prefeitura em 1º de janeiro de 2017 (fls. 830), motivo pelo qual compete a este Sodalício julgar o presente feito, ante a competência estabelecida por prerrogativa de função, nos termos do art. 29, inciso X, da Constituição Federal e art. 74, inciso I, da Constituição Estadual Bandeirante.

Nesse contexto, por v. Acórdão datado de 04/10/2018, unanimemente votado, foi declarada a nulidade da sentença proferida em primeiro grau, por incompetência absoluta (fls. 870/876), manifestando-se as partes, em seguida, na forma do artigo 11, § 1º, da Lei 8.038/90.

O d. representante do Ministério Público reiterou o teor de seus memoriais (fls. 629/637), pleiteando a parcial procedência da ação, com a condenação dos réus pelo crime de responsabilidade e absolvição de ambos pelo crime de peculato, com incremento da pena-base e impedimento do exercício de cargo ou função pública, fixando-se valor mínimo para reparação em R$ 141.290,08 (fls. 886).

A corré Aderilda sustenta a improcedência da ação, pleiteando sua absolvição, especialmente com base na prova oral amealhada aos autos (fls. 893/913).

O réu João Batista alega que a corré Aderilda, sua esposa, foi afastada do cargo sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens, motivo pelo qual as remunerações percebidas têm base legal, com respaldo em leis municipais e estaduais, de modo que não houve desvio ou apropriação indevida de valor ou bem móvel, público ou particular, em razão do cargo. Pede, assim, a improcedência da ação, com a consequente absolvição da imputação que lhe está sendo feita (fls. 914/938).

Este é o relatório.

Segundo a denúncia, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2008, João Baptista Mateus de Lima, no exercício de suas funções como Prefeito do Município de Santo Antônio da Alegria, Comarca de Altinópolis, teria desviado bens ou rendas públicas, em proveito próprio ou alheio, no valor total de R$ 141.290,08.

Consta, ainda, que, nas mesmas condições de tempo e lugar, Aderilda Lourdes da Silva Lima teria concorrido para o delito praticado pelo corréu (seu

Acesso ao Sumário

marido), desviando, enquanto funcionária pública da municipalidade, dinheiro ou valor público de que tinha a posse em razão do cargo, no valor total de R$ 141.290,08 (cento e quarenta e hum mil, duzentos e noventa reais e oito centavos).

João Baptista foi eleito Prefeito de Santo Antônio da Cidade de Alegria para o período de 2001 a 2004, e reeleito para o mandato de 2005 a 2008, sendo casado com a corré Aderilda desde 1989, a qual, por sua vez, era funcionária pública do município (operadora de Raio-X) desde 1991.

Com a posse do réu João Baptista como Prefeito Municipal, a corré, sua esposa, foi nomeada Presidente do Fundo Social de Solidariedade, sendo, porém, informalmente, afastada de suas atribuições na área da saúde.

No entanto, o então Alcaide determinou à municipalidade que continuasse a pagar, ininterruptamente, por todo o período de 08 (oito) anos que a situação perdurou, os vencimentos integrais do cargo de operadora de Raio-X à sua esposa, a despeito do seu completo afastamento daquelas funções de saúde. Aderilda teria concorrido para o delito do corréu ao aceitar os vencimentos sem trabalhar para tanto (fls. 01-d/02-d).

Assim resumidos os fatos, temos que a prova amealhada aos autos evidencia a responsabilidade penal dos réus que, quando interrogados em Juízo, alegaram inocência.

João Baptista negou a prática criminosa. Esclareceu que era Prefeito de Santo Antônio da Alegria e designou sua esposa, a corré Aderilda, que já era funcionária pública concursada, como Diretora do Serviço Social e Presidente do Fundo Social do Município, passando, exclusivamente, a ter atividades no serviço social, mas, mesmo assim, continuou a receber vencimentos relativos à sua antiga função de operadora de Raio-X (fls. 592/mídia).

Aderilda esclareceu que foi designada para exercer a função de Diretora do Serviço Social e Presidente do Fundo Social, período no qual deixou totalmente exercer sua antiga função, mas, mesmo assim, continuou recebendo a remuneração de sua antiga função de supervisora de Raio-X. Afirmou que se dedicava e trabalhava muito na área designada, sem horário fixo, e recebia muito pouco (fls. 592/mídia).

Em que pese as versões apresentadas pelos réus, a prova amealhada confirma as imputações referidas na inicial acusatória.

De fato, os depoimentos das testemunhas ouvidas no curso da ação (fls. 424, 474, 497, 527, 537 e 580), acrescidos da farta documentação encartada nos autos, com destaque para o contido na sindicância administrativa (fls. 08/182), servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Acesso ao Sumário

Maria do Carmo Fernandes Naves, contadora na Prefeitura à época dos fatos, esclareceu que a corré Aderilda era operadora de Raio-X e, posteriormente, assumiu a função de primeira dama, exercendo a coordenadoria da assistência social do município, deixando de trabalhar no cargo anterior. A testemunha ressaltou que detinha o controle das remunerações dos servidores e participou da investigação dos fatos, apurando que havia um contracheque descritivo de todo o trabalho de operadora de raio-x não exercido pela coacusada Aderilda, auferindo, inclusive, horas extras. Asseverou que o corréu João Baptista tinha inteiro conhecimento de que sua esposa estava afastada do cargo e continuava recebendo a remuneração de sua antiga função, pois todas as folhas de pagamento eram assinadas por ele, na condição de Prefeito do município.

Luiz Antônio da Silva Júnior, disse que trabalhava no setor de tributos da Prefeitura no período de 2001 a 2004 e também auxiliava o setor da área da saúde, na parte de informática e que em 2009 passou a exercer a função no setor de Recursos Humanos. Asseverou que no primeiro período, a corré Aderilda não exerceu o cargo de operadora de Raio-X e, embora não tenha tido contato com o holerite dela, contou que ela recebia adicional de insalubridade. Ressaltou, ainda, que, mesmo sendo obrigatório, o documento de frequência de Aderilda sempre estava em branco, o que chamou sua atenção. Acrescentou que no período de 2001 a 2004 a ré foi coordenadora do Serviço Social e do Fundo Social, sem horário fixo para o seu exercício.

Claudinei Aparecido Garcia Duarte trabalhou como operador de tributos na Prefeitura no período de 2003 a 2009, bem como que participou da sindicância que apurou os fatos. Disse que a corré Aderilda cuidava do Fundo Social e não trabalhava na área da saúde. Encontrava Aderilda sempre na creche e não tinha conhecimento de que ela exercia o cargo de operadora de Raio-X.

Elisa Guati Gentil Damaso, coordenadora da educação no período dos fatos, relatou que participava juntamente com os réus da execução do Projeto Alegria. Aderilda era coordenadora do setor social do município, mas não soube precisar a carga horária que ela exercia.

Roseli Cleide Ferreira Lima, professora e coordenadora da creche municipal, Elisa Pereira Paiva, funcionária pública municipal, e Elaine Cristina Narciso, assistente social do município, disseram que a corré Aderilda, na condição de primeira-dama, exercia atividades na assistência social no período descrito na denúncia. Roseli Cleide acrescentou que a ré foi afastada do cargo de operadora de Raio-X para assumir a nova função e, mesmo assim, continuou recebendo a remuneração do antigo cargo.

Sebastiana Alves Ferreira Gentil, presidente do Conselho da Assistência Social do Município de Santo Antônio da Alegria no período de 2001 a 2008, destacou a idoneidade dos réus e salientou que todas as primeiras-damas,

Acesso ao Sumário

quando eram concursadas, deixavam de exercer a antiga função, com ônus para a Administração, para assumirem o exercício na área de Assistência Social.

Maria das Graças Antônio Costa Vale, coordenadora pedagógica por 10 (meses) durante a administração do corréu João Baptista, apenas confirmou que a corré Aderilda era coordenadora do Fundo Social.

Antônio Soares dos Santos, assessor de imprensa entre 2007 e 2008, disse que a corré Aderilda trabalhava na coordenação de programas sociais, como o centro de convivência do idoso, projetos de assistência social e como presidente do Fundo Social de Solidariedade. A renda desses projetos era obtida por meio de serviços de artesanato, bazar, etc. O seu local de trabalho situava-se em uma das creches do município, nos projetos sociais, CRAS e Centro do Idoso.

Como se vê, a prova oral amealhada aos autos não deixa dúvida de que a corré Aderilda Lourdes da Silva Lima, concursada como operadora de Raio-X do Município de Santo Antônio da Alegria, e em exercício desde o ano 1991, deixou de exercer efetivamente o seu antigo ofício para auxiliar o corréu João Baptista Mateus de Lima, seu marido e então prefeito daquele Município, no período de 2001 a 2008, coordenando o Departamento da Assistência Social e presidindo o Fundo Social de Solidariedade, sem que fossem tomadas as providências legais para tanto (exoneração, afastamento temporário, remuneração, etc.).

Da mesma forma, restou claro e evidente que o corréu João Baptista, Prefeito Municipal no período narrado na denúncia, tinha conhecimento e colaborou de forma decisiva para a ocorrência dos fatos, uma vez que, casado com a corré Aderilda, tinha pleno conhecimento dos fatos e assinava as folhas de pagamento indevidamente elaboradas em favor da corré, inclusive recebendo horas-extras, adicional de insalubridade e demais vantagens pecuniárias, alcançando o valor de R$141.290,08 (fls. 27).

Aliás, a auditoria realizada constatou que sequer o diploma necessário para o exercício da função de técnico em radiologia foi apresentado pela ré, que, mesmo assim, continuou recebendo normalmente o salário de Supervisora de Operação de Raio-X (fls. 26).

A planilha de vencimentos anuais da corré revela que ela não só recebeu os salários indevidamente, como, também, horas extras e adicional insalubridade, sem que tivesse trabalhado no setor de Raio-X no período de 2001 a 2008.

As folhas de ponto da ré demonstram que ela não comparecia ao serviço para assinar o ponto, e, mesmo assim, recebia normalmente seus vencimentos, inclusive horas extras e adicional de insalubridade (fls. 49/54).

É dos autos, ainda, que a corré Aderilda é irmã de Alenir Antonio da Silva, encarregado do setor de pessoal e responsável pela confecção da folha de pagamento, o qual foi nomeado pelo corréu João Batista, em 13/03/1993, como Chefe do Almoxarifado (fls. 327); em 14/05/1997, como Chefe de Serviços

Acesso ao Sumário

de Processamento de Dados (fls. 330), e em 22/05/2003, para o mesmo cargo, porém agora em razão de concurso público. Em 14/12/2009 Alenir foi exonerado a bem do serviço público (fls. 336).

Informações prestadas pela Municipalidade confirmam que não houve nenhum ato formal ou qualquer registro de afastamento da corré de suas funções no período compreendido na denúncia (fls. 239/240).

Por fim, a pedido da própria Defesa constituída da corré Aderilda (fls. 594/595), foi expedido ofício à municipalidade, para obter informações acerca da remuneração do cargo de "Diretor do Departamento Social", no período compreendido entre janeiro de 2001 e dezembro de 2008 (fls. 600), sendo informado pelo então Prefeito Municipal, Ricardo da Silva Sobrinho, que sequer existe o cargo de Diretor de Departamento Social (fls. 623 e 624), sendo certo que o posto de primeira dama e mesmo a presidência do fundo social de solidariedade não são atividades remuneradas.

Destaco, neste ponto, por oportuno, trecho da conclusão da sindicância realizada pela administração municipal (fls. 152, 154, e 159/160):

"II) SR. JOÃO BATISTA MATEUS DE LIMA, Ex-Prefeito Municipal, ordenador de todas as despesas irregulares pelo que foi apurado teria sido o primeiro a ser beneficiado pelo esquema de fraude da folha de pagamento, recebendo, em 2005, vencimentos a maior, sendo que continuou sendo beneficiado com as práticas irregulares do Sr. Alenir, pois sua esposa, Sra. Adenilda, recebeu durante oito anos os altos salários de um emprego público municipal em que permaneceu afastada. Assim, o ex-prefeito, ao que se demonstra, permaneceu conivente com as fraudes, uma vez que tinha vantagens diretas com as mesmas..."

(...)

Desta forma, mesmo afastada de suas funções atinentes ao cargo que exercia, a então primeira-dama (frisa-se: irmã do Sr. Alenir), além de receber indevidamente os salários como se no cargo estivesse, recebia também ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, sem trabalhar e ter motivo para tanto, fato devidamente comprovado através dos cartões de ponto da funcionária.

Ora, é no mínimo inimaginável que o Prefeito desconhecesse e não tivesse anuído no pagamento de referido adicional a sua própria esposa.

Dessa forma, inegável, portanto, que sabia das alterações feitas por livre arbítrio pelo Sr. Alenir na folha de pagamento.

E não é só.

Como chefe do Poder Executivo cabia ao Prefeito Municipal analisar e aprovar mensalmente a folha de pagamentos, inclusive vistando os documentos referentes à mesma, demonstrando que tinha conhecimento dos Valores pagos aos funcionários, inclusive ao próprio Alenir, à sua esposa, e demais funcionários envolvidos nas irregularidades.

(...)

Acesso ao Sumário

"III) SRA. ADERILDA LOURDES DA SILVA LIMA, afastada do emprego de Supervisor de Operação de Raio X para exercer posição de primeira dama e presidente do fundo social de solidariedade, sem afastamento formal, o que configura grave irregularidade, uma vez que não existe amparo legal para justificar afastamento desta espécie. Além disso, permaneceu pelo período de oito anos recebendo os vencimentos do emprego de origem acrescido de todas as vantagens dos mesmos, inclusive adicional insalubridade."

Assim, perfeitamente tipificadas as condutas dos réus como crime de responsabilidade:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

De outro lado, necessária a absolvição dos acusados quanto ao crime do artigo 312 do CP, pois, como visto, a conduta deles já se encontra abrangida pelo quanto disposto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/67, que, por ser norma de caráter especial, sobrepõe-se àquela prevista no Código Penal, e esta, por ser idêntica, fica afastada, em respeito ao princípio *ne bis in idem.*

Passo a dosar as penas.

Na primeira etapa do cálculo, tendo em vista o longo período em que se deu o crime e o alto valor recebido irregularmente em detrimento da municipalidade, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, para ambos os réus, assim estabelecida em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e tornada definitiva pela ausência de causas modificadoras nas fases subsequentes do cálculo.

Acesso ao Sumário

Tendo em vista o "quantum" de pena estabelecido, fixo o regime prisional aberto para ambos os réus e, presentes os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade que lhes está sendo aplicada por duas penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena corpórea, e outra de prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas na forma e com destinação a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

Nos termos do § 2º, do artigo 1º, do Decreto-lei 201/67, em relação a ambos os réus, decreto a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Nos termos do artigo 387, inciso IV, do CPP e tendo em conta que o prejuízo sofrido pelo erário constou expressamente dos autos, desde a denúncia, além do que o "quantum" foi devidamente apurado (fls. 27) e o pedido foi expressamente formulado pelo representante do Ministério Público (fls. 637), fixo o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração em R$ 141.290,08 (cento e quarenta e hum mil, duzentos e noventa reais e oito centavos), a ser dividido igualmente entre os réus, perfazendo o valor de R$ 70.645,04 (setenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e quatro centavos), para cada um, a ser corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Por fim, condeno os réus ao pagamento das custas processuais, fixadas no valor de 100 (cem) UFESP's, para cada um, nos termos da Lei Estadual 11.608/03.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a ação para **absolver** JOÃO BAPTISTA MATEUS DE LIMA e ADERILDA LOURDES DA SILVA LIMA quanto ao crime do artigo 312, "caput", do CP, com fundamento no art. 386, III, do CPP, e **condená-los** como incursos no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cada um, no regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período da pena corpórea, e prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, ambas na forma e com destinação a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. Outrossim, condeno os réus à perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, nos termos do § 2º, do artigo 1º, do Decreto-lei 201/67, bem como ao pagamento das custas processuais, ora fixadas no valor de 100 (cem) UFESP's, nos termos da Lei Estadual 11.608/03. Nos termos do artigo 387, inciso IV, do CPP, fixo o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração em R$ 141.290,08 (cento e quarenta e hum mil, duzentos e noventa reais e oito centavos), a ser dividido igualmente entre os réus, perfazendo o valor de R$ 70.645,04 (setenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e quatro centavos), para cada um, a ser corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 14.693)

Reitero relatório do voto do culto Relator.

O caso, de fato, chama a atenção, pela sua peculiaridade. Trata-se do exercício do "cargo" de Primeira Dama de Município. Na verdade, a primeira dama está inserida no espaço público, sendo, em regra, responsável pela gestão da assistência social. Na maioria das vezes, é uma função meramente protocolar,

não integrante da Administração Pública, daí não receber remuneração. A coordenação da assistência social é situação decorrente da tradição, mas mantendo a circunstância não remuneratória.

No caso, a corré era funcionária pública municipal, como operadora de Raio-X. Deveria, então, ter se afastado de seu cargo, posto que não iria exercê-lo, na forma da lei. Na verdade, poder-se-ia pensar, em análise do que existe na Lei dos Funcionários Públicos Estaduais, aplicável, se o caso, de forma analógica, apenas no afastamento, NÃO REMUNERADO, por dois anos. Mas nada foi providenciado no âmbito municipal. A prova foi clara no sentido de que o afastamento não foi regularizado. Não parece existir possibilidade de afastamento remunerado para exercer o papel de Primeira Dama. Pelo menos assim não constou nas apurações realizadas, mesmo em âmbito municipal. Não existindo lei que justificasse a situação, o afastamento efetivado foi, de fato, IRREGULAR. Poder-se-ia admitir uma acumulação de funções, desde que os horários fossem compatíveis, porque um dos "cargos" não era remunerado. Não foi o que ocorreu.

A corré não exerceu o cargo pelo qual era remunerada. Obviamente que, na esfera administrativa, consequências do afastamento irregular, inclusive com recebimento indevido de remuneração, poderão ser efetivadas, com demissão e cobrança dos valores respectivos. Poder-se-ia admitir, em princípio, pelo entendimento da Defesa, de que não haveria, no caso, ilícito penal, mas meramente administrativo. O que chamou atenção, no entanto, é que, na remuneração recebida pela corré, de conhecimento do corréu, seu marido e então prefeito, foi mantido o ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, com acréscimo, até, de HORAS EXTRAS.

Sobre o ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, ainda que aparentemente indevido para o caso, não se nega que existem disposições legais que o admitem, para certas hipóteses de afastamento. Como é inerente ao cargo exercido pela corré, não se teria, em princípio, configurado, no seu recebimento, ilícito penal, no mesmo entendimento ora apresentado pela douta Defesa. O problema, porém, é o recebimento de HORAS EXTRAS (OU OUTRAS VERBAS ESPECÍFICAS, COMO FÉRIAS ETC), como se comprovou e constou no voto do culto Relator. Não há situação possível de acolhimento de que elas seriam devidas, mesmo para funcionários legalmente afastados. Não haveria como existir hora extra, porque a atividade não era realizada.

Acesso ao Sumário

No caso, evidente a FRAUDE na situação, o que era de conhecimento, pelo apurado, pelos réus, com desvio do dinheiro público, porque de "remuneração" regular, pelo exercício do cargo efetivo, não era. Nesse caso, repito, não se fala de remuneração ou ilícito administrativo, mas de elaboração de fraude que deu ensejo à retirada ou desvio de dinheiro público de forma indevida, ilegal. Relevância penal na questão indiscutível. Nesse ponto,

perfeitamente caracterizado o crime de responsabilidade, para ambos os réus, independentemente, portanto, de eventual entendimento de recebimento indevido de remuneração, na forma como acima analisada, não ser fato típico.

Apenas com essas considerações, acompanho, na integra, o voto do culto Relator.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Desembargador Revisor

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7006097-76.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ELIANAI EMMANUEL DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NEGARAM PROVIMENTO ao agravo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.166)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 6 de maio de 2019.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – CONTEÚDO DO EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – AFERIÇÃO DE REQUISITO SUBJETIVO – POSSIBILIDADE: A submissão do reeducando a exame criminológico não restou coibida pelo art. 112 da LEP, sendo certo que seu resultado deve ser considerado na decisão sobre a concessão do livramento condicional que, no presente caso, corretamente a indeferiu.

Acesso ao Sumário

VOTO

ELIANAI EMMANUEL DOS SANTOS interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão de fls. 56 que deferiu a progressão ao regime prisional semiaberto e indeferiu o pedido de livramento condicional pela ausência do requisito subjetivo.

Sustenta o agravante, em síntese, a ausência de fundamentação idônea no r. *decisum*, apesar de estarem preenchidos os requisitos legais necessários à obtenção do benefício (fls. 60/63).

Ofertada contraminuta (fls. 65/72) e mantida a r. decisão (fls. 73), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pelo não provimento do agravo (fls. 77/81).

É O RELATÓRIO.

O reclamo não merece prosperar.

Acertada a decisão de Primeiro Grau que indeferiu o livramento condicional.

Primeiramente, ao contrário do alegado pela combativa Defesa, o r. *decisum* encontra-se bem fundamentado.

A motivação evocada foi suficiente para esclarecer o não cabimento da concessão do livramento condicional ao reeducando.

A alegação de inidoneidade de fundamentação deve ocorrer de modo excepcional, apenas nas situações em que não for possível compreender as razões pelas quais o Magistrado decidiu, o que não é o caso dos autos.

Segundo o Boletim Informativo, o agravante cumpre pena de 23 (vinte e três) anos e 15 (quinze) dias de reclusão pela prática de furtos e roubos qualificados (fls. 34/38).

Como é cediço, à obtenção do benefício de livramento condicional, é necessário que o condenado preencha, tanto o requisito objetivo, como o subjetivo.

Segundo a nova redação do art. 112, da LEP, dada pela Lei 10.792/03, não é mais imprescindível o parecer da Comissão Técnica de Classificação, limitando-se o mérito do sentenciado à ostentação de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento. No entanto, sempre que o juiz entender necessário, dentro do poder discricionário do magistrado e de seu prudente arbítrio, poderá decidir pela submissão ao exame criminológico.

Em seu pedido atual o sentenciado demonstrou ter cumprido o requisito objetivo, no entanto, submetido a exame criminológico, o parecer restou desfavorável e traz relato que não aconselha a concessão do livramento condicional.

Do relatório psicológico temos às fls. 47:

Acesso ao Sumário

"Desenvolve restrito pensamento crítico moral frente a seus atos. No momento apresenta comportamento de deferência frente às normas exigidas pelo sistema prisional, mantendo bom comportamento carcerário. Em relação aos projetos extramuros, desenvolve planos vagos e necessitam de maiores elaborações para que sejam concretizados" e mais "Diante dos dados analisados, não há garantia de que o sujeito cumprirá sua pena num regime mais brando, neste momento, de forma autônoma" [sic].

O culto Magistrado de Primeiro Grau, em sua correta decisão, indeferiu o livramento condicional por entender ausente o requisito subjetivo, amparado pela a avaliação realizada.

Com efeito, ao contrário do que determina o artigo 83 do Código Penal, ao que consta dos autos, o sentenciado apresentou prognose negativa à obtenção do benefício, eis que não demonstrou aptidão para o retorno ao convívio social mais amplo.

Neste sentido:

***"Não é possível o deferimento do livramento condicional ao sentenciado sem a análise dos requisitos subjetivos previstos nos incisos III e IV e parágrafo único, do art. 83 do CP, não bastando o cumprimento dos requisitos objetivos"* (TJMG, HC 0199686-87.2010.8.13.0000, Rel. Des. Ediwal Jose de Morais, 1ª Câmara criminal, DJEMG, 11/08/2010).**

***"Diante de considerações tão adversas, prematura se mostra o livramento condicional, benefício que, para os condenados por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, como na espécie, só pode ser concedido quando constatadas "condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir", conforme previsto no art. 83, parágrafo único do Código Penal"* (TJSP - Agravo de Execução Penal nº 0288461-81.2011.8.26.0000 - Presidente Prudente - 01ª Câmara Criminal. Rel. Péricles Piza. J. 16.04.2012).**

Assim, diante da análise do caso concreto, percebe-se que o agravante ainda não concentra capacidade suficiente ao livramento condicional.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0001922-82.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante BRUNO FABIANO DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO

ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, preservada, na íntegra, a r. decisão por seus jurídicos fundamentos, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.856)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 23 de maio de 2019.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNIFICATÓRIA DE PENAS. RECURSO DA DEFESA.

Recurso interposto visando ao afastamento da interrupção dos lapsos aquisitivos, como consectário da unificação de penas. Descabimento.

Sobrevindo nova condenação, por crime anterior ou posterior, unificada em incidente próprio, o lapso para concessão de benefícios penais, incluindo comutação e indulto, é alterado, passando o termo "a quo" para a data do trânsito em julgado para as partes da superveniente condenação. Novo prazo que deve ser imposto diante da unificação. Art. 75, § 2º, do CP. Precedentes do C. STF (ambas as Turmas) e da C. Câmara.

Negado provimento.

VOTO

VISTO.

Cuida-se de recurso de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** (fls. 02/07) interposto com fulcro no artigo 197 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), por **BRUNO FABIANO DOS SANTOS**, contra a r. decisão proferida no curso da execução de pena (fls. 35/67, prolatada em 27/02/2019), que houve por bem, diante de unificação de penas, determinar a data do **trânsito em julgado da superveniente condenação** como marco inicial para os lapsos aquisitivos para progressão de regime e concessão de livramento condicional.

Busca o **agravante**, nesta Instância, em apertada síntese, a *parcial reforma* da r. decisão, com afastamento da **interrupção** dos lapsos aquisitivos,

Acesso ao Sumário

apontando com ausência de previsão legal. Requer, assim, que seja estabelecido o dia de inicio de cumprimento da pena como data-base. Ressalta, ainda, recente modificação de entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, a lastrear a pretensão.

Contrarrazões às fls. 72/87 pelo não provimento do agravo. A r. decisão foi mantida pelo juízo "*a quo*" (fls. 88).

A D. Procuradoria Geral de Justiça alvitrou o parcial provimento do recurso, fixando-se o dia da prática de eventual falta disciplinar como termo "*a quo*" para progressão de regime, e, para livramento condicional, a data de início de cumprimento da pena atuada como primeira execução (fls. 112/114).

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

Pois bem, conforme verificado dos autos, autuada **nova** condenação (PEC nº 0000956-22.2019.8.26.0496 – **definitiva e por fato posterior**), em incidente próprio, nos termos do artigo 111, *c.c.* artigo 66, inciso, alínea "*a*", da Lei de Execução Penal, foi deliberada a unificação das penas. Cálculo, confeccionado em decorrência do evento (com base nas diretrizes apresentadas na r. decisão objurgada) e **homologado** no curso da execução (em 29/03/2019, fls. 463/464, dos autos da ação de execução), aponta a **data do trânsito em julgado da superveniente condenação**, qual seja, **19/06/2018**, como termo inicial do lapso para progressão de regime (ao semiaberto) e concessão de livramento condicional (vide "**Ficha do Réu**" de fls. 448/456, dos autos da ação de execução criminal).

No particular (análise restrita ao ponto de inconformismo, observando tratar-se de recurso exclusivo da defesa), **reparo nenhum comporta o cálculo**.

Com efeito, a **C. Câmara** sufragou o entendimento de que, na hipótese de penas ***unificadas***, **o marco inicial para a concessão de quaisquer benefícios, incluindo-se comutação de penas e indulto, é a data do trânsito em julgado para as partes da última condenação**, por crime anterior ou posterior, destacando-se, porque importante, que, no feito, não houve interposição de recursos especial e extraordinário (daí porque inexiste necessidade, na espécie, de adequar o termo "trânsito em julgado" para "concretização do duplo grau de jurisdição", à luz do entendimento do C. Supremo Tribunal Federal proclamado no "Habeas Corpus" nº 126.292/SP de 17/02/2016 e nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, de 05/10/2016).

Neste sentido colaciona-se os seguintes **precedentes**:

"Ementa: Agravo de Execução Penal - Unificação das penas - Interrupção da contagem da pena para fins de obtenção de novos benefícios contados a partir do trânsito em julgado da última condenação - Precedentes do Col. Supremo Tribunal Federal - Manutenção da r. deliberação Agravo desprovido." (TJ-SP: Agravo em Execução Penal nº 0004234-

Acesso ao Sumário

24.8.26.0154, 9ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Costabile e Solimene, j. 22/03/2019, v.u.).

"Agravo em execução. Decisão que, ante a notícia de nova condenação, determinou elaboração de cálculo de penas, considerando como data-base para a concessão dos benefícios da progressão e livramento condicional o trânsito em julgado da nova condenação ou a data da própria decisão condenatória superveniente, caso o sentenciado tenha respondido ao processo solto ou preso, respectivamente. Insurgência defensiva visando tornar sem efeito a determinação de interrupção do lapso de penas. Não acolhimento. Prática de novo delito que altera o montante da pena em razão da unificação determinada pelo artigo 111 da LEP, passando a ter um novo marco a ser considerado para os benefícios da progressão e livramento condicional. Recurso não provido." (TJ-SP: Agravo em Execução Penal nº 0009684-46.2018.8.26.0496, 9ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Sérgio Coelho, j. 14/03/2019, v.u.).

Ainda, o Agravo em Execução Penal nº 0010316-15.2018.8.26.0496, de relatoria de Sua Excelência, o Des. Silmar Fernandes, julgado em 04/04/2019, votação unânime.

Conforme consignado, a alteração, em decorrência da própria unificação operada, nos termos do artigo 75, §2º, do Código Penal, poderia perfeitamente ser determinada para todos os lapsos, sem exceção, mas, na **existência de recurso exclusivo da defesa**, fica mantido o proceder, o qual, obviamente, **não é ilegal** (menos abrangente, restrita que foi a alteração para os benefícios de progressão de regime e de concessão de livramento condicional). É verdade, conforme indicado no arrazoado, que a Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.557.461 SC, **por maioria**, sufragou entendimento contrário à jurisprudência que, até então, era **consolidada**, reconhecendo, naquele feito, a ilegalidade de determinação de interrupção de lapso. Não obstante, referido precedente, por possuir eficácia "*inter partes*", **não vincula**. Ademais, não é somente esse provimento do C. Tribunal que não é aplicado pela C. Câmara. Cita-se, à guisa de exemplificação, a Súmula de nº 441, igualmente não vinculante. Deve ser considerado, ainda, que, aqui, é reconhecida a possibilidade de **alteração**, ou seja, a existência de novos lapsos, em decorrência da própria unificação operada diante de **fato novo**, a autuação de nova condenação transitada em julgada. A partir de tal evento é que deverá ser calculado prazo, em relação ao saldo remanescente, desprezando-se o tempo de pena já cumprido. A Lei, inclusive, conforme já indicado, não deixa dúvidas a respeito em relação a fato posterior. Vale ressaltar, por fim, que a possibilidade de alteração do lapso de todos os benefícios foi reconhecida pelas **duas Turmas do C. Supremo Tribunal de Federal** (Agravo Regimental no "*Habeas Corpus*" nº 136.754 MG, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. na Sessão Virtual de 16 a 22 de fevereiro de 2018, v.u.; Agravo Regimental no

Acesso ao Sumário

Recurso Ordinário em "*Habeas Corpus*" nº 135.826 MG, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 26/05/2017, p.m.v. e; Recurso Ordinário em "*Habeas Corpus*" nº 133.934 PR, Segunda Turma, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/05/2016, v.u.). Se tal proceder, conforme concluído ali, **não ofende a Constituição**, receio nenhum há em aplicá-lo, fundamentadamente, sem embargos a respeitabilíssima decisão recente do C. Superior Tribunal de Justiça. Nada a reparar, portanto.

Do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, preservada, na íntegra, a r. decisão por seus jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0002276-87.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLÁUDIO BARBARÁ 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.320)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de maio de 2019.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Transferência do sentenciado para penitenciária federal de segurança máxima – Admissibilidade – Apreensão de manuscritos de facção criminosa – Manutenção do agravante em presídio paulista de segurança máxima que poderia colocar em risco a própria segurança pública – Decisão devidamente fundamentada e que obedeceu à legislação aplicável à espécie – Extemporaneidade da r. decisão agravada não verificada – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de novo agravo em execução penal interposto por **Cláudio**

Barbará da Silva contra r. decisão de fls. 954/964, que autorizou a transferência dele para penitenciária federal de segurança máxima pelo prazo de 360 dias.

Inconformada, recorre a Defesa alegando não existir comprovação de que a permanência do agravante no sistema penitenciário paulista (Penitenciária de Presidente Venceslau II ou no Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes) seria de alto risco e que poderia implicar em quebra de disciplina carcerária ou violação da ordem pública. Ademais, inexistiriam fatos concretos a justificar a necessidade de isolamento em Presídio Federal. E o manuscrito, por si só, não comprovaria ser o agravante membro de alto escalão de organização criminosa e detentor de periculosidade ímpar. Por fim, sustenta que a r. decisão é desprovida de motivação concreta e idônea, além de ser extemporânea, já que largo período transcorreu sem ser apontados fatos presentes a justificá-la (fls. 01/13).

Regularmente processado o agravo interposto, com o oferecimento da contraminuta (fls. 18/28) e mantida a r. decisão pelo Juízo *a quo* (fl. 29), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria de Justiça opinado pelo improvimento do agravo (fls. 1472/1475).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Foi instaurado Procedimento Administrativo Disciplinar para apurar falta de natureza grave cometida pelo agravante em razão de apreensão de manuscritos na rede de esgoto da Penitenciária II de Presidente Venceslau que comprovam que ele integra organização criminosa (PCC) e exerceria cargo de posição e liderança.

Os fatos apurados foram devidamente comprovados pelas declarações prestadas pelo servidor Ricardo Marmol da Mata, bem como pelo laudo pericial que concluiu que os manuscritos teriam partido do próprio punho do agravante.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o sentenciado, acusando-o de participação em organização criminosa (processo nº 0003297-31.2017.8.26.0483) e ele foi incluído no Regime Disciplinar Diferenciado (autos n. 0052062-37.2018.8.26.0050).

Também foi requerido pelo *Parquet*, com anuência da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, a transferência de Cláudio Barbará da Silva para Penitenciária Federal de segurança máxima, a ser indicada pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

A r. decisão ora agravada, de forma idônea, bem fundamentada e com base nas provas colacionadas aos autos, autorizou a transferência do agravante para Penitenciária Federal de segurança máxima pelo prazo de 360 dias.

Os manuscritos apreendidos em 08 de março de 2017, na Penitenciária de Segurança Máxima II de Presidente Venceslau, revelaram informações

Acesso ao Sumário

estratégicas da organização criminosa em relação aos seus membros, incluindo o ora agravante, e a sua atuação, inclusive em outros Estados da Federação, de forma que a medida concedida encontra-se devidamente justificada, uma vez que a manutenção do reeducando no sistema prisional do Estado de São Paulo poderia colocar em risco a própria segurança pública.

Aliás, sobre isso, já se manifestou este Relator quando do julgamento do Agravo em Execução n. 0102518-88.2018.8.26.0050, intentado em 26.03.19, cabendo destaque a seguinte parte:

"...O manuscrito apreendido, reproduzido a fls. 43/44 destes autos, faz referências inequívocas à participação de seu autor em organização criminosa, inclusive contendo o que parece ser um comando emanado de uma posição hierárquica superior. Há nos autos laudo pericial, acostado a fls. 47/48, indicando que o manuscrito apreendido coincide com a letra do Agravante [Cláudio Barbará da Silva]. Nada há nos autos que infirme a hipótese de que o Agravante é o autor da nota apreendida..."

E, da mesma forma, bem observou o ilustre Procurador de Justiça, ao afirmar que "*...denota-se dos autos que o reeducando é importante integrante da facção criminosa, na medida em que, mesmo preso e cumprindo pena, continuou a articular os passos da aludida organização, nela expedindo ordens e orientações, o que revela a sua alta periculosidade. Ao contrário do sustentado pela Defesa, tais informações são oficiais, fruto de trabalho desenvolvido pelos órgãos oficiais de segurança do Estado, estando devidamente comprovadas nos autos.*

Nessa esteira, a remoção do reeducando para presídio federal de segurança máxima, que se deu a pedido do Parquet, encontra-se devidamente fundamentada no inciso I e IV, do Decreto nº 6.877/2009, eis que devidamente comprovado que Cláudio desempenha "função de liderança em organização criminosa", envolvida na "prática reiterada de crimes com violência e grave ameaça".

Com isso, visando atender à correta individualização da execução penal e, em especial, à necessidade de afastamento dos presos de altíssima periculosidade do seu local de influência, acertada a transferência do Agravante para estabelecimento penal federal de segurança máxima" (fl. 1474).

Ademais, a r. decisão, ao autorizar a transferência do agravante, o fez de acordo com a Lei 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em presídios federais, e Decreto 6877/09, que a regulamentou.

Com efeito, dispõe o artigo 3º da citada lei que:

"Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório".

Acesso ao Sumário

E dispõe o artigo 3º do citado Decreto mencionado anteriormente que:

"Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem".

No presente caso, restou comprovado que o agravante se enquadra em mais de uma das hipóteses (I e III), conforme determina o artigo.

E, como bem ressaltou o ilustre Magistrado, *"...as penitenciárias federais têm dois principais objetivos:*

1) Isolar as lideranças das organizações criminosas; e

2) Impedir que os presos nela inseridos criem facções, fortaleçam as existentes ou utilizem o presídio federal como "escritório", o que infelizmente ocorre nos estabelecimentos estaduais" (fl. 960).

Ora, o agravante, integrante e um dos líderes de facção criminosa, já estava preso em penitenciária de segurança máxima e, mesmo assim, continuou praticado atos atentatórios a segurança pública, revelando não ser um preso comum, e, assim, colocando em risco o próprio sistema prisional e a própria coletividade. Assim, resta inequívoca a necessidade de isolá-lo de outras lideranças de facções criminosas.

Nesse sentido, em julgamento análogo, foi o entendimento da Colenda 2ª. Câmara de Direito Criminal quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 2006774-51.2019.8.26.0000, ocorrido em 18.03.19.

Cabe ressaltar, ainda, entendimento exarado quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 0015292-64.2019.8.26.0000, impetrado em favor do ora agravante em 14.05.19: "*...Tampouco tem cabimento argumentar sobre a conveniência do reeducando na proximidade com seus familiares como fator determinante do local de cumprimento de pena. A escolha do local adequado para a custódia de presos deve seguir a conveniência estatal, reservando-se à discricionariedade das autoridades competentes.*

Nesse sentido, cediço que "em princípio, inexiste direito certo e líquido

Acesso ao Sumário

do preso, provisório ou definitivo, de escolher onde pretende cumprir a pena. Neste diapasão, a ordem pública, a conveniência da instrução e a própria integridade do paciente podem determinar a mudança do local de custódia" (TJSP, 2ª Câmara Criminal, HC nº 2023802-08.2014.8.26.0000, rel. Des. Laerte Marrone, j. 16.06.2014, V.U.)".

Por fim, não há que se falar em extemporaneidade da r. decisão ora atacada, pois, como bem observou o ilustre Promotor de Justiça, "*...o tempo decorrido entre a ocorrência da falta grave e a decisão judicial que determinou a inclusão do agravante no RDD e em Unidade do Sistema Penitenciário Federal foi o necessário para a apuração dos fatos, que, por sua vez, foi feita de acordo com o devido processo legal e dentro de uma margem de razoabilidade*" (fl. 25).

Assim sendo, nada há a ser alterado.

Isso posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao agravo interposto, mantendo-se, na íntegra, a r. decisão ora agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo em Execução Penal nº 0001191-41.2019.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e agravado VAGNER MONTEIRO DA SILVA DE SIQUEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, NEGARAM PROVIMENTO ao agravo em execução penal, vencido o 2º Juiz que provia e não declara, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.769)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 31 de maio de 2019.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Remição de pena pela leitura, concedida – Recurso do Ministério Público – Pleito de cassação da *decisum* – Impossibilidade – Agravado que realizou a leitura de obra literária e elaborou a respectiva resenha, no prazo estipulado – Manifestação favorável da Comissão de Avaliação – Embora o art. 126, da

Acesso ao Sumário

LEP, não preveja a remição de pena pela leitura, o Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho da Justiça Federal, com a finalidade de assegurar a ampla assistência educacional aos presos custodiados nas Penitenciárias Federais, editaram a Portaria Conjunta nº 276/2012, que disciplinou o *Projeto Remição Pela Leitura* – Recomendação Nº 44/2013, do CNJ, que também dispõe a respeito do instituto – Entendimento jurisprudencial predominante no STJ, no sentido de se admitir interpretação extensiva *in bonam partem*, permitindo a remição de parte da pena pela leitura – Precedentes – A leitura é capaz de promover o aprimoramento intelectual e, por consequência, a reeducação, a ressocialização e a reintegração social do sentenciado, cumprindo, desse modo, a finalidade a que se destina a pena privativa de liberdade – Inexistência de tratamento desigual – Sentenciados analfabetos também poderão se beneficiar do instituto, de acordo com seu nível de instrução – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal tirado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO de decisão que declarou a remição de doze dias da pena de VAGNER MONTEIRO DA SILVA SIQUEIRA.

Busca a cassação da *decisum*, aduzindo, em resumo, que a remição pela leitura afronta os princípios da legalidade e da isonomia, diante da ausência de previsão legal nesse sentido, bem assim porque privilegia exclusivamente os sentenciados alfabetizados.

Processado o recurso, ao ensejo do juízo de retratação, manteve-se a decisão recorrida, por seus fundamentos.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do reclamo.

É, em síntese, o relatório.

Infere-se dos autos que, aos 23.1.2019, o e. juízo *a quo* declarou remidos doze dias do total das penas impostas ao agravado, em razão da leitura de obras literárias (*Eu sou Malala, de Christina Lamb; Um gato de rua chamado Bob, de James Bowen e Um novo mundo, de Eckhart Tolle*) e elaboração das respectivas resenhas (fls. 27/30, 34/36 e 44/47).

Acrescente-se que a Comissão de Avaliação que analisou os resumos elaborados pelo recorrido se manifestou favoravelmente à concessão da remição

Acesso ao Sumário

(fls. 26, 33 e 42).

A par disso e, respeitado o entendimento esposado em sentido contrário, o recurso não comporta provimento.

É que, conquanto o artigo 126, da Lei de Execução Penal, não preveja, expressamente, a possibilidade de remição de parte da pena pela leitura, as normas editadas ao longo dos anos e o entendimento jurisprudencial a respeito do tema evidenciam que sua aplicação, por analogia i*n bonam partem,* é a solução mais adequada *in casu*.

Isso porque referido dispositivo, antes da alteração implementada pela Lei nº 12.433/11, previa a remição exclusivamente pelo trabalho.

Todavia, diante da dificuldade enfrentada por presidiários de baixo nível de escolaridade para ingressar no mercado de trabalho e, ainda, por ser a educação formal a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade, já se discutia a possibilidade de interpretação extensiva do vocábulo *trabalho*.

Diante disso e, ainda, dos reiterados precedentes nos quais se reconheceu o direito de remição de pena pelo estudo em escolas de alfabetização e no ensino fundamental, médio, universitário ou profissionalizante, inclusive os cursos com a metodologia de educação à distância, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, *verbis*:

> *A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto.*

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, a redação do artigo 126, da Lei nº 7.210/84, foi alterada e passou a prever a remição pelo estudo, dirimindo a controvérsia nesse sentido.

No entanto, novos debates surgiram, agora sobre a possibilidade de remição de parte da pena pela leitura, por meio de interpretação mais abrangente a respeito do significado do substantivo *estudo*, com vistas a fomentar o contato dos sentenciados com a literatura, mesmo porque essa medida igualmente contribuiria com o processo de reinserção social, sobretudo por agregar valores ético-morais à sua formação e proporcionar a evolução da capacidade intelectual.

Então, visando assegurar a ampla assistência educacional aos presos custodiados nas Penitenciárias Federais, a Diretoria-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Conselho da Justiça Federal editaram a Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, que disciplinou o *Projeto Remição Pela Leitura*, estabelecendo prazo para o estudo de obras literárias, clássicas, científicas ou filosóficas, disponíveis nas unidades prisionais e, ao final, a apresentação de resenha sobre os assuntos abordados nos livros, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de quatro dias de pena por exemplar.

Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação

Acesso ao Sumário

Nº 44, de 26 de novembro de 2013, dispôs sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pela leitura, igualmente estabelecendo critérios para sua admissão.

E o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou o entendimento no sentido de que o artigo 126, da Lei de Execução Penal, autoriza interpretação extensiva *in bonam partem*, permitindo a remição pela leitura, notadamente em razão da finalidade do instituto em tela, vale dizer, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social. Confira-se:

> *HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO POR LEITURA. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DO PROJETO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DE SEUS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE DE PREJUÍZO AO APENADO DE BOA-FÉ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A DECISÃO DO MAGISTRADO DAS EXECUÇÕES. A possibilidade de remição de dias de pena por meio da leitura foi confirmada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, adotando a Corte o entendimento de que se trata de analogia in bonam partem da remição por estudo, expressamente prevista no art. 126 da Lei de Execuções Penais. O simples fato de o estabelecimento prisional contar com oferta de trabalho e estudo não impede que a leitura seja fonte de remição de dias de pena. Com efeito, a Recomendação n. 44/13 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 1º, inciso V, limita-se a propor que os Tribunais estimulem a remição por leitura notadamente aos presos sem acesso a trabalho e estudo, não erigindo óbice a que tal prática também seja implementada em unidades penitenciárias que já oferecem as demais espécie de atividades ensejadoras de remição. Os vícios administrativos identificados pelo Tribunal de origem não têm o condão de obstar o direito do apenado à remição. Uma vez implementado o projeto de remição por leitura na unidade prisional em que cumpre pena o paciente, não comprovada má-fé do apenado e ausente dúvida fundada a respeito da efetiva leitura e absorção da obra literária pelo sentenciado, impõe-se a concessão do direito ao apenado. Eventuais irregularidades formais identificadas, atinentes ao número e à qualificação dos avaliadores, bem como a notícia de que não foi produzida uma escala de compatibilização de horários de leitura com os de trabalho e estudo formais, reputam- se insuficientes para anular ou descaracterizar a remição pretendida. Cumpre salientar que, à luz do art. 130 da Lei de Execuções Penais, "constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição", de modo que a constatação de irregularidades no procedimento de apuração de trabalho, estudo ou leitura do apenado gera responsabilidade no âmbito da administração e de seus servidores,*

Acesso ao Sumário

não repercutindo no direito legalmente assegurado ao sentenciado de boa fé. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferira a remição de 4 (quatro) dias de pena ao paciente. (HC 349.239/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 04.10.2016);

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. REMIÇÃO PELA LEITURA. LEGALIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM DO ART. 126 DA LEP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como no caso, a leitura e resenha de livros, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. III - O fato de o estabelecimento penal onde se encontra o paciente assegurar acesso a atividades laborais e à educação formal, não impede que se obtenha também a remição pela leitura, que é atividade complementar, mas não subsidiária, podendo ocorrer concomitantemente, havendo compatibilidade de horários. IV - Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem, de ofício. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a r. decisão de 1º grau que declarou remidos 16 (dezesseis) dias da pena do paciente. (HC 353.689/SP, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 14.06.2016);

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Hipótese em que o reeducando teve remidos quatro dias de sua reprimenda privativa de liberdade pela leitura, nos termos da Recomendação n.º 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça. 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser viável a concessão da remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 696.637/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. em

Acesso ao Sumário

23.02.2016);

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. EVIDENCIADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM EXPEDIDA DE OFÍCIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. 1. Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do meio cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de manifesta coação à liberdade de locomoção. 2. A jurisprudência da Sexta Turma é firme quanto a admitir a remição da pena pela leitura nos termos da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/ MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. 3. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se nessas circunstâncias, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade. 5. Na espécie, embora não fosse cabível o habeas corpus no lugar do recurso especial, diante dos precedentes a respeito do tema, ficou caracterizada a existência de manifesto constrangimento ilegal a ser reparado, justificando-se, assim, a concessão, de ofício, da ordem para restabelecer o decisum do Juízo da execução que declarou remidos 8 dias da pena do paciente. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 323.766/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. em 17.09.2015);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. (1) REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. TELEOLOGIA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM. PRECEDENTES. (2) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A finalidade do instituto da remição, ao abreviar a pena, é incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social e, portanto, o art. 126 da LEP admite interpretação extensiva in bonam partem, permitindo-se a remição pela leitura. 2. Writ não conhecido. Ordem expedida de ofício, para restabelecer a decisão do juízo singular (execução n.º 815/14). (HC 326.499/SP, Relª. Minª. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. em 04.08.2015).

Acesso ao Sumário

Outrossim, cumpre observar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6478/2016, com o fim de conferir nova redação ao artigo

126, da Lei de Execução Penal, para incluir a leitura entre as possibilidades de remição de parte da pena, com arrimo, inclusive, na Recomendação nº 44/2013, do CNJ, e, sobretudo, em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a revelar que, provavelmente, resultará prevista em nosso ordenamento jurídico, mesmo porque a leitura constitui fase primordial da educação e promove o aperfeiçoamento e a evolução intelectual e, por consequência, a reeducação, a ressocialização e a reintegração social do sentenciado, cumprindo, desse modo, a finalidade a que se destina a pena privativa de liberdade.

Em arremate, não há se cogitar de tratamento desigual, mormente porque os detentos analfabetos ou de pouca instrução também podem se beneficiar do instituto através de estudos e leituras compatíveis com sua formação, realizando, inclusive, cursos de alfabetização disponibilizados em livros.

Portanto, considerando que o agravado concretizou a leitura de três obras literárias e redigiu as respectivas resenhas, cujo conteúdo foi aprovado pela Comissão de Avaliação, era mesmo imperativa a remição de doze dias de sua pena.

Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo em execução penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000062-76.2019.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ORCELIO PAULO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao agravo da Justiça Pública para determinar a regressão do agravado ao regime fechado e complementação do exame criminológico, inclusive com médico psiquiátrico, devendo ser realizado teste de *Rorschach*. Comunique-se com urgência. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.882)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Agravo. Deferimento de regime semiaberto. Recurso do Ministério Público pretendendo que seja

Acesso ao Sumário

cassada a decisão pelo demérito subjetivo, retornando o sentenciado ao regime fechado e determinando a realização de avaliação por médico psiquiatra. Não preenchimento do requisito subjetivo. Necessidade de exame criminológico por equipe multidisciplinar, inclusive com psiquiatra, para adequada análise quanto ao mérito subjetivo. Agravo provido.

VOTO

Ingressa a Justiça Pública com o presente reclamo pretendendo reforma da decisão de fls. 27/28, que deferiu o pedido de progressão ao regime semiaberto.

Aduz que o agravado não preenche o requisito subjetivo para obtenção da benesse. Sustenta que o agravado cumpre pena por delitos graves, sendo necessária a complementação do exame criminológico por médico psiquiatra. Pleiteia o retorno do agravado ao regime fechado e a realização de avaliação psiquiátrica.

Foi contraminutado o reclamo e mantida a decisão (fls. 38/45).

A douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento (fls. 60/66).

É o relatório.

Reincidente, o agravado encontra-se condenado à pena total de 39 anos, 11 meses e 12 dias de reclusão pela prática de diversos delitos graves, sendo um tráfico de drogas e quatro roubos qualificados, com início do cumprimento de pena em 07 de agosto de 2010 e término previsto para 18 de julho de 2050 (fls. 12/17).

O agravado alcançou o lapso temporal para a progressão de regime em 12 de março de 2019, eis que teria cumprido 3/5 quanto ao delito hediondo e 1/6 em relação aos delitos comuns (fls. 55 – verso).

Foi realizado exame criminológico, sendo que o relatório dos diretores da unidade prisional foi favorável à progressão de regime (fls. 04).

O relatório social limitou-se por analisar o seu desenvolvimento no âmbito familiar e social, não trazendo qualquer abordagem quanto aos delitos (fls. 05/06).

O relatório psicológico trouxe que o agravado atribuiu a prática de delitos ao seu envolvimento com drogas e que demonstrava senso crítico sobre suas condutas (fls. 09).

Diante disso, o i. *parquet* manifestou-se pela complementação do exame criminológico, a fim de que fosse realizada avaliação por médico psiquiatra (fls. 20/21), contudo o i. magistrado houve por bem indeferir tal pleito e conceder a progressão ao regime intermediário.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, entendo que compete ao Juízo das Execuções apreciar a existência de requisitos subjetivos e objetivos, para então deferir os benefícios, sendo plenamente justificável uma ampla análise, inclusive com realização do exame criminológico, para que tenha maiores elementos para decidir com acerto, evitando conceder os benefícios a quem não preencha os requisitos exigidos, a fim de se resguardar o interesse social na mantença da ordem pública.

No presente caso, nota-se que o relatório social não apurou qualquer aspecto relacionado à prática dos delitos e o relatório psicológico trouxe simplesmente que o sentenciado teria senso crítico e que atribuía a prática dos crimes ao envolvimento com drogas.

Tais avaliações mostram-se superficiais, não sendo aptas para a adequada aferição quanto ao cumprimento do requisito subjetivo, restando precipitada a concessão do benefício sem a avaliação por um médico psiquiátrico, conforme determinado no artigo 7º da LEP.

O requisito subjetivo não se restringe ao atestado de comportamento carcerário, sendo necessário analisar quanto à assimilação da terapêutica penal, a fim de demonstrar comportamento satisfatório durante a execução da pena e condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

Nesse sentido, ensina Julio Fabbrini Mirabete que "*não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social*" (*in* Execução Penal, ed. 9ª, 2000, p. 346).

Por óbvio que a lei de execução penal, quando exige o bom comportamento carcerário para a concessão do benefício, não restringe a análise de mérito subjetivo do sentenciado pelo Juiz levando em conta a prática de faltas disciplinares e até a forma de cometimento dos delitos, eis que todos esses elementos indicam a personalidade do sentenciado e obedecem ao principio da individualização da pena, inclusive para não se colocar em risco demasiado a sociedade.

O agravado já respondeu por outros delitos na década de 90, vindo a ser preso em flagrante em 18 de setembro de 1994 e em 20 de setembro de 1995, após ser colocado em liberdade, sendo que após ser beneficiado com a prisão albergue domiciliar e tendo cumprido suas penas, tornou a ser preso em flagrante em 07 de agosto de 2010 por um roubo qualificado, todavia já havia praticado outros três roubos e um tráfico de drogas (fls. 13/17).

Portanto, o agravado demonstra, além de resistência à terapêutica penal e indiferença quanto aos fins da pena, personalidade desabonadora, voltada para a prática de delitos como meio de vida, além de perigosidade acentuada, tendo praticado quatro delitos com violência ou grave ameaça, além de um delito

Acesso ao Sumário

equiparado a hediondo, de maneira que a mera justificativa de prática de delitos por uso de drogas não se mostra suficiente para demonstrar senso crítico de sua parte.

Assim, mostra-se temerário o deferimento do benefício em questão sem uma análise adequada e que forneça subsídios para apreciação quanto ao mérito subjetivo do agravado e sua aptidão e merecimento à progressão ao regime semiaberto, onde a custódia é excessivamente reduzida.

O agravado tem longa pena a cumprir e possui condenações por delitos gravíssimos, o que indica prognose altamente negativa, bem como a necessidade de maior cautela para avaliar a sua absorção da terapêutica penal e confirmar eventual aptidão à progressão a regime menos gravoso.

Dessa forma, sem a realização de exame criminológico completo, com a avaliação de médico psiquiatra, para se aferir a assimilação da terapêutica penal, bem como se reúne elementos indicativos que não voltará a delinquir, não se mostra razoável ser promovido ao regime intermediário, devendo demonstrar ser merecedor da almejada progressão, a fim de que não coloque em risco a sociedade.

Vale lembrar que em sede de execução vige o princípio "in dubio pro societate", e que não raras vezes somos surpreendidos com notícia de delitos bárbaros praticados por condenados reinseridos precoce e indevidamente no corpo social por intermédio da concessão de regimes de pena menos rigorosos, quando do gozo de saídas temporárias ou mesmo no regime aberto ou livramento condicional, razão pela qual é necessária cautela na concessão de benefícios executórios.

É de ser reformada, pois, a decisão agravada, determinando-se o retorno do agravado ao regime fechado, bem como a complementação do exame criminológico, inclusive com médico psiquiátrico, devendo ser realizado teste de *Rorschach* para saber dos seus meios de controle, já que tem mais de 30 anos a cumprir de penas.

Isso posto, **dá-se provimento ao agravo da Justiça Pública para determinar a regressão do agravado ao regime fechado e complementação do exame criminológico, inclusive com médico psiquiátrico, devendo ser realizado teste de *Rorschach*. Comunique-se com urgência.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em Agravo de Execução Penal nº 0001637-89.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante

LUIS HENRIQUE DOS REIS BORGES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 10.877)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Agravo em execução. Recurso do sentenciado requerendo a progressão ao regime aberto. Requisito subjetivo, que a critério do juiz da execução, pode entender necessária a realização de exame criminológico. Necessidade, em determinados casos, da realização de exame criminológico a fim de verificar, com razoável certeza, a presença do requisito subjetivo para promover o sentenciado ao regime semiaberto. Exames que, todavia, não revelam inaptidão para a progressão de regime. Laudos psicológicos e social, avaliados em conjunto, que permitem concluir pela presença dos requisitos subjetivos necessários à progressão. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **LUIS HENRIQUE DOS REIS BOREGES** contra a r. decisão de fls. 30/35 que negou a progressão de regime sob o fundamento de ausência dos requisitos subjetivos, considerando, especialmente, a gravidade do delito e a longa pena a cumprir.

Aduz o agravante que faz jus à progressão e ressalta o preenchimento dos requisitos legais, questionando a fundamentação da decisão do indeferimento (fls. 02/07).

Contraminutado o recurso (fls. 40/43) e mantida a decisão (fls. 44), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do agravo (fls. 50/53).

É o relatório.

Como se sabe, para que se processe a progressão de um regime de cumprimento de pena para outro menos gravoso, exige a Lei de Execução Penal, basicamente, dois requisitos materiais. O primeiro possui caráter objetivo, vale

Acesso ao Sumário

dizer, o cumprimento de determinada fração de pena no regime anterior, e está presente *in casu*. O outro, de conotação subjetiva, diz respeito ao mérito do reeducando.

Portanto, respeitando intelecção diversa, é perfeitamente possível entender-se por necessária a avaliação, através de exame criminológico, para aferição de mérito do sentenciado para obtenção de benefícios.

Esclarece-se que, com o advento da Lei nº 10.792/03, o parecer da Comissão Técnica de Classificação não foi abolido do sistema de cumprimento de pena (art. 33 do CP e art. 6º da LEP), que continua em vigor.

Portanto, pode entender-se necessária a avaliação, através de exame criminológico, para aferição de mérito do sentenciado para obtenção de benefícios, ainda que cumprido o lapso temporal.

Se por um lado os laudos não vinculam o Julgador, sob pena de transformar o perito em Juiz, de outro é igualmente certo que fornecem ao magistrado informações que normalmente não possui, pois foge à sua especialidade. Daí a necessidade, quando o caso concreto a indicar, de se proceder à análise mais aprofundada do mérito pessoal do apenado.

Isto, pois, nem sempre basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão, pois não pode ser confundido com aptidão ou adaptação e, não obrigatoriamente, serve como índice fiel de sua readaptação social. Não se pode olvidar que se recuperou só porque possui bom comportamento.

No particular caso em análise, o Juiz *a quo* entendeu, por bem, determinar a realização do exame criminológico, com vistas a constatar, de maneira mais clara, se está presente o elemento de ordem social, uma vez que se discute a reintegração de indivíduo que praticou crime grave.

Tal determinação está devidamente amparada no entendimento jurisprudencial consolidado, que culminou na edição da Súmula nº 439 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Em decisão de 19 de novembro de 2018 (fls.10/13) o Juízo da execução determinou a realização de exame criminológico, argumentando a gravidade do delito e a longa pena a cumprir. Juntado aos autos os laudos elaborados (fls.14/20), extrai- se que os mesmos não operam em desfavor do agravante, todavia, o r. juízo, manteve sua decisão de indeferimento do benefício.

O relatório psicológico dispõe:

"(...) Reflexões durante o processo de entrevista que indicam autocritica em desenvolvimento. Relata arrependimento com discurso

Acesso ao Sumário

sugestivo fidedignidade. Impulsividade em controle extrínseco aparentemente no momento (...)" (fls. 16).

Vejamos o relatório social:

"Em relação à construção de Projeto de Vida e visões acerca do futuro, tem planos de quando sair de liberdade, morar com o grupo familiar e trabalhar e retomar estudos. Discursa no sentido de afastar-se do meio social que convive em virtude do contexto de prática ilícita. Em longo prazo intenciona construir família." (fls. 17).

Em que pese a realização do exame criminológico, favorável à pretensão do sentenciado, a r. decisão recorrida, parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça e manifestações do Ministério Público não se referem aos estudos realizados, como se não existentes nos autos, sempre se referindo a que o mero atestado de bom comportamento é insuficiente à aferição do requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime de cumprimento de pena.

Nesta esteira, incontroverso o cumprimento dos requisitos objetivos, e não se podendo considerar o exame criminológico como sendo desfavorável ao agravante, portanto, de rigor o provimento do recurso.

Ademais, a gravidade em abstrato do delito cometido pelo agravante não é fundamentos idôneo para indeferir a benesse.

Desta feita, inevitável se concluir que o agravante de fato faz jus à progressão de regime, razão pela qual o presente agravo merece provimento.

Por fim atento, desde já, em consonância com o entendimento recente firmado pelo E. STF, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, tendo em vista que haveria violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade (cf. art. 5º, incisos XLVI e XXXIX, da Constituição Federal).

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao agravo interposto, a fim de conceder a **LUIS HENRIQUE DOS REIS BORGES** a progressão para o regime aberto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0000215-79.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante RENAN IGNÁCIO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.665)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Unificação de penas. Recurso interposto contra decisão que unificou as penas e fixou o regime fechado, em razão de nova condenação – Marco inicial para a obtenção de benefícios. Inteligência do artigo 111, da Lei das Execuções Penais. Entendimento sedimentado no sentido de que a superveniência de condenação interrompe a contagem do prazo para a concessão de benefícios, com o estabelecimento do trânsito em julgado da última condenação, para o Ministério Público, como termo inicial para a contagem do período aquisitivo. Decisão mantida – Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto em favor do sentenciado **RENAN IGNÁCIO** contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto que, diante da notícia da nova condenação, unificou as penas e estabeleceu o regime fechado e definiu a data do trânsito em julgado da condenação para a acusação, como o termo inicial para a obtenção de benefícios. Pretende a reforma do r. *decisum*, argumentado que a data base para a concessão da progressão do regime aberto deve ser a data do início do cumprimento da pena.

O recurso foi contraminutado e a decisão foi mantida. A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do agravo.

É o breve relatório.

Colhe-se dos autos que o Juízo "a quo" proferiu decisão que, diante da notícia de nova condenação, unificou as penas e estabeleceu o regime fechado para o início do resgate da pena e determinou que o trânsito em julgado da nova

Acesso ao Sumário

condenação sofrida pelo sentenciado seria marco interruptivo para a contagem de tempo para aferição do requisito de ordem temporal para a obtenção de benesses durante a execução da pena.

Contra essa decisão é que se insurge a defesa pleiteando a reforma da r. decisão, argumentado que a data base para a concessão de benesses deve ser a data do início do cumprimento da pena.

A irresignação não merece prosperar.

Nos termos do art. 111, caput, da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1.984, a superveniência de nova condenação, seja por crime praticado anterior ou posteriormente à pena em execução, impõe a unificação das penas impostas em regimes prisionais diferentes a fim de determinar-se o regime prisional de cumprimento de pena remanescente, *in verbis*: "Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição".

Conforme jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e do C. Supremo Tribunal Federal, tal dispositivo, combinado com o art. 118, inciso II, do mesmo diploma legal, determina que a condenação por crime anterior acarreta não só a regressão de regime, como também o reinício da contagem dos prazos para a concessão da progressão de regime, seja a nova condenação por fato anterior ou posterior ao delito que deu início à execução penal.

Nesse contexto, para obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime, deverá o condenado cumprir o restante da pena executada com o acréscimo da nova sanção que lhe foi imposta, calculado a partir do trânsito em julgado da nova condenação (cf. artigos 111 e 118 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1.984).

Neste sentido, confira-se: "Firmou-se na Turma o entendimento de que, sobrevindo nova condenação no curso da execução penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios é interrompida e passa a ter como parâmetro a pena unificada ou somada, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo, a data do trânsito em julgado da última condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal" (RHC 121849, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2014 PUBLIC 17-06-2014). "Este Superior Tribunal possui o entendimento no sentido de que, sobrevindo condenação definitiva ao apenado, por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompido, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas. Demais disso, o novo termo a quo para o cálculo do requisito objetivo para a progressão de regime prisional é o trânsito em julgado da superveniente

Acesso ao Sumário

sentença condenatória" (HC 285.833/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014).

Outrossim, com fundamento na jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, para a unificação de penas, é indiferente que o novo crime tenha sido cometido antes ou depois do início do cumprimento, afinal, a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução penal sempre modifica o prazo para a concessão dos benefícios, que passam a ser calculados a partir do somatório das penas que faltam a ser cumpridas (cf. AgRg no HC 273.251/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 06/12/2013; EDcl no AgRg no HC 257.946/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe de 14/11/2013).

"É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual, em se tratando de unificação de penas, como na espécie vertente, altera-se a data-base para a concessão de benefícios, sendo considerado como termo inicial o trânsito em julgado de última condenação. Precedentes" (STF, RHC 133934/PR, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, DJe 23-05-2016).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. Quando ocorre nova condenação no curso da execução da pena, aplica-se o art. 111, parágrafo único, da Lei Execução Penal. A data de nova condenação é o termo inicial ao fim de contagem do prazo. Ordem denegada." STF, HC 77.765/PR.

Com a superveniência de nova condenação criminal, devem as penas ser unificadas, nos termos do artigo 111, da Lei de Execução Penal. E para a determinação do novo regime prisional, será somada a pena ao restante da que está sendo cumprida.

Quanto à interrupção da contagem da pena para fins de obtenção de benesses, entendo que se aplica para todo e qualquer benefício legal.

O fato aqui examinado (superveniência de uma nova condenação criminal) é, por óbvio, fato muito mais sério e reprovável do que a prática de simples falta grave. E se a simples prática de falta grave interrompe, como tenho reiteradamente decidido, a contagem da pena para fins de obtenção de benefícios legais, com muito mais razão produzirá esse efeito a situação de que tratam os autos.

Por fim, de rigor reconhecer, portanto, que o termo inicial para a contagem do prazo para obtenção de benefícios ocorre com o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público.

Nesse sentido, também já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça: Agravo em execução penal – Unificação de penas – Superveniência de nova condenação – Prazo para aquisição de benefícios Interrupção – Nova data base – Trânsito em julgado para o Ministério Público – Possibilidade – Precedentes

Acesso ao Sumário

do S.T.J. – Decisão mantida – Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0030123-93.2014.8.26.0000).

Sendo assim, imperativa a manutenção da r. decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0003087-67.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA GOMES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram do recurso e a ele deram parcial provimento para afastar a interrupção ao livramento condicional. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.483)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – HOMOLOGAÇÃO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – ATRIBUIÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – NEXO DE CAUSALIDADE – POSSIBILIDADE – ART. 29 DO CP – FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE MANTIDA – PEDIDO SUBSIDIÁRIO – AFASTAMENTO DA INTERRUPÇÃO AO BENEFÍCIO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL – PROCEDÊNCIA – ENUNCIADO N.º 441 DA SÚMULA DO STJ – AUSÊNCIA DE SUPERAÇÃO POR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA É COMPETENTE CONSTITUCIONALMENTE PARA UNIFORMIZAR A INTERPRETAÇÃO

Acesso ao Sumário

E A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – EVENTUAL ENTENDIMENTO DIVERSO, POR PARTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO POSSUI O CONDÃO DE MODIFICAR A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA AO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, À EXCEÇÃO DE SE TRATAR DE ENTENDIMENTO CALCADO EM NORMAS CONSTITUCIONAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução interposto por **GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA GOMES**, em face do Ministério Público, contra a decisão de fls. 92/102, que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave.

Razões às fls. 02/09. Pede sua absolvição por falta de provas da autoria, porquanto ausente nexo de causalidade entre a conduta da amásia e o agravante. Subsidiariamente, pede o afastamento da interrupção do prazo para livramento condicional.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 110/117. Manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A decisão foi mantida pelo Juízo de origem à fl. 119.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer juntado às fls. 219/225, opinou pelo parcial provimento do recurso, afastando-se a interrupção do prazo para a concessão de livramento condicional.

Relatado, passo a votar.

FUNDAMENTAÇÃO

1. AUTORIA.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento em 23/10/2013 do RESp repetitivo 1.378.557/RS, cujo voto vencedor emanou do Exmo. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, assim fundamentou:

> "[...] NÃO SE OLVIDA QUE, EM RAZÃO DO COMETIMENTO DE FALTA DE NATUREZA GRAVE, DETERMINADAS CONSEQUÊNCIAS E SANÇÕES DISCIPLINARES SÃO DE COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL, QUAIS SEJAM, A REGRESSÃO DE REGIME (ART. 118, I), A REVOGAÇÃO DE SAÍDA TEMPORÁRIA (ART. 125), A PERDA DOS DIAS REMIDOS (ART. 127) E A CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Acesso ao Sumário

EM PRIVATIVA DE LIBERDADE (ART. 181, § 1º, D, E § 2º).

TODAVIA, A **REGRA GERAL** ESTABELECIDA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL **É QUE A SANÇÃO DISCIPLINAR SEJA APLICADA PELO DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, FICANDO A CARGO DO JUIZ DA EXECUÇÃO APENAS ALGUMAS MEDIDAS**, CONFORME SE DEPREENDE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 48:

PARÁGRAFO ÚNICO. NAS FALTAS GRAVES, A AUTORIDADE REPRESENTARÁ AO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA OS FINS DOS ARTIGOS 118, INCISO I, 125, 127, 181, §§ 1º, LETRA D, E 2º DESTA LEI. VEJA QUE O DISPOSITIVO ESTABELECE QUE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA REPRESENTARÁ AO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL PARA ADOÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NOS ALUDIDOS ARTIGOS.

ASSIM, ANTES DESSA REPRESENTAÇÃO, O DIRETOR DO PRESÍDIO DEVE APURAR A CONDUTA DO DETENTO, IDENTIFICÁ-LA COMO FALTA LEVE, MÉDIA OU GRAVE, APLICAR AS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS QUE LHE COMPETE, NO EXERCÍCIO DE SEU PODER DISCIPLINAR, E, SOMENTE APÓS ESSE PROCEDIMENTO, QUANDO FICAR CONSTATADA A PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE, COMUNICAR AO JUIZ DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS PARA QUE DECIDA A RESPEITO DAS REFERIDAS SANÇÕES DE SUA COMPETÊNCIA, SEM PREJUÍZO DAQUELAS JÁ APLICADAS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

NESSE PONTO, VEJA O QUE DIZ A DOUTRINA:

TRATANDO-SE DE INFRAÇÃO MÉDIA E LEVE, ASSIM CONSIDERADAS AQUELAS PREVISTAS NOS REGULAMENTOS, SUA APURAÇÃO E PUNIÇÃO RESOLVE-SE NO ÂMBITO ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO, ANOTADAS NO PRONTUÁRIO DO INFRATOR E SEM A OBRIGAÇÃO DE COMUNICAÇÃO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EXCETO NOS CASOS EM QUE FOREM SOLICITADAS.

NA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO GRAVE, ALÉM DA APURAÇÃO E APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, A AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DEVERÁ COMUNICAR AO JUIZ DA EXECUÇÃO AQUELAS INFRAÇÕES CONSIDERADAS GRAVES E QUE POSSAM ACARRETAR A REGRESSÃO DE REGIME (ART. 118),

Acesso ao Sumário

> PERDA DE BENEFÍCIOS COMO A SAÍDA TEMPORÁRIA (ART. 125) E A PERDA DOS DIAS REMIDOS (ART. 127), OU A CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE (ART. 181). NESTES CASOS, APENAS O JUIZ DA EXECUÇÃO PODERÁ APLICAR ESTAS SANÇÕES, QUE ULTRAPASSAM A ESFERA ADMINISTRATIVA DA DISCIPLINA E PENETRAM NO CONTROLE JURISDICIONAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. (BRITO, ALEXIS COUTO DE. EXECUÇÃO PENAL. 2ª ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011, P. 160/161).

DESSA FORMA, CONSTATA-SE QUE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL NÃO DEIXA DÚVIDA AO ESTABELECER QUE TODO O 'PROCESSO' DE APURAÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR (INVESTIGAÇÃO E SUBSUNÇÃO), ASSIM COMO A APLICAÇÃO DA RESPECTIVA PUNIÇÃO, É REALIZADO DENTRO DA UNIDADE PENITENCIÁRIA, CUJA RESPONSABILIDADE É DO SEU DIRETOR, PORQUANTO É QUEM DETÉM O EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR.

SOMENTE SE FOR RECONHECIDA A PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE PELO DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, É QUE SERÁ COMUNICADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL PARA QUE APLIQUE DETERMINADAS SANÇÕES, QUE O LEGISLADOR, EXCEPCIONANDO A REGRA, ENTENDEU POR BEM CONFERIR CARÁTER JURISDICIONAL.

PORTANTO, A COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO NA EXECUÇÃO DA PENA, EM MATÉRIA DISCIPLINAR, REVELA-SE LIMITADA À APLICAÇÃO DE ALGUMAS SANÇÕES, PODENDO, AINDA, QUANDO PROVOCADO, EFETUAR APENAS CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS E DECISÕES PROFERIDAS PELO DIRETOR DO PRESÍDIO, EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CF/1988, ART. 5º, INCISO XXXV).

NO TOCANTE À FORMALIZAÇÃO DESSA SEQUÊNCIA DE ATOS CONCERNENTES À APURAÇÃO DA CONDUTA FALTOSA DO DETENTO E APLICAÇÃO DA RESPECTIVA SANÇÃO, O ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL É EXPRESSO AO DETERMINAR QUE: 'PRATICADA A FALTA DISCIPLINAR, DEVERÁ SER INSTAURADO O PROCEDIMENTO PARA A SUA APURAÇÃO,

Acesso ao Sumário

CONFORME REGULAMENTO, ASSEGURADO O DIREITO DE DEFESA '.

EM SEGUIDA, O ART. 60 POSSIBILITA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, NA HIPÓTESE DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR, 'DECRETAR O ISOLAMENTO PREVENTIVA DO FALTOSO PELO PRAZO DE ATÉ DEZ DIAS ', RESSALVANDO-SE A COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL APENAS PARA DETERMINAR A INCLUSÃO DO DETENTO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

DA LEITURA DESSES ARTIGOS, NÃO RESTA DÚVIDA QUE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL IMPÕE A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAR A PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR PELO PRESO, CUJA RESPONSABILIDADE É DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, PODENDO, INCLUSIVE, DECRETAR O ISOLAMENTO PREVENTIVO DO SENTENCIADO FALTOSO PELO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS. [...]". (**GRIFOS DO ORIGINAL SUBSTITUÍDOS**).

Significa dizer, portanto, não competir ao Juízo das Execuções Penais a reanálise das provas colhidas no Procedimento Administrativo Disciplinar. Ao Poder Judiciário se reserva a análise do cumprimento dos preceitos constitucionais e legais, bem como a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 7.210/84 como reservadas à autoridade judicial.

2. NEXO DE CAUSALIDADE.

Não obstante a atribuição da autoridade administrativa para reconhecimento da falta grave, como dito, não se afasta do Poder Judiciário a possibilidade de corrigir também equívocos na aplicação da legislação.

Dessa forma, quanto ao inconformismo em relação ao nexo de causalidade, pois o agravante teria sido condenado por ato praticado por terceiro, tem-se que foi reconhecida a participação por ter solicitado a entrega dos entorpecentes.

Suficiente, portanto, para se reconhecer a coautoria/participação do agravante, conclusão a que chegou a autoridade administrativa.

3. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL.

Em que pese o entendimento do Juízo de primeira instância quanto à superação do enunciado n.º 441 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, entendo se tratar de questão atinente apenas à legislação infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, não obstante no topo da hierarquia do Poder Judiciário, detém a competência de salvaguardar a Constituição Federal, aplicação e interpretação de suas normas, bem como das normas infraconstitucionais em face daquelas.

Acesso ao Sumário

Contudo, a interrupção ou não para a concessão de livramento condicional, salvo melhor juízo, trata-se de matéria atinente tão somente à legislação infraconstitucional.

Considerando, pois, que ao Superior Tribunal de Justiça cumpre, também por mandamento constitucional, assegurar a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional, não se vislumbra possível, sequer ao Supremo Tribunal Federal, modificar o entendimento – ressalvando-se, por óbvio, a superveniência de decisão com conteúdo constitucional, o que não é o caso do julgamento citado pelo magistrado à fl. 101 da decisão recorrida.

Nos termos do enunciado n.º 441 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, pois, segundo a qual "*Falta grave não interrompe o prazo do livramento condicional*", procede o inconformismo subsidiário, pois se trata de precedente de observância obrigatória, nos termos da parte final do inciso IV do art. 927 do CPC.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do recurso e a ele dou parcial provimento para afastar a interrupção ao livramento condicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em Agravo de Execução Penal nº 7000534-67.2019.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante TAÍS MICHELE CARDOZO DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.649)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 17 de junho de 2019.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. Insurgência contra o indeferimento do pleito de prisão domiciliar. Agravante que ostenta condenação definitiva e se encontra cumprindo pena em regime

fechado. Benefício que é reservado aos condenados que se encontram em regime aberto. Inteligência do artigo 117, da Lei nº 7.210/1984. Inexistência de comprovação, demais disso, da imprescindibilidade de sua presença para os cuidados de sua filha menor, bem como da suposta ausência de familiares para por ela zelar. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por TAÍS MICHELE CARDOZO DA SILVA contra a r. decisão (fls. 43) que indeferiu o pleito de prisão albergue domiciliar.

Sustenta a defesa, em síntese, a inexistência de óbice à concessão do benefício (fls. 47/57verso).

Oferecida contraminuta (fls. 59/64), e mantida a r. decisão (fls. 65), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 69/71).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade para, no mérito, negar- lhe provimento.

Segundo consta do Boletim Informativo, TAÍS MICHELE CARDOZO DA SILVA, qualificada nos autos, cumpre pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão pela prática de crime de furto majorado pelo repouso noturno, com término previsto para 11 de junho de 2021 (fls. 35/39).

Ressalta-se que a Lei nº 7.210/1984, ao prever a possibilidade de cumprimento de pena em residência particular, o faz apenas para os sentenciados que já estão em regime aberto.

A regra encontra-se expressamente prevista no artigo117, *in verbis*:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Não é a hipótese dos autos, em que a agravante, beneficiada com a progressão ao regime intermediário em 14 de fevereiro de 2018 (fls. 16), praticou 2 (duas) faltas disciplinares de natureza grave em maio e junho do mesmo ano, regredindo ao regime fechado (fls. 65).

Acesso ao Sumário

De outra banda, o artigo 318, do Código de Processo Penal, que permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, apenas se aplica aos réus sem condenação definitiva, o que não é o caso da sentenciada, que conta com condenação transitada em julgado em 3 de julho de 2017 (cf. pesquisa realizada junto ao Sistema das Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo – SIVEC).

Para mais, a condição de possuir uma filha de 2 (dois) anos de idade não tem o condão, por si só, de deferir a benesse.

Nada nos autos indica que a permanência da reeducanda no cárcere, dentro do lapso legal, poderá agravar a situação já consolidada; inexistindo prova da imprescindibilidade da mesma aos cuidados da menor, bem como da suposta ausência de familiares para por ela zelar.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Pleito de concessão de regime aberto em prisão domiciliar. Impossibilidade. Sentenciada que cumpre pena em regime fechado. Ausência de requisito objetivo (cumprimento de pena em regime aberto). Não comprovação de situação excepcional que justifique a flexibilização dos requisitos para a concessão do benefício – Agravo desprovido* (Agravo de Execução Penal 7000582-26.2019.8.26.0482; Relator Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 30/05/2019; Data de Registro: 31/05/2019).
>
> *Execução penal. Pleito de prisão albergue domiciliar, com fundamento no art. 117, III, da LEP, por ser condenada que possui filhos menores de 12 anos de idade e estarem em período de amamentação. Agravante que cumpre pena, em regime fechado, pelo crime de homicídio qualificado, delito em que foi empregada violência e grave ameaça à vítima. Não comprovação da imprescindibilidade de seus cuidados aos filhos menores. Decisão mantida. Agravo não provido* (Agravo de Execução Penal 0006377-34.2018.8.26.0041; Relator Desembargador OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 05/02/2019; Data de Registro: 05/02/2019).
>
> *Agravo em execução penal – Albergue domiciliar – Nos termos do art. 117, da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1.984, o deferimento de albergue domiciliar apenas é admissível aos condenados que cumprem sua reprimenda em regime aberto – A imprescindibilidade da recorrente aos*

Acesso ao Sumário

cuidados de filhos menores, que não restou demonstrada, não é, por si só, apta à relativização dos pressupostos legais indispensáveis ao deferimento do pedido em análise – Decisão mantida – Recurso não provido (Agravo de Execução Penal 0003008-18.2017.8.26.0154; Relator Desembargador AMARO THOMÉ; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 05/02/2018).

Agravo em execução penal – Prisão Domiciliar – Filhas menores – Impossibilidade – Agravante que ostenta condenação definitiva, e se encontra cumprindo pena em regime fechado – Situação que não se coaduna com as hipóteses do art. 318 do CPP e do art. 117 da LEP – Existência de filhos menores, por si só, não é suficiente a justificar o deferimento da benesse – Princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção e melhor interesse da criança respeitados – Precedentes desta Corte – Decisão mantida – Agravo em execução desprovido (Agravo de Execução Penal 0017395- 95.2016.8.26.0502; Relator Desembargador CESAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 31/08/2017).

Agravo em execução penal. Sentenciada condenada por tráfico de entorpecentes, sem o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pretendida conversão do regime fechado em prisão albergue domiciliar, para viabilizar o cuidado da filha menor e o contato entre ambas. Impossibilidade, pois não configuradas as hipóteses do art. 117 da LEP ou a ausência de estabelecimento prisional adequado. Arts. 317 e 318 do CPP exclusivamente aplicáveis aos que estão presos preventivamente. Criança cujos interesses estão sendo devidamente resguardados, sob o cuidado de parentes. Inviabilidade de acolhimento da pretensão. Subsidiária concessão da progressão ao regime semiaberto. Argumento de que preenchido o requisito objetivo depois de saldado 1/6 da pena. Inviabilidade. Crime equiparado a hediondo. Tráfico não reconhecido na modalidade privilegiada. Incidência dos consectários da Lei dos Crimes Hediondos, dentre os quais a necessidade de saldar, a título de requisito objetivo, as frações de 2/5 ou 3/5 para a progressão de regime. Desprovimento do recurso (Agravo de Execução Penal 0000015-95.2017.8.26.0996; Relator Desembargador DINIZ FERNANDO; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 05/06/2017; Data de Registro:

Acesso ao Sumário

13/06/2017).

Agravo em Execução – Pedido de prisão albergue domiciliar – Sentenciada que foi condenada por delito de tráfico de entorpecentes – Não preenchimento do requisito previsto no caput, do artigo 117, da LEP – Sentenciada que atualmente cumpre pena em regime semiaberto – Alegação de que possui um filho de 36 anos, portador de deficiência, que não tem o condão de fundamentar a concessão da benesse – Filho que, segundo a inicial, sempre esteve sob os cuidados da irmã da agravante, a qual sempre foi a responsável por ele – Sentença mantida – Recurso não provido (Agravo de Execução Penal 9002519-77.2016.8.26.0050; Relatora Desembargadora ELY AMIOKA; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 18/05/2017; Data de Registro: 19/05/2017).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em Agravo de Execução Penal nº 0001888-17.2019.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROBERTA APARECIDA LOURENÇO, 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: prejudicado em parte, deram parcial provimento ao recurso de Roberta Aparecida Lourenço para suspender o acesso à amostra e ao laudo de seu perfil genético mantidos no Banco Nacional de Perfis Genéticos até o trânsito em julgado da condenação por latrocínio. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.333)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

VICO MAÑAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Determinação de coleta de amostra biológica da presa para cadastro no Banco Nacional de Perfis Genéticos – Lei nº 12.654/12 – Condenação por latrocínio ainda não definitiva – Impossibilidade –

Entendimento do C. STJ – Material, no entanto, já coletado – Parcial provimento ao recurso para que se suspenda o acesso ao perfil genético elaborado.

VOTO

Roberta Aparecida Lourenço interpõe recurso de agravo contra a decisão da MMª. Juíza de Direito do Departamento Estadual de Execução Criminal da 1ª Região Administrativa Judiciária (Deecrim – 1ª RAJ), Comarca de São Paulo, que, com fundamento no art. 9-A da Lei de Execução Penal, determinou a identificação de seu perfil genético mediante extração de DNA e a remessa do material a banco de dados.

Inconformada, alega que, provisória a execução da pena, incabível o procedimento, sobretudo porque questionada sua constitucionalidade perante o STF em recurso pendente de julgamento em que reconhecida a repercussão geral. Além disso, a medida afronta o princípio da presunção de inocência e o direito a não autoincriminação. Por fim, incabível a imposição de sanção no caso de recusa à extração da amostra. Requer, assim, a cassação da decisão, obstando-se a coleta do material.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 55/60) e mantida a decisão combatida (fl. 62), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A recorrente foi condenada a 27 (vinte e sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa de 23 (vinte e três) diárias, no piso, como incursa nos arts. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, e 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, na forma do art. 69 do primeiro diploma (fls. 13/36).

Apelou e, em 27.02.2019, esta C. Câmara deu parcial provimento ao recurso para, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-la do crime de porte ilegal de arma e restringir suas penas àquelas estabelecidas pelo latrocínio, 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e multa de 12 (doze) diárias, no piso. Também conforme consulta ao Sistema SAJ/SG, o v. acórdão transitou em julgado para um dos sete corréus em março e para o MP em abril.

Em 10.01.2019, considerando que condenada a agravante "por um dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990", a Magistrada, "em cumprimento ao disposto no art. 9º-A, da LEP", requisitou as providências cabíveis para a realização da identificação de seu perfil genético, mediante extração de DNA, para inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG)". Na hipótese de recusa da sentenciada, consignou que, "sem prejuízo da instauração de procedimento para a apuração de eventual falta disciplinar, deverá ser realizada a identificação compulsória com a utilização de amostra de referência indireta" (fls. 47/49).

Acesso ao Sumário

A Lei 12.654/12 passou a prever como forma de identificação criminal o perfil genético e introduziu a medida na Lei de Execução Penal.

Assim, estabelece o art. 9º-A da LEP que "os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no **art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990**, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético".

Aduz a defesa, dentre outros argumentos, que ilegal a decisão atacada, pois "apenas os indivíduos com condenação transitada em julgado poderiam ser submetidos à identificação do perfil genético" (fl. 04).

Procede a alegação.

É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2016, reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 973.837, ante "possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar". Pesquisa ao site da Corte aponta que os autos estão conclusos ao Relator, Ministro Gilmar Mendes, desde 08.04.2019.

Ocorre que, como bem ressaltado pelo C. STJ, o STF não determinou a suspensão de processos que versem sobre a matéria. Assim, embora não apreciada definitivamente a questão pelo juízo constitucional, a jurisprudência do Tribunal Superior assentou-se no sentido de não haver óbice para a aplicação da Lei 12.654/12.

Adota-se o mesmo posicionamento, por não se vislumbrar afronta a preceitos constitucionais.

Como bem ressalto pelo Relator Felix Fischer no HC nº 407.627, "o material biológico que se busca colher não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados, nos termos do que determina a Lei que rege a matéria. No caso posto, portanto, não há como se conceber a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA seria capaz de configurar ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação. Com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos" (STJ, 5ª Turma, j. 27.04.18).

Acesso ao Sumário

O mesmo Ministro, ao analisar o RHC nº 82.748, afirmou que "a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente. De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, *ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12)"* (STJ, 5ª Turma, DJe 01.02.18 – grifo nosso).

Como se vê, possível a coleta de material biológico para elaboração de perfil genético que integrará banco nacional criado para tal finalidade, desde que DEFINITIVA a condenação por crime que a autoriza.

Apesar de a lei não conter tal requisito, o art. 9º-A da LEP refere-se a "condenados", de modo que, em obediência à garantia da legalidade em matéria penal, a melhor interpretação é a de que a norma incide apenas em situações nas quais já não caiba mais recurso.

Com efeito, o STJ deixa claro nos arestos citados que a medida, na fase de execução da pena, só é cabível após o trânsito em julgado da condenação.

No caso, não há notícia de que definitivo para a agravante o acórdão proferido por esta C. Câmara. Ao contrário, a informação obtida no Sistema SAJ/SG em 28.05.19 é a de que os autos foram remetidos para o Setor de Processamento de Recursos aos Tribunais Superiores em 25 de abril deste ano.

Precoce, portanto, a decisão impugnada.

Todavia, já fornecido o material para extração de DNA pela recorrente, de acordo com informações prestadas por e-mail pelo Juízo de origem e pela Penitenciária Feminina de Santana, prejudicado o recurso no ponto em que pretendia impedir a coleta.

A solução mais razoável, diante disso, é obstar, por enquanto, o acesso ao perfil genético elaborado. Em face da controvérsia ainda pendente de resolução perante o Supremo Tribunal Federal e do custo sustentado pelo Estado para a retirada e manutenção da amostra, recomendável a sua não destruição.

Frente ao exposto, prejudicado em parte, dá-se parcial provimento ao

Acesso ao Sumário

recurso de Roberta Aparecida Lourenço para suspender o acesso à amostra e ao laudo de seu perfil genético mantidos no Banco Nacional de Perfis Genéticos até o trânsito em julgado da condenação por latrocínio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em Agravo de Execução Penal nº 7007780-51.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MANOEL SOARES DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente) e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

RICARDO TUCUNDUVA, Relator

Ementa: Remição de pena em razão de leitura de livros – Impossibilidade – Atividade recreativa não se confunde com atividade laborativa – Exegese do artigo 126 da LEP – Agravo desprovido. Mera leitura de livros não justifica remição de pena.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por **MANOEL SOARES DA SILVA**, contra a decisão de fl. 23 (mantida à fl. 40), que indeferiu o seu pedido de remição de pena.

Diz o agravante, em resumo, que faz jus ao benefício, porque leu alguns livros (fls. 26/30).

O recurso foi respondido (fls. 33/39).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça encontra-se a fls. 45/48.

É o relatório.

O cerne da questão proposta é o significado da expressão ***trabalho***, no sentido da sua utilização pelo artigo 126 da Lei de Execução Penal.

Acerca do assunto, consulto CALDAS AULETE e verifico que o

Acesso ao Sumário

substantivo masculino **trabalho**, do latim ***tripalium***, é "ocupação em alguma obra ou ministério; exercício material ou intelectual para fazer ou conseguir alguma coisa".

Assim, precisam ser lembradas as considerações que RAUL RENATO CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA fez à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no já longínquo mês de março de 1935, na defesa de sua tese intitulada "Dos Juizes e da Hereditariedade", quando ali disputou a cátedra de Direito Judiciário Civil:

> **"Para que um juiz applique a lei a um facto, precisa elle de conhecel-a, bem como a ocorrencia.**
>
> **Para saber a lei, necessita o juiz de não lhe ignorar a lettra, bem como de sondar-lhe o espirito.**
>
> **Não lhe ignorar a lettra é facil; sondar-lhe o espírito, entretanto, é tarefa assás difficil.**
>
> **Si não é simples saber-se, as mais das vezes, o que uma lei *disse*, avalie-se, então, o que não será o indagar-se o que ella *pretendeu dizer*...".**

Então, diante de tal advertência, concluo que a Lei *disse*, ou *pretendeu dizer*, que a remição está condicionada ao trabalho do condenado, quer dizer, ao seu **labor**, à sua **lida**, à sua **labuta**, palavras essas que transmitem, todas, a ideia de esforço.

E, realmente, não parece correto estender-se a remição a quem esteja preso e passe o tempo lendo drama, porque, se tal entendimento vingar, amanhã virá algum preso alegando que lê jornais, ou revistas em quadrinhos, e, por isso, merece o benefício. **Positivamente, não é este o espírito da Lei, não é isto o que a Lei disse, nem, muito menos, o que ela pretendeu dizer.**

O trabalho a que se refere à Lei é, sem dúvida, o trabalho altruísta, feito em benefício de outrem, como fazem os homens que não vivem atrás das grades: é o trabalho realizado em benefício da sociedade. Leitura de romances não é trabalho, é lazer, é um artifício do qual lançam mão os que verdadeiramente trabalham, para se distraírem, para amenizar o *stress* que o trabalho provoca. E, a bem da verdade, às vezes leitura de ficção pode ser, também, uma forma de fugir ao trabalho, por parte dos que, por uma razão ou por outra, não precisam se preocupar com o próprio sustento.

Nestas condições, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001385-08.2016.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que é apelante RAFAELA SABRINA SANTOS, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.055)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 2 de maio de 2019.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: FURTO. Conduta de subtrair três escovas de cabelo, avaliadas em R$ 137,70. Autoria e materialidades comprovadas. Depoimento dos funcionários da loja e dos investigadores. Parte do *iter criminis* flagrado por câmeras de vigilância. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Ré criminosa habitual, com outras passagens por crimes contra o patrimônio. Inadequação do crime de bagatela para agentes que fazem do ilícito penal seu meio de vida. Condenação mantida. Pena bem dosada. Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. RAFAELA SABRINA SANTOS foi condenada, pela r. sentença de fls. 141/144, às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo), mais pagamento de 11 (onze) dias-multa no valor unitário mínimo, como incursa nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, porque no dia 20 de junho de 2016, no período matutino, no estabelecimento "Cosmética

Primavera", localizado na Rua do Comércio, n. 335, Centro, Comarca de Vargem Grande do Sul, subtraiu, para si, 03 (três) escovas de cabelo, sendo que apenas uma foi apreendida (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 09), avaliadas no total de R$ 137,70 (cento e trinta e sete reais e setenta centavos), conforme auto de avaliação de fls. 21, pertencentes ao estabelecimento-vítima.

Apresentou a Defesa as suas razões de inconformismo (fls. 150/155), pugnando, em síntese, pela absolvição em virtude da atipicidade material dos fatos, já que a conduta da apelante não causou prejuízo econômico ao estabelecimento comercial vítima do furto, diante da aplicação do princípio da insignificância. Também pugnou pela absolvição por negativa de autoria delitiva. Contrariado o recurso (fls. 166/169), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 179/182).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

A materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas pelas provas produzidas em juízo.

O representante da empresa vítima relatou que, ao notar a subtração dos produtos, verificou as câmeras de segurança do local e as remeteu à polícia. Não conhecia a acusada. Após análise, a polícia concluiu que era a acusada a autora dos fatos e logrou apreender em seu poder uma das escovas, embora sem condição de uso.

O policial civil Emilio Carlos Margoto esclareceu que teve acesso às imagens da câmera de segurança e reconheceu a acusada como autora da subtração. Dirigiu-se à sua residência, onde logrou apreender uma das escovas furtadas. A vítima confessou a prática delitiva.

No mesmo sentido, o teor da oitiva do policial Juliano Vilas Boas Ramos.

Muito embora a ré tenha negado qualquer participação no furto, fato é que as imagens do circuito interno de segurança revelaram que o furto foi perpetrado por uma mulher semelhante à acusada e, na residência desta, foi encontrada uma das escovas, bem como o capacete e a bolsa que aparecem nas filmagens sendo por ela utilizados no momento do crime.

Enfim, a autoria e materialidade delitiva amparam-se em sólidos elementos colhidos no curso da persecução penal, motivo pelo qual a condenação resta mantida.

3. A respeito da alegação de atipicidade da conduta, para avaliar a adequação do princípio da insignificância ao caso concreto, não se podem perder de vista todos os vetores traçados pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

"2. *A aplicação do Princípio da Insignificância, na linha do que decidido por esta Corte, pressupõe ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido*

Acesso ao Sumário

grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão jurídica causada e ausência de periculosidade social" (STF, HC 138390 AgR/MG, Rel.: Min. Edson Fachin, Julgamento: 05/12/2017, Segunda Turma, V.U.).

Pois bem, conforme já adiantado, a ***res furtiva*** possui pequeno valor (R$ 137,70, cf. auto de avaliação de fls. 21), mas não houve restituição integral do bem ao legítimo proprietário, assim demonstrando que a lesão jurídica foi inexpressiva, mas a conduta do agente se reveste de ofensividade.

Ademais, ao analisar os antecedentes da acusada, constata-se a reprovabilidade da conduta e a periculosidade social da ação.

Isto porque, ao que se nota das certidões juntadas aos autos e mencionadas na sentença (fls. 48, 53/58, 64/65), RAFAELA é criminosa habitual e faz dos ilícitos seu meio de vida, já que possui ao menos três condenações definitivas, incluindo crimes de roubo e furto.

Assim, embora o bem subtraído seja de pequeno valor, a conduta reiterada da acusada, que insiste em cometer crimes patrimoniais, oferece risco à ordem pública e exige uma maior reprovação estatal.

Neste sentido, confira-se:

"(...) 3. *No julgamento conjunto dos HC's 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016) o Plenário desta Corte firmou o entendimento de que, no delito de furto simples, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipia material. Também foi acolhida a tese de que, afastada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância por furto, "eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade". 4. No caso em análise, trata-se de condenação por crime de furto qualificado de res furtiva de pequena monta em contexto de habitualidade delitiva específica de delitos patrimoniais na localidade. Em termos de sanção, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direito, a denotar a absoluta proporcionalidade entre o agir do agravante e a respectiva resposta penal. 5. Ausentes as hipóteses de flagrante ilegalidade, descabe rever as premissas decisórias encampadas pelas instâncias ordinárias, na medida em que tal proceder pressupõe aprofundado reexame de fatos e provas, providência incompatível com a estreita via do habeas corpus. 6. Agravo regimental desprovido*" (STF, HC 138390 AgR/MG, Rel.: Min. Edson Fachin, Julgamento: 05/12/2017, Segunda Turma, V.U.).

Acesso ao Sumário

Enfim, porquanto não preenchidos os requisitos para a incidência do princípio da insignificância e suficientemente comprovada a autoria e materialidade delitiva, mais não é preciso para manter condenação por furto.

A pena-base foi aumentada de 1/6 em decorrência dos antecedentes

desabonadores, resultando definitiva no montante de 01 ano e 02 meses de reclusão, mais pagamento de 11 dias-multa.

Bem operada, outrossim, a imposição do regime aberto e a substituição por restritivas de direitos.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo defensivo, mantida, na íntegra, a r. sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001977-19.2017.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante/apelado SANDER DAVID MARTINELLI, é apelado/apelante 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 defensivo e acolheram o apelo ministerial para elevar a pena do réu a 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e o prazo da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor a 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias, mantida, no mais, a sentença impugnada.V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.580)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 3 de maio de 2019.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: DELITO DE TRÂNSITO. Lesão corporal culposa. Veículo que atingiu a vítima parada. Dinâmica do evento que evidencia a culpa do acusado. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Condenação mantida. Omissão de socorro, como causa de aumento, configurada. Pena básica majorada em um terço pela majorante, nos termos do apelo ministerial. Prazo da suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor também acrescido em um terço. Substituição da privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, do Código Penal, por prestação pecuniária de dois salários mínimos, fixado o regime

Acesso ao Sumário

aberto para o caso de eventual conversão. Apelo ministerial provido e recurso defensivo desacolhido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pela JUSTIÇA PÚBLICA e por SANDER DAVID MARTINELLI de sentença que o condenou, como incurso no artigo 303, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de 02 (dois) salários mínimos em favor da vítima, além da proibição ou suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses.

A Defesa pleiteia a absolvição com fundamento na atipicidade da conduta (fls. 166/172).

A acusação postula a aplicação da causa de aumento de pena estampada no artigo 302, § 1º, inciso III, nos termos do artigo 303, § 1º, ambos do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 151/157).

Os recursos foram regularmente processados e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo da acusação, negando-se acolhimento à irresignação defensiva (fls. 189/192).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 16 de julho de 2017, por volta das 23h20min, na Rua Aristides F. Correia, Distrito de Barrânia, na cidade de Caconde, o acusado praticou lesão corporal culposa na direção do veículo *Hyundai/Tucson*, cor preta, placas EGG-9994/SP, deixando de prestar socorro à vítima do acidente *Ilídio Antônio de Oliveira*, mesmo sendo possível fazê-lo sem risco pessoal.

O apelo defensivo não comporta provimento, devendo ser acolhido o recurso ministerial.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a prova da materialidade delitiva está estampada no boletim de ocorrência (fls. 04/05), no laudo pericial, atestando lesões corporais de natureza leve no ofendido (fls. 10/11), e na prova oral produzida.

A autoria é igualmente incontestável, tendo em vista que a vítima narrou que estava na calçada com sua bicicleta encostada na guia, na contramão de direção, quando um veículo *Tucson* se aproximou e subiu na calçada, atropelando-a e destruindo a bicicleta. O veículo deu a volta no quarteirão e retornou, mas o acusado estava embriagado e exaltado e não lhe prestou ajuda. Disse que machucou o ombro e a mão e teve dores nas costas. Ligou para a emergência, mas ninguém atendeu à chamada, razão pela qual somente foi ao

hospital no dia seguinte. Contou que o réu pagou o conserto da bicicleta, mas que ela não ficou boa (fls. 99 - mídia digital).

Isac de Souza Oliveira, amigo da vítima, disse que estava com ele no momento do atropelamento. Contou que estava na calçada enquanto a vítima estava junto da bicicleta, no meio-fio. Narrou que um carro preto se aproximou, em "***zigue-zague***", e "***pegou***" a vítima. O veículo continuou, mas depois retornou. O acusado estava "***bêbado***" e agressivo e não prestou socorro. Não viu ferimentos na vítima, somente a bicicleta destruída. Declarou que a vítima não reclamou de dor, nem se lembra dela ter pedido para ir ao hospital enquanto estava lá. A vítima se movimentava normalmente (fls. 99 - mídia digital).

Carlos Eduardo Pereira contou que ouviu barulho e viu um rapaz caído junto de uma bicicleta. O carro continuou e depois voltou. Viu o réu e a vítima combinando o conserto da bicicleta. Não viu machucado no ofendido, mas ele reclamou de dor no braço. Não viu a vítima pedir para ser levada ao hospital (fls. 99 - mídia digital).

Rafael Bonfim Servidone declarou que não viu o acidente, somente ouvindo o barulho. Viu a vítima no chão e o carro preto indo embora. O veículo deu a volta no quarteirão e o acusado, de dentro do carro, perguntou-lhe onde estava a vítima, indo depois até ela. Disse que o ofendido foi até o seu comércio, ocasião em que viu que ele tinha "***ralados***" no braço e na perna. Contou que ouviu a vítima pedindo para alguém ligar para uma ambulância (fls. 99 - mídia digital).

Nilson Garcia foi procurado pela vítima e pelo acusado para consertar a bicicleta, o que fez. Narrou que o ofendido queria que o réu "***arrumasse a bicicleta inteira***", mas eram poucas coisas que precisavam de conserto, como o pedal (fls. 99 - mídia digital).

O réu negou que estivesse embriagado e alegou ter somente encostado seu veículo na bicicleta parada e que o ofendido não estava nela. Disse que virou o carro e retornou ao local. Contou que o "***socorro***", apesar de oferecido, não foi necessário, eis que a vítima não estava machucada. Fizeram um acordo e pagou o conserto da bicicleta (fls. 99 - mídia digital).

Note-se que, ao contrário do alegado pelo acusado, as narrativas das testemunhas, bem como o laudo pericial, estão em consonância com as declarações da vítima, segundo a qual, na data dos fatos, foi atropelada pelo réu e jogada ao chão, sofrendo ferimentos leves ("***contusão em braço direito e joelho direito***"), mas que este não prestou socorro, tendo apenas se comprometido a pagar o conserto da bicicleta.

Cabe observar, ainda, que era obrigação do acusado levar o ofendido ao hospital ou providenciar uma ambulância, em caso de atropelamento, independentemente de pedido expresso da vítima. Nesse sentido: "***A norma***

Acesso ao Sumário

contida no inciso III, do parágrafo único, do art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro impõe um dever de solidariedade no sentido de socorrer prontamente a vítima, sendo culpado ou não o condutor pelo atropelamento, não lhe competindo levantar suposições acerca das condições físicas daquela para o fim de deixar de lhe prestar a devida assistência. Precedentes" (STJ, RHC 34.096/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014).

Não merece vingar, por sua vez, a alegação defensiva de atipicidade da conduta, em razão de a bicicleta estar na contramão de direção. Isto porque, como visto nos depoimentos, a bicicleta estava encostada na guia e o ofendido não se encontrava sobre ela, mas ao seu lado, parado. O próprio réu admitiu isso, demonstrando, assim, a sua imprudência na condução do veículo, pois poderia facilmente ter evitado o acidente.

Assim, patentes a autoria e a materialidade do delito, bem como a culpa, na modalidade imprudência, inafastável a condenação, pela conduta prevista no artigo 303, do Código de Trânsito Brasileiro com a causa de aumento do artigo 303, § 1º, c.c. o artigo 302, § 1º, inciso III, do mesmo diploma legal.

Passa-se, então, à análise das penas.

A básica foi fixada no mínimo legal, ou seja, em seis meses de detenção. Em razão da causa de aumento da omissão de socorro, contudo, a pena deve ser majorada em um terço, totalizando oito meses de detenção.

Sendo favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais, adequadas a fixação do regime aberto e a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, por prestação pecuniária, de dois salários mínimos, em favor da vítima.

O prazo de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor foi fixado em dois meses, devendo ser aumentado também em um terço, em razão da omissão de socorro, perfazendo, assim, dois meses e vinte dias (artigo 293, do CTB).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo e acolhe-se o apelo ministerial para elevar a pena do réu a 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e o prazo da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor a 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias, mantida, no mais, a sentença impugnada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0008155-16.2012.8.26.0634, da Comarca de Tremembé, em que é apelante JUCIARLEN FERREIRA FAGUNDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO

DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.772)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS – Artigo 180, *caput* do Código Penal.

1. PRELIMINAR – Reconhecimento de nulidade ante a não realização de perícia requerida – Descabimento – Ausência de prejuízo – Em que pese deferida pelo MM. Juiz sentenciante, a própria defesa se demonstrou inerte sobre os fatos – Ademais, a materialidade do delito restou demonstrada por outros meios – PRELIMINAR REJEITADA.

2. MÉRITO – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal – Autoria e Materialidade comprovadas – Dolo caracterizado – A prova do elemento subjetivo do tipo é extraída das circunstâncias que envolvem os fatos e da própria conduta do receptador – Condenação mantida – Pena – Dosimetria – Reprimenda aplicada de forma adequada – Regime intermediário fixado em razão da reincidência, ademais, o acusado ostenta maus antecedentes – APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 472/474, corrigida via embargos às fls. 493, que julgou procedente a acusação e condenou **Juciarlem Ferreira Fagundes** à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 180, caput, do Código Penal.

Inconformado, recorre o réu buscando, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, eis que não foi realizada perícia requerida. No mérito, busca a absolvição por insuficiência probatória.

Acesso ao Sumário

Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena imposta, fixação de regime aberto e substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direito (fls. 511/533).

Ofertadas contrarrazões (fls. 540/548), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo afastamento da preliminar e pelo não provimento do recurso (fls. 558/564).

É o relatório.

2. Preliminarmente, não há que se falar em nulidade tendo em vista suposto cerceamento de defesa ao não ter sido deferido pelo MM. Magistrado de primeiro grau a realização perícia solicitada pela d. defesa.

Isso porque, requereu a d. defesa, às fls. 418/419, que fosse a vítima intimada a apresentar um dos objetos apreendidos com o réu, qual seja uma corrente de prata, para que a testemunha Flavio Antonio Naressi Soares discriminasse os serviços realizados no respectivo objeto, o que foi deferido.

Ocorre que, realizada nova audiência em 19 de março de 2018, nada consta a tal respeito. Nota-se, que a d. defesa silenciou-se sobre tal pedido na referida audiência, manteve tal silêncio em suas alegações finais (fls. 455/471), bem como, ao opor embargos de declaração, também nada mencionou (fls. 489/490).

O processo penal moderno consagra a existência do prejuízo como regra matriz para se decretar nulidade de ato ou de feito. É a chancela que se extrai do artigo 563 da Lei Penal Adjetiva Brasileira (*pás de nullitè sans grief*), ou seja, não comprovado qualquer prejuízo ao réu, não há falar-se em nulidade.

E conforme constou dos autos, não houve qualquer prejuízo suportado pelo acusado, tanto que não houve mais manifestação de sua defesa nesse sentido, até a apresentação das razões de apelação, bem como que o delito restou configurado mediante o amplo acervo probatório produzido nos autos.

Ademais, pugno que não houve cerceamento de defesa, tendo a d. defesa técnica atuado amplamente nesses autos, conforme se verifica.

Portanto, não há que se falar em nulidade.

Acesso ao Sumário

Superado tal ponto, em que pesem os argumentos colacionados pelas d. defesas, a r. condenação deve ser mantida.

Consta dos autos que no dia 11 de maio de 2012, por volta das 08h45, no estabelecimento comercial denominado *Posto Alsen*, localizado na Rua Manoel Apolinário, nº 50, Bairro Caminho Novo, município e comarca de Tremembé, o apelante recebeu e transportou, em proveito próprio, bens que sabia ser de origem criminosa, quais sejam quatro rodas esportivas, marca *incubus*, aro 22", com pneus da marca *Clear*, e uma corrente de prata, objetos de propriedade do ofendido Douglas Rodolfo dos Santos, e que foram roubados em 23 de setembro de 2011.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: no dia 23 de setembro de 2011 a vítima foi roubada por pessoas não identificadas, as quais subtraíram seu automóvel, além de uma corrente de prata e um aparelho de telefonia móvel.

No mesmo dia o veículo foi encontrado, todavia havia sido retiradas as rodas esportivas, bem como os pneus, e os demais objetos.

Já no dia 11 de maio de 2012, a vítima viu o réu estacionando uma caminhonete *Ford Ranger*, placas DXD 9883, no referido posto de combustíveis, e de imediato reconheceu as rodas esportivas do automóvel, além da corrente de prata que era de sua propriedade.

Por tal razão, a vítima acionou a Polícia Militar, que por sua vez não logrou êxito em inicialmente encontrar o proprietário do veículo, o qual teria saído do local na posse de outro automóvel, um *VW Golf* de cor prata, apontado por populares. Após diligências, os milicianos encontraram o referido automóvel, bem como o acusado, e na residência do réu estava estacionada a mesma *Ford Ranger* apontada pela vítima.

Levados todos ao distrito policial, a vítima prontamente reconheceu as rodas como sendo aquelas subtraídas de seu automóvel poucos meses antes. Também logrou êxito em reconhecer uma corrente de prata que estava com o réu, a qual foi roubada na mesma oportunidade.

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 06/09), auto de exibição e apreensão (fls. 10/22), boletim de ocorrência do delito de roubo (fls. 44/45), laudos periciais (fls. 54/58 e 109/110), além da prova oral colhida.

A autoria também é induvidosa.

O ofendido esclareceu que teve uma caminhonete roubada, e no dia seguinte foi encontrada, mas sem as rodas. Narrou que também foi subtraída uma corrente, que não foi recuperada com o carro.

Afirmou que alguns meses depois viu uma caminhonete com rodas idênticas, bem como viu uma pessoa usando a corrente igual a que foi roubada, e logo reconheceu os bens.

Declarou que não teria como afirmar se a pessoa que o roubou era a mesma que estava com os bens. Sobre os objetos reconhecidos, afirmou que teve certeza, por não serem rodas comuns, pois possuíam padrões específicos.

Afirmou que a corrente também não era padronizada, tendo sido feita em uma loja em São Paulo, e era possível efetuar o reconhecimento, não possuindo nenhuma dúvida quanto aos objetos.

Declarou que não conhece a pessoa, e não teve qualquer contato antes ou depois dos fatos. Afirmou, ainda, que dentre o roubo e o encontro dos objetos

Acesso ao Sumário

havia se passado cerca de oito ou nove meses.

Questionado pela d. defesa a respeito da divergência entre os valores alegados em solo policial e os demonstrados na nota fiscal, não soube explicar. Afirmou ainda que comprou as rodas de uma loja, e a corrente mandou fazer em São Paulo, e era de uso exclusivo seu.

Afirmou que a loja era no Centro de São Paulo, em uma galeria, mas não sabe o motivo de não ter sido localizada (cf. mídia digital).

A testemunha Edson relatou que é proprietário de uma oficina de som e conhecia a vítima havia 15 anos. Dessa maneira, relatou que o ofendido passou em sua residência e mostrou as rodas que havia instalado na caminhonete, em data que não se recorda.

Declarou que no dia seguinte a vítima avisou que foi roubada, e teve sua caminhonete subtraída, e pediu ajuda para procurar o veículo, que foi encontrado, mas já sem as rodas.

Narrou também que a vítima tinha uma corrente de prata grossa, que também foi roubada.

Esclareceu que não foi ele quem instalou as rodas, pois seu ofício era ser instalador de som, mas como era amigo da vítima ele as mostrou.

Afirmou que as rodas não são de uso comum, ainda mais porque custavam muito caro na época, e era de fácil reconhecimento. Por fim, declarou que a vítima adquiriu as rodas na divisa entre Taubaté e Tremembé, ao passo que a corrente deve ter sido comprada em São Paulo, pois era mais barato esse tipo de material na capital (cf. mídia digital).

A testemunha Flavio Antonio esclareceu que a vítima é sua cliente, eis que possui uma loja de joalheria. Esclareceu que nada sabe a respeito das rodas do carro, mas sobre a corrente, o acusado foi assaltado, e quando ele encontrou o objeto pediu para que reconhecesse.

Declarou que o acusado sempre levava o objeto para fazer polimento, e por tal razão poderia reconhecê-lo, e foi o que fez no distrito policial.

Acesso ao Sumário

Narrou que checou o peso da corrente com a que tinha em sua loja com o nome do cliente. Afirmou também que era uma corrente comum, não era uma peça única e exclusiva da vítima.

Contudo, pelas soldas realizadas na corrente, pode afirmar com certeza que se trata do mesmo objeto que era de propriedade da vítima. Por fim, afirmou que é comum lojistas na capital imprimir nota fiscal menor do que o valor comprado, para se esquivar de pagar imposto, bem como é de praxe inserir os dados do comprador na nota fiscal (cf. mídia digital).

Novamente ouvido, relatou os mesmos fatos, afirmando que era possível reconhecer a corrente pelo fecho e pelo modelo, já que fazia polimento constante,

mas não podendo afirmar que outra pessoa não poderia ter um modelo igual àquele (cf. mídia digital).

A testemunha Gustavo, por sua vez, declarou que o acusado comprou um carro no Rio de Janeiro com uma pessoa de alcunha "Carioca", local em que pegou as pratas e as rodas.

Afirmou que os objetos não foram comprados em loja, e não sabe dizer quem é a pessoa de alcunha "Carioca", não sabendo dizer, também, como ele chegou até essa pessoa.

Narrou que o acusado deu em troca um veículo Santana, e assim ficou na posse da prata e das rodas, já que o carro valia uns R$ 10.000,00 apenas.

Esclareceu que o réu costumava fazer negócios com veículos, tanto que também fez negócio relacionado ao *Golf* que acredita ter sido adquirido também da pessoa de alcunha "Carioca" (cf. mídia digital).

O réu, ao ser interrogado, declarou que fez um "rolo" com uma pessoa de alcunha "Carioca", e em troca de um automóvel pegou as rodas e a prata.

Afirmou que também pegou um *Golf* no mesmo rolo das rodas, além da corrente. Declarou que sempre usou o objeto, sem qualquer problema, até um dia que arrumou uma briga dentro de uma balada, e ao final da festa viu o acusado, que até então nunca tinha visto, conversando com os seguranças, e ao sair do local tinha um monte de viatura de polícia, e em seguida foi levado preso.

Declarou que embora tivesse antecedentes criminais, jamais sairia com uma prata e com rodas tão caros, e tampouco sabia que eram de origem ilícita.

Afirmou que "Carioca" tinha uma borracharia, e depois dos fatos não o encontrou, porque ele foi embora do local. Declarou que já tinha comprado os objetos fazia mais de um ano quando foram apreendidos pela polícia.

Esclareceu que "Carioca" apresentou a nota da roda, e quanto à prata ele disse que não tinha nota, porque foi mandado fazer, não sendo vendida em lojas.

Afirmou que à época tinha uma mercearia, e constantemente fazia negócios relacionados a carros (cf. mídia digital).

Como se observa, a autoria e a materialidade do delito se mostrou certa.

Isso porque, as circunstâncias de compra evidenciam que o apelante tinha ciência da origem espúria, eis que fez um "rolo" com pessoa que sequer saber declinar o nome, apenas afirmando se tratar da alcunha de "Carioca" e que posteriormente desapareceu, convenientemente.

Ademais, chama a atenção a coincidência de ter sido apreendido na posse do réu tanto as rodas subtraídas do carro da vítima, quanto a corrente de prata, a demonstrar, com maior firmeza, que o acusado agiu como receptador dos bens.

Desta maneira, não há que se falar em atipicidade da conduta, eis que restou evidenciado o dolo na conduta, em razão das circunstâncias em que

Acesso ao Sumário

se deram os fatos, sendo que, como é cediço, para que se possa aferir, com acuidade, o *animus*, devem ser analisadas as circunstâncias que envolveram a prática delitiva e a conduta do próprio receptador.

Consoante entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"Destarte, as provas coligidas nos autos, sob o manto do contraditório, são robustas e uníssonas, quanto à tipicidade (objetiva e subjetiva). Houve a subsunção dos fatos à receptação dolosa, e, quanto à vontade livre e consciente na adesão da conduta, tenho que todos sabem que é difícil a prova do elemento subjetivo do injusto, razão pela qual o julgador tem que se apegar ao exame conjunto de todos os elementos de convicção existentes no processo, para, por meio deles, formar um juízo de valor no que diz respeito à responsabilidade penal do agente. Ademais, a prova do elemento subjetivo do crime é extraída das circunstâncias que envolvem os fatos e da própria conduta do receptador."* (TJSP, 9ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal 0095823-36.2009.8.26.0050, Rel. Desembargador Roberto Midolla, j. 02.06.2011, VU).
>
> *"Anote-se que o dolo, como elemento subjetivo do tipo penal, uma vez não confessado pelo agente do crime, não pode ser deduzido na receptação, senão através dos indícios de comportamento, demonstrados na ação realizada pelo imputado autor do delito. Portanto, encontrado naquelas circunstâncias, na posse do bem de origem ilícita, era justo se presumisse o dolo nesse comportamento, nos moldes do art. 156 do CPP"* (TJSP, 1ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº. 0037177-04.2007.8.26.0050, Rel. Desembargador Figueiredo Gonçalves, j. 06.06.2011, VU).

Portanto, por qualquer ângulo de observação, emerge do quadro probante a necessária certeza da responsabilidade penal dos apelantes em relação aos fatos que lhe foram imputados na denúncia, pelo que não há falar-se em absolvição.

Feitas as considerações necessárias, passo à análise da dosagem da pena.

Na primeira fase de dosimetria penal, em razão das circunstâncias desfavoráveis, eis que foi considerado portador de maus antecedentes, a pena-base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo legal, ou seja 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Em seguida, após julgamento de embargos de declaração, foi constatada a reincidência do acusado. Por outro lado, não foi adicionada na dosimetria da pena, a qual foi mantida no patamar acima.

De certo, possui o acusado duas condenações (fls. 322/323 e 325).

A certidão de fls. 325 atesta delito cometido antes dos fatos narrados, mas com trânsito em julgado posterior, sendo apta a ensejar maus antecedentes.

Já a certidão de fls. 322/323, objeto de questionamento da d. defesa,

Acesso ao Sumário

caracteriza corretamente a incidência da reincidência.

Isso porque, o acusado foi condenado a cumprir a pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, tendo sido a reprimenda substituída, e tendo em vista a data do trânsito em julgado da decisão, em 26 de março de 2007, iniciou-se seu cumprimento posteriormente.

E sendo assim, observa-se da leitura do artigo 63 do Código Penal que "*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior",* bem como, do artigo 64, inciso I*, "não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação*".

Observa-se, ademais, da folha de antecedentes juntada a esses autos, sobretudo às fls. 300, que o referido processo teve seu cumprimento em 16 de novembro de 2010.

Assim, o delito em tela foi cometido em 11 de maio de 2012, não ultrapassando, portanto, o período depurador de 05 (cinco) anos, o qual deve ser estabelecido a partir do cumprimento da pena e não do trânsito em julgado, como requer a nobre defesa.

Irreparável, portanto.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, adequada a escolha da modalidade intermediária.

Isso porque, conforme restou demonstrado nos autos, trata-se de acusado que ostenta maus antecedentes e reincidência, e sendo assim, de rigor a fixação do regime semiaberto, tal como fixado na r. sentença

Por fim, tratando-se de acusado reincidente em crime doloso, não se mostra adequada a substituição da pena, tendo agido com acerto o MM. Juiz sentenciante ao afastá-la no julgamento dos embargos.

3. Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar aventada e no mérito **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0009389-47.2016.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante/apelado CHARLES HENRIQUE MACHADO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso defensivo, somente para reduzir as penas impostas ao acusado a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo, e deram provimento parcial ao apelo ministerial, para estabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento da reclusiva. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.694)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Presidente), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Violação de direito autoral com intuito de lucro. Preliminar de inconstitucionalidade do delito afastada. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão do acusado corroborada pelas testemunhas. Adequação social da conduta. Impossibilidade. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Prova segura. Condenação mantida.

Artigo 12, § 2º, nos termos do § 3°, inciso II, da Lei nº 9.609/98. Não comprovado o §3º, inciso II, do referido artigo. Ação penal privada. Ilegitimidade do Ministério Público. Decadência verificada. Extinta a punibilidade do réu quanto a esse delito. Dosimetria. Acusado que ostenta duas reincidências específicas. Atenuante da confissão espontânea. Compensação proporcional. Regime inicial semiaberto. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade ou de concessão do *sursis*. Recursos defensivo e ministerial parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Ao relatório da r. sentença de fls. 171/178, acrescenta-se que **CHARLES HENRIQUE MACHADO** foi condenado à pena de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso no artigo 184, §2º, do Código Penal, tendo sido absolvido da acusação de prática do

delito previsto no artigo 12, parágrafos 2° e 3°, inciso II, da Lei n° 9.609/1998.

Inconformados, apelam da r. sentença o acusado e o Ministério Público.

O Ministério Público postula a fixação do regime inicial semiaberto e a condenação do réu também como incurso no artigo 12, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.609/1998, pois o acusado, além expor à venda mídia digitais de filmes e músicas, também possuía 05 (cinco) DVD's de *videogame* (fls. 187/196).

A defesa alega, preliminarmente, a inconstitucionalidade do artigo 184, § 2º, do Código Penal, por violação ao princípio da taxatividade. Sustenta também a atipicidade da conduta pela insignificância e pela adequação social do fato. Subsidiariamente, postula a compensação entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (fls. 223/239).

Contra-arrazoados os apelos (fls. 205/222 e 242/253), manifestou- se a d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 242/252) pelo improvimento do recurso defensivo e pelo provimento do inconformismo ministerial.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Afasto a preliminar de inconstitucionalidade do crime de violação a direito autoral, pois se trata de conduta típica, formal e materialmente.

Com efeito, ao contrário do alegado pela defesa, não se trata de mera tutela penal dos direitos patrimoniais do titular do direito autoral, pois, como bem ressaltou o douto Promotor de Justiça nas contrarrazões recursais, "***a conduta do apelante atingiu não só os sujeitos passivos, como também o Estado e a sociedade, deixando o primeiro de arrecadar os tributos pertinentes a tal atividade comercial e, ainda, se submeteu a segunda a ofertas de produtos de má qualidade, razão pela qual deve o responsável ser condenado por sua conduta*** (fls. 243/244).

Ressalto que é entendimento dos Tribunais Superiores a constitucionalidade do crime de violação de direito autoral:

> ***VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INTIMAÇÃO DA DEFESA APÓS PARECER MINISTERIAL NO SEGUNDO GRAU. DESNECESSIDADE. CUSTOS LEGIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 184, § 2º DO CP. AFASTADA. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE MATERIALIDADE REJEITADA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.695/2001. PENA MÍNIMA. LEI 9.609/98.***
>
> ***3. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta***

Acesso ao Sumário

prevista no art. 184, § 2º do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CDs e DVDs "piratas".

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 208.015/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 10/12/2015)

VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). VENDA DE CD'S E DVD'S PIRATAS. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E DA ULTIMA RATIO. INOCORRÊNCIA. CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATOS FORMAL E MATERIALMENTE TÍPICOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Da leitura do artigo 184 do Código Penal, não se pode afirmar que se trataria de preceito incriminador instituído pelo legislador com a inobservância aos princípios da intervenção mínima e da ultima ratio, já que na sociedade atual, com os avanços tecnológicos e a existência de inúmeros meios de reprodução, difusão e comercialização de obras intelectuais e fonogramas, mostra-se necessária a incidência do Direito Penal de modo a punir aqueles que o fazem com violação aos direitos do autor.

2. Igualmente, não se pode afirmar que a conduta daquele que comercializa cd's e dvd's "piratas", reproduzidos ilegalmente, seria socialmente adequada. Conquanto o princípio da adequação social oriente o legislador na criação e revogação de normas penais, o certo é que ele não permite a revogação de tipos penais já existentes, o que só é possível mediante a edição de lei específica, nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

3. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido que a compra e venda de cd's e dvd's "piratas", apesar de disseminada, não é socialmente adequada, sendo inclusive severamente combatida pelo Poder Público, motivo pelo é formal e materialmente típica, entendimento que também é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal.

(HC 191.568/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

No mérito, os recursos procedem parcialmente.

Segundo a denúncia, no dia 26 de fevereiro de 2016, por volta das 18 horas, no interior do estabelecimento comercial denominado "Supermercado

Acesso ao Sumário

Lopes", situado na Rua Major Moura Santos, nº 639, na cidade de Franca, o acusado foi surpreendido por policiais civis expondo à venda, com intuito de lucro direto ou indireto, 980 (novecentas e oitenta) unidades de DVD's de diversos filmes e *shows* e 105 (cento e cinco) unidades de CD's de músicas, todos falsos, sem expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Consta, também, que, na mesma data, horário e local dos fatos, o acusado violou direitos de autor de programa de computador, expondo à venda, para fins de comércio, com intuito de lucro, cópias de programa de computador produzido com violação de direito autoral, consistente em 05 (cinco) DVD's de *videogame Sony/Playstation* 2, todos falsos, estando sem expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente, resultando, em razão disso, sonegação fiscal e perda de arrecadação tributária.

A materialidade delitiva restou cabalmente comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04); pelo auto de exibição e apreensão (fls. 05/06) e pelo laudo pericial de fls. 10/14, que constatou a contrafação das mídias apreendidas.

A autoria também é inconteste, pois o acusado confessou, em Juízo, a autoria do delito, dizendo que tinha um comércio, mas sua loja foi saqueada mediante arrombamento e ficou sem dinheiro para sustentar seus filho, pelo que decidiu vender as mídias contrafeitas (mídia digital).

A confissão encontra amparo nas palavras dos policiais civis Mauro César Melo Pereira e Erivaldo Kléber Gióia, que narraram que o acusado expunha à venda os CD's e DVD's apreendidos, que apresentavam evidentes sinais de falsificação (mídia).

Diante desse contexto, no qual as mídias foram apreendidas e periciadas, bem como o réu confessou a prática delitiva, a condenação pelo crime de violação a direito autoral era mesmo de rigor.

Ressalto a desnecessidade de perícia individual de todo o material apreendido, pois, segundo a Súmula nº 574 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "***Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem***".

Não é aplicável o princípio da insignificância ao presente caso porque a conduta não apresenta mínima ofensividade, inexpressiva lesividade ao bem jurídico tutelado e reduzido grau de reprovabilidade. Pelo contrário, além de violarem direitos autorais, condutas dessa natureza causam grandes prejuízos, não apenas aos artistas titulares, mas também aos comerciantes regularmente estabelecidos, integrantes da indústria fonográfica nacional e ao Fisco, diante da

Acesso ao Sumário

fraude no pagamento de impostos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, §2°, DO CP). PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ULTRAPASSADOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta. 2. Ao se julgar o mérito recursal, subentende-se terem sido ultrapassados os requisitos de admissibilidade do recurso especial. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1629768/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017).

Não há que se falar em absolvição por aplicação do princípio da adequação social ao caso dos autos, pois comprovada satisfatoriamente a materialidade e a autoria, situação que enseja a incidência da Sumula 502 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "***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***".

Nesse sentido menciona-se o seguinte julgado também do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em regime de repetitivo:

"Recurso Especial representativo de controvérsia – Penal – Ofensa ao art. 184, § 2º, do CP – Ocorrência – Venda de Cd's e Dvd's "piratas" – Alegada atipicidade da conduta Princípio da adequação social – Inaplicabilidade.

1. **A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta- se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S E DVD'S 'piratas'**. 2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (Recurso Especial nº 1.193.196/MG. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 5ª Turma. Votação unânime. J. 26/09/2012).

Por outro lado, impossível a condenação do réu pelo delito do artigo 12, §§ 2° e 3°, inciso II, da Lei nº 9.609/98.

Infere-se do referido laudo pericial que, dentre as mídias apreendidas, havia jogos de *videogame*, os quais, conforme o mesmo laudo (fls. 12/14), são

Acesso ao Sumário

considerados reproduções de programa de computador.

Sendo assim, ficou comprovado que o acusado possuía, para fins de comércio, cópia de programas de computador, produzido com violação de direito autoral, nos termos da tipificação do artigo 12, § 2°, da Lei n° 9.609/98.

Ocorre que não foi demonstrada a hipótese prevista no inciso II do §3º do art. 12 dessa lei, qual seja:

> "Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.
>
> (...)
>
> § 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:
>
> (...)
>
> II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo".

A respeito disso, extrai-se do voto proferido pelo Des. Silmar Fernandes na Apelação n° 0016642-57.2014.8.26.0196:

> ***"Ao contrário, esclarece o d. Delegado Regional Tributário, às fls. 49, que 'o ICMS incide sobre operação relativa à circulação de mercadoria (...). Acontece que o objeto pirateado, por se tratar de produto de crime, passa a representar, na situação descrita, mero 'elemento corpo de delito' e não 'mercadoria'. Portanto, sua comercialização configura, para o respectivo agente, a prática de infração penal e não de fato imponível a ensejar a eventual ocorrência de obrigação tributária, sujeitando-se, tal conduta, salvo melhor juízo, à atuação vinculada de competência da Autoridade Policial, a exemplo do disposto no artigo 240 do Código de Processo Penal, e não da Administração Tributária'".***

No mesmo sentido: a) Apelação nº 0002597-50.2016.8.26.0302. Relator Desembargador **Amaro Thomé**. 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 31/01/2019. DJe 11/02/2019; b) Apelação nº 0009449-28.2013.8.26.0292. Relator Desembargador **Sérgio Ribas**. 5ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 01/12/2016. DJe 23/01/2017; c) Recurso em sentido estrito nº 0000047-88.2011.8.26.0292. Relator Desembargador **Cardoso Perpétuo**. 13ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 25 de setembro de 2014. DJe 08/10/2014; d) Apelação nº 0059854-28.2007.8.26.0050. Relator Desembargador **Camilo Léllis**. 8ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 22/11/2012. DJe 04/12/2012; e) Apelação nº 0033468-03.2010.8.26.0196. Relator Desembargador **Wilson Barreira**. 14ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 29/03/2012. DJe 03/04/2012.

Dessa forma, o Ministério Público é parte ilegítima para propor a presente

Acesso ao Sumário

ação penal quanto a essa infração. Nesse sentido:

> **"Apelação Ministerial - Desprovimento. Tratando-se de possível violação de direito autoral de programa de computador, não havendo prejuízo de entidade de direito público, além de não constar, no caso, efetiva sonegação fiscal ou mesmo crime contra as relações de consumo, a ação decorrente do crime deveria ser iniciada apenas por "queixa", portanto, ação penal privada".** (TJSP; Apelação 0033468-03.2010.8.26.0196; Relator (a): Wilson Barreira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Franca - 2ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/03/2012; Data de Registro: 03/04/2012).

A imputação do referido crime em face do réu deveria, portanto, ser processada por ação penal privada. Imprescindível, assim, o oferecimento de queixa-crime pelos ofendidos, nos termos do artigo 100, §2°, do Código Penal.

Contudo, verifica-se que o prazo de seis meses para tanto foi ultrapassado sem que as vítimas tenham se manifestado, razão pela qual se reconhece a decadência, conforme artigo 103 desse Código.

Extinta, pois, a punibilidade do acusado quanto ao delito de violação de direito autoral de programa de computador.

Passo à análise das penas, apenas quanto ao delito do artigo 184, §2°, do Código Penal.

Com fundamento no disposto no artigo 59 do Código Penal, as penas-base foram estabelecidas nos mínimos legais de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, de valor unitário mínimo.

Na segunda etapa, consoante as certidões de objeto e pé de fls. 55 e 56/57, o acusado ostenta duas condenações caracterizadoras de reincidência, ambas em decorrência da prática do crime de violação de direito autoral (autos nº 0048295-48.2012.8.26.0196 e 0036936-09.2009.8.26.0196). Todavia, o acusado confessou a prática do crime. Em caso como o dos autos, há jurisprudência indicando a compensação parcial entre a agravante e a atenuante. A respeito:

> ***(...). 6. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. No caso, como há várias condenações transitadas em julgado por furto, ensejadoras de reincidência, inviável sua compensação com a atenuante de confissão espontânea. 7. Habeas Corpus não conhecido. (HC 382.848/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA***

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017).

Destarte, o acréscimo deve ser reduzido a 1/6, perfazendo as sanções intermediárias **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo**, que se tornam definitivas ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Considerando-se que o acusado possui dupla reincidência específica, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, fixa-se o regime inicial semiaberto.

Não é aplicável o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porque o acusado respondeu ao processo em liberdade.

Por fim, deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de conceder a suspensão condicional da execução da pena em virtude de expressa vedação legal (artigo 44, inciso II, e artigo 77, inciso I, ambos do Código Penal).

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial ao recurso defensivo**, somente para reduzir as penas impostas ao acusado a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo, **e dá-se provimento parcial ao apelo ministerial**, para estabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento da reclusiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003465-85.2014.8.26.0144, da Comarca de Conchal, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDMILSON VANDERLEI BONINI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.578)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Falsidade ideológica. Sentença absolutória. Ministério Público objetiva, em síntese, que o acusado seja condenado

Acesso ao Sumário

como incurso no art. 299, *caput*, do Código Penal, nos exatos termos da exordial acusatória. Impossibilidade. Conjunto probatório reunido nos autos demonstra que a atitude do acusado constitui mero ilícito cível. Sanção já aplicada na outra esfera jurídica. Precedentes da doutrina, deste E. Tribunal e das Cortes Superiores. Sentença *a quo* bem fundamentada. Absolvição mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra r. sentença proferida em 14 de novembro de 2018 pelo Juízo da Vara Judicial da Comarca de Conchal, cujo relatório se acolhe, que absolveu EDMILSON VANDERLEI BONINI dos pedidos formulados na denúncia (art. 299, *caput*, do Código Penal), com fulcro no art. 386, inciso III, do código de Processo Penal (fls. 325/331).

Irresignado, o Ministério Público requer, em síntese, que o acusado seja condenado como incurso no art. 299, *caput*, do Código Penal, nos exatos termos da exordial acusatória 9fls. 333/347).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade na qual as arguições retromencionadas foram rebatidas (fls. 352/357).

Regularmente processado, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento (fls. 362/367), vindo os autos conclusos em 15 de março de 2019.

É o relatório, passo a decidir.

A respeitável sentença não comporta reparo.

Consoante descreve a denúncia, em local e horário incerto, na cidade de Conchal, EDIMILSON WANDERLEY BONINI inseriu e fez inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, em documento particular, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, consistente em declaração de pobreza.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, na data dos fatos, o acusado, durante a tramitação de processo cível nº 858-02.2014.8.26.0144, elaborou declaração de pobreza a fim de valer-se dos benefícios da assistência judiciária gratuita na forma da Lei nº 1060/50, onde afirma: "*não estou em condições de arcar com as custas, despesas processuais, e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de minha família (...)*".

Contudo, conforme extenso conjunto probatório, apurou-se em relatório investigatório, que EDIMILSON é proprietário de uma farmácia, localizada na cidade, à Rua das Angélicas, nº 763, e que possui capital de R$ 1.198.500,00,

sendo ainda proprietário de diversos veículos automotores e propriedades rurais, sendo, portanto, a declaração prestada falsa.

Tal pedido foi impugnado e o acusado condenado ao pagamento de custas processuais. A impugnante, ainda, alegou que o rapaz é um dos homens mais ricos da cidade.

A materialidade restou comprovada pela declaração de pobreza (fls. 15/16), cópias do processo cível (fls. 34/136 e 185/199) e demais provas dos autos.

Todavia o fato não constitui infração penal.

Senão, vejamos.

A parte *Valdirene Planke Dias* narrou de maneira breve as circunstâncias do processo cível. Afirmou que o acusado é um agiota e lhe fez cobranças indevidas, chegando a ameaçar sua família. Em razão disso, ingressou com um pedido de danos morais. Em meio ao processo, EDIMILSON declarou que era pobre e que não podia arcar com as custas do feito, o que não era verdade. Procurou um advogado e impugnou a declaração, comprovante ser pessoa rica. Por fim, confirmou que ele possui uma farmácia, prédios, fazendas e sítios (mídia).

Maria Aparecida Campos Bonini, esposa do acusado, admitiu que eles possuem muitos bens, dentro os quais terras e casas. Explicou que o marido atua na citricultura local, de modo que faz parcerias com trabalhadores rurais e dividem os custos e lucros. Afirmou que, na época dos fatos, não possuíam valor em conta, bem como não tinham condições de pagar custas do processo, pois uma praga atingiu as plantações locais e isso afetou diretamente todo o comércio da cidade, inclusive a farmácia da família. Não soube dizer quantos imóveis possuem, nem mesmo qual o rendimento mensal da farmácia. Residem em casa própria e mantêm dois filhos estudando, sendo que um faz faculdade particular de medicina e outro faz residência em outra cidade. Por fim, confirmou que em 2014 seu marido comprou uma casa à vista, no valor de cento e setenta e cinco mil reais (mídia).

A testemunha de defesa *Heitor de Almeida Mazziero* relatou que é farmacêutico e funcionário do acusado. Sabe que o patrão possui sítios arrendados na cidade, mas não tem conhecimento do quanto ele recebe por mês. Contou que houve uma crise de pragas nos anos anteriores, entre 2011 e 2013, de modo que a própria farmácia ficou prejudicada (mídia).

A testemunha de defesa *Ailton Fernando Bizetto*, engenheiro agrônomo, disse que conhece o acusado há doze anos. Por volta de 2012 ou 2013 esteve em uma propriedade do acusado onde verificou que o pomar existente necessitava de muitas técnicas e cuidados. Afirmou que é muito caro manter o controle de pragas (mídia).

Acesso ao Sumário

O acusado afirmou que sua situação financeira era muito crítica na época dos fatos, de modo que não conseguiria arcar com as custas processuais. Na época sua farmácia não estava rendendo lucros e ainda precisava socorrer o sítio. De fato, possuía diversos imóveis, mas não tinha dinheiro em mãos. A crise afetou muito a condição financeira de sua família. Assim, muitas pessoas passaram a comprar remédio fiado na farmácia. Possui imóveis também nas cidades de Araras e Avaré. Alegou que obtém renda de cinco mil reais com aluguéis. Por fim, também confirmou ter adquirido um imóvel à vista, no ano de 2014, no valor de cento e setenta e cinco reais (mídia).

Pois bem.

Em que pese o inconformismo ministerial, de fato a conduta não constitui ilícito penal.

Conquanto o Ministério Público sustente a condenação de EDIMILSON por ofensa ao disposto no artigo 299 do Código Penal, não vislumbro a presença de elementos aptos a ensejar tal pretensão.

Com efeito, em que pese a reprovável atitude do réu, seu ato já está previsto no Código de Processo Civil e, inclusive, com sanção pecuniária:

> *Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*
>
> *§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.*
>
> *§ 2º 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.*
>
> *§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.*
>
> *§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.*
>
> *§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.*
>
> *§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.*
>
> *§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o*

Acesso ao Sumário

recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Parágrafo único. ***Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.*** (grifo nosso)

Vale ressaltar que tal artigo ressalta até mesmo os casos de má-fé, o que compreende o caso em tela, já que, pouco tempo depois de tal declaração, o apelado comprou um imóvel à vista por aproximadamente R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais).

Assim, **o magistrado cível de primeiro grau revogou o benefício da justiça gratuita e já aplicou multa no décuplo das custas processuais.**

A doutrina já se manifestou exatamente sobre esse tema, salientando que não configura o ilícito penal, porquanto a miserabilidade é discutível e cabe recurso próprio cível:

"Declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita: não pode ser considerado documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova a respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 10.ª Edição, 2010, p. 1072.).

Nesse sentido é o entendimento deste E. Tribunal:

HABEAS CORPUS – Falsidade ideológica – Utilização de declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita. Pleiteia o trancamento do inquérito policial por atipicidade de conduta, alegando falta de justa causa para instauração do inquérito policial, posto que a declaração de pobreza é passível de comprovação e o pedido de gratuidade de justiça foi indeferido – Possibilidade – Atipicidade de conduta. Inexistindo justa causa para prosseguimento do feito. Ordem concedida.

(TJSP; Habeas Corpus 2036088-52.2013.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mairiporã - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 29/01/2014; Data de Registro: 05/02/2014).

Acesso ao Sumário

Igualmente caminha o perfilado pelas cortes superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT JULGADO PREJUDICADO. PERDA DO INTERESSE DE AGIR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AGRAVO PROVIDO.

1. "A aceitação, pelo recorrente, do benefício da suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, não prejudica o exame de mérito do presente writ, pois, acaso descumpridas as condições impostas, a ação penal poderá retomar o seu curso normal."(RHC 60.739/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/10/2016) 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a mera declaração de estado de pobreza para fins de obtenção dos benefícios da justiça gratuita não é considerada conduta típica, diante da presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário "(RHC 24.606/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2015) 3. In casu, o ora agravante foi denunciado por falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), por ter firmado falsamente declaração de pobreza, com o fito de obter o benefício da justiça gratuita. Após receber a peça exordial, o Magistrado determinou a intimação do acusado para comparecer à audiência de proposta de suspensão condicional do processo, sem antes apreciar as teses aventadas pela Defesa na resposta à acusação, dentre as quais sustentava-se que a conduta praticada era atípica.

4. Agravo regimental provido para trancar a ação penal.

(STJ. AgRg no RHC 43.279/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Assim, mostra-se escorreita a absolvição *a quo.*

Desse modo, nada há a reparar.

Ante ao exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao apelo**, mantendo-se, *in totum*, a r. sentença atacada, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003140-89.2016.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante THIAGO SCAGLIONE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Dener Caio Castaldi e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.657)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 16 de maio de 2019.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de tráfico de drogas, e contravenção penal de direção perigosa. Preliminares de nulidade por ilicitude na prova, e por não aplicação da detração penal. Rejeição. Absolvição por fragilidade probatória. Impossibilidade. Autoria, materialidade e indicação de traficância demonstradas. Desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal. Impossibilidade. Atenuação das penas. Impossibilidade. Fixação de regime inicial mais brando. Não cabimento. Substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Não provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.241/243), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.241/249 na qual foi condenado às penas de: ***1.*** 06 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 694 (seiscentos e noventa e quatro) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, "*caput*", da Lei n° 11.343/06); ***2.*** 15 (quinze) dias de prisão simples (sem fixação de regime), pela acusação da contravenção penal de direção perigosa (artigo 34 da Lei das Contravenções Penais). Pretende, em preliminar, a nulidade do processo, ou por ilicitude da prova, ou pela falta de aplicação da detração penal, e, no mérito, sua absolvição por fragilidade probatória, e subsidiariamente, a desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal, a atenuação das penas pela aplicação do redutor especial do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação de regime mais brando, e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls.271/288).

Acesso ao Sumário

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público pelo seu não provimento (fls.305/315).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.336/342).

É o relatório.

Rejeitam-se as preliminares.

Não há nulidade do processo por ilicitude da prova por ilegalidade das escutas telefônicas, o que observou rigorosamente os critérios estabelecidos pela Lei nº 9.296/96.

Não se trata de interceptação de conversa esparsa entre locutores eventuais, ou da edição de trecho isolado para o contexto que se pretendia provar, mas de complexa e extensa investigação, tendo como alvo direto pessoas específicas, entre elas o Réu – apontado como traficante – cujo envolvimento com o crime ficou demonstrado de forma evidente, principalmente como no caso concreto, sobrevindo apreensão de enorme quantidade de entorpecentes, com a correspondente condenação por tráfico de drogas.

O Réu foi regularmente citado, constituiu Advogado, apresentou defesa preliminar, fez requerimentos e teve acesso total aos atos processuais, não ocorrendo nenhuma irregularidade procedimental que pudesse demonstrar impedimento de acesso ao livre exercício do direito de defesa, situação que impede o reconhecimento de eventual nulidade nesse sentido. Ademais, é evidente a impossibilidade de acesso ao pedido de interceptação telefônica durante as investigações na fase policial, e por razões óbvias. Não fosse assim, não haveria crime desvendado. De outro lado, o teor das interceptações documentadas encontra-se disponível e regularmente inserido em apenso no processo digital, nada havendo a ser provido nesse sentido, lembrando que não houve demonstração, concreto e específico, de prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

Embora o tema da detração penal não seja matéria de alegação preliminar, também não é caso de aplicação da regra do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal a qual, além de soar inconstitucional (sem que esse tema seja o efetivo fundamento aqui tomado para sua não incidência), é de aplicabilidade duvidosa e inviável, porque: ***1***. o Juízo de Conhecimento não tem as informações necessárias a respeito da real situação carcerária do Réu, não podendo analisar, assim, questões afetas ao cumprimento e execução de penas, pena de se ferir o princípio do Juiz Natural; ***2***. a lei a ser observada para a concessão da progressão de regimes é a Lei das Execuções Penais, que é especial e traz os requisitos necessários (artigo 112) a serem analisados pelo juiz natural da causa – que é justamente o das Execuções Penais; ***3.*** assim como a progressão de regime é norma de direito material, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena

Acesso ao Sumário

também o é já que a primeira decorre da segunda, além de tratarem, ambos, do mesmo instituto, qual seja, a pena; ***4.*** o texto representa uma ofensa ao princípio da isonomia, devendo prevalecer a sistemática ditada pela Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal: "*Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*", que deixa clara a competência do Juízo da Execução Criminal no que se refere aos incidentes e modificações relativas ao cumprimento da pena imposta – competindo, por sua vez, ao Juízo de Conhecimento determinar a formação dos autos de execução provisória; ***5.*** a Súmula citada tem por escopo permitir a progressão de regime em relação à pena ainda não definitiva, enquanto que a redação do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal define, na verdade, nova forma de indicação do regime inicial de cumprimento de pena, impondo novo requisito aos já constantes na norma penal (artigo 33 do Código Penal); 6. além disso, há evidente violação do princípio da isonomia, ao passo que se criam situações em que pessoas condenadas pelo mesmo crime e às mesmas penas tenham tratamento diferente – um condenado que tenha sido preso provisoriamente poderá, desse modo, ser progredido de regime sem a análise de seu mérito para a benesse, enquanto aquele que não tenha cumprido prisão provisória somente obterá a progressão após análise e preenchimento dos requisitos previstos na Lei de Execução Penal; ***7.*** neste sentido já decidiu esta Câmara (Ap. n° 0036839-46.2014.8.26.0224, rel. Des. Machado de Andrade, j. em 09.02.2017): "Também não há que se falar em aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar regime mais brando para início de cumprimento da reprimenda, visto que a detração prevista na nova Lei não implica em alavanca automática a progressão de regime prisional, eis que, para que o sentenciado obtenha tal benefício é necessário não só o cumprimento do requisito temporal, mas também ao requisito subjetivo".

Não há qualquer mácula no processo.

Quanto ao mérito, inconsistente o recurso.

A prova oral produzida está contida em mídia digital separada e arquivada.

A materialidade é indiscutível em face do: ***1.*** auto de exibição e apreensão (fls.69/70), demonstrando se tratar de 15 tijolos, contendo 10.816,00 gramas maconha, e outras 02 porções, contendo 2.021,0 gramas de "*crack*"; ***2.*** laudo de constatação provisória (fls.84/86); ***3.*** laudo de exame químico-toxicológico (fls.188/189), atestador da qualidade das drogas.

A autoria é inconteste.

Na fase administrativa (fls.64), o Réu ficou silente. Em Juízo, admitiu o fato, afirmando que: ***1.*** trabalhava com venda de carros e, a partir da negociação de um carro, havia cerca de quatro meses, conheceu pessoas, envolvendo-se também com o tráfico em razão do lucro fácil; ***2.*** comprou as drogas por R$

Acesso ao Sumário

34.000,00, a pagar posteriormente; ***3.*** revenderia por R$ 40.000,00; ***4.*** após receber os entorpecentes, dirigiu cerca de dois quilômetros, sendo abordado por policiais; ***5.*** na tentativa de fugir, realizou ultrapassagens perigosas; ***6.*** estava arrependido.

Os policiais civis Marcelo e André disseram que: ***1.*** em razão de notícias sobre a realização de tráfico, o Réu era monitorado, inclusive por interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente; ***2.*** as investigações, a partir de informações anônimas, demonstraram que ele apresentava padrão de vida incompatível com a localidade em que morava, o bairro da COAHB, pois, apesar de não trabalhar, pretendia comprar propriedade rural; ***3.*** as interceptações telefônicas apontaram que ele buscaria entorpecentes naquela ocasião; ***4.*** montada campana no retorno de Limeira para São Manoel, ele foi localizado na rodovia, conduzindo um Honda Civic preto; ***5.*** fugiu em alta velocidade quando percebeu a viatura, realizando ultrapassagens perigosas e proibidas, inclusive na contramão de direção, sendo perseguido; ***6.*** entrando em uma estrada de terra, foi necessário atirar em um dos pneus para forçar a parada; ***7.*** abordado após a colisão de um dos carros policiais, ele logo apontou a existência de entorpecentes no porta- malas; ***8.*** havia mais de dez quilos de maconha, e cerca de dois quilos de "*crack*"; ***9.*** o Réu admitiu a propriedade das drogas, afirmando que seriam vendidas.

Note-se que, quanto à credibilidade dos testemunhos policiais, não há restrições legais para que prestem depoimento, mediante compromisso, sobre seus atos de ofício, e nada há de concreto a indicar a existência de qualquer espécie de motivação para indevidamente prejudicar o Apelante, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 149.540-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. em 12.04.2011):

> "2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal".

Acesso ao Sumário

O depoimento de policial que cumpre sua missão na repressão dos crimes, é, portanto, tão válido como qualquer outro, e a circunstância de ser testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probatório de seu relato.

As testemunhas de defesa Laércio e Reginaldo disseram que: ***1.*** realizaram serviços de reforma na casa do Réu, durante seis meses; ***2.*** sabiam que o Réu trabalhava com venda de carros; ***3.*** recebiam parcelado pelos serviços realizados.

A prática do crime de tráfico de drogas está configurada, consideradas as circunstâncias em que ocorreram as investigações, a abordagem e a apreensão. Neste caso, fato certo é que o Réu foi surpreendido por policiais civis, após trabalho de investigação, envolvendo monitoramento por escutas telefônicas,

apontando-o como traficante, portando, em uma rodovia, **mais de dez quilos de maconha e mais de dois quilos de *"crack"*.** Sabendo que o Réu iria à cidade vizinha buscar entorpecentes, os policiais montaram campana no retorno, e, ao notar a presença das viaturas policiais, o Réu fugiu em alta velocidade, realizando manobras perigosas, protagonizando cenas de fuga e perseguição em alta velocidade. No momento da abordagem, apressou-se em informar que tinha entorpecentes no valor de R$ 40.000,00 no porta-malas do carro. E mais, tanto informalmente, quanto em seu interrogatório judicial, o Réu admitiu a traficância, afirmando que havia pouco tempo se envolveu com o tráfico pela facilidade do lucro. E essa circunstância foi confirmada judicialmente pelas testemunhas.

Além disso, ao contrário do que pretende a Defesa, inviável é a desclassificação para o crime de porte para consumo pessoal, pois, a despeito da alegação de que a droga se destinava a seu próprio consumo, em nenhum momento alegou eventual dependência química, ou qualquer circunstância que levasse a crer que seria apenas usuário de entorpecente (aliás, é evidente que se trata de quantidade elevada para um consumidor – mais de dez quilos de maconha e mais de dois quilos de "crack" –, mesmo que contumaz e voraz, sem também demonstrar possuir renda lícita para adquirir o tanto de drogas que portava).

De outra parte, como é mais do que sabido, a eventual condição de usuário não obsta o reconhecimento da atividade da traficância pelo mesmo agente, como bem já decidiu esta Câmara (Ap. n° 0004176-56.2012.8.26.0663, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 05.12.2013):

> "Não se desconhece que os acusados possam ser usuários de substância entorpecente. Todavia, a circunstância deles consumirem droga não significa não pudessem traficar. Aliás, é comum que o traficante também consuma, ou que o consumidor trafique para sustentar o vício".

Em relação à sanção penal, nada há para ser alterado.

Não há que se falar em aplicação do redutor especial, porque: ***1.*** a quantidade e a qualidade dos variados entorpecentes fazem presumir o envolvimento do Réu com essa atividade criminosa (como já considerado na primeira etapa de fixação da pena – fls.247); ***2.*** a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei n° 11.343/06, como já destacado por esta Câmara (Ap. nº 3002741-18.2013.8.26.0224, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 18.02.2016): "O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 tem por escopo realizar a Justiça no caso concreto, permitindo a redução da pena do traficante ocasional, não comprometido com atividades ilícitas e cuja conduta, de reduzida importância, tem limitada expressão na consideração do específico tipo penal. Não é o que ocorre nos autos"; ***3.*** mesmo tendo havido fixação da pena-base acima do mínimo

Acesso ao Sumário

pela quantidade da droga, essa circunstância não fica vedada de consideração na terceira etapa, como fator obstativo da redução especial, quando existentes outras circunstâncias concorrentes (o Réu foi surpreendido traficando – repita-se – **mais de dez quilos de maconha e cerca de dois quilos de "*crack*"**, não se desconhecendo os efeitos devastadores dessa substância e a quantidade inestimável de famílias atingidas por seu arrasador impacto), como, aliás, já reconheceram: ***a.*** o Supremo Tribunal Federal (HC n° 126.971-SP, rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., j. em 02.06.2015): "Logo, abstraindo-se a valoração negativa, na terceira fase da dosimetria, da quantidade e da diversidade de drogas, ainda assim subsiste fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena em questão"; ***b.*** o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 221.058-MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. em 23.10.2012): "3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na fração máxima, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido".

O regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda deve mesmo ser o fechado, seja por expressa previsão legal no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, seja pela gravidade e hediondez do crime. Além disso, a imposição de regime prisional mais gravoso é uma necessidade social, reflexo de um juízo de valor da sociedade que clama por maior rigor da resposta estatal na reprimenda desse mal, especialmente em se tratando de crime de tamanha nocividade ao meio, como é o caso do tráfico de drogas, ainda mais em se considerando as circunstâncias fáticas essenciais (conforme já mencionadas, lembrando, mais uma vez, a quantidade).

É este, aliás, o posicionamento unânime desta Câmara, em irrebatíveis argumentos (Ap. n° 0003318-06.2014.8.26.0291, rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. em 18.02.2016):

> "O regime prisional para o início do desconto da pena corporal não pode ser outro senão o fechado, levando-se em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida, além as circunstâncias do crime cometido e da má conduta social do réu, que ajudava a movimentar a máquina criminosa ligada ao tráfico ilegal de drogas, circunstâncias reveladoras de periculosidade e ousadia.
>
> A propósito, tenho que o tráfico de drogas é delito incompatível com o cumprimento de pena carcerária em regime diverso do fechado. O Juiz pode e deve impor ao traficante pena e regime de cumprimento rigorosos, porque tão ou mais importantes do que os interesses individuais estão os interesses da sociedade, que se vê cada dia mais fragilizada pela disseminação do uso substâncias tóxicas ilícitas, as quais corroem não

Acesso ao Sumário

só a saúde, mas também a dignidade e o caráter dos usuários, além de desassossegar todas as pessoas que os cercam.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal acolheu, por maioria de votos, num determinado caso concreto (*Habeas Corpus* nº 111.840/ES), a tese relativa à inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90. Mas, todos sabem que ***o Juiz deve julgar pela Lei, não pelo julgado***, como ensinava o grande JOÃO MENDES JR".

A quantidade das penas privativas de liberdade aplicadas impede sua substituição por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0008017-11.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CARLOS ROBERO ALEXANDRE, 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 33.664)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 28 de maio de 2019.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – Supressão de tributos – Alegação de ausência do dolo de fraudar, não tendo havido o recolhimento por falta de recurso financeiro tendo agido, portanto, sob a égide da inexigibilidade de conduta diversa – Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Firmes e seguras palavras das testemunhas de que era ele o responsável pela empresa e, portanto, cujos riscos deveria assumir – Absolvição – Impossibilidade – Reconhecimento de conduta única – Descabimento – Tendo praticado

Acesso ao Sumário

diversos crimes, os subsequentes aproveitando-se das mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, correto o reconhecimento da continuidade delitiva – Recurso defensivo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **CARLOS ROBERTO ALEXANDRE** contra a r. sentença de fls. 364/370 que o condenou por incursões ao art. 1º, I e § único, da Lei 8.137/90, c.c. art. 71, *caput*, do Código Penal, a **02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade cumulada com prestação pecuniária de 02 salários mínimos, mais 11 dias-multa, unitariamente fixados em 01 salário mínimo.**

Consta da denúncia, resumidamente, que entre os meses de março a julho de 2004, na condição de proprietário e administrador do "Camafeu Supermercados Ltda.", o réu suprimiu R$ 33.537,65 de ICMS omitindo informações às autoridades fazendárias ao deixar de declarar operações de saída de mercadorias tributárias (cupons fiscais nº 12636, 12637, 12639, 12642 e 12644A). Consta, também, que em janeiro de 2006, apesar de notificado quanto à exigência de apresentação dos livros fiscais e outros documentos, deixou de fazê-lo sendo, por isso, a empresa autuada em 14 de junho de 2006 (fls. 01d/04d).

Inconformado, recorre por intermédio da combativa Defensoria Pública buscando absolvição por alegada inexistência de dolo em sua conduta, já que nunca teve a intenção de fraudar o FISCO, apenas não recolhendo os tributos por falta de recurso financeiro que justificaria, ainda, a inexigibilidade de conduta diversa. Alternativamente, quer a desconsideração da continuidade delitiva com reconhecimento de conduta única, embora praticada em meses diferente (fls. 415/425).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 433/436), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 440/443).

Relatei.

A responsabilidade do réu restou plenamente provada para os fins de fiscalização, onde não se perquire a culpa dos contribuintes.

No âmbito criminal, contudo, em que não há responsabilidade penal objetiva, a condenação depende da comprovação da vontade, livre e consciente, para a prática do ilícito e, portanto, o dolo precisa ser analisado com cuidado durante a instrução criminal, não podendo, no presente caso, ser afastado.

O Auto de Infração e Imposição de Multa (fls. 05/07), demonstrativo do débito fiscal (fls. 08/09) e demais documentos, além da perícia judicial contábil (fls. 186/190), atestam a materialidade delitiva.

Acesso ao Sumário

A autoria, por igual, é inconteste.

O agente fiscal Aécio Ney Rodrigues Borges Júnior explicou ter comparecido na empresa do réu para verificações fiscais e, após análise das leituras de memórias fiscais dos emissores de cupons fiscais de uso do supermercado, constatou que a empresa havia deixado de recolher o ICMS devido, não tendo apresentado as guias de informação e apuração referente às operações de saída de mercadorias tributadas e, intimado a apresentar livros e documentos, quedou-se inerte e, por isso, lavrou os AIIM. Informou, ainda, que mesmo após a multa, a empresa não recolheu o tributo, nem pagou a multa e, por isso, houve a inscrição na dívida ativa (fls. 160/161).

Em juízo relatou que durante verificação de rotina na empresa administrada pelo réu constatou a supressão de R$ 33.537,65 de ICMS. Explicou que os contribuintes, a partir de determinado faturamento, são obrigados a emitir cupons fiscais e, por meio de um equipamento conhecido como "fita detalhe", cruzou informações com a Secretaria da Fazenda e constatou que algumas vendas não foram declaradas e, como não houve a emissão e guias, o imposto não foi recolhido (CD – fls. 272).

Neusa Aparecida Donato de Andrade Neves trabalhou por cerca de 10 anos no "Camafeu Supermercado" como caixa e encarregada da loja do réu, tendo lhe "emprestado" o nome depois que ele informou que passava por alguns problemas que iria resolver ficando a cargo dele, contudo, a gerência e administração da empresa (fls. 162), narrativa que repetiu em juízo (CD – fls. 272).

Maria Luiza Bernardo Alexandre confirmou que o réu era o proprietário do supermercado no qual ela nunca trabalhou, embora seu nome tenha constado na composição da sociedade (fls. 174/175), repetindo a narrativa em juízo (CD – fls. 272).

O nome "Edmo Barreiro", malgrado pesquisado nos meios policiais depois que o réu informou desconhecer seu paradeiro, não foi localizado (fls. 182).

Paulo Estevam de Almeida trabalhou nas empresas do réu, primeiro na "Casa Caçula" entre 2001 e 2003 e, depois, na "Camafeu" entre 2003 e 2004, lembrando-se que ela fechou em maio de 2004. Explicou que o réu vinha de dificuldades financeiras da empresa anterior, tendo aberto a "Camafeu" para "*ver se ia para frente, mas acabou que não deu conta de tocar também*" (*sic*) (CD – fls. 272).

André Luiz Henning trabalha no escritório de contabilidade que recebeu os documentos do réu que informou que o antigo escritório deixou de enviar alguns documentos, lembrando- se que o réu estava levantando valores. Explicou que a empresa do réu estava fechada e que fazem apenas declaração

Acesso ao Sumário

de "inativa", há mais de 10 anos. Informou, ainda, que o débito é alto e que o réu afirmou não ter condições de pagar, não sabendo nada sobre os fatos, que ocorreram antes da chegada dos documentos no escritório de contabilidade em que trabalha (CD – fls. 284).

Emanuele Battina Gaudio, amigo do réu, que conheceu no início de 2006. Morava e trabalhava na Bahia onde tinha uma pousada. O encontrou lá e passou a ter contato. Soube que ele tinha uma empresa em situação difícil. Não sabe quando a empresa encerrou as atividades. Disse que passou por situações difíceis, por conta de várias fiscalizações de várias áreas e setores. Não comentou sobre os recolhimentos, nem mais detalhes sobre o mercado que disse ser pequeno, com outras filiais (CD – fls. 315).

Ouvido na fase administrativa, o réu afirmou ter encerrado as atividades da empresa em 2004, embora sem conseguir o encerramento perante o FISCO em razão de dívidas tributárias. Em relação aos fatos, afirmou que no final das atividades de seu estabelecimento, enviou a documentação para apuração do ICMS ao contador, mas como devia uma mensalidade ao escritório, o contador Edmo Barreiro não expediu as guias de pagamento e, inclusive, abandonou o serviço. Disse que somente em 2006, ao ser autuado, é que tomou ciência dos fatos, oportunidade em que não teve condições de pagar as multas, pois estava em situação financeira difícil, tendo recorrido das multas. Admitiu, ainda, ter pedido "emprestado" o nome de sua esposa para abertura da empresa que apenas ele gerenciava e administrava, tendo constado Neusa Aparecida Donato de Andrade Neves também como sócia (fls. 172/173).

Em juízo repetiu que mandava tudo para seu contador, mas como na época a empresa estava "*desandando*" (*sic*) e o contador a abandonou, não sabe nem se ele apresentou documentos ou omitiu guias e que, ao ser notificado em 2006, já havia fechado a empresa e, como o contador abandonou tudo, não sabia onde estavam os livros (CD – fls. 284).

Diante de tal conjunto de provas não há dúvidas de que o réu, como gerente e administrador da empresa, deixou de recolher os tributos ao deixar de declarar operações de saídas de mercadorias de seu supermercado.

Acesso ao Sumário

A alegação de ausência de dolo, querendo transferir ao contador, que sequer indicou, a responsabilidade pelo lançamento contábil e recolhimento de impostos, não pode ser acolhida.

É sabido, como bem lembrou o culto magistrado monocrático, que "*o administrador da pessoa jurídica é quem responde pelos fatos, pois é ele quem detém o poder de decisão acerca do recolhimento dos tributos e políticas referentes à empresa, bem como os rumos que a sociedade empresarial vai tomar" (sic)* (fls. 368).

O agente fiscal deixou claro que durante verificação na empresa do réu,

constatou a inexistência de recolhimento dos tributos referentes à saída de mercadorias do supermercado, bem como que, intimado a apresentar livros e documentos, nada exibiu.

As testemunhas que o réu trouxe em sua defesa não o ajudaram.

Paulo Estevam de Almeida relatou que o réu abriu a "Camafeu" justamente porque sua outra empresa, a "Caçula", passava por dificuldades financeiras e que, em maio de 2004, acabou fechando a segunda (CD – fls. 272).

André Luiz Henning informou ter recebido documentos do réu que informou que o escritório antigo deixou de enviar outros e que, ciente do débito fiscal, que era alto, foi informado por CARLOS sobre a impossibilidade de pagamento (CD – fls. 284).

Emanuele Battina Gaudio afirmou ter conhecido o réu no início de 2006 quando ele esteve em sua pousada na Bahia e ficou sabendo que tinha uma empresa em situação difícil, por conta de várias fiscalizações, de várias áreas e setores (CD – fls. 315).

Aberta nova empresa com intenção de sanear a primeira, o réu deixou de recolher ICMS por 5 meses – março a julho de 2004 e, portanto, não poderia ter encerrado suas atividades em maio, como seu funcionário alegou.

Tendo deixado de pagar "uma mensalidade", não haveria motivo suficiente, até por conta do compromisso profissional do contador, para ele "abandonar" sua empresa e, por 5 meses, ter deixado de recolher impostos e, ainda, ter "sumido" com os livros fiscais e demais documentos solicitados durante a fiscalização e que, estranhamente, foram remetidas ao novo escritório de contabilidade, ao menos parcialmente.

Causa estranheza, ainda, diante de sua alegação de hipossuficiência, que tenha ido à Bahia no início de 2006, onde contou ao novo amigo que sua empresa passava por dificuldades em razão de várias fiscalizações, circunstância, aliás, que indica que ele não trilhava o caminho da lei, pois do contrário não teria problemas em várias áreas e setores.

De qualquer modo, e o que é mais importante, era dele, como se disse, a responsabilidade pelo recolhimento dos impostos não bastando, para afastar seu mister, a alegação de que tudo ficava a cargo de um contador cuja identificação nunca apareceu, o que é de se entranhar, pois além do próprio réu, seguramente, ter no mínimo uma anotação do escritório ao qual alegou que pagava mensalidades, se o novo escritório por ele contratado recebeu alguns documentos, certamente sabe a origem deles.

O dolo com que agiu, assim, salta nítido nos autos, mostrando-se suficiente para a configuração do crime pelo qual foi corretamente condenado, descabendo falar-se em absolvição.

Não se mostra presente, de outro lado, a alegada inexigibilidade de

Acesso ao Sumário

conduta diversa, até porque nunca demonstrou a impossibilidade de pagar os tributos e funcionários, que afirmou ter precisado demitir na mesma ocasião em que foi passear numa pousada na Bahia.

Como bem lembrado pelo representante do *Parquet* em suas contrarrazões, de qualquer forma, "*o dolo do apelante se intensifica quando pensamos que era possível que ele parcelasse o débito tributário, sem que sua conduta se tornasse criminosa, ou, ainda, depois do crime, pagasse a dívida tributária, extinguindo o processo crime. Também não prospera a alegação de reconhecimento de excludente supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, já que o risco do negócio cabe ao titular da pessoa jurídica. É pacífico que cabe ao titular da empresa assumir os ônus decorrentes dos negócios que agencia. Não fosse assim, toda empresa em dificuldade financeira deixaria de pagar seus débitos tributários transferindo para o fisco o ônus do negócio" (sic)* (fls. 435).

O pleito alternativo, para que a omissão de informações à autoridade fazendária, que perdurou 5 meses, seja considerada como crime único, é por igual inatendível.

Não há dúvidas de que o réu, aproveitando-se das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução da primeira conduta, depois de omitir informações, não emitir a guia e, consequentemente, não recolher o ICMS, prorrogou sua conduta para os meses seguintes, mantendo as mesmas condutas consideradas como continuação da primeira.

Neste ponto, aliás, caso fosse possível uma alteração, seria para utilização de fração maior de aumento em razão do número de condutas praticadas, o que fica obstado diante da proibição da *reformatio in pejus*.

Nada, portanto, há para ser modificado.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a condenação de CARLOS ROBERTO ALEXANDRE por incursões ao art. 1º, I e § único, da Lei 8.137/90, c.c. art. 71, *caput*, do Código Penal, a 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade cumulada com prestação pecuniária de 02 salários mínimos, mais 11 dias-multa, unitariamente fixados em 01 salário mínimo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006898-11.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado APARECIDO SÉRIO DA SILVA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em desfavor de APARECIDO SÉRIO DA SILVA, para reformar a r. sentença que absolveu sumariamente o ora apelado, determinando-se o retorno dos atos ao Juízo de origem, para o regular seguimento do feito. Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.658)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e FARTO SALLES.

São Paulo, 23 de maio de 2019.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Crime de Responsabilidade de Prefeito – Art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967 (240 vezes) – Recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nomeação dos servidores anteriormente nomeados para os cargos recriados – Entendimento do art. 37, II e V, da CF, e do art. 115, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo – Sentença que absolveu sumariamente o acusado – Recurso da Acusação requerendo o prosseguimento do processo – Admissibilidade – Suficiência de indícios de materialidade e autoria.

A recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seguida de nomeação dos mesmos servidores para os cargos recriados, corresponde a conduta que configura crime em tese, previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967, eis que teria negado execução a lei federal e estadual, bem como deixado de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

A responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal, não se configurando,

Acesso ao Sumário

assim, o *bis in idem.* Pontue-se que a sanção penal descrita no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, não repercute nas searas Civil e Políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, eis que independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia. Sendo assim, na medida em que há descrição de conduta típica e em que a inicial acusatória vem embasada em provas documentais e indícios de autoria, não se cogita de absolvição sumária.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 810/813, prolatada pelo MM. Juiz Emerson Sumariva Júnior, cujo relatório ora se adota, APARECIDO SÉRIO DA SILVA foi absolvido sumariamente de ter infringido o art. 1, XIV, 1ª parte, do Decreto-Lei n. 201/1967, com supedâneo no art. 397, III, do CPP.

Infere-se dos autos que o ora apelado, nas gestões 2009/2012 e 2013/2016, mesmo tendo sido declarada por ação direta a inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar n. 87, de 29 de janeiro de 2001, de referido Município, que dispõe sobre a estrutura administrativa, quadro de pessoal e cargos da Prefeitura Municipal da referida cidade, em especial, cargos de provimento em comissão, teria ele negado execução a lei federal e estadual, encaminhando à Câmara Municipal projeto de lei recriando os mesmos cargos em comissão que teriam sido declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça.

O ex-prefeito investigado teria, assim, cumprido a decisão somente de modo aparente, pois teria sancionado a Lei Complementar n. 206/2010, com os mesmos vícios da legislação anterior.

Acesso ao Sumário

O representante do Ministério Público juntamente com o Procurador de Justiça Coordenador ofereceram denúncia contra Aparecido Sério da Silva, como incurso no art. 1º, XIV, 1ª parte, do Decreto-Lei n. 201/1967, c.c. o art. 70 do CP (por 240 vezes), bem como requereram, com supedâneo no art. 387, IV, do CPP, a reparação dos danos causados, com a fixação de um valor mínimo que não poderá ser inferior ao valor recebido pelo agente público, de R$ 30.000,00, que deverá ser revertido em favor da Municipalidade.

Segundo restou demonstrado, o ora denunciado teria, nas gestões 2009/2012 e 2013/2016, negado execução a lei federal e a lei estadual, eis que

encaminhou à Câmara Municipal de Araçatuba projeto de lei, recriando os mesmos cargos em comissão que teriam sido declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a exordial que o acusado teria nomeado os mesmos servidores para tais cargos em comissão, contra expressa disposição do art. 37, II e V, da CF, e do art. 115, II e V, da Constituição Estadual.

Da vestibular, consta, ainda, que no dia 27 de janeiro de 2010, o Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça julgou inconstitucional parte da Lei Complementar n. 87, de 29 de janeiro de 2001, e Anexos, em que se dispunha sob a estrutura administrativa, quadro de pessoal e cargos da Prefeitura Municipal de Araçatuba, consoante se verifica do acórdão n. 994.09.221010-0 (fls. 18/36).

Consoante aludido julgado, vários cargos de provimento em comissão previstos nessa Lei Complementar não teriam sido classificados como de confiança (relacionando cada um deles, conforme fls. 3d/10d), de modo que não poderiam ser providos por livre escolha do Prefeito.

Menciona também o Ven. Acórdão que somente os cargos de "Secretários Municipais e o de Chefe do Gabinete do Prefeito (fls. 20) seriam considerados em comissão. Os demais funcionários deveriam ser classificados como gerais e permanentes, e, independentemente de quem fosse o Prefeito, não poderiam vir em lei classificados como sendo de confiança, nem, por conseguinte, virem seus cargos providos em comissão, mediante exercício do poder de livre escolha do daquele que estivesse ocupando o cargo de Prefeito (fls. 19/21 e 35).

Relata igualmente a denúncia que, mesmo diante da r. decisão e da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 994.09.221010-0, teria o investigado enviado Projeto de Lei Complementar à Câmara Municipal, sob o n. 02/2010, contendo as mesmas irregularidades, sancionando a Lei Complementar n. 206/2010 (fls. 03/31, do apenso, volume 1), visando à criação de cargos semelhantes, inclusive idênticos em suas denominações e atribuições, aos que constavam na Lei Complementar n. 87, declarados inconstitucionais.

Da exordial, consta, também, que o denunciado teria editado a Portaria Municipal n. 15.115, exonerando os funcionários em exercício de cargo de provimento em comissão (cf. fls. 246/260); na mesma oportunidade teria expedido duas Portarias, com base na Lei Complementar n. 206, sob os números 15.117: nomeação de pessoal para o exercício de cargo de provimento em comissão – agentes políticos (fls. 261/262); e 15.118: nomeação de pessoal em exercício de cargo em provimento em comissão (fls. 263/278).

Por este último texto, teriam sido nomeadas 240 pessoas, em desacordo aos textos legais referidos, para cargos de provimento em comissão a partir de 01 de julho de 2010.

Verifica-se, ainda, da denúncia ofertada, constar do Ven. Acórdão

Acesso ao Sumário

prolatado pelo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, na ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 87 do Município de Araçatuba – n. 994.09.221010-0, declaração de voto do i. Desembargador Relator Palma Bisson, no qual são relacionados pormenoriza e justificadamente os cargos que não podem ser de provimento em comissão, consoante se verifica de fls. 4- d/10-d.

A inicial acusatória reza, de igual modo, que, em 19 de setembro de 2012, o Órgão Especial também julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 0436584.55.2010.8.26.0000, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, referente à Lei Complementar n. 206/2010 (fls. 97), que também dispunha sobre o quadro de servidores do Poder Executivo de Araçatuba, sendo referida lei também declarada inconstitucional por apresentar as mesmas irregularidades da Lei Complementar n. 87, de 29 de janeiro de 2001.

Diante desse quadro, o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs, em face do ora denunciado, Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, eis que, mesmo tendo sido declarada por ação direta de inconstitucionalidade desta última lei complementar, teria ele cumprido a decisão somente de modo aparente, eis que teria posteriormente sancionado nova Lei Complementar, de n. 206/2010, com os mesmos vícios da anterior.

Narra, finalmente, a inicial acusatória, que a sentença proferida em 14 de outubro de 2012, no processo n. 0001983.55.2011.8.26.0032, em trâmite na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, teria ainda julgado procedente referida ação civil pública, condenando o acusado por prática de improbidade administrativa, à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 anos, multa civil e proibição de contratar com o poder público, eis que teria agido com desvio de poder, ofendendo, assim, os princípios da legalidade, moralidade e da tripartição dos Poderes, a teor do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 (sentença encartada às fls. 03/05).

Nos termos do art. 4º, *caput*, §1º, da Lei n. 8.038/1990, determinou-se a notificação do denunciado para oferecer resposta à acusação no prazo de 15 dias (fls. 451/453).

Cumprida a determinação e, encartada aos autos a resposta à acusação, requereu a combativa Defesa a rejeição da denúncia, em razão da ausência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP. Subsidiariamente, pleiteou o indeferimento do pedido Ministerial de afastamento cautelar do denunciado do cargo de Prefeito do Município de Araçatuba (fls. 476/489).

O douto Promotor de Justiça Assessor e o i. Procurador de Justiça Coordenador manifestaram-se pelo recebimento da denúncia e pelo afastamento do denunciado do exercício do cargo durante a instrução criminal (fls. 493/496).

Recebida a denúncia, afastou-se o ora apelado do cargo de Prefeito do

Município de Araçatuba (fls. 504/528).

A Defesa então impetrou junto ao STF mandado de segurança, tendo ele obtido a suspensão do afastamento do referido cargo, sendo reconduzido ao cargo.

Encartou-se aos autos, informação que o recorrido não se reelegeu para o cargo de prefeito do município de Araçatuba (fls. 748/749), sendo, então, determinada a devolução do processo ao Juízo de origem (fls. 750).

Remetido os autos, o réu foi citado e apresentou defesa preliminar (fls. 765/775), requerendo sua absolvição sumária. O Ministério Público manifestou-se contrário à referida pretensão (fls. 786/788).

O Juiz de 1º Grau absolveu sumariamente o acusado, sob a seguinte fundamentação, às fls. 812/813,

> O ato do réu já foi devidamente analisado e decido no processo 0001983.55.2011, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, onde a ação foi julgada procedente, condenando-o por prática de improbidade administrativa, com a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por cinco (5) anos, multa civil e proibição de contratar com o poder público, por ter agido com desvio de poder, ofendendo os princípios da legalidade, moralidade e da tripartição dos Poderes. Portanto, o réu já teve a punição dentro da esfera legal existente no nosso País, não de podendo fazer uma interpretação extensiva para trazer o caso para a esfera penal, em respeito ao princípio da reserva legal.

A fls. 900 os Defensores manifestaram-se contrários à realização de julgamento virtual, eis que pretendem realizarem sustentação oral.

É o Relatório.

Compulsando-se os autos, não se verifica a possibilidade de absolvição sumária, nos termos do art. 397, III, do CPP.

Imputa-se ao denunciado a prática de crime de responsabilidade por ter negado execução a lei federal e estadual, mais especificamente o art. 37, II e V, da Constituição Federal, e o art. 115, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo, bem como por ter, sem qualquer justificativa plausível, deixado de cumprir ordem judicial, decorrente de Acórdão do Pleno deste Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, por primeiro, que mencionados dispositivos constitucionais, com algumas pequenas diferenças redacionais, preveem basicamente que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Referida formalidade não é exigível apenas para o provimento de cargos

Acesso ao Sumário

em comissão. Estes devem ser, todavia, criados apenas nas hipóteses, condições e percentuais mínimos previstos em lei, devendo ainda ser reservados tão somente ao desempenho de função de direção, de chefia ou de assessoramento, que, por sua natureza, são de livre nomeação e exoneração.

Não poderia, pois, o denunciado, no entender do Ministério Público, ter elaborado projeto e sancionado (após a necessária aprovação legislativa) Lei Complementar Municipal criando cargos em comissão para o desempenho de atividades que seriam restritas a funcionários concursados.

Como bem lançado pelo i. Procurador de Justiça, a fls. 892,

> Com efeito, o réu, por meio da edição da Portaria Municipal nº 15.115, exonerou os servidores nomeados em cargo de provimento em comissão (fls. 246/260). Na mesma oportunidade expediu duas portarias com base na Lei Complementar nº 206/2010, a de nº. 15.117, dispondo sobre a nomeação pessoal para o exercício de cargo de provimento em comissão (agentes políticos), e a nº. 15.118, versando sobre a nomeação de pessoal para exercício de cargo de provimento em comissão [...].
>
> Assim, quando o réu nomeou 240 [...] servidores em provimento de cargo de confiança, cometeu duzentas e quarenta vezes conscientemente a conduta indevida.
>
> Não foi por outra razão que o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça julgando procedente nova Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público, em 19 de setembro de 2012 declarou o inconstitucional o novo ato legislativo de iniciativa e sanção do Prefeito, até porque a Lei Complementar 206/10 continha as mesmas irregularidades da Lei Complementar 87/2001 [...].

A inicial acusatória descreveu devidamente a conduta do ex-Chefe do Executivo Municipal, ora apelado que teria realizado a conduta prevista no Decreto-Lei n. 201/1967.

Pontue-se que não há *bis in idem*. A sanção penal descrita no art. 1º do referido Decreto-Lei, não repercute nas searas das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, eis que independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia.

A responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal.

É evidente, portanto, que um ato praticado pelo prefeito pode ensejar a instauração de mais de um processo e atingir obviamente mais de uma seara para a sua responsabilização. Sua responsabilização é inerente ao próprio cargo – o de Prefeito – cuja investidura decorre de representação popular. Sendo assim, são imprescindíveis mecanismos regulatórios que busquem em todos os níveis a responsabilidade de suas ações praticadas no aludido cargo.

Acesso ao Sumário

Claro está que o art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não repercute na seara das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si.

A questão crucial a ser analisada diz respeito, pois, à natureza jurídica de mencionadas leis "federal", "estadual", ou "municipal", aludidas no tipo penal inscrito no art. 1º, XIV, primeira parte, do Decreto-lei nº 201/67.

Ao estabelecer as diversas hipóteses nas quais os Prefeitos Municipais incidiriam em crime de responsabilidade, o legislador de 1967 previu, de fato, como tipo penal o descumprimento de "lei federal", "lei estadual", ou "lei municipal" (art. 1º, XIV, primeira parte, do Decreto-lei nº 201/67). Observe-se, porém, que, em momento algum, esse tipo penal menciona que tais leis seriam apenas aquelas de natureza ordinária. Não se pode perder de vista, ainda, que o acréscimo dos adjetivos "federal", "estadual", ou "municipal" busca apenas deixar claro incidir em crime de responsabilidade o Chefe do Executivo Municipal que vier a desrespeitar qualquer lei, independentemente de sua origem; pouco importaria, pois, ter sido ela emanada da União, de Estado federado, ou do próprio Município.

A recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seguida de nomeação dos mesmos servidores para os cargos recriados, corresponde, em suma, a conduta típica, prevista no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967, eis que teria o Prefeito negado execução a lei federal e estadual, bem como teria, em tese, deixado de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

Tanto a negativa à execução de lei federal e estadual, quanto o descumprimento de ordem judicial – que a peça acusatória nomina como sendo cumprimento "meramente aparente" – teriam se dado não apenas pela a reedição de referida Lei Municipal anteriormente declarada inconstitucional, como na elaboração de Portaria nomeando as mesmas pessoas anteriormente exoneradas em suas funções anteriores.

O prosseguimento da ação penal é, pois, de rigor, devendo ser reformada a r. decisão proferida pela Primeira Instância

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em desfavor de APARECIDO SÉRIO DA SILVA, para reformar a r. sentença que absolveu sumariamente o ora apelado, determinando-se o retorno dos atos ao Juízo de origem, para o regular seguimento do feito.

Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001210-24.2018.8.26.0530, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante WILLIAN ALVES DA SILVA, 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 14.705)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem demonstradas. Circunstâncias da prisão que evidenciam a prática da traficância. Condenação mantida. Dosimetria penal. Pretensão de afastamento dos maus antecedentes em razão do transcurso do prazo de cinco anos previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal. Não cabimento. Possibilidade de consideração de condenação como maus antecedentes após o período depurador da reincidência. Redução da pena de multa para se adequar ao *quantum* aplicado em relação à pena privativa de liberdade. Reprimenda redimensionada. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06. Não cabimento. Expressa vedação legal de aplicação do redutor aos réus reincidentes. Pedido de abrandamento do regime prisional, em face da detração penal. Inviabilidade. Cômputo do tempo de prisão provisória do apelante que não altera a fixação do regime inicial para o cumprimento da reprimenda. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por WILLIAN ALVES DA SILVA contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Sylvio Ribeiro de Souza Neto, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, que o condenou à pena de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 dias- multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 135/140).

Em razões de recurso, a Defesa requer a absolvição do acusado por insuficiência probatória. De maneira subsidiária pleiteia, em síntese, a fixação da pena-base no patamar mínimo legal em razão do afastamento dos maus antecedentes, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e o abrandamento do regime prisional fixado, aplicando-se a detração penal (fls. 156/178).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifesta-se pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 187/190).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Oscar Mellim Filho, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 198/201).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, no dia 29 de junho de 2018, por volta das 11h20, na Rua Tajaçu, n. 267, no município de Ribeirão Preto, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 43 microtubos plásticos contendo cocaína, com massa líquida total de 17,7g, e um invólucro plástico contendo 2g de maconha, conforme laudo de constatação (fls. 16/18), substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sendo certo que o fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, policiais militares estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, quando receberam denúncias no sentido de que um indivíduo, o qual trajava uma camisa de listras azuis, estaria praticando o comércio de drogas no sobredito endereço e as guardava sobre um muro. Com essas informações, os agentes públicos realizaram diligências e avistaram o acusado mexendo em um muro e, ao notar a aproximação policial, ele desceu dali, pegou uma bicicleta e tentou empreender fuga, mas acabou detido. Nesse comenos, os policiais se dirigiram até o mencionado muro e apreenderam, no interior de dois sacos plásticos, as supracitadas substâncias ilícitas.

A materialidade do delito restou bem evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02), pelo boletim de ocorrência (fls. 08/09), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 10/13), pelo laudo de constatação (fls. 16/18), pelo exame químico-toxicológico (fls. 51/53), bem como pela prova oral produzida.

Acesso ao Sumário

A autoria, por sua vez, também é inconteste.

O acusado, em solo policial, permaneceu em silêncio, fazendo uso do direito constitucional que lhe foi assegurado (fls. 06). Em juízo, negou a prática dos fatos que lhe foram imputados. Narrou que andava de bicicleta, quando foi abordado por uma viatura policial. Disse que os agentes públicos lhe informaram que tinham denúncias de que um indivíduo em uma bicicleta estava pulando um muro para pegar drogas, oportunidade em que lhes entregou uma porção de maconha, a qual era para seu consumo pessoal. Esclareceu que, nesse comenos, um dos policiais pulou o muro de uma residência, retornando de mãos vazias. Destacou que, ao ser colocado na viatura, avistou os entorpecentes apreendidos. Confirmou que trajava uma camisa listrada azul (mídia digital).

A testemunha Fábio Henrique Guilherme da Silva Lima, policial militar, relatou que estava em patrulhamento quando recebeu denúncias de um popular, no sentido de que um indivíduo com uma camisa listrada praticava o comércio de drogas nas proximidades. Informou que, ao chegar ao local indicado, visualizou o acusado, o qual trajava a sobredita vestimenta, em cima de uma bicicleta com a mão em muro. Contou que ele, ao avistar a viatura, tentou empreender fuga, sendo detido em seguida. Em revista pessoal, localizou uma porção de maconha em seu poder. Esclareceu que seu companheiro de farda subiu no muro em que o apelante estava e encontrou dois pacotes contendo porções de cocaína. Indagado, o réu confessou informalmente que estava vendendo os entorpecentes. Negou ter realizado campana no logradouro (mídia digital).

A testemunha Fábio Triffon Roncaratti, policial militar, sob o crivo do contraditório, em linhas gerais, confirmou o relato apresentado por seu colega de farda (mídia digital).

Do conjunto probatório, depreende-se que os policiais militares narraram de forma firme e coerente que realizavam patrulhamento, quando receberam denúncias de que um indivíduo vestindo uma camisa listrada estava em logradouro próximo realizando o comércio ilegal de entorpecentes. Diante disso, se dirigiram ao local informado, conhecido pela mercancia ilícita, e visualizaram o acusado, o qual estava com uma camisa listrada, mexendo em um muro. Com efeito, ao perceber a presença policial, o réu tentou empreender fuga, mas foi detido. Em revista pessoal, apreenderam uma porção de maconha em seu bolso e, em seguida, subiram o sobredito muro e localizaram, no mesmo local em que o acusado revirava, diversas cápsulas contendo cocaína. Indagado, o réu confessou informalmente a prática do comércio ilícito.

Impende destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos dos referidos policiais militares, mormente porque se mostraram em harmonia com os demais elementos do conjunto probatório colhidos sob o crivo do contraditório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse

Acesso ao Sumário

a conduta moral ou funcional desses profissionais a ponto de tornar suspeita sua narrativa.

Sobre o assunto, este é o firme entendimento dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. **VALIDADE PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CONFIRMADOS EM JUÍZO. PRECEDENTE**. TESE DE CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVA INQUISITORIAL. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONDUTA NÃO ALCANÇADA PELA ABOLITIO CRIMINIS. PRECEDENTE. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório (ut, AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/03/2014). (...) 7. Agravo regimental não provido[1].

"Destaco, ainda, que, segundo o entendimento desta Corte, o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo ser utilizado como meio probatório válido para fundamentar a condenação.

Ressalto, ainda, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (HC 74.438/SP, rel. ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 14.3.2011).

Sobre a validade do depoimento testemunhal de agentes policiais, destaco o seguinte trecho da ementa do HC 73.518/SP, rel. ministro Celso de Mello, DJ 18.10.1996:

"*O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*".

Ainda, nesse sentido, cito a ementa do HC 91.487/RO, Primeira Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2007:

1 STJ, AgRg no AREsp 991.046/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017.

Acesso ao Sumário

"*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL: AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. Habeas corpus denegado*".

Desse modo, observo que os depoimentos dos policiais corroboram os demais elementos dos autos, que são seguros no sentido da condenação"[2].

Vale registrar que as drogas apreendidas, apesar de não revelarem expressiva quantidade (43 porções de cocaína, pesando 17,7g, e 01 invólucro de maconha, com massa de 2g), estavam acondicionadas na forma típica de mercancia, devendo-se atentar, ainda, que os entorpecentes eram variados.

Tais circunstâncias – recebimento de informações sobre a prática do tráfico de entorpecentes por um indivíduo com as mesmas vestimentas do acusado, sua abordagem em local conhecido pelo comércio ilegal, a natureza distinta dos entorpecentes apreendidos em seu poder, acondicionadas na forma típica de mercancia, sua tentativa de fuga ao avistar os policiais, bem como sua confissão informal perante os agentes públicos, no sentido de realizava a venda das substâncias ilícitas – revelam que a droga apreendida se destinava a terceiros, de modo que era mesmo de rigor a condenação do apelante como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, não se podendo cogitar de absolvição por insuficiência probatória.

Acesso ao Sumário

Em suma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, o d. juízo *a quo* fixou a reprimenda acima do mínimo legal, em 05 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, uma vez que o acusado ostenta maus antecedentes pela prática de tráfico de drogas (autos 0018578-02.2010.8.26.0506, com

2 STF – 2ª Turma – HC 121.724/SP – Min. Rel. Gilmar Mendes – Julgado em 10/06/2014.

trânsito em julgado em 14 de julho de 2010 fls. 112).

A Defesa sustenta que os maus antecedentes devem ser afastados em razão do transcurso do prazo depurador de cinco anos previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Ocorre que a caducidade prevista no inciso I do artigo 64, do Código Penal, se aplica tão somente à reincidência, de modo que, decorrido o respectivo período depurador, nada impede a consideração da condenação anterior como maus antecedentes, justamente para fins de exasperação da pena base.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. 1. **Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena- base acima do mínimo legal**. 2. A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos. Incidência na espécie da Súmula 83 do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 442.470/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015)".

Contudo, verifico que a pena privativa de liberdade foi exasperada na razão de 1/10, ao passo que a pena de multa foi incrementada em 1/5. Assim, em respeito ao princípio da proporcionalidade, aplico o aumento mais favorável ao acusado, de modo que reduzo a pena de multa para 550 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda etapa, o i. magistrado *a quo* exasperou corretamente a reprimenda, haja vista que o acusado é reincidente específico (autos 0925073-66.2012.8.26.0506, com trânsito em julgado em 03 de outubro de 2013 – fls. 116). Entretanto, incrementou a pena privativa de liberdade na fração de 3/22 e a pena de multa em 1/6, motivo pelo qual mantenho, sob os mesmos fundamentos elencados na primeira fase da dosimetria penal, o aumento na fração de 3/22 e fixo as penas em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 625 dias-multa.

Na terceira fase, observo que não era mesmo o caso de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, haja vista que, por se tratar de apelante reincidente, o afastamento decorre de expressa vedação legal, de tal modo que não comporta acolhimento

Acesso ao Sumário

do pleito defensivo nesse sentido.

Em razão da pena aplicada, aliada aos maus antecedentes e a reincidência específica do apelante, o regime inicial fechado deve ser confirmado, a despeito do reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 em controle incidental pelo Plenário da Corte Constitucional, observados os parâmetros do artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal.

De qualquer forma, vale registrar que a detração penal não se confunde com a progressão de regime, na medida em que o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal[3], dispõe que, quando da prolação da sentença condenatória, o tempo de prisão provisória deve ser computado para fins de determinação do regime inicial para o cumprimento da pena, e não de progressão de regime, mesmo porque a sobredita progressão é instituto próprio da execução penal e os requisitos autorizadores do benefício devem ser analisados pelo magistrado competente para tanto. Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. QUANTIDADE DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> (...)
>
> 3. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite- se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.
>
> 4. **Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Mostra-se forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, sobre a possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o**

Acesso ao Sumário

3 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
§ 2º 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.

tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.

5. Considerando que a pena fixada ao paciente supera os 4 anos de reclusão (7 anos e 6 meses de reclusão), a aplicação da detração, na hipótese, não repercutiria no regime prisional, especialmente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade de droga apreendida e maus antecedentes), além da reincidência do acusado.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 397.881/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018).

No presente caso, ainda que seja descontado da pena total do apelante o tempo de sua prisão provisória de cerca 09 meses – da prisão em flagrante em 29 de junho de 2018 até a presente data – resta, para fins de fixação do regime, a pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, e, diante dos já mencionados maus antecedentes e reincidência específica do acusado, o regime inicial para o seu cumprimento deve ser mesmo o fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal.

Por fim, além do *quantum* de pena superior a 04 anos de reclusão, o apelante ostenta reincidência específica, não preenchendo os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Posto isso, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena de multa imposta ao apelante para o montante de 625 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 0011677-91.2017.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante ERICA MARIA BERNARDO DE OLIVEIRA SOUZA, 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: "Deram parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para alterar o regime prisional aplicado para semiaberto. Expeça-se mandado de prisão, esgotados os recursos cabíveis nesta C. Corte. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.841)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 11 de junho de 2019.

Acesso ao Sumário

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Furto qualificado por emprego de fraude (art. 155, § 2º, II, do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade, esta comprovada por laudo pericial. Quadro flagrancial inquestionável. Palavras coerentes e incriminatórias de funcionários da empresa vitimada. Confissão judicial, ademais. Responsabilização inevitável. Dolo caracterizado. Inaplicabilidade da Lei Penal por ressarcimento anterior à denúncia. Ausência de previsão legal ao tipo penal em testilha. Arrependimento posterior não comprovado, ademais. Conduta típica. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Qualificadora presente. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso. Majoração adequada por maus antecedentes. Impossibilidade de redução. Benevolente compensação da reincidência pela confissão. Critério da origem respeitado. Regime semiaberto cabível. Regime readequado. Substituição da corporal obstada. Apelo parcialmente provido, com expedição de mandado de prisão, esgotados os recursos cabíveis nesta C. Corte.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Érica Maria Bernardo de Oliveira Souza** saiu **condenada** às penas de ***2 anos e 4 meses de reclusão*** (*regime fechado*), ***mais 11 dias-multa***, valor unitário mínimo, pela prática da infração penal capitulada no art. 155, § 4º, II, do Código Penal (*furto qualificado por emprego de fraude*).

O apelo da acusada – *f. 210/214* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando, preliminarmente, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, face **(i)** ao pagamento integral dos danos antes do recebimento da denúncia, por **(ii)** ausência de dolo, **(iii)** insuficiência da prova acusatória e **(iv)** a aplicação do princípio da insignificância.

Subsidiariamente, requer **(i)** redução da pena e **(ii)** regime mais brando.

Anotam-se contrarrazões – *f. 235/245* –, que defendem a mantença do decisório.

Acesso ao Sumário

Autos distribuídos (*f. 258*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo parcial provimento do inconformismo recursal – *f. 270/278* –, com redução da pena aplicada e regime aberto, chegando os autos finalmente conclusos em gabinete aos ***18.fev.2019*** – *f. 279*.

É o relatório.

Furto qualificado por emprego de fraude (*art. 155, § 4º, II, do Código Penal*).

Acusada tem serviço de fornecimento de água cortado por falta de pagamento, oportunidade em que contrata terceiro para fraudar o registro de consumo, passando a subtrair 200 m³ de água da rede de fornecimento, causando prejuízo de R$ 979,30, à empresa SABESP.

Comunicada a respeito da fraude, a empresa vítima envia funcionário ao local, que constata a fraude *'in loco'*, momento em que a ré admite os fatos.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Assim e de saída, pela ***materialidade*** verificada por ***(i)*** boletim de ocorrência (*f. 4/5*); e ***(ii)*** exame pericial (*f. 10/14*).

E a ***autoria*** também é induvidosa.

A começar por todo esse ***quadro flagrancial***, que desponta como marco indelével de autoria, *'in casu'*.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "*iter criminis*", ou imediata e consequentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Além disto, os harmoniosos relatos ***(i)*** do representante da vítima, Marcelo, mídia digital, e ***(ii)*** testemunha *Danilo, mídia digital*.

Marcelo confirma que foi realizada vistoria na residência da acusada, constatando-se a fraude no sistema de registro de consumo de água, apurando-se a subtração de água, causando prejuízo de aproximadamente *R$ 1.000,00*.

Já a ***testemunha Danilo*** relata que foi acionado a comparecer ao local, oportunidade em que averiguou a fraude, consistente em uma "ligação direta", momento em que fotografou o ocorrido e providenciou o desligamento do fornecimento de água.

Evidentemente autênticos os relatos.

Que dão conta certa da responsabilização.

E a ***acusada admite a autoria do crime em Juízo***, *mídia digital*, afirmando que passou por dificuldades financeiras e "um senhor se ofereceu" para ligar a

Acesso ao Sumário

água, o que ela aceitou.

Acrescenta ter arcado com a dívida perante a empresa vitimada.

O que só pode levar à certeza do quadro.

Não há, enfim, e nem de longe, **fragilidade probatória**.

Ao reverso, ela é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

E nem se queira escudar em **ausência de dolo**, alegando-se que acreditava que o senhor que "efetuou a ligação" da água era um funcionário da SABESP.

Ora.

O serviço não foi solicitado devidamente junto à empresa e a *acusada*, após a ligação da água, ***permaneceu sem pagar pelo consumo de água.***

Não se pode alegar em erro quem age de tal maneira.

Verdadeiramente comezinha a regra vigente quanto ao pagamento por serviços de água e luz.

Trata-se de consumo cobrado regularmente em contas mensais.

Até mesmo a ligação de tais serviços deve ser solicitada junto às empresas fornecedoras, jamais a "um senhor que se ofereça" a ligar.

As escusas da *acusada* são estapafúrdias neste sentido e não caracterizam, de forma alguma, ausência de dolo.

Praticou e manteve-se a praticar a infração, esta a verdade.

De outro turno, ***não há qualquer previsão legal***, *'in casu'*, para afastar a aplicabilidade da Lei Penal pela circunstância de a ré ter eventualmente pago o débito, ressarcindo o prejuízo da vítima, anteriormente ao recebimento da denúncia.

Tal circunstância, prevista para crimes de ordem fiscal, ***não incide em crimes da natureza aqui verificada***, senão para eventual redução de pena (*art. 16 do Código Penal*).

Acesso ao Sumário

O que, ademais, depende de comprovação, o que não providenciou a Defesa.

Tampouco há como se cogitar a aplicação do ***princípio da insignificância***, por absoluta ausência de previsão legal a justificar a aplicação da tese.

Ademais, trata-se de um prejuízo aproximado de R$ 1.000,00, o que não pode ser considerado insignificante ou de pequena monta.

Qualificadora inafastável, caracterizada a **fraude** pelo procedimento de adulteração do sistema hidráulico para possibilitar o abastecimento de água sem o respectivo cômputo pelo medidor de consumo.

Condenação, portanto, inevitável.

"*Quantum satis*".

Apenamento.

Base majorada adequadamente pelos ***maus antecedentes***, *f. 163/164*, chegando-se a ***2 anos e 4 meses*** de reclusão, mais ***11 dias-multa***, no piso.

Ademais, irrelevante há quanto tempo tenha ocorrido condenação criminal pretérita, dês que inexiste período depurador quanto aos maus antecedentes.

De outro turno, tratar a *acusada* igualmente a um réu primário seria ofensa ao princípio da individualização da pena.

Donde a inviabilidade da redução, *'in casu'*.

À segunda fase, benevolente compensação da reincidência, *f. 163*, pela confissão, quando poderia aquela prevalecer (*art. 67 do Código Penal*), *'data venia'* do entendimento da origem.

Finalizada, portanto, em ***2 anos e 4 meses de reclusão***, mais ***11 dias-multa***, no piso.

E ainda quanto aos critérios da origem, utilizados para majoração da pena, aqui bem aplicados, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, neste C. Grupo, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do art. 68 do Cod.Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Quanto ao regime, ***cabível***, *'in casu'*, o ***semiaberto.***

Muito embora a fundamentação da origem se encontre bem fundamentada e a ré apresente passado criminoso, seus antecedentes são atinentes a crimes de pena igual ou inferior a um ano, ambos com regime aberto.

Que evidentemente e até aqui, não se demonstrou suficiente para que se atingisse a ressocialização.

Entrementes, a vingar a tese do regime mais gravoso, poderia eventualmente obliterar a oportunidade de ressocializar-se em semiaberto.

Daí porque se reforma a r. sentença, somente quanto a tanto.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, incogitável a substituição da corporal.

A *acusada* apresenta nada menos que duas condenações criminais, não se demonstrando socialmente recomendável, *'in casu'*, nos termos do art. 44, I e III, do Código Penal.

Confirmada a r. sentença condenatória por v. acórdão, de rigor a expedição de mandado de prisão, esgotados os recursos cabíveis nesta Instância.

POSTO, e mantido o mais do decidido, ***dá-se parcial provimento ao apelo defensivo***, apenas para alterar o regime prisional aplicado para ***semiaberto.***

Expeça-se mandado de prisão, esgotados os recursos cabíveis nesta C. Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002133-43.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante F.E.S.O., 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 45.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 11 de junho de 2019.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPROS CONTRA A FILHA DE 10 ANOS DE IDADE EM CONTINUIDADE DELITIVA – RÉU RENITENTE, EXPIADO POR HOMICÍDIO, QUE VEIO A DELINQUIR CONTRA PROLE DURANTE SAÍDA TEMPORÁRIA DE FINAL DE ANO – AUTORIA INDENE – DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA – REUNIÃO DE MÚLTIPLAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS – RECALCITRÂNCIA – CONDIÇÃO DE PAI QUE IMPLICA NA INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO DA PENA, ALINHADO AO ACRÉSCIMO DA CONTINUIDADE DELITIVA NA TERCEIRA FASE

Acesso ao Sumário

DA FIXAÇÃO DA PENA – DESTINATÁRIO DA PROVA QUE LANÇOU DECISÃO DE LUSTRO, MERECENDO RATIFICAÇÃO POR SEUS PRÓPRIOS E DEDUZIDOS TERMOS – REGIME FECHADO – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

F.E.S.O. foi condenado pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de MOGI DAS CRUZES, nos autos do Processo nº 2133-43/2016, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Freddy Lourenço Ruiz Costa*, como incurso no art. 217-A, em concerto com o art. 226, inciso II, e art. 61, I, do Código Penal, por três vezes, em continuidade delitiva, às penas de 25 (vinte e cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, nos termos da Lei nº 11.464/07 (fls. 206/222).

O apelante foi processado porque entre os dias 23 e 31 de dezembro de 2015, em horários não esclarecidos, na Rua (...), praticou, por três vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua filha, E.C.S.O., que ao tempo do fato, era menor de 14 anos de idade.

Apela, pleiteando absolvição com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, porque insuficiente o concerto probatório para estribar a lançada expiação e, de maneira eventual, postula a redução da pena e a isenção de custas (fls. 241/256).

Contrariado o recurso (fls. 264/304), o douto Procurador de Justiça Dr. Rodolfo Valter Rodrigues Alves, opina pelo desprovimento (fls. 343/350).

É o relatório.

De início, tece-se loas à decisão monocrática terminativa de mérito da lavra do ilustre Magistrado, Dr. Freddy Lourenço Ruiz Costa, que analisou toda questão deste caderno processual com sobeja sabedoria, traduzindo-se em comando judicial de lustro que bem espelha o justo concreto, o que foi feito à luz de motivação adequada, irrebatível, ornamentada com farta citação de repertórios de doutrina e jurisprudência, ficando, desde logo, anotado aqui os justos cumprimentos desta Câmara à notável prestação jurisdicional que se emprestou ao fato.

Apesar de o tema estar exaurido, firma-se a premissa de que a palavra da vítima, em sede de crime contra os costumes, representa elemento de suma valia e significativa importância (RT 424/326, 429/388, 430/344), não se podendo fugir da vetusta regra de julgamento: vítima que aponta desassisado, com toda segurança, antecipa édito expiatório.

O ilustre Desembargador CANGUÇU DE ALMEIDA, que abrilhantou esta Câmara, assim nos orienta quanto à matéria: "*em crimes praticados na*

Acesso ao Sumário

clandestinidade presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que de pouca idade, a inescrupulosamente, incriminar alguém lhe atribuindo falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Especialmente, se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar, para terceiros estranhos, toda a vergonha desdita que passou" (RT 733/545).

Outra premissa a ser firmada é que os crimes em destaque são "*delicta facti transeuntis*", e, sendo assim, prescindível prova técnica, da materialidade da infração, bastando, na maioria das vezes, como se dá na espécie, o apontamento imaculado da autoria pela vítima, relato que têm preponderância aos dizeres do acusado, como já firmado, para estar antecipado o édito expiatório.

Nessa linha, a expiação hostilizada é ratificada, na forma do art. 252 do RITJSP. De fato, a infante, ao tempo do fato, contava com 10 anos de idade (RG às fls. 21) e em seu ânus havia resquícios de espermatozoides, o que delineia a existência de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com ejaculação do infrator.

O réu, homicida, valeu-se de saída temporária de Natal para perpetrar os crimes. O desassisado, pai da menina, primeiro passou a importuná-la, tateando seu corpo debaixo das vestes (primeiro ato). A investida foi evoluindo, até que passou a tocá-la na vagina (segundo ato). Por fim, tentou penetrá-la (terceiro ato), sem êxito, porque outro filho o flagrou em pleno ato para desafogo da concupiscência, obstaculizando a investida marginal.

De doer na retina.

A fala da ofendida é incisiva contra o genitor. Narrou, em miudezas, toda desdita sofrida naquele horrendo e tonitruante final de ano. Os três crimes foram com riqueza de pormenores narrados pela criança, impressionando pela desfaçatez do canalha. Tal inculpação é confortada pela fala contundente do irmão da ofendida, também filho do degenerado, que o flagrou durante a investida marginal. O inescrupuloso foi inculpado ainda pela companheira.

Em suma, são três relatos uníssonos e verossímeis de pessoas acima de qualquer suspeita contra exculpa falaciosa de um celerado. Daí porque não se pode imaginar outro resultado que não uma expiação, com pena agravada pela hediondez do fato. Aliás, desde o julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1480881/PI, o Superior Tribunal de Justiça pacificou orientação de que para caracterização do crime de estupro de vulnerável, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima, sua

Acesso ao Sumário

eventual experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

O mentecapto, sem traço algum de arrependimento no interrogatório, diz que a incriminação é uma obra diabólica. Vale dizer, uma versão apta a corar de vergonha até uma estátua de pedra. Por outro lado, a prova acusadora vem permeada de dados concretos que lhe retiram a pecha de suspeita. Em tais circunstâncias, porque a prova é de excelente qualidade, ratifica-se a decisão hostilizada, máxime porque os atos para desafogo da lascívia foram na clandestinidade e os dizeres incriminadores são absolutamente desprovidos de relatos fantasiosos.

Os fatos são típicos porque o réu, de forma induvidosa, adotou três vezes conduta para desafogo da lascívia, ou seja, para atingir o prazer sexual. Por conseguinte, não há falar em desclassificação de conduta. Com efeito, atingiu desiderato para desafogo da concupiscência, por três vezes na forma consumada, em continuidade delitiva e, assim, mantém-se a condenação.

O acréscimo de um terço à pena-base é suficiente motivado na decisão monocrática terminativa de mérito. O mesmo patamar foi inserto na segunda fase da fixação da pena por conta da recalcitrância. Na terceira fase da fixação da pena, mais um aumento imperioso pela condição de pai da ofendida, agora na fração de metade, sendo outro lançado, mas no importe de um quinto, pela continuidade delitiva. Anota-se que todos os aumentos têm adequada fundamentação e, em tal cenário, devem ser respeitados, até porque a conduta do celerado é odiosa e repugnante e a dosimetria penal infligida irretocável e sóbria.

Ademais, a dosimetria da pena é uma matéria sujeita à discricionariedade do destinatário da prova, cabendo às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos, das provas, o ônus de fixar, de fato, a reprimenda, competindo, por outro lado, aos Tribunais, em regra, a correção de discrepâncias, apenas se arbitrárias (STF, HC 120283/SP, Rel. Min. ROSA WEBER). Na espécie, trata-se de réu com personalidade extremamente desvirtuada, nociva à vida em sociedade. A conduta é desprezível, abjeta, odiosa, perniciosa, doentia, sádica, causando na criança sequela irreversível.

São sombrios os tempos em que há oferta farta de sexo em praticamente toda urbe e na internet com profissionais do ramo, mas o desassisado desafoga concupiscência na própria filha de 10 anos. Que legado é este a ser deixado para as gerações futuras? Que sociedade estes pequeninos vão encontrar? Em que instante da história para trás ficaram os mais comezinhos valores morais?

Mais uma vez, de doer na retina.

Por fim, lembra-se do poema "*Resposta na Sombra*" do imortal OLAVO BILAC: "*Sofro ... Vejo envasado em desespero e lama; Todo o antigo*

Acesso ao Sumário

fulgor, que tive na alma boa; Abandona-me a glória; a ambição me atraiçoa; Que fazer, para ser como os felizes?

***- Ama*!"**

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007000-92.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ALEX JULIANO DOS SANTOS, 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: "Por votação unânime, deram provimento ao recurso para absolver ALEX JULIANO DOS SANTOS, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Declara voto convergente o E. Revisor, Des. Edison Brandão. Comunique-se. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Alex Sandro Ochsendorf, e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.055)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 28 de maio de 2019

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE (Art. 273, §1ºB, I, CP) – Sentença desclassificatória, com condenação pelo art. 273, §2º, CP – Decisão transitada em julgado para o Ministério Público – Preliminar de nulidade arguida pela Procuradoria de Justiça – Desacolhimento – Violação do princípio da correlação – Condenação baseada em fato não narrado na denúncia – Nulidade – Ocorrência – Decisão 'extra petita' – Não obstante, por tratar-se de recurso exclusivo da defesa, descabida a declaração de nulidade em prejuízo do réu –

Acesso ao Sumário

Incidência da Súmula 160, do STF – Inaplicabilidade, ainda, do art. 384, do CPP, em segunda instância – Absolvição de rigor – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 409/417, **Alex Juliano dos Santos** foi condenado à pena de 01 ano de detenção, em regime inicial aberto, mais ao pagamento de 10 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no art. 273, §2º, do Código Penal. Preenchidos os requisitos legais, a sanção corporal foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas pelo mesmo prazo da condenação.

Inconformado, apela o acusado, alegando, em preliminar, nulidade decorrente de flagrante preparado. No mérito, pugna pela absolvição, ao argumento de atipicidade da conduta pela ocorrência de crime impossível ou, ainda, de ausência de provas da materialidade delitiva (fls. 435/448).

Contrariado o recurso (fls. 450/453), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça suscitado, em preliminar, nulidade decorrente da ausência de correlação entre a denúncia e a sentença e, no mérito, opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 460/465).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 30 de abril de 2015, no período da manhã, na Avenida Almirante Saldanha da Gama, Posto Ipiranga, Ponta da Praia, em Santos, o acusado tinha em depósito para vender, os diversos produtos citados na denúncia (suplementos e anabolizantes), sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA), conforme consta das informações de fls. 38.

Segundo narra a denúncia, a Polícia Civil foi informada de que um indivíduo conduzindo um veículo Peugeot de cor prata receberia uma entrega de produtos sem registro na ANVISA, na data dos fatos, próximo às 11 horas, em um posto de gasolina em frente à travessia da balsa.

Em razão da notícia, para lá se encaminharam e efetuaram campana, ocasião em que avistaram o acusado dentro do veículo descrito e realizaram a abordagem. No interior do automóvel, em poder do acusado, localizaram os produtos acima referidos, os quais não possuem registro no Brasil pela ANVISA.

O material foi exibido, apreendido e submetido à perícia. A ANVISA, em informação de fls. 38, constatou que a mercadoria não possuía registro.

Pois bem.

A d. Procuradoria de Justiça, em alentado parecer, arguiu preliminar de

Acesso ao Sumário

nulidade do decisum de primeiro grau por ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a r. sentença, requerendo, destarte, sua anulação.

Isso porque o apelante foi denunciado pela prática do crime de ter em depósito para vender produtos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (art. 273, §1º-B, I, do Código Pena)l; não obstante, a i. magistrada de primeiro grau, em detrimento das disposições do art. 384, do Código de Processo Penal, prolatou sentença condenando-o como infrator do art. 273, §2º, do *codex*, sem observar que a elementar do crime culposo não estava contida, implícita ou explicitamente, na peça acusatória.

Nessa medida, razão assiste ao percuciente Procurador de Justiça dr. Marcos Hideo Ihara, quanto ao fundamento exposto, haja vista que, de fato, constata-se que o i. juízo *a quo* condenou o apelante por fato não descrito na denúncia, violando, destarte, o disposto no art. 384, do Código de Processo Penal, que determina que deve haver correlação entre a exordial acusatória e a sentença.

Entretanto, embora seja o caso de admitir os fundamentos apresentados, deixa-se de acolher a preliminar, porquanto outro deve ser, inexoravelmente, o deslinde do feito, pois o recorrente deve ser absolvido, ainda que por fundamento diverso do apresentado pela defesa e, não, a sentença ser anulada.

Com efeito, a douta magistrada sentenciante apenas poderia ter condenado o réu pelo crime na modalidade culposa se tal conduta estivesse descrita na denúncia. Caso contrário, ao vislumbrar a possibilidade de desclassificação da conduta, deveria ter provocado o i. representante do Ministério Público para que examinasse a necessidade de aditamento ou não da inicial.

Neste sentido, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

"O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado da congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação" (As Nulidades no Processo Penal, Malheiros, São Paulo).

Assim, no caso concreto, verifica-se que restou violado o princípio da correlação, já que, não descrevendo a denúncia, sequer implicitamente, o tipo culposo, a desclassificação, ainda que represente aparente benefício ao acusado, a quem seria imposta pena mais branda, deve observar a regra insculpida no art. 384, do Código de Processo Penal.

Confira-se, a propósito:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. MUTATIO LIBELLI E

Acesso ao Sumário

DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL DOLOSO PARA A FORMA CULPOSA DO CRIME. Quando na denúncia não houver descrição sequer implícita de circunstância elementar da modalidade culposa do tipo penal, o magistrado, ao proferir a sentença, não pode desclassificar a conduta dolosa do agente – assim descrita na denúncia – para a forma culposa do crime, sem a observância do regramento previsto no artigo. 384, caput, do CPP. Com efeito, o dolo direto é a vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal. A culpa, por sua vez, decorre da violação ao dever objetivo de cuidado, causadora de perigo concreto ao bem jurídico tutelado. A par disso, frise-se que, segundo a doutrina, "no momento de se determinar se a conduta do autor se ajusta ao tipo de injusto culposo é necessário indagar, sob a perspectiva ex ante, se no momento da ação ou da omissão era possível, para qualquer pessoa no lugar do autor, identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido (cognoscibilidade ou conhecimento do risco proibido e previsibilidade da produção do resultado típico)". Nesse passo, a prova a ser produzida pela defesa, no decorrer da instrução criminal, para comprovar a ausência do elemento subjetivo do injusto culposo ou doloso, é diversa. Assim, não descrevendo a denúncia sequer implicitamente o tipo culposo, a desclassificação da conduta dolosa para a culposa, ainda que represente aparente benefício à defesa, em razão de imposição de pena mais branda, deve observar a regra inserta no artigo 384, caput, do CPP. Isso porque, após o advento da Lei 11.719/2008, qualquer alteração do conteúdo da acusação depende da participação ativa do Ministério Público, não mais se limitando a situações de imposição de pena mais grave, como previa a redação original do dispositivo. Portanto, o fato imputado ao réu na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre acusação e sentença, corolário dos princípios do contraditório, da ampla defesa e acusatório" (REsp 1.388.440-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 5/3/2015, DJE 17/3/2015).

Ademais, é de conhecimento notório a inaplicabilidade do art. 384, da Lei Adjetiva em segunda instância, conforme dispõe a Súmula 453, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"*Não se aplicam à 2ª Instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude da circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".*

Entende-se, pois, que se trata de uma condenação incongruente, pois dissonante dos termos da inicial acusatória (que, diga-se, não foi aditada), o que é vedado no processo penal, se não observado o devido processo legal.

Nada obstante, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, se não foi o

Acesso ao Sumário

vício arguido pela acusação, em sede de recurso, como no caso *sub judice*, não está autorizado o segundo grau de jurisdição a invalidar o procedimento, pois acarretaria prejuízo ao acusado que, mesmo após advento de decreto absolutório, teria que novamente se submeter a uma ação penal com possibilidade de eventual condenação mais gravosa.

Nessa toada, incide, na hipótese, a Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal e o princípio do *favor rei*, porquanto não se admite a declaração de nulidade em prejuízo do réu.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS NULIDADE ACOLHIDA, EM PREJUÍZO DO RÉU, EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA IMPOSSIBILIDADE REFORMATIO IN PEJUS SÚMULA 160 DO STF ORDEM CONCEDIDA - Evidencia-se a reformatio in pejus, quando nulidade é acolhida, em prejuízo do réu, em recurso exclusivo da defesa. - A Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal, esclarece bem a questão, não havendo qualquer dúvida que o Tribunal somente pode acolher nulidade em prejuízo do réu que tiver sido alegada pela acusação, em seu recurso, ressalvados os casos de recurso de ofício - Ordem concedida para anular o acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, anulando, consequentemente, a sentença a ele posterior" (STJ – HABEAS CORPUS 71968 – Processo: 200602701401 – UF: MS – Órgão Julgador: QUINTA TURMA – DJ: 24/09/2007 Relatora: JANE SILVA – DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG).

Noutro viés, segundo se infere das razões de apelação, o réu recorreu objetivando a absolvição por argumentos outros, nada alegando sobre a nulidade acima referida. E, como dito alhures, tendo em vista que a regra do art. 384, do CPP não tem aplicação em segundo grau, a solução é a inevitável absolvição do apelante, já que, à ausência de recurso ministerial, a nulidade não pode ser reconhecida.

Nessa medida, rejeita-se a preliminar suscitada pela d. Procuradoria de Justiça, sem afastar, contudo, a existência da nulidade. Não obstante, por tratar-se de recurso exclusivo da defesa, sendo defeso, portanto, ao Tribunal reconhecer nulidade em prejuízo do réu, de rigor a absolvição do apelante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso para absolver ALEX JULIANO DOS SANTOS, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Comunique-se.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 35.662)

Reitero o relatório já constante do voto da lavra do Eminente

Desembargador Relator, Dr. Camilo Léllis, a quem acompanho integralmente no sentido prover o recurso, tecendo as seguintes considerações convergentes:

Compulsando-se os autos verifica-se que o MM. Juízo *a quo* condenou o apelante pelo crime na modalidade culposa, conduta esta não descrita pela denúncia, que apenas narrava a prática do delito em sua modalidade dolosa.

Assim, violou-se o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se reveste a decisão de nulidade. Ocorre que, à ausência de recurso ministerial, este E. Tribunal não está autorizado a declarar nulidade em prejuízo do réu, diante da interposição de recurso exclusivamente pela defesa.

Conforme bem apontado pelo Exmo. Relator, incide, neste caso, o entendimento fixado pela Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, então, que o réu não foi denunciado pelo crime em sua modalidade culposa e, consequentemente, não houve apuração, ao longo da instrução criminal, dos fatos pelos quais restou condenado.

Outrossim, não houve oportunidade de defesa em relação à tais fatos.

Portanto, e ante a inexistência de aditamento da inicial acusatória nos autos da ação penal, não poderia a r. sentença condenar o apelante por conduta não descrita, explícita ou implicitamente na denúncia, ressalvada a hipótese do art. 18 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, meu voto também é pelo provimento do recurso, acompanhando o Relator.

EDISON BRANDÃO, Desembargador Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001914-41.2016.8.26.0616, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado KALEL LIFERSON GOMES DE BARROS.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Roubo qualificado pelo concurso de agentes – Higidez do quadro probatório – Confirmação, pela vítima, do episódio delitivo – Manutenção da r. decisão condenatória.

Agravante do crime perpetrado contra idoso – Reconhecimento – Necessidade – Menoridade relativa e confissão espontânea – Compensação – Necessidade.

Causa de aumento de pena – Adoção da fração de 1/3 consentânea.

Tentativa – Réu preso em flagrante delito após entrar luta corporal com a vítima, arremessando-a ao solo, oportunidade em que transeuntes vieram em seu socorro – Redução mínima mais adequada à espécie.

Suspensão condicional da pena – Cancelamento – Necessidade – 'Quantum' da pena superior a dois anos – Inteligência do artigo 77 do Código Penal.

Regime prisional fechado – Adequação – Gravidade do delito, que contou com violência desnecessária contra idoso, perpetrada pelo réu e por seu comparsa, que justifica a imposição do mais gravoso dos regimes prisionais.

Apelo acusatório provido.

VOTO

A r. decisão de fls. 153/157, do d. juízo de direito da 3ª Vara da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando Kalel Liferson Gregório dos Santos por infração ao artigo 157, § 2º, II, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal, respectivamente, às penas de 01 ano e 09 meses de reclusão, sob regime prisional aberto, e de 13 dias-multa, no piso legal; suspensa condicionalmente a pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

Apelou, o representante do Ministério Público, bradando pelo reconhecimento da agravante do crime perpetrado contra idoso, sem repercussão nas penas, dada a compensação subsequente com as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, e pela redução das penas em patamar mínimo como decorrência do reconhecimento da tentativa, além de buscar o recrudescimento do regime prisional, imperiosa a fixação do mais gravoso deles.

O apelo foi regularmente processado.

Acesso ao Sumário

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo.

Expedido alvará de soltura em favor do réu, cumprido a fls. 176.

É o relatório.

Com razão o Ministério Público.

Centrou-se a Acusação, em seu pleito, no que diz com o reconhecimento da agravante do crime perpetrado contra idoso, a redução em patamar mínimo a titulo do reconhecimento da tentativa e a fixação do mais gravoso dos regimes prisionais, o que não impede registrar que robustas as provas da materialidade e da autoria do delito trazidas para os autos, calcadas nos autos de prisão em flagrante delito, de exibição, apreensão e entrega e de reconhecimento pessoal positivo, bem como na prova oral coligida aos autos.

Em sua oitiva, a vítima G. M. de S. declarou que estacionava seu veículo, oportunidade em que se viu 'arrebatar' e agredir, buscando, o inculpado, arrancar-lhe das mãos a chave.

A policial militar Laisa disse que, comunicada dos fatos, dirigiu-se ao local, lá se deparando com a vítima e com vários moradores, além do réu, machucado. Os moradores queriam bater mais no acusado, colocado na viatura e encaminhado à Delegacia de Polícia; a vítima sofreu lesão na mão e revelou que o acusado tentou arrancar-lhe a chave do carro de sua mão, oportunidade em que entraram em luta corporal; o indigitado admitiu, informalmente, os fatos – realçou.

No mesmo sentido o depoimento de Paulo, seu colega de farda.

O acusado, ao ensejo de seu interrogatório, dizendo-se arrependido, admitiu haver protagonizado a ilícita prática, que contou com a participação de terceiro não identificado.

A hipótese, pois, era mesmo de condenação, eis que demonstrada a violência contra a vítima, que, surpreendida por seus algozes, foi agredida por um deles, ora réu, com quem entrou em luta corporal, sendo socorrida pelos moradores do bairro, o que impediu lograsse êxito, o meliante, por circunstâncias alheias a sua vontade, em seu intento criminoso.

Não fosse a coerente versão ofertada pela vítima e bastaria ao reconhecimento do concurso de agentes a confissão do réu, o qual não só admitiu a ilícita prática como disse da participação de terceiro não identificado.

Não obstante, as penas merecem redimensionamento.

As penas partiram do mínimo legal, sendo de rigor o reconhecimento da agravante do delito perpetrado contra idoso – a vítima contava, à época do ocorrido, sessenta e cinco anos de idade (fls. 10) – e sua subsequente compensação, consoante ressaltado pela Acusação, com as atenuantes da menoridade relativa e

Acesso ao Sumário

da confissão espontânea.

A causa de aumento do concurso de agentes autoriza, na fase subsequente da dosimetria, a exasperação levada a efeito, consentâneo o patamar eleito, obtendo-se com isso as penas de 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Reconhecida a tentativa, mostra-se mais apropriada a redução mínima nas penas, sendo irrelevante, nesse caso específico, não haja, o inculpado, sequer, se apossado da 'res'.

A vítima idosa não só foi abordada pelo acusado e por seu comparsa como também agredida, sendo arremessada ao solo, suportando lesão em uma das mãos.

O delito não se consumou apenas por conta do destemor incomum da vítima idosa, que entrou em luta corporal com o réu na defesa de seu bem, sendo socorrida pelos moradores do bairro, por muito pouco não logrando êxito, o assecla e seu comparsa, em seu intento criminoso.

Imperiosa, pois, a redução mínima, à conta de 1/3, perfazendo-se as penas finais de 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e de 08 dias- multa, no menor valor unitário.

Na linha das razões supra expendidas, realçada a violência desnecessária empregada pelo réu em seu desatino, caminho outro não resta senão impor-lhe o regime prisional fechado, sob pena de lhe soar, regime mais benéfico, como verdadeiro incentivo a seguir no submundo do crime.

O 'quantum' da pena impede a suspensão condicional da pena, ora cancelada, nos estritos termos do preconizado no artigo 77 do Código Penal.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso do Ministério Público para, reconhecida a agravante do crime perpetrado contra idoso, sem repercussão no cálculo dosimétrico, alçar as penas de KALEL LIFERSON GREGÓRIO DOS SANTOS a 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 08 dias-multa, no piso legal, impondo o regime prisional fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, cancelada sua suspensão condicional; mantida, no mais, a sentença recorrida, por seus bem deduzidos fundamentos.

Expeça-se, oportunamente, em desfavor do apelado, mandado de prisão, anotando-se o tempo de pena cumprido provisoriamente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0011912-14.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WELLINGTON MARCELINO SALES DA SILVA, 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, mantida a condenação, reduzir a reprimenda para 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 10 dias multa, na fração unitária mínima. Comunique-se à VEC. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39131)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: ROUBO QUALIFICADO. Incabível a desclassificação para o furto. A vítima e testemunha relatam que a ameaça verbal para entrega do bem e o uso de instrumento para corroborar essa grave ameaça. No confronto entre a negativa do apelante quanto à grave ameaça e a palavra de vítima e testemunha, os que tem compromisso com a verdade devem ter seu depoimento mais valorizado. Comprovado o concurso de agentes. A pena base foi bem dosada. Cabível a redução do patamar de agravamento da pena em razão da reincidência. Na terceira fase o aumento pelo concurso de agentes, com posterior diminuição da pena pela tentativa, deu-se em fração adequada e proporcional. Ausentes os requisitos da substituição da pena por restritiva de direitos. O regime inicial fechado não merece alteração. Indeferido o pedido de soltura do réu. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso.

VOTO

Não se conformando com a r. decisão de fls. 333/340 dos autos, contra ela recorre WELLINGTON MARCELINO SALES DA SILVA, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 13 de fevereiro de 2018, à pena de 4 anos, 8 meses e 26 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 17 dias multa, no piso mínimo, por infração ao artigo 157, § 2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Nas razões de apelo a fls. 347/365 alega que a conduta deve ser desclassificada para furto. Subsidiariamente requer a atenuação da pena ante a confissão, o arrependimento expresso, a tentativa de desistência, a ausência de resistência à prisão, a busca de perdão; que o agravamento pela reincidência se dê em menor patamar e que a diminuição pela tentativa ocorra em fração maior.

Pugna ainda pela fixação do regime aberto, com a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como pela revogação da prisão e pela detração penal.

Foram apresentadas as contrarrazões de apelo (fls. 373/375). Recurso regular e no prazo. O douto Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 406/416).

É O RELATÓRIO.

Ao contrário do que sustenta a defesa, as provas colhidas demonstraram que o apelante perpetrou conduta típica de roubo, na modalidade tentada.

Pelo que consta dos autos, no dia dos fatos a vítima Lúcia Castro Lemos havia acabado de estacionar o veículo Jeep/Renegade e após retirar seu filho do automóvel foi surpreendida pelo apelante e outro indivíduo não identificado.

Segundo a ofendida, o outro indivíduo disse: "me dá a chave, é um assalto, você está com o menino", dizendo ainda: "mostra pra ela". A declarante entregou a chave e deu um passo para trás quando o réu abriu uma bolsa e tirou algo que parecia uma máquina de eletrochoque. Foi para trás do portão. Os dois entraram no carro e não conseguiram ligar. Desceram do carro e começaram a correr. Nisso encostou com o filho na porta do serviço de seu marido e começou a gritar "assalto, assalto". Seu marido saiu de lá e, juntamente com a ofendida e o filho, entraram no carro, dirigindo em busca dos criminosos. Seu marido conseguiu alcançar o réu, segurando-o pela camisa. Reconhece o acusado com certeza absoluta. Ficou com trauma desde o dia que foi vítima do crime, chegando a vender o carro e sequer dorme a noite. A arma mostrada era "um retângulo comprido com duas pontas de metal". A ameaça proferida foi para entregar o carro e não reagir. Impossível confundir um celular com a arma mostrada, a arma era maior. A polícia compareceu ao local.

Acesso ao Sumário

Portanto, a grave ameaça restou certa. Independente do tipo de instrumento utilizado para exercer a grave ameaça, é inequívoco que o réu utilizou de um instrumento para ameaçar a ofendida. Ainda, a testemunha Denis, marido da ofendida, disse que viu uma arma que lhe foi apontada pelo acusado, quando este estava dentro do carro. Embora não soubesse precisar que tipo de instrumento o réu utilizou para exercê-la, é inequívoco que houve o uso de instrumento para realizar a grave ameaça.

No mais, a testemunha Denis narrou como se deu a perseguição aos criminosos, esclarecendo que após ouvir sua esposa gritar "ladrão, ladrão", saiu

da casa e foi ao carro, batendo no capô. O réu e outro indivíduo estavam dentro do carro. Esse foi o momento em que o acusado lhe apontou uma arma. Os dois criminosos não conseguiram ligar o carro e saíram correndo, pelo que dirigiu seu veículo, com sua esposa e seu filho, na busca dos criminosos. Os criminosos subiram no telhado de uma casa e pularam o muro, mas o réu caiu, sendo segurado pelo depoente. Logo em seguida a polícia militar chegou. Acredita que a arma ficou com o outro rapaz que fugiu.

Por outro lado, o réu admitiu ter praticado delito diverso, de furto. Disse que a chave foi tomada da mão da ofendida pelo seu parceiro de crime, não houve anúncio de assalto. Relata que entrou, com seu conhecido, no carro e não conseguiram ligá-lo, momento em que o marido da ofendida apareceu e bateu no capô do veículo. Saíram correndo, quase foram atropelados pelo marido da vítima. No final da rua subiram em cima de uma firma mas decidiu descer para conversar com o marido da ofendida, pedindo que não fizesse nada pois tinha filhos pequenos que estavam com fome, mas eles disseram que chamariam a policia. Esclarece que na hora em que o interrogando e o parceiro anunciaram a tentativa de furto, o interrogando estava com o celular na mão, não havia arma de choque. O anúncio do crime consistiu no fato de seu parceiro puxar a chave da mão da vítima.

Não obstante, a versão do réu, de que o anúncio do furto consistiu em puxar a chave da mão da vítima, não condiz com aquilo que apurado nos autos. Primeiro, porque o próprio acusado foi contraditório ao negar o anúncio de roubo e depois, ao afirmar que foi anunciado o furto.

Em segundo porque, no confronto entre a negativa do apelante quanto à grave ameaça e a palavra de vítima e testemunha, há que se sopesar o valor do trazido por cada uma delas. Enquanto o acusado em processo criminal não é obrigado a produzir prova contra si próprio e não tem compromisso com a verdade, vítima e testemunhas respondem criminalmente caso seja imputado crime falsamente ou se falte com a verdade em afirmação. Por certo que os que têm compromisso com a verdade devem ser mais valorizados.

Ademais, inexistem indícios de que a vítima vise incriminar inocente, com quem não guarda qualquer vínculo, não havendo provas produzidas pela defesa a esse respeito. Tem-se ainda que a palavra da vítima demonstra convicção e certeza, merecendo acolhimento. Nesse sentido:

> *Art. 157, par. 2º, I e II, duas vezes, na forma do art. 70, ambos do CP. Autoria e materialidade delitiva demonstradas. Prova. Palavras da vítima e testemunhas. Credibilidade. Inexistência de motivos para acusarem, injustamente, os réus. Penas corretamente fixadas. Recursos não providos.* (Apelação nº 0002105-69.2014.8.26.0515, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. MACHADO DE ANDRADE, j. 30/11/2017).

Acesso ao Sumário

Apelação defensória – Roubos duplamente majorados – Autoria e materialidade bem comprovadas – Palavras firmes e coerentes da vítima e testemunhas – Condenação que se sustenta – Bases reduzidas, em não se verificando antecedentes, na acepção técnica do termo – Penas redimensionadas – Causas elevatórias claramente delineadas, dada a segurança demonstrada pela lesada – Emprego de arma que independe da apreensão, se presente prova a respeito – Precedentes – Majoração decorrente da duplicidade de causas bem praticada – Regime fechado mantido – Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0002398-14.2011.8.26.0137, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. IVAN SARTORI, j. 28/11/2017).

APELAÇÃO. Roubo simples. Artigo 157, caput, do Código Penal. Recurso da defesa. Autoria e materialidade comprovadas pelo conjunto probatório carreado aos autos. Em ilícitos patrimoniais, a palavra da vítima é sumamente valiosa. Dosimetria da pena. Redimensionamento. Reprimenda básica devolvida ao mínimo legal. Vedação da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Inteligência da Súmula 444, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Regime inicial semiaberto que melhor se ajusta ao caso. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação nº0027298-60.2013.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. CAMARGO ARANHA FILHO, j. 30/11/2017).

Ressalta-se que o crime de roubo não exige uma forma solene para ser configurado, bastando que haja a intimidação necessária para a subtração do bem almejado, o que é o caso dos autos. Observa-se que a ação do agente e do coatuor acabou por atingir a integridade psíquica da vítima, uma vez que teve sua capacidade de resistência reduzida e não pode impedir a tentativa de subtração de seus pertences.

No mais, destaco que o depoimento da testemunha Avelino Jorge A. Costa, delegado de polícia, em nada modifica o quadro probatório, posto que narrou aquilo que se recordou, que existiu ocorrência de roubo qualificado tentado, relatando a versão que lhe foi narrada pela vítima.

Por todo o exposto, de se concluir que é incabível a desclassificação, posto que a grave ameaça foi comprovada nos autos.

O concurso de agentes também foi demonstrado conforme o depoimento da vítima, da testemunha Denis e do próprio réu.

Denota-se que os dois agentes se apossaram da chave do carro da vítima, adentraram ao veículo e não conseguiram ligá-lo, evadindo-se a seguir posto que interpelados pela testemunha Denis. Logo, o *iter criminis* percorrido foi longo, próximo à consumação, sendo correta a redução da pena em 1/3.

Acesso ao Sumário

No mais, nada há nos autos a demonstrar a desistência do réu quanto à prática delitiva posto que tentou fugir com seu parceiro, sendo capturado somente porque caiu, oportunidade em que Denis, marido da vítima, o segurou até a chegada dos policiais.

O alegado arrependimento não se configurou na situação fática, pelo contrário, não conseguindo consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade, o réu evadiu- se, sendo alcançado.

No que tange à reprimenda, na primeira fase foi imposta no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e o pagamento de 10 dias multa.

Na fase seguinte observa-se que o réu é reincidente, sendo o caso de utilizar o patamar de agravamento da pena em 1/6, usualmente adotado pela jurisprudência, observando-se que não houve justificativa, na sentença, para a exasperação em patamar mais elevado, daí a necessidade de modificação. Pena em 4 anos e 8 meses de reclusão e o pagamento de 11 dias multa.

Por fim, presente o concurso de agentes como já exposto no Acórdão, a reprimenda é aumentada em 1/3, totalizando 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 14 dias multa. Tendo em vista o iter criminis percorrido, como já mencionado neste julgamento, a diminuição pela tentativa deve permanecer em 1/3, finalizada a pena em 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e o pagamento de 10 dias multa, na fração unitária mínima.

Tratando-se de crime cometido mediante violência ou grave ameaça e de réu reincidente, bem como pela quantidade da pena aplicada, não se cogita da substituição da pena por privativa de liberdade ou de sua suspensão.

No que tange ao regime inicial fechado, deve ser mantido. Isso porque é o que melhor se adequa para a reprovação e prevenção do crime de roubo, de forma que o agente absorva a terapêutica prisional e sinta o peso de sua responsabilidade pela prática delitiva, tratando-se de situação gravosa, que enseja esse rigor.

Ademais, se trata de crime que vem assolando a sociedade e causando grande pavor na população, além de se constituir em conduta extremamente grave.

Nota-se que a vítima relatou estar com seu filho no colo, sendo que o recorrente e o outro indivíduo se aproveitaram dessa situação para exigir a entrega da chave do carro, anunciando o assalto e, ainda, o recorrente a ameaçou com um instrumento, provável arma de choque, situação que evidencia a conduta nociva e desajustada dos agentes, de maior periculosidade, a autorizar sua retirada do convívio social.

Ademais, o réu é reincidente em crime doloso, ou seja, anteriormente apenado, voltou a delinquir, em notória demonstração de que não absorveu a terapêutica prisional, o que autoriza o maior rigor, à luz do artigo 33, §2º e

Acesso ao Sumário

alíneas do Código Penal.

Tendo sido expedida Guia de Recolhimento provisória, fls. 376/377, deixo de apreciar a detração penal, posto que já está ocorrendo por aquele meio.

Em relação à prisão do réu, deve ser mantida. Primeiro, porque estão presentes os requisitos da prisão preventiva, já que há prova suficiente de autoria e materialidade delitivas o que, somado ao fato de ser réu reincidente, evidencia a necessidade da prisão para a manutenção da ordem pública, visando evitar a reiteração da prática delitiva.

Em segundo porque, pela fase processual alcançada e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a execução da pena privativa de liberdade é cabível após a confirmação da sentença em Segundo Grau.

Nesse sentido houve orientação do Plenário do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, em sessão realizada em 17/02/2016, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, por maioria de votos, entendeu cabível a execução da pena privativa de liberdade após a confirmação da sentença em Segundo Grau, asseverando que esse entendimento não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ainda, esse entendimento foi recentemente confirmado no Plenário do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sessão realizada no dia 04/04/2018, em julgamento do Habeas Corpus nº 152752/SP.

Assim, adotando o entendimento da Corte Suprema e considerando que o regime inicial fechado manteve- se inalterado, a prisão é mantida como forma de cumprimento da privativa de liberdade.

Isto posto, conhecendo do apelo, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** a ele para, mantida a condenação, reduzir a reprimenda para 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 10 dias multa, na fração unitária mínima. Comunique-se à VEC.

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2099404-29.2019.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA.

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 39.705)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Pretensão ministerial de requisição, pelo Juízo, do exame toxicológico – Ausência de inversão tumultuária do processo – Outrossim, medida que, pese o art. 56, da L. 11.343/006, é passível de realização pelo órgão acusatório – Recurso indeferido.

VOTO

Trata-se de correição parcial na qual o I. Promotor de Justiça atuante na comarca de Itapecerica da Serra busca, nos autos do processo-crime movido contra **JEVAN DA SILVA ARAÚJO** e **LUCAS BARBOSA DOS SANTOS FERREIRA** por suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes, determine-se ao N. Juízo *a quo* a requisição do exame químico- toxicológico.

Alega o corrigente, em apertada síntese, que, ao indeferir a medida pleiteada quando do recebimento da denúncia, o N. Magistrado decidiu contrariamente ao texto legal, incorrendo assim em inversão tumultuária ao processo, já que o artigo 56, da Lei nº 11.343/2006, prevê expressamente se tratar de atribuição do juiz a requisição de laudos periciais.

Processado o recurso e indeferido o pleito liminar (fls. 17/18), houve informações prestadas pelo N. Juízo a quo, restando asseverado que "*A decisão atacada foi amparada pelo **Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal**, elaborado pelo **Conselho Nacional de Justiça**. No referido manual, o CNJ orienta, como boa prática aos Ofícios Judiciais, que compete ao Ministério Público e à Defesa providenciar a juntada aos autos de informações às quais possuem acesso. E é esse justamente o caso em tela.*

*Ademais, pontuo que há crescente demanda processual e diminuta força de trabalho neste Ofício Criminal, que conta com apenas **três Escreventes** atualmente em exercício, ante **2.967 processos em curso,** em abril de 2.019*" (fls. 21).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 32/36, opinou pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Respeitados doutos entendimentos diversos, o presente não comporta provimento.

Anota-se, por primeiro, que a correição parcial é medida destinada a combater despacho judicial que inverta tumultuariamente o processo, implicando erro ou abuso na ordem dos atos processuais. Contra as decisões lançadas, e que contém necessariamente a convicção do magistrado, são previstos os demais recursos especificados na lei processual.

Dessa forma, a correição parcial, como acima destacado, visa afastar a inversão tumultuária do processo, e não debater a convicção do magistrado diante de uma determinada decisão.

Assim, e de interesse a apreciação da correição, necessária a análise dos atos imputados como tumultuários que ficou resumido, como se vê das razões apresentadas, no indeferimento, quando do recebimento da denúncia por suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes, da juntada dos laudos periciais, restando asseverado, naquele decisum, que "*A ação penal segue o sistema acusatório, cabendo ao Ministério Público, que é o titular dela, promover, por sua conta, as diligências que entender pertinentes, sob pena de adoção, por vias transversas, do sistema inquisitorial, rejeitado pela ordem constitucional vigente. Assim, indefiro o requerimento a fls. 75 – Retro juntada de laudos –, até porque o Ministério Público pode requisitá-lo de ofício, nos termos dos artigos 47 do Código de Processo Penal; 26, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 8.625/93; 7º, inciso II, e 8º, incisos II, III e IV, ambos da Lei Complementar nº 75/93; e 104, incisos I, III e V, da Lei Complementar Paulista nº 734/93*" (fls. 12).

Não se vislumbra, portanto, das razões apresentadas, qualquer ataque jurídico ao procedimento instaurado, e nem mesmo a forma de sua condução, observando, vez mais, que o inconformismo volta-se, exclusivamente, contra o indeferimento de requisição de laudo pericial. Ou seja, ataca-se o mérito da decisão, resumida na convicção do magistrado com relação à possibilidade da medida ser cumprida pelo órgão acusatório, convicção essa reiterada pelas informações prestadas, e não o procedimento ou sua condução.

Não se observa, dessa forma, ato ou inversão tumultuária na decisão do magistrado ou "*error in procedendo*", a justificar a interposição da correição.

Outrossim, não se olvidando do quanto expresso no "caput" do artigo 56, da Lei de Drogas ("*Recebida a denúncia, o juiz designará hora e dia para audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais*"), é de se ver que a decisão não se mostra teratológica, porquanto a medida é passível de realização pelo Ministério Público – a quem cabe a produção das provas acusatórias –, o que inclusive, no específico caso dos

autos e observados os informes prestados pelo N. Juízo a quo, contribuiria com o bom andamento e celeridade processual, mormente porque não se comprovou, por meio deste, seu impedimento ou dificuldade para tanto.

Veja-se que, nesse sentido, já decidiu o E. STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO JUÍZO LOCAL. CAPACIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO PARQUET. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HIPÓTESE VERTENTE.

1. A Constituição Federal preceituou acerca do poder requisitório do Ministério Público para que pudesse exercer, da melhor forma possível, as suas atribuições de dominus litis e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2. Ressalte-se que o referido poder conferido ao Parquet não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, desde que demonstre a incapacidade de sua realização por meios próprios. Precedentes.

3. Na hipótese vertente, contudo, o Ministério Público requereu ao Juízo que fosse requisitado da autoridade policial o laudo de exame toxicológico das substâncias apreendidas e o relatório do Sistema Disque Denúncia, sem demonstrar existir empecilho ou dificuldade para tanto.

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 938.257/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011).

Daí porque, não evidenciado que o ato combatido tenha consistido em inversão tumultuária do processo, tampouco que o Ministério Público não tenha a possibilidade de cumprir a diligência pretendida, o presente não há de ser provido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0000759-73.2011.8.26.0132/50000, da Comarca de Catanduva, em

Acesso ao Sumário

que é embargante DANILO DA SILVA GALLENI, é embargado 3ª CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ACOLHERAM OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS apenas para complementar a fundamentação atinente à matéria preliminar arguida pela Defesa, mantendo, no mais, a solução condenatória proferida através do v. Acórdão de fls. 270/281, com determinação para oportuna expedição de mandado de prisão, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.198)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO DESTINADA A TAL FIM.

Decisão do STJ em Recurso Especial que anulou o v. Acórdão proferido em sede de embargos de declaração, determinando a este Egrégio Tribunal de Justiça se pronunciar sobre as questões preliminares arguidas pela Defesa no tocante à prova emprestada. Advogado que teve pleno acesso à transcrição e laudo pericial atinente à interceptação telefônica autorizada por juízo diverso, sem postular qualquer diligência complementar de imediato. Cerceamento de defesa não constatado. Tese invocada tardiamente em sede de memoriais derradeiros, operando-se o fenômeno da preclusão. Condenação lastreada, ademais, em outros elementos de prova coletados em juízo. Prejuízo não demonstrado. Embargos declaratórios acolhidos, nos termos da determinação exarada pela Corte Superior, no caso apenas para reforçar os fundamentos lançados no julgamento da apelação, sem se modificar a solução condenatória, com oportuna expedição de mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Através do v. Acórdão observado a fls. 292/296, cujo relatório se adota, esta Colenda 3ª Câmara Criminal Extraordinária rejeitou os embargos de declaração opostos por DANILO DA SILVA GALLENI em face do aresto de fls. 270/281 que, no caso, deu provimento à apelação interposta pela Justiça Pública, de sorte a condenar o embargante a cumprir pena de dez (10) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão em regime inicial fechado, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de mil seiscentas e trinta e duas (1.632) diárias, unidade no piso, como incurso nos artigos 33, "caput" e 35, "caput", ambos combinados com o artigo 40, VI, todos da Lei nº. 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Inconformada, a Defesa interpôs Recurso Especial, sustentando que a decisão desta Turma Julgadora foi omissa com relação à tese de inobservância do disposto no artigo 8º da Lei 9.296/1.996 e, ainda, no artigo 155 do Código de Processo Penal (fls. 299/306).

Convém notar que o reclamo não foi admitido por este Colendo Tribunal de Justiça por deficiência de fundamentação e, ainda, por suscitar revolvimento do conjunto fático-probatório incompatível com a via recursal eleita (fls. 315/316).

Por fim, o Defensor interpôs agravo contra a decisão denegatória de seguimento do recurso (fls. 317/320), distribuído à Relatoria do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ que, monocraticamente, ao conhecer a insurgência, deu provimento ao recurso especial para cassar o acórdão impugnado, determinando a esta Corte Estadual se pronunciar sobre alegação de "*nulidade da escuta telefônica – que foi uma das provas referidas para condenar o réu" e, ainda, "por não haver sido garantido à defesa acesso à integra dos autos em que a diligência foi autorizada" (Ag no REsp 985.658/SP* - fls. 491/494).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre asseverar que a determinação exarada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça não cassou o v. Acórdão através do qual se reverteu a solução absolutória proferida em primeiro grau, tendo anulado tão somente o aresto atinente aos embargos declaratórios opostos pela Defesa para questionar a validade da prova "*referida*" por este Colegiado ao fundamentar a condenação do réu DANILO DA SILVA GALLENI.

Com efeito, deflagrou-se a persecução penal a partir da notícia de apreensão do adolescente infrator *Rafael Bernardo*, surpreendido dia 05 de novembro de 2.010 em local conhecido como ponto de tráfico enquanto transportava 44 pinos de cocaína e 3 porções de "*crack*" (totalizando 30,8g da substância), além de R$49,25 em dinheiro. Indagado na presença da autoridade policial e de Conselheiro Tutelar, o menor admitiu ter sido aliciado pelo traficante *Danilo da*

Acesso ao Sumário

Silva Galleni, vulgo "*Tanaka*", para comercializar os tóxicos, de modo a receber o equivalente a R$10,00 por cada bolsa de doze porções de cocaína (em pó ou na forma de "crack") vendida, sendo a "*comissão*" paga na forma de entorpecentes (fls. 04).

No curso das investigações, sobreveio notícia de que *Danilo*, já condenado por tráfico, figurava como alvo de interceptação telefônica autorizada pelo MM Juízo da 2ª Vara Criminal de Catanduva (autos de procedimento cautelar sob o nº. 1039/10), isso diante de informes a respeito da atividade ilícita comandada pelo investigado e pelo irmão dele, *Daison* (preso à época), com atuação num conjunto habitacional do bairro *Gabriel Hernandes*, inclusive contando com aliciamento de adolescentes (fls. 14), tudo a corroborar a delação inicialmente prestada pelo menor infrator.

Neste passo, a autoridade policial solicitou autorização judicial para utilizar parte das resenhas atinentes às conversas monitoradas a partir da linha telefônica sob o nº. (17) 9187-7257 (ao que consta, cadastrada em nome da genitora do acusado) como "*prova emprestada*" (fls. 22), algo deferido pelo juízo perante o qual tramitava a providência cautelar (fls. 23), com a juntada do relatório de transcrição a fls. 24/30.

Depois de oferecida a denúncia (fls. 62), com a correlata notificação do acusado nos moldes do artigo 55 da Lei de Tóxico, a Defesa ofertou resposta preliminar, limitando-se a questionar a atuação do Ilmo. Delegado de Polícia da DISE de Catanduva, além de postular a liberdade provisória do réu, sem, contudo, pleitear qualquer providência adicional diante da prova emprestada ou requerer o acesso integral aos autos de medida cautelar em curso perante juízo diverso (fls. 80/87).

Anota-se, ainda, que a autoridade policial encaminhou o laudo atinente à interceptação telefônica, bem como a mídia contendo as gravações periciadas (fls. 102/112), sendo as partes cientificadas do teor do referido estudo (consoante "despacho" observado a fls. 144, com publicação no diário de justiça eletrônico certificada a fls. 145), mais uma vez sem se verificar imediata impugnação por parte do Defensor constituído ou requerimento destinado à realização de diligência complementar (fls. 149 e 157).

Diante de tal quadro, impossível se acolher a alegação de nulidade **tardiamente** invocada em sede de memoriais derradeiros (fls. 183/186), porquanto operado o fenômeno da **preclusão**, vedado à parte tirar proveito da própria inércia ou torpeza.

Como se não bastasse, não se desincumbiu a Defesa de comprovar o alegado prejuízo, na hipótese arguido de maneira genérica, sem se ignorar que a simples formação de procedimento cautelar, regularmente autuado perante a 2ª Vara Criminal de Catanduva, leva à inequívoca e lógica conclusão sobre a

Acesso ao Sumário

existência de prévio pronunciamento judicial, requisito indispensável à violação de sigilo telefônico, daí não se cogitar de ilicitude da prova.

Diante de situação análoga, já se decidiu que, "*Não tendo a defesa se insurgido, no momento oportuno, contra a solicitação do Juiz para que fossem juntados aos autos a interceptação telefônica determinada por Juízo diverso, em ação penal proposta contra o irmão do acusado, está configurada a preclusão para se alegar qualquer vício. 2. Intimadas as partes para se manifestarem sobre a prova emprestada, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e a ampla defesa. 3. Consignado pelo acórdão recorrido que, além das interceptações telefônicas, a sentença condenatória também foi embasada em outros elementos de prova, fundamento inatacado nas razões do recurso especial, incide, na espécie, a Súmula 283/STF"* (STJ, AgRg no REsp 1386946/SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 23-02-2016 - sem grifo no original).

Ademais, convém notar que a providência determinada pelo artigo 8º da Lei 9.296/1996 (apensamento do incidente de interceptação telefônica ao inquérito policial ou aos autos de ação penal) refere-se, obviamente, à ação penal originada a partir do procedimento cautelar, situação diversa daquela aqui analisada, em que a transcrição das conversas monitoradas foi juntada aos autos a título de "*prova emprestada*", vale dizer, voltada a corroborar os elementos coletados a partir da apreensão de adolescente aliciado pelo réu.

"*No que concerne à utilização de prova emprestada, o eg. Tribunal de origem afirmou que a interceptação telefônica foi produzida em autos diversos, após devida autorização judicial, com a transcrição de parte do conteúdo interceptado, que foi juntada nos autos da ação penal a que respondeu o paciente, oportunizando-se à Defesa o amplo acesso à prova emprestada. IV - O eg. Tribunal a quo decidiu em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, no sentido da possibilidade de utilização de prova produzida em autos diversos, no qual tenha sido observada a ampla defesa e o contraditório, desde que também respeitadas as mesmas garantias no feito em que foi acostada como prova emprestada, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da unidade da jurisdição. V - Destaque-se o entendimento predominante da jurisprudência de que não é obrigatória a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido*" (STJ, AgRg no HC 430854/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 28-6-2018 – grifou-se).

Pondo pá de cal sobre a questão, pontue-se que, "*No âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio 'pas de nullité sans grief', consagrado pelo legislador no artigo 563 do CPP, não deve ser declarada nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega*" (*Habeas Corpus* nº. 0184694-27.2011.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, TJESP, Apelação Criminal nº. 0001210-34.2010.8.26.0197, Relator Desembargador FRANCISCO BRUNO.

De mais a mais, convém destacar que a solução condenatória se pautou no relato do policial militar encarregado da apreensão do menor infrator, no caso salientando ter presenciado quando *Rafael* apontou DANILO, de alcunha "*Tanaka*", como responsável pela entrega da droga por ele comercializada, mediante pagamento de "comissão" (fls. 04 e 156), quadro apto a reforçar a delação ofertada pelo adolescente na presença da autoridade policial (fls. 05), inobstante a retratação verificada em juízo, situação que em nada contraria a regra consubstanciada no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Destacou-se, ainda, o teor do relato do policial civil que atuava nas investigações do tráfico realizado nos "*Predinhos do Gabriel Hernandes*", destacando o depoente ter apurado figurar o denunciado como o responsável por coordenar a venda de drogas na região juntamente com o irmão, à época preso por igual delito. Durante o monitoramento das ligações, realizado com autorização judicial, acompanhou diversos diálogos de DANILO com a cunhada e, ainda, com outros comparsas, com conteúdo típico de negociação de entorpecentes (fls. 154/155).

Desnecessária, pois, a repetição dos demais fundamentos que ensejaram a reversão da solução absolutória, com lastro nos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório, no caso evidenciando a vinculação do réu com o material apreendido na posse do adolescente, bem como a associação formada com este para a prática do comércio ilícito em caráter duradouro/habitual.

De igual modo, mantém-se a reprimenda tal como estipulada por ocasião do julgamento do apelo, ressaltadas as circunstâncias desfavoráveis representadas pela quantidade e natureza altamente nociva do tóxico, bem como a reincidência específica do acusado e, ainda, a causa de aumento representada pelo envolvimento de adolescente, no caso justificando o recrudescimento do "castigo" em cada uma das etapas da individualização, bem como a imposição do retiro pleno para início do cumprimento da corporal.

Acesso ao Sumário

À vista do exposto, pelo meu voto, ante a determinação do Superior Tribunal de Justiça, **ACOLHO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS** apenas para complementar a fundamentação atinente à matéria preliminar arguida pela Defesa, mantendo, no mais, a solução condenatória proferida através do v. Acórdão de fls. 270/281.

Uma vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça cassou liminar antes concedida em prol do acusado no bojo do *Habeas Corpus* sob o nº. 336.746/SP (fls. 326/329 e 390/392), reconhecendo a possibilidade de recolhimento imediato após o esgotamento das vias recursais ordinárias (fls. 526/528), isso com lastro no recente posicionamento adotado pela Suprema Corte

quando da análise das consequências da solução condenatória confirmada ou prolatada em segunda instância (HC nº. 126.292/SP, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ADCs 43 e 44, além do Recurso Extraordinário seguido de Agravo ARE - 964246, repercussão geral reconhecida), com o exaurimento do princípio da não culpabilidade, comunique-se, **expedindo- se o mandado de prisão** oportunamente.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* Criminal nº 2087159-83.2019.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que são impetrantes PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL e MAURICIO REHDER CESAR e Paciente OSVALDO FERNANDES DE SOUZA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para, com fulcro no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03 e no artigo 83, § 4º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 12.382/2011, se julgar extinta a punibilidade de OSVALDO FERNANDES DE SOUZA quanto à imputação de estar incurso no 'artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, na forma dos artigos 69 e 71, ambos do Código Penal' (Processo nº 0001720-95.2014.8.26.0168), por força do pagamento do débito tributário. Comunique-se, com urgência, ao douto Juízo da 3ª Vara da Comarca de Dracena, para as providências cabíveis. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.093)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 23 de maio de 2019.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Crime contra a ordem tributária – Pleito de extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito – Inteligência do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03 e do artigo 83, § 4º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 12.382/2011

Acesso ao Sumário

– Precedentes do C. STF – Manifestação favorável à pretensão defensiva por parte do órgão ministerial de primeiro grau e da própria Procuradoria Geral de Justiça – Ordem concedida, para se julgar extinta a punibilidade do paciente.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por MAURICIO REHDER CESAR e PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL a favor de OSVALDO FERNANDES DE SOUZA, condenado como incurso no "*artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, na forma dos artigos 69 e 71, ambos do Código Penal*", contra ato do Juízo da 3ª Vara da Comarca de Dracena.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, com valor fixado no mínimo legal, em regime prisional inicial fechado. Aduzem que o Juízo impetrado determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, seguindo o entendimento do C. STF que determina a prisão após o julgamento em Segunda Instância. Alegam que o paciente efetuou o pagamento total do *quantum* correspondente ao AIIM nº 3.161.462-0, o qual é o objeto da ação penal em tela, e, com fulcro no art. 61 do Código de Processo Penal, postulou a decretação da extinção da punibilidade, pelo pagamento do débito tributário. Afirmam que o pedido foi negado "*sob fundamento de que o parcelamento e o subsequente pagamento, formalizados após o recebimento da denúncia não tem o condão de suspender a execução da pena e acarretar a extinção da punibilidade, a teor do disposto no artigo 83, §6º, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 12.382/2011, referindo-se expressamente ao 'caput' do artigo 34 da Lei nº 9.249/95*". Afirmam que esta situação causa constrangimento ilegal ao paciente. Asseveram que "*a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário e não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo*". Alegam que "*trata-se de pedido de decreto da extinção da punibilidade pelo pagamento e não pedido de suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento*", extinção esta com a qual concordou o Ministério Público. Requerem seja concedida "*liminarmente, ordem determinando a imediata suspensão da ordem de prisão, com o consequente recolhimento do mandado de prisão e, após prestadas as informações pela Autoridade Coatora e ouvido o Digno Representante do Ministério Público, seja decretada a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário*" (fls. 08).

Acesso ao Sumário

Concedida a medida liminar (fls. 111/118), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 122/126).

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 295/296).

É o relatório.

Insurgem-se os impetrantes contra ato do Juízo da 3ª Vara da Comarca de Dracena, que indeferiu seu pedido de extinção da punibilidade do paciente.

Informou a autoridade apontada como coatora (fls. 122/126):

"1- OSVALDO FERNANDES DE SOUZA foi por sentença datada de 24 de agosto de 2016, condenado, como incurso nas penas do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8137/90, na forma dos artigos 69 e 71, ambos do Código Penal, à pena de 07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 32 dias-multa, a unidade no mínimo legal, concedendo ao réu/paciente o direito de recorrer em liberdade (fls. 302/310 - 2º volume).

"2- A D. Defesa constituída do réu manejou recurso de apelação, datado de 24 de outubro de 2016, protestando por juntar as razões de apelação na superior instância (fl. 318 - 2º volume).

"3- Por despacho de 05 de dezembro de 2016, foi recebido o recurso interposto à fl. 318; determinou, ainda, ante a não localização do réu/paciente, a intimação do mesmo da sentença de fls. 302/310, via edital, com o prazo de 90 dias; determinou, por final, a remessa dos autos ao Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 327 - 2º volume).

"4- As D. Defesas constituídas do réu/paciente, apresentaram as razões de apelação (fls. 340/358 - 2º volume).

"5- A D. Promotora de Justiça apresentou as contrarrazões de apelação (fls. 363/370 - 2º volume).

"6- Por V. Acórdão de 26 de abril de 2018 - 13ª Câmara de Direito Criminal do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, foi proferida a seguinte decisão: 'REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, para que subsista a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Expeça-se e cumpra-se, após o esgotamento das vias ordinárias de recurso, mandado de prisão em desfavor de OSVALDO FERNANDES DE SOUZA, em conformidade com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal. V.U.', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) e FRANÇA CARVALHO. São Paulo, 26 de abril de 2018. (a) JAIME FERREIRA MENINO - RELATOR (fls. 384/391 - 2º volume).

"7- V. Acórdão foi disponibilizado no DJE de 10/5/2018 (fl. 392 - 2º volume).

"8- As D. Defesas constituídas apresentaram embargos de declaração (fls. 395/401 - 2º volume).

Acesso ao Sumário

"9- Por V. Acórdão de 16 de agosto de 2018 - 13ª Câmara de Direito Criminal do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, foi proferida a seguinte decisão: 'Rejeitaram os embargos. V.U.', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) e FRANÇA CARVALHO. São Paulo, 16 de agosto de 2018. (a) JAIME FERREIRA MENINO - RELATOR (fls. 410/415 - 2º volume).

"10- O V. Acórdão foi disponibilizado no DJE de 29/8/2018 (fl. 420 - 2º volume).

"11- As D. Defesas constituídas do réu apresentaram recurso especial (fls. 422/432 - 2º volume).

"12- O D. Promotor de Justiça apresentou as contrarrazões em recurso especial, opinando pelo indeferimento (fls. 499/516 - 2º volume).

"13- Por r. decisão da Eg. Presidência da Seção de Direito Criminal do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 07 de dezembro de 2018, não foi admitido o recurso especial (fls. 518/519 - 2º volume).

"14- As D. Defesas constituídas do réu apresentaram agravo em recurso especial (fls. 520/537 - 2º volume).

"15- Em 17 de janeiro de 2019, o D. Procurador de Justiça apresentou a contraminuta ao Agravo, requerendo que seja negado o provimento (fls. 543/555 - 2º volume).

"16- Por r. decisão de 14 de fevereiro de 2019, proferida pela Eg. Presidência da Seção de Direito Criminal do Eg. Tribunal de Justiça, foi determinada a remessa dos autos eletronicamente ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para a apreciação do recurso; após, procedidas as anotações de praxe, devolva-se o feito à Vara de origem (fls. 556 - 2º volume).

"17- Por r. despacho de 18 de março de 2019, foi determinado a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu Osvaldo Fernandes de Souza, encaminhando-se aos órgãos competentes para seu cumprimento, inclusive à Delegacia de Polícia de origem; uma vez informada a prisão do réu, foi determinada a extração de guia de recolhimento para execução provisória (fls. 612/613 - 3º volume).

Acesso ao Sumário

"18- Em 18 de março de 2019, foi expedido o competente mandado de prisão em desfavor do réu, sendo encaminhado aos órgãos cadastrais de estilo (fls. 614/615 - 3º volume).

"19- Por petição datada de 08 de abril de 2019, as D. Defesas constituídas do réu/paciente, requerendo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, a declaração de extinção da punibilidade, tendo vista o pagamento integral do débito tributário, determinado-se em caráter de urgência a revogação e recolhimento do mandado de prisão expedido (fls. 625/633 - 3º volume).

"20- Parecer do representante do Ministério Público datado de 08

de abril de 2019, requerendo a expedição de oficio ao FISCO, para que esclareça se o réu quitou o tributo e seus acessórios; com a informação, requereu a abertura de nova vista para manifestar sobre o pedido de extinção da punibilidade (fls. 663/665 - 3º volume).

"21- Por decisão de 09 de abril de 2019, foi indeferido o pedido de extinção da punibilidade em razão do reconhecimento do pagamento integral do débito, mantendo integralmente o mandado de prisão expedido em desfavor do acusado/paciente (fls. 614/615), diante da ordem emanada pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 411/413) (fls. 667/672 - 3º volume).

"22- Por petição datada de 06 de abril de 2019, as D. Defesas constituídas do réu, requereu, a reconsideração do r. despacho que indeferiu o pedido de reconhecimento de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário (fls. 678/688 - 3º volume).

"23- Parecer do representando do Ministério Público datado de 16 de abril de 2019, requerendo a extinção da punibilidade do réu/paciente, nos termos do § 2º , do artigo 9º - Lei nº 10.684/2003, determinando-se a imediata revogação da ordem de prisão (fl. 704 - 3º volume).

"24- Por decisão de 16 de abril de 2019, foi indeferido o pedido apresentado pela D. Defesa do réu, mantendo o mandado de prisão em desfavor do réu, por determinação do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 384/391) (fls. 705/706 - 3º volume).

"25- Por final, foi expedido o competente contramandado de prisão em favor do réu/paciente, diante da liminar deferida no 'Habeas Corpus' (Processo nº 2087159-83.2019.8.26.0000 - 13ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo) (fls. 727/733 - 3º volume)".

Com efeito, o pedido de extinção da punibilidade apresentado pela Defesa foi indeferido nos seguintes termos (fls. 106/107):

"A defesa juntou aos autos documentos que comprovam a quitação integral do débito tributário em razão da antecipação de todas as parcelas do parcelamento PEP - Programa especial de parcelamento, sob nº 2031226-4.

"No caso presente, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou a respeito do parcelamento do débito fiscal no julgamento dos embargos de declaração opostos pela Defesa do réu contra o acórdão que confirmou a sentença condenatória de primeira instância, decidindo que 'em relação ao parcelamento do débito, deve ser aplicada a lei do tempo em que foi feita a negociação do montante a pagar, ou seja, 17/08/2017, e não na data do fato delituoso como diz o Embargante' (...) 'Assim, Osvaldo não faz jus à suspensão da pretensão punitiva, a teor do disposto no parágrafo 2º, do artigo 83, da Lei nº 9.430/96, alterada pela Lei nº 12.382/2011, o qual estabelece que: 'É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos

Acesso ao Sumário

no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal' (fls. 411/415).

"Nesse contexto, considerando que a Colenda 13º Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou a respeito da matéria, no sentido de que se aplica ao caso presente o disposto no parágrafo 2º, do artigo 83, da Lei nº 9.430/96, alterada pela Lei nº 12.382/2011, pode-se concluir que o parcelamento e o subsequente pagamento, formalizados após a sentença condenatória e confirmação desta pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não tem o condão de suspender a execução da pena e acarretar a extinção da punibilidade, a teor do disposto no art. 83, §6º, da mencionada Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 12.382/2011, referindo-se expressamente ao 'caput' do artigo 34 da Lei nº 9.249/95, que autoriza a extinção da punibilidade dos crimes tributários quando o agente promover o pagamento antes do recebimento da denúncia.

"Diante do exposto, indefiro o pedido apresentado pela Defesa do réu e mantenho o mandado de prisão expedido em desfavor do acusado, por determinação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 384/391), pelos fundamentos expostos acima e na r. decisão de fls. 667/672".

No Acórdão citado pelo Juízo *a quo*, tratou-se, porém, da impossibilidade de suspensão da pretensão punitiva ante o parcelamento (ainda por ser pago) e não da hipótese de extinção da punibilidade ante o efetivo pagamento de débito parcelado.

E o art. 83 da Lei nº 9.430/96, com redação que lhe deu a Lei nº 12.382/2011, estabelece:

"Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

"Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz.

"§ 1º. Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

Acesso ao Sumário

"§ 2º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

"§ 3º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

"§ 4º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

"§ 5º. O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

"§ 6º. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz".

Na mesma linha o disposto no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03:

"Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

"§ 1º. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

"§ 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".

Como se vê, a legislação não submete a restrição temporal o efeito extintivo na hipótese de pagamento.

A respeito da questão aventada, eis o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 128.245/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/08/2016, v.u.):

"Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP). Condenação. Trânsito em julgado. Pagamento do débito tributário. Extinção da punibilidade do agente. Admissibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. Ausência de comprovação cabal do pagamento. Recurso parcialmente provido para, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, determinar ao juízo das execuções criminais que declare

Acesso ao Sumário

extinta a punibilidade do agente, caso venha a ser demonstrada, por certidão ou ofício do INSS, a quitação do débito. 1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS. 5. Recurso parcialmente provido"

No corpo de tal julgado se consignou ainda:

"Como já tive a oportunidade de assentar no julgamento da AP nº 516/DF-ED, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 1º/8/14, '(...) penso que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo'".

Como já destacado na decisão que concedeu a medida liminar, houve, no caso presente, manifestação favorável do órgão de primeiro grau do Ministério Público em face da postulação do paciente, nos seguintes termos:

"Em complementação, e diante do pagamento integral do débito tributário, conforme petição e documentação juntadas a fls. 678/703, requeiro a extinção da punibilidade de Osvaldo Fernandes de Souza, nos termos do § 2º, do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03, determinando-se a imediata revogação da ordem de prisão".

E, não se olvide que, na espécie, existe notícia de fato novo, consistente no pagamento do débito tributário.

Acesso ao Sumário

Com efeito, na própria decisão questionada nesta impetração, a douta magistrada de origem fez constar: "*A defesa juntou aos autos documentos que comprovam a quitação integral do débito tributário em razão da antecipação de todas as parcelas do parcelamento PEP - Programa especial de parcelamento, sob nº 2031226-4*".

E, por fim, vale o bem destacado pela douta Procuradoria Geral de Justiça: "*É que a questão foi definida no STF (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 128.245/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/08/2016, v.u.), onde consignado que: a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no §*

2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo"" (fls. 295/296).

O reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente é, pois, medida que se impõe.

Diante do exposto, **concede-se a ordem**, para, com fulcro no artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03 e no artigo 83, § 4º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 12.382/2011, se **julgar extinta a punibilidade** de OSVALDO FERNANDES DE SOUZA quanto à imputação de estar incurso no "*artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, na forma dos artigos 69 e 71, ambos do Código Penal*" (Processo nº 0001720-95.2014.8.26.0168), por força do pagamento do débito tributário. **Comunique-se, com urgência, ao douto Juízo da 3ª Vara da Comarca de Dracena**, para as providências cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2065117-40.2019.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente DANIEL PAULINO, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE LIMEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 42.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), ANGÉLICA DE ALMEIDA e PAULO ROSSI.

São Paulo, 30 de maio de 2019.

JOÃO MORENGHI, Relator

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Indícios de autoria e prova da materialidade. Existência, ademais, de outros fortes elementos indicadores da gravidade do crime. Encarceramento provisório. Manutenção. Possibilidade.

– Presentes indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva, pressupostos necessários para a manutenção da custódia cautelar, *ex vi* do art. 312 do CPP, deve ser mantida a prisão preventiva do réu

Acesso ao Sumário

quando as circunstâncias da prisão, as apreensões feitas e a conduta adotada pelo acusado indicam a ocorrência da traficância – crime grave – e, além disso, não há dados que enfraqueçam os fortes elementos justificantes da prisão processual.

VOTO

1. Em favor de Daniel Paulino, a belª. Vanessa Morais Kiss impetrou o presente *habeas corpus* postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação, em caráter liminar.

Alega, para tanto, que o paciente, preso em flagrante, acusado da suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, faz jus à liberdade provisória, vez que não estão presentes os requisitos autorizadores da custodia cautelar, constantes do art. 312 do CPP. Aduz que o paciente é primário e não faz do crime seu meio de vida, além do crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça. Aduz que a vedação contida no art. 44 da Lei de Drogas já foi declarada inconstitucional. Assim, evidente o constrangimento ilegal, sanável por este *writ* (fls. 1-11).

Juntados documentos comprobatórios da impetração (fls. 12-31) e indeferida a liminar pleiteada (fls. 38), prestou informações a d. autoridade coatora Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Limeira (fls. 42-3), fornecendo senha de acesso aos autos digitais (fls. 44).

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 63-5).

É o relatório.

2. Narra a denúncia que:

"Consta dos autos que, na data de 19 de março de 2019, por volta das 15h44min, na via pública da Rua Lauro Camargo Silveira, Parque Residencial Aeroporto, nesta cidade e Comarca de Limeira, DANIEL PAULINO, agindo conjuntamente e com unidade de desígnios com o adolescente Erick Vicente Felippe Garrido, trazia consigo 170 (cento e setenta) porções de Cannabis Sativa L, comumente conhecida como maconha, com peso aproximado de 243,6g, bem como 264 (duzentos e sessenta e quatro) porções de cocaína, cujo peso total líquido aproximado resultou em 231 g, e outras 9 (seis) porções de cocaína, na forma vulgar conhecida como crack, pesando aproximadamente 5,7g, para fins de tráfico ilícito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 1Segundo apurado, o autor, juntamente com o adolescente, encontrava-se no local dos fatos exercendo o tráfico ilícito, ocasião em que traziam consigo grande quantidade e variedade de drogas para o comércio a terceiros.

Acesso ao Sumário

Na ocasião dos fatos, Guardas Civis Municipais estavam em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando avistaram o denunciado e o adolescente Erick sentados em um sofá velho, os quais, ao perceberem a presença dos agentes públicos, tentaram evadir. Durante a fuga, DANIEL dispensou ao solo uma sacola branca, mas foi prontamente abordado.

Por sua vez, a sacola branca anteriormente dispensada pelo denunciado foi arrecadada pelos Guardas Civis, localizando em seu interior 170 porções de maconha e mais 264 flaconetes com cocaína.

Ato contínuo, procedida à revista pessoal, constatou-se que o denunciado trazia no bolso da bermuda a quantia de R$ 120,00 (cento e vinte reais) em cédulas diversa, enquanto Erick trazia 19 porções de crack, no interior dos shorts, além do importe de R$103,00 (cento e três reais) em espécie.

As circunstâncias em que ocorreu a abordagem, em local conhecido como ponto de venda de drogas, a grande quantidade e as espécies das drogas apreendidas, a forma como estavam embaladas, bem como o valor em espécie que o denunciado trazia, juntamente com o adolescente, indicam, de forma cabal, que DANIEL praticava o tráfico de drogas no local.

A materialidade dos crimes está formal e satisfatoriamente comprovada, para esta fase processual, pelo Laudo de Constatação Provisória de Droga2, nos termos do disposto no artigo 50, §1º, da Lei nº 11.343/06, o qual será ratificado pelo Laudo Definitivo."

A ordem não merece concessão, eis que incabível a revogação da prisão preventiva ou a imposição de outra medida cautelar diversa da prisão.

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, do 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, o que ocorre no presente caso.

Conforme disposição do art. 312, última parte, do CPP, estão presentes os pressupostos da prisão processual, pois há nos autos relevantes indícios

Acesso ao Sumário

de autoria e prova da materialidade delitiva, atestados pela prova até então coligida, em especial as declarações prestadas pelos guardas civis municipais e a apreensão de drogas.

Somado a isso, evidente a necessidade da custódia cautelar do paciente.

Com efeito, as condições da prisão em flagrante (guardas civis municipais em patrulhamento de rotina, avistaram o denunciado e um adolescente sentados em um sofá velho, os quais, ao perceberam a presença dos agentes públicos, tentaram se evadir, dispensando uma sacola branca no chão) e as apreensões feitas (*243,6 g de maconha, 5,7g de crack e 231g de cocaína*) indicam a ocorrência da traficância.

Tais circunstâncias denotam, em princípio, a periculosidade do paciente, cuja segregação provisória se faz necessária para a garantia da ordem pública, que se viu seriamente abalada com a conduta delituosa. Além disso, a impetração não trouxe nenhum elemento que pudesse enfraquecer os elementos justificantes da prisão processual do paciente.

Neste passo, a presença dos predicados minimamente necessários para obtenção da liberdade provisória não se prestam para alcançar o fim que se espera deste *writ*, já que não suplantam a necessidade da custódia provisória.

Desta forma, foi justificadamente decretada a prisão preventiva e as razões de convencimento do d. magistrado permanecem válidas, não se constatando o alegado constrangimento ilegal.

3. Pelo exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2119944-98.2019.8.26.0000, da Comarca de Cafelândia, em que é impetrante CRISTIAN ALBERTO GAZOLI DA ROCHA e Paciente RODRIGO OLIVEIRA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DO FORO DE CAFELÂNDIA/SP.

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 de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 21.024)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 18 de junho de 2019.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência e ameaça – Delitos cometidos no âmbito da violência doméstica em continuidade – Circunstâncias do caso concreto que apontam a imprescindibilidade e recomendam a manutenção do encarceramento cautelar – Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva – Evidenciação, ademais, da necessidade de se garantir a execução das medidas protetivas de urgência, descumpridas pelo paciente – Exegese do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal – Revogação – Impossibilidade – Insuficiência das medidas cautelares alternativas – Reconhecimento – Precedentes – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor do paciente, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da digna autoridade apontada como coatora, em razão da decretação de sua prisão preventiva.

Apresenta, para tanto, rol de pertinentes razões, postulando a concessão da ordem para "...a revogação da prisão preventiva decretada contra o PACIENTE...", expedindo-se o competente alvará de soltura.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 75/76).

Prestadas as informações judiciais (fls. 78), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 81/88).

É o relatório.

Inviável a concessão da ordem.

Os autos dão conta de que o paciente teve sua prisão preventiva decretada por descumprimento de medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica, infringindo o artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06, consoante se depreende da decisão de fls. 48/50:

Os autos dão conta de que o paciente foi preso preventivamente e está sendo processado por infração aos artigos 147, *caput*, do Código Penal, por três vezes, e 24-A, *caput*, da Lei nº 11.340/2006, na forma do artigo 69, do Código

Acesso ao Sumário

Penal, c.c. os artigos 5º, inciso III, e 7°, inciso II, ambos da referida Lei n.º 11.340/ 2006, pelos fatos assim textualmente narrados na denúncia:

"1. Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 24 de fevereiro de 2019, por volta das 22:00 horas, na Rua Raul Dória, n.º 90, Jardim Hélcio Muralas Pecci, nesta cidade e comarca de Cafelândia/SP, RODRIGO DE OLIVEIRA, qualificado a fls. 06, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ameaçou Regiani Aparecida da Silva, pessoa com quem conviveu maritalmente, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, consistente em sua morte.

2. Consta também dos inclusos autos que, no dia 25 de fevereiro de 2019, por volta das 13:50 horas, na Rua Raul Dória, n.º 90, Jardim Hélcio Muralas Pecci, nesta cidade e comarca de Cafelândia/SP, RODRIGO DE OLIVEIRA, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ameaçou Regiani Aparecida da Silva, pessoa com quem conviveu maritalmente, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, consistente em sua morte.

3. Consta ainda dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 28 de fevereiro de 2019, na Rua Raul Dória, n.º 90, Jardim Hélcio Muralas Pecci, nesta cidade e comarca de Cafelândia/SP, RODRIGO DE OLIVEIRA descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas "a" e "b", da Lei n° 11.340/2006 à vítima Regiani Aparecida da Silva.

4. Consta, por fim, dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 28 de fevereiro de 2019, na Rua Zeferino Gomes Filho, n.º 1296, Parque Solar Assumpção, nesta cidade e comarca de Cafelândia/SP, RODRIGO DE OLIVEIRA, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ameaçou Regiani Aparecida da Silva, pessoa com quem conviveu maritalmente, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, consistente em sua morte.

Segundo o apurado, a vítima e o denunciado conviveram maritalmente por cerca de 8 (oito) anos, possuindo uma filha dessa relação, mas já se encontram separados há cerca de 10 (dez) anos.

No dia 24 de fevereiro de 2019, o denunciado RODRIGO dirigiu-se até a frente da residência da vítima e passou a gritar, ofendendo- a verbalmente, afirmando 'você é uma biscate, vagabunda, mulher da vida, não é boa mãe'. Não satisfeito, o indiciado ameaçou Regiani, dizendo-lhe 'vou acabar com sua vida, você vai se arrepender', além de ter danificado a porta do automóvel de sua ex-companheira (v. laudo pericial de fls. 42/45).

No dia seguinte, por volta das 13:50 horas, RODRIGO enviou áudios ao aparelho celular da vítima, ofendendo-a e tornando a ameaçá-la, dizendo-lhe 'a partir de hoje é guerra, caso encontrar

Acesso ao Sumário

você com algum homem, vou quebrar as pernas dele, fazer você beber o sangue dele e depois vou te matar'.

Em virtude das ameaças supracitadas, foram deferidas pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Cafelândia, nos autos de Medidas Protetivas n.º 1500050-67.2019.8.26.0104, as medidas protetivas de urgência constantes do artigo 22, inciso III, alíneas 'a' e 'b', da Lei n.º 11.340/2006 (v. fls. 18/19).

Contudo, no dia 28 de fevereiro de 2019, quando o Oficial de Justiça Mauro de Jesus dirigiu-se até a residência do investigado para intimá-lo das medidas protetivas deferidas em favor da vítima, RODRIGO tornou a ameaçar sua ex-companheira de morte, afirmando ao servidor do Poder Judiciário que 'vai matar a vítima REGIANI APARECIDA DA SILVA, que ele mata ela depois vai pra cadeia' (fls. 47).

Por fim, no momento em que o Oficial de Justiça estava na residência da vítima para intimá-la do deferimento das medidas protetivas, RODRIGO chegou de motocicleta ao local, aproximando-se da vítima e descumprindo a decisão judicial".

Anota-se, desde logo, que qualquer discussão acerca do mérito da ação é incabível por meio desta via estreita e limitada, que se afigura inapropriada para a análise de elementos subjetivos e probantes constantes dos autos, para a valoração de testemunhos ou, ainda, para eventual exercício antecipado de possível dosimetria punitiva, e só a partir daí tornar aplicável ou não o princípio da proporcionalidade, estando tal exame exclusivamente reservado para sede do processo, com garantia do contraditório e da ampla defesa, em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, de prejulgamento do mérito e intolerável supressão de instância.

Nesta fase de cognição sumária o que importa é o delineamento de conduta típica e que a prova da materialidade delitiva e os indícios de autoria, colhidos durante as investigações policiais, sejam suficientes para a propositura da ação penal e, por conseguinte, para o embasamento da custódia cautelar.

Pois bem.

O paciente responde por crimes de diferenciada perniciosidade, cometidos no âmbito da violência doméstica, e que atormenta e atemoriza a população, sobretudo a vítima e sua família, abalando a tranquilidade social e pondo em risco à ordem pública, perturbada pelos fatos aqui discutidos.

Não é preciso lembrar, nesse passo, que o restabelecimento da ordem pública e a pacificação social são finalidades precípuas do processo penal, que devem, pois, ser prestigiadas na busca da consecução do bem comum.

De acordo com os autos, as circunstâncias concretas do fato delituoso

Acesso ao Sumário

indicam o grau de periculosidade e de insensibilidade moral da parte suplicante e justificam a prisão cautelar, para o resguardo da ordem pública, aí incluída o anteparo da vítima, e para garantir a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, nos termos autorizados pelo artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal.

A respeitável decisão aqui impugnada encontra-se suficientemente fundamentada, dela se podendo extrair as razões de convencimento que levaram à conclusão adotada, calcada na aparente constatação da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo que não é possível se afastar, ao menos nessa fase, o requisito da necessidade da aplicação das medidas protetivas de urgência, previstas no artigo 22, inciso III, alíneas "a" e "b", da Lei nº 11.340/06, e cujo descumprimento ensejou a decretação da preventiva do paciente, autorizada nos termos dos artigos 312 e 313, inciso III, do Código de Processo Penal e artigo 20, *caput*, da Lei nº 11.340/2006 (vide fls. 48/50).

Ressalta-se, ainda, que há notícia de que o paciente teria proferido ameaças de morte à vítima, no momento em que estava sendo intimado pelo Oficial da Justiça, o que evidencia seu descontrole emocional e personalidade agressiva.

Nesse contexto, em que a prisão do paciente pode ter evitado ou evitar mal maior, não se pode afastar o arremate de que sua liberdade, nesse momento, representa iminente risco para a vítima e sua família, aspecto que, em princípio, reforça a denotação de nível de periculosidade incompatível com a confiança que deve ser depositada na pessoa dos detidos que pretendem a mitigação do *periculum libertatis*, máxime se se verificar que há registro da existência de outros envolvimentos criminais (vide fls. 21/25).

Com tal quadro, em que é indicado efetivamente o suporte fático, de caráter extratípico e de singularizado *modus operandi*, demonstrador da preexistência do perigo de dano, justificada está, de forma objetiva e concreta, a necessidade da segregação cautelar.

Urge repisar, pela contemporaneidade e relevância, que não são poucas as notícias da repetição criminosa em situações desta natureza, nas quais envolve violência doméstica e familiar contra mulher, com resultados mais gravosos e até funestos, que bem poderiam ter sido evitados, acaso não desprezados os primeiros sinais de alerta.

Hipóteses como a dos autos impõem maior acuidade e recomendam o reforço das medidas de prevenção e proteção.

Esta Relatoria, analisando casos análogos, assim já se pronunciou:

"Habeas Corpus Lesão corporal dolosa Crime cometido no âmbito da violência doméstica Circunstâncias do caso concreto que evidenciam a imprescindibilidade e recomendam a manutenção do encarceramento

Acesso ao Sumário

cautelar Paciente que, após agredir a amásia com socos e pontapés, arrastá-la pelos cabelos em plena via pública, e esta conseguir se desvencilhar, persegue a vítima, na posse de três facas, sendo detido pela polícia militar Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva Revogação Impossibilidade Insuficiência das medidas cautelares alternativas Reconhecimento Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada Ordem denegada." (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2059550-62.2018.8.26.0000, DJ 26.04.2018, v.u.).

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie:

"Habeas Corpus. Ameaça (com violência doméstica e familiar contra a mulher) e contravenção penal do artigo 19, da Lei das Contravenções Penais. Pedido de revogação da custodia cautelar ou aplicação de medida cautelar alternativa à prisão. Hipótese em que existem indícios de que o paciente - ao menos em tese e nos limites em que o fato pode ser examinado até o momento - está envolvido no crime e na contravenção. Requisitos da prisão preventiva presentes. Perigo concreto à vítima. Decisão fundamentada. Ordem denegada" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2215759-93.2017.8.26.0000, Rel. Des. Pinheiro Franco, DJ 30.11.2017).

"Ameaça e lesão corporal. Violência doméstica (artigos 147 e 129, § 9º, Código Penal). Prisão preventiva. Revogação. Inadmissibilidade. Decisão suficientemente fundamentada. Hipótese em que existem indícios de que o paciente, ao menos em tese e nos limites em que o fato pode ser examinado nesta via, está envolvido nos crimes que lhe foram imputados e de que descumpriu as medidas protetivas impostas. Requisitos da prisão preventiva presentes. Necessidade de manutenção da custódia cautelar, não só para garantia da ordem pública, da instrução criminal, da aplicação da lei penal, mas, também e em especial, para a proteção e segurança da vítima e de sua família. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2009020-25.2016.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, DJ 03.03.2016).

Aliás, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em respeito ao vetor hermenêutico indicado na ADC nº 19 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 28.04.2014), entendeu que se deve emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar, como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio – no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o "teto" e dedica o afeto (1ª Turma, HC nº 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.02.2018).

Acesso ao Sumário

Restou decidido no referido julgamento que o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006 – de nítida índole constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – evidencia o consciente recrudescimento no trato da questão, de modo a emprestar-lhe concretude efetiva e a retirar da violência de gênero a rubrica – social e institucional – que lhe é totalmente inadequada, mas infelizmente arraigada na cultura brasileira.

Logo, assentada a imperatividade da custódia cautelar, que basta para sua manutenção, prescindível se desvela qualquer digressão a respeito do descabimento de medidas restritivas diversas, que nitidamente se mostram inadequadas e insuficientes.

Cumpre ressaltar, a propósito, que nem mesmo a alegação possuir residência fixa, ocupação lícita ou, ainda, militar em seu favor o princípio da presunção de inocência, tem o condão de conferir, por si só, ao paciente direito de responder o processo em liberdade.

Enfim, persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), como aqui verificado, despicienda a existência de condições pessoais favoráveis à suplicante.

Anote-se, à derradeira, que não há afronta ao princípio da não culpabilidade inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois a presunção constitucional não desautoriza as diversas espécies de prisões processuais, que visam a garantir o cumprimento da lei processual, a efetividade da ação penal ou a salvaguarda e segurança da vítima e sua família.

Em outras palavras, qualquer outro posicionamento ou interpretação de prevalência da presunção de inocência seria uma contradição, vez que a própria Constituição Federal estabelece expressamente a prisão em flagrante e a por ordem judicial fundamentada.

Obtempere-se, relativamente ao quadro de saúde do paciente, que a impetração não noticiou ou demonstrou que o Estado, na esfera direta ou indireta da administração penitenciária, não esteja disponibilizando atendimento ou tratamento que lhe fossem indispensáveis.

Por conseguinte, inexistindo manifesta nulidade, flagrante ilegalidade ou, ainda, qualquer defeito teratológico, inarredável reconhecer a inexistência do acenado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus.*

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0001513-30.2018.8.26.0177, da Comarca de Embu-Guaçu, em que é recorrente CONSTRUTAMI ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Diante de todo o exposto, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado – Reforma do julgado – Impossibilidade – Aplicação analógica do art. 109 do Código Penal – Lapso prescricional não alcançado no marco interruptivo pertinente – Adequação da decisão proferida pelo Magistrado de Primeiro Grau. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Construtami Engenharia e Comércio Ltda. contra a r. decisão de fls. 32/34, que rejeitou o reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva, sob o argumento de aplicabilidade, aos crimes ambientais, praticados por pessoas jurídicas, das disposições contidas no art. 109 do Código Penal, cujo lapso temporal não teria sido suplantado.

Alega o recorrente (fls. 01/16), a aplicabilidade do art. 114, I, do Código Penal, o qual prevê prazo prescricional menor, requerendo, assim, seja anulada a r. decisão, a fim de ser declarada a extinção da punibilidade.

Acesso ao Sumário

O membro do *Parquet* apresentou contrarrazões às fls. 22/27.

Nos termos do artigo 589, do Código de Processo Penal, a r. decisão foi mantida (fls. 35).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 49/51).

É o relatório.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Construtami Engenharia e Comércio Ltda., contra a r. decisão que afastou o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, em seu desfavor, mediante aplicação de dispositivo legal, o qual entende como não pertinente ao caso *sub judice*.

O presente recurso, contudo, não comporta guarida, o que restará demonstrado.

Conforme incontroverso nos autos, a Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais, não estabelece prazos prescricionais específicos, devendo, portanto, ocorrer a aplicação subsidiária do Diploma Penal, consoante disposição contida no art. 79, da mencionada legislação, confira-se: "*Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal*" (*verbis*).

Outrossim, a sanção penal, em caso de crimes ambientais, praticados por pessoas jurídicas, dada a impossibilidade de pena corporal, consistirá em imposição de multa, restritivas de direitos e prestações de serviços à comunidade, com aplicação isolada, cumulada ou alternada, conforme o art. 21 da Lei de Crimes Ambientais.

Com efeito, dada a possibilidade de cominação da pena de multa conjugada com penas restritivas de direitos, inaplicável, por analogia, o prazo de 02 (dois) anos, estipulado no art. 114, inciso I, do Código Penal, o qual é correlato apenas às penas de multa, isoladamente consideradas, não abrangendo as outras medidas mencionadas.

Neste caso, para aferição do prazo prescricional em abstrato, deve-se, portanto, considerar o disposto no art. 109 do Código Penal. Isso, em virtude do quanto disposto em seu parágrafo único, segundo o qual antes do trânsito em julgado da sentença final, "*aplicam-se às penas restritivas de direito o mesmo prazo previsto para as privativas de liberdade*".

E, também, diante da disposição contida do art. 114, II, do citado diploma repressivo, o qual preceitua a prescrição da multa "*no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada*".

Sendo assim, correto o entendimento eleito pelo MM. Juiz, S. Exa., devendo ser mantida a decisão vergastada.

Com efeito, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que:

"(...) 1. Em crimes ambientais, embora incabível a imposição de penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas, o prazo prescricional deve obedecer à regra do art. 109, parágrafo único, do CP, que estabelece serem aplicáveis, às sanções restritivas de direitos, os mesmos prazos definidos para a prescrição da pena corporal.2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1712991/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 28/09/2018).

"1. *Não prolatada a sentença, ou seja, inexistindo pena em concreto, a prescrição se regula pela pena máxima em abstrato prevista para o delito. 2. Omissa a lei ambiental acerca dos prazos prescricionais aplicáveis aos crimes cometidos por pessoas jurídicas, a teor do art. 79 do referido diploma legal, aplicam- se subsidiariamente as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. 3. Dispõe o art. 21, § 3º, da Lei n. 9.605/98, que às pessoas jurídicas serão aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as penas de multa, de restrição de direitos ou de prestação de serviços à comunidade. 4. Podendo, portanto, no caso dos crimes ambientais, além da pena de multa, ser aplicada cumulativamente medida restritiva de direitos, para o cômputo do prazo prescricional em abstrato, deve-se levar em consideração a disposição do art. 109, parágrafo único, do Código Penal, segundo a qual antes de transitar em julgado a sentença final, aplicam-se às penas restritivas de direito o mesmo prazo previsto para as privativas de liberdade. 5. Agravo regimental improvido* (AgRg no RMS 56.158/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

Sem prejuízo, para o crime do art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, ao qual foi dada como incursa a empresa recorrente, tem-se o período de 05 (cinco) anos como pena máxima abstratamente considerada, sendo que o lapso prescricional aplicável é de 12 (doze) anos, com fundamento no art. 109, inc. III, do Cód. Penal.

E, até o presente momento, tal prazo não percorreu por inteiro, considerando-se que a conduta foi praticada depois da alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010, ou seja, no ano de 2013, sendo que referida legislação, aplicável ao caso, passou a vedar a contagem do lapso prescricional considerando, como termo inicial, data anterior à denúncia ou queixa, nos termos do art. 110, §1º, do Código Penal.

Deste modo, tendo sido a denúncia recebida em meados do ano de 2018, o Estado não decaiu do direito de perseguir a punição do recorrente até o presente momento.

Diante de todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto,

Acesso ao Sumário

mantendo-se, na íntegra, a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0005991-94.2018.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é recorrente ORIVALDO CANDAROLLA, é recorrido AUGUSTO ALBERTO DA SILVA ANDRADE.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso em sentido estrito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.218)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 15 de maio de 2019.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Crimes da Lei de Licitações – Em se tratando de denúncia que descreve a prática, em tese, de crime que envolve bem de interesse da União, no caso, desvio de verbas oriundas do FUNDEB, a competência é da Justiça Federal, por força do art. 109, IV, da CF/1988. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Orivaldo Candarolla, contra a r. decisão datada de 23 de novembro de 2018, prolatada pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú, que julgou procedente a exceção de incompetência em razão de "informação de que os recursos utilizados nas contratações objeto da presente ação penal originaram-se de repasses da União" e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de Jaú. (fls.63/65).

Regularmente processado, na minuta, o recorrente requer seja o presente recurso processado e julgado procedente, reformando a decisão guerreada para reconhecer a competência desta Justiça Estadual para julgar os autos, e,

Acesso ao Sumário

consequentemente, determinar a permanência dos autos no Juízo da primeira Vara Criminal de Jaú (fls.73/80).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls.86/88 e 89/101).

A r. decisão foi mantida pelos seus fundamentos (fls.103).

Nesta Instância, o parecer da Procuradoria pelo improvimento do recurso (fls.116/120).

2 – Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Os réus foram denunciados por terem supostamente incorrido nos delitos de formação de quadrilha (antiga redação do art. 288 do Código Penal), fraude à competitividade da licitação (art. 90 da Lei 8.666/93) e desvio de verbas públicas (art. 1º, I, do Decreto lei nº 201/67).

O recorrente afirma que a competência para o processo e julgamento da presente ação penal seja efetivamente da Justiça Estadual, em razão da suposta originação das verbas públicas utilizadas nas contratações na Quota Estadual de Salário Educação - QESE e no FUNDE.

A questão é, unicamente, de direito, cingindo-se, pois, em definir se a competência para julgar esta matéria seria da Justiça Estadual ou da Federal.

Consoante detalhado às fls. 53, as verbas utilizadas nos aludidos Pregões originaram-se das Fontes de Recursos nº 02 (repasses de receitas do FUNDEB), as quais, a teor do Código de Aplicação ali discriminado, têm sua aplicação vinculada ao ensino de base.

O critério de definição da competência da Justiça Federal está ligado a questões que poderiam afetar interesses federais, englobando, neste conceito, o estabelecido no inciso IV do art. 109 da Carta Federal/88, competindo-lhe assim, o julgamento das infrações penais perpetradas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

In verbis:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...];

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.

Como é cediço, prevalece hoje no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, em se tratando de verbas oriundas do FUNDEB, a competência jurisdicional para julgar os crimes decorrentes de desvios desses recursos é da Justiça Federal.

Isso porque haveria interesse da União (art. 109, inciso IV, da CF),

Acesso ao Sumário

decorrente da sua função supletiva e redistributiva em matéria educacional, bem como o interesse na universalização de um padrão mínimo de qualidade do ensino, nos termos do § 1º do art. 211 da Lei Fundamental da República.

Assim, havendo suposta conduta delituosa que implique lesão a interesse da União, será competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

Em suma, as ações e procedimentos afetos ao atual FUNDEB, no âmbito criminal, são de atribuição da Justiça Federal, independentemente de complementação, ou não, com recursos federais.

[...] ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DESVIO DE VERBAS DO FUNDEB. CARÁTER NACIONAL DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO. IRRELEVÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO DAS VERBAS DO FUNDO COM RECURSOS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL CONFIGURADA. 1. O fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação. Fundeb foi criado pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto nº 6.253/2007, em substituição ao fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização a magistério fundef, que vigorou de 1998 a 2006. 2. O referido fundo é formado, na quase totalidade, por recursos provenientes de impostos e transferências dos estados, Distrito Federal e municípios, sendo composto, ainda, a título de complementação, por uma parcela de verbas federais, sempre que no âmbito de cada estado seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. 3. Diante do interesse da união frente à sua missão constitucional na coordenação de ações relativas a direito fundamental de educação, e principalmente tendo em conta a fiscalização concorrente entre três entes federativos, a 3ª seção desta corte superior de justiça firmou o entendimento de que compete à justiça federal processar e julgar as ações penais envolvendo a malversação de verbas decorrentes do Fundef, atual Fundeb, ainda que não haja a complementação por parte da união. Precedentes. 4. No caso dos autos, constata-se que tanto o primeiro (crimes de responsabilidade, de peculato, de falsidade ideológica e formação de quadrilha) quanto o terceiro (estelionato) fatos imputados ao paciente estariam relacionados à malversação de recursos do fundeb, sendo que o segundo (crimes de responsabilidade e corrupção passiva) e o quarto (quadrilha) seriam conexos aos demais, circunstância que evidencia a incompetência da Justiça Estadual para processá-lo e julgá-lo. [...]. (STJ – HC 218.921/PI 5T – Rel. Min. Jorge Mussi – DJE 02/04/2014).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DO FUNDEF. AUSÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. IRRELEVÂNCIA. CARÁTER

Acesso ao Sumário

NACIONAL DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Após o julgamento do CC nº 119.305/SP, a Terceira Seção desta Corte passou a entender que é da competência da Justiça Federal a apuração, no âmbito penal, da malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, ainda que não tenha complementação de verbas federais, diante do caráter nacional da política de educação, o que evidencia o interesse da União na correta aplicação dos recursos. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, o suscitante. (STJ – CC 115.814 (Proc. 2011/0028250-0) PB – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze -Terceira Seção – j. 28.3.2012 – DJE 14.5.2012).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Sentença que declara incompetência da Justiça Estadual para apreciar e julgar o feito. Crime de responsabilidade. Prefeito municipal. (artigo 1º, inciso I, II, III e IV, do Decreto-Lei nº 201/1967). Desvio de verbas do FUNDEB. Caráter nacional da política de educação. Irrelevância da complementação das verbas do fundo com recursos da União. Competência da Justiça Federal. Violação ao princípio do juiz natural configurada. Recurso conhecido e não provido. (TJPR – RecSenEst 1231319-2 – Rel. Des. José Carlos Dalacqua – DJPR 15/08/2014, pág. 658).

3- Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso em sentido estrito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0010982-21.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido A.S.D.

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 17.065)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 21 de maio de 2019.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito. Violação sexual mediante fraude. Rejeição de denúncia anteriormente

recebida. Insurgência ministerial. Alegação de nulidade processual. Inocorrência. A rejeição de denúncia anteriormente recebida pelo magistrado, em razão de alegação preliminar suscitada pela defesa em resposta à acusação que se amolda a uma das hipóteses previstas no art. 395 do CPP, antes do início da instrução processual, não gera nulidade, inexistindo, no caso, preclusão judicial "pro judicato". Jurisprudência pacífica do STJ. Impossibilidade, contudo, de rejeição da denúncia na hipótese dos autos. Não preenchimento dos requisitos previstos no art. 395 do CPP. Denúncia apta, com clara exposição dos fatos, qualificação do acusado, capitulação delitiva possível e rol de testemunhas. Existência de justa causa para a ação penal. Necessidade de instrução do feito para o esclarecimento da dinâmica dos fatos, podendo resultar, ao final, na condenação do acusado, em sua absolvição ou até mesmo na desclassificação de sua conduta, aplicando-se o disposto nos arts. 383 e 384 do CPP em fase de sentença. Reforma da decisão. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a decisão de fls. 97/100, proferida em 16 de janeiro de 2018 pela MM. Juíza de Direito, Dra. Rejane Rodrigues Lage, da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, que, com fulcro no art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público contra A.S.D. pela suposta prática da conduta prevista no art. 215, *caput*, do Código Penal.

Irresignado, o *parquet* interpôs recurso em sentido estrito, discorrendo, preliminarmente, sobre a ocorrência de nulidade processual em decorrência da rejeição da denúncia após esta já ter sido recebida em momento processual anterior. No mérito, se superado o referido obstáculo, afirmou não ser o caso de rejeição da denúncia, haja vista a comprovação da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria (fls. 122/136).

Acesso ao Sumário

O recurso foi respondido (fls. 142/159), a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 160) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial, para o fim de se reconhecer a nulidade da decisão ou, ao menos, determinar o recebimento da denúncia, com o regular

transcurso processual (fls. 164/168).

É o relatório.

Devidamente processado, o recurso ministerial comporta provimento.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 25 de novembro de 2017, às 8h00, na Rua (...), Cidade Líder, na cidade de São Paulo, o réu A. teria praticado ato libidinoso com a vítima T., utilizando-se de meio que teria dificultado a sua livre manifestação, capitulando a conduta do denunciado, pois, no tipo penal do art. 215, *caput*, do Código Penal.

De acordo com o apurado em solo policial, a vítima estava parada no ponto de ônibus ao lado do recorrido. Na sequência, com a chegada do veículo aguardado, a ofendida tomou um assento de um banco vazio no fundo, ao lado da janela, tendo o recorrido sentado ao seu lado. Nesse momento, aproveitando-se do fato de o veículo estar praticamente vazio, com apenas alguns passageiros em seu interior (fl. 8 – boletim de ocorrência: "três rapazes e duas mulheres"), o indiciado começou a passar a mão na genitália da vítima, ao mesmo tempo em que mantinha o seu pênis para fora da calça, segurando apenas uma pequena bolsa na frente, a fim de esconder o genital da vista de outras pessoas. Em razão disso, a vítima começou a gritar e a dar tapas no réu, que se levantou rapidamente e solicitou a parada do ônibus. Contudo, a ofendida relatou ao motorista o ocorrido, por meio de gritos, tendo este, então, mantido as portas fechadas do veículo. Os três rapazes que estavam no interior do ônibus seguraram o réu até o momento em que o veículo passou em frente a uma viatura policial. Os policiais, ato contínuo, ouviram a vítima e depois questionaram o acusado, que confessou a prática do ato, inclusive na delegacia, salientando, contudo, não ter tocado no corpo da ofendida, mas apenas exposto o seu pênis, não sabendo explicar o porquê de ter agido dessa forma.

A denúncia, instruída com os autos do inquérito policial, incluindo auto de exibição e apreensão da bolsa utilizada pelo recorrido (fl. 10), boletim de ocorrência (fls. 7/9) e o depoimento de dois policiais, vítima e réu (fls. 3/6), de modo a denotar a comprovação da materialidade delitiva e indícios de autoria, foi recebida em 13 de dezembro de 2017 pela magistrada competente (fl. 77).

Contudo, durante a audiência designada nos autos, após a resposta à acusação apresentada oralmente pela defesa, com manifestação do *parquet, mas antes de iniciar a instrução probatória*, outra magistrada houve por bem rejeitar a denúncia diante da atipicidade da conduta descrita na exordial acusatória, porquanto o ato praticado não se enquadraria no tipo penal previsto no art. 215 do Código Penal (posse sexual mediante fraude), muito embora tenha fundamentado a sua decisão na inépcia da denúncia (CPP, art. 395, inciso I), dando azo à interposição do presente recurso ministerial.

Pois bem. Embora não consubstancie conduta recomendável, a rejeição

Acesso ao Sumário

de denúncia anteriormente recebida nos autos, antes do início da instrução probatória, em razão do acolhimento de alegação preliminar suscitada na resposta à acusação que se amolda a uma das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal,[1] não gera nulidade processual, inexistindo hipótese de preclusão *pro judicato* nessa seara específica.

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

AGRAVOREGIMENTALEMRECURSOESPECIAL.PENALEPROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. REJEIÇÃO DA INICIAL APÓS A RESPOSTA DO ACUSADO. RETRATAÇÃO. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 2. A teor da jurisprudência desta Corte, o fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, hipótese dos autos, não havendo falar em preclusão pro judicato. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1734084/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018);

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. TIPO LEGISLATIVO QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL (ART. 105, III, A, DA CF) 1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. 2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art.

Acesso ao Sumário

1 "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - for manifestamente inepta;
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal."

267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). 3. Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte. 4. O acórdão recorrido rechaçou a pretensão de afastamento do caráter ilícito da prova com fundamento exclusivamente constitucional, motivo pelo qual sua revisão, nesse aspecto, é descabida em recurso especial. 5. Os decretos regulamentares não se enquadram no conceito de lei federal, trazido no art. 105, III, a, da Constituição Federal. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ, REsp 1318180/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 22, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. FALSIDADE IDEOLÓGICA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTS. 288 E 299 DO CÓDIGO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. POSTERIOR REJEIÇÃO PELO JUÍZO PROCESSANTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. ARGUMENTOS INSUBSISTENTES. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DOS FATOS DELITIVOS E SUA EVENTUAL VINCULAÇÃO COM O DENUNCIADO. ELEMENTOS SUFICIENTES À ADMISSIBILIDADE DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal. 2. A possibilidade de o acusado "arguir preliminares" por meio de resposta prévia, segundo previsto no art. 396-A do Código de Processo Penal, por si só, incompatibiliza o acolhimento da tese de preclusão pro judicato, dada a viabilidade de um novo exame de admissibilidade da denúncia. 3. Desse modo, permite-se ao Magistrado, após o oferecimento da defesa prévia, a revisão da sua decisão de recebimento da exordial, tal como ocorreu na presente hipótese. 4. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese. 5. No caso, a exordial acusatória trouxe a suficiente descrição do modo como originou

Acesso ao Sumário

a organização criminosa, a sua operacionalização na captação de "laranjas", a constituição de contas na casa de câmbio ELCATUR, o conluio dos participantes na empreitada criminosa, a suspeita de inserção de informações inverídicas dos rendimentos auferidos pelos "laranjas", bem como a forma como procediam ao receber diversos depósitos não identificados, os quais, subsequentemente, foram remetidos, em diversos montantes, para a conta "CC5" da empresa REAL CÂMBIOS SRL e, ainda, os indícios de disparidade entre a renda declarada e a quantia movimentada em tais contas. 6. Nesse contexto, a denúncia imputou ao Acusado os crimes previstos nos arts. 22 da Lei n.º 7.492/86 (evasão ilegal de divisas), 299 (falsidade ideológica) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, com a descrição de suposta vinculação com as remessas ilegais de valores para o exterior, sendo apontado como um dos "laranjas" do esquema fraudulento. 7. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

8. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 1218030/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014);

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RETRATAÇÃO. POSTERIOR REJEIÇÃO DA INICIAL ACUSATÓRIA. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA APÓS A RESPOSTA DO RÉU. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Acesso ao Sumário

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - "O recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal." (AgRg no REsp 1.218.030/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10/4/2014). Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a ilustre decisão do Magistrado de primeiro grau que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP.

(STJ, HC 294.518/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. REJEIÇÃO DA INICIAL (INÉPCIA) APÓS A RESPOSTA PRELIMINAR DO ACUSADO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DO ART. 395 DO CPP. 1. É possível ao Juiz reconsiderar a decisão de recebimento da denúncia, para rejeitá-la, quando acolhe matéria suscitada na resposta preliminar defensiva relativamente às hipóteses previstas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal. Precedente. 2. Fica prejudicada a tese de inépcia da inicial acusatória com o provimento parcial do recurso especial e retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no exame das demais alegações ventiladas no recurso em sentido estrito do Ministério Público, entre elas a matéria atinente à higidez formal da denúncia. Impossibilidade de apreciação do tema diretamente na via especial, ante a necessidade de respeito ao prequestionamento. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1291039/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013).

Todavia, ainda que não tenha ocorrido nulidade processual no caso em exame, não agiu corretamente a magistrada *a quo* ao rejeitar a denúncia antes do início da audiência de instrução e julgamento do feito.

Isso porque, por primeiro, não se vislumbra hipótese de inépcia da denúncia na espécie, eis que a exordial acusatória se mostra idônea e suficiente, com a descrição pormenorizada dos fatos, a qualificação do acusado e a capitulação delitiva (CP, art. 215), *de acordo com a convicção do membro do Ministério Público*, além de rol de testemunhas, em estrita consonância com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, a detida descrição dos fatos realizada pela acusação na denúncia, dotada de três laudas (fls. 73/75), com suporte documental,

Acesso ao Sumário

permite o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu, bem como a eventual correta formação do convencimento do magistrado, não havendo, pois, falar em rejeição da denúncia por esse motivo específico, como constou da fundamentação da decisão ora guerreada.

Mais parece, contudo, que a magistrada *a quo* houve por bem rejeitar a denúncia pela falta de justa causa para o exercício da ação penal, concluindo pela atipicidade manifesta da conduta praticada pelo agente, em que pese ter fundamentado a sua decisão em inciso diverso do art. 395 do Código de Processo Penal (inciso I, ao invés do inciso II e ou III).

Ocorre que, seja sob o prisma da justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, inciso III), seja sob a égide da – hoje em desuso, diante da amplitude do requisito anterior – condição da ação intitulada de "possibilidade jurídica do pedido" (CPP, art. 395, inciso II), a rejeição da denúncia somente é possível se for demonstrado, de modo cristalino, que o fato não constitui qualquer infração penal.

Na hipótese dos autos, todavia, a dinâmica dos fatos descritos na denúncia merece ser devidamente esclarecida pela prova oral, com a oitiva da vítima, de eventuais testemunhas presenciais e dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante delito, já arrolados pela acusação (fl. 75), além do interrogatório judicial do réu, já que as descrições fáticas contidas na denúncia (fls. 73/74), no boletim de ocorrência (fls. 7/9) e nos depoimentos prestados por ofendida e acusado na delegacia (fls. 5/6) denotam incongruências e exigem esclarecimentos em sede judicial.

Isso porque, na denúncia, consta que o réu teria passado "a mão na genitália da indiciada", quando estava com o pênis de fora, escondido por uma bolsa no seu colo (fl. 73), o que coincide com o histórico do boletim de ocorrência (fl. 8) e o depoimento da vítima na fase policial (fl. 5).

Já o acusado, na delegacia, confessou parcialmente a prática do ato, dizendo, no entanto, ter apenas mostrado o pênis para a vítima no interior do ônibus, negando ter passado a mão em seu corpo ou em sua genitália (fl. 6).

Acesso ao Sumário

As circunstâncias fáticas do caso, que demandam o devido esclarecimento em audiência judicial de instrução, podem, por exemplo, justificar a tipificação do delito de estupro, a depender da intensidade do ato praticado pelo acusado ao ter tocado a vagina da vítima, e até mesmo do crime capitulado na denúncia, caso a utilização da bolsa pelo recorrido tenha eventualmente servido como um ardil para enganar e evitar que a ofendida visualizasse a prática lasciva.

De outro lado, caso se comprove a versão apresentada pelo acusado em sede extrajudicial – que, inclusive, pode sofrer alterações em juízo –, o delito previsto no art. 233 do Código Penal pode, em tese, incidir na espécie, haja vista a suposta prática de ato obsceno em lugar público (ato de mostrar o pênis no

interior de ônibus).

De igual maneira, após a devida instrução do processo, caso a conduta do réu não configure hipótese de estupro, haja vista a estreita aplicação do delito previsto no art. 213 do Código Penal para casos mais graves, poderá haver, ainda, a subsunção do fato ora debatido à hipótese normativa descrita no art. 61 da Lei de Contravenção Penal, vigente à época dos fatos e mais benéfica ao acusado em comparação ao novel tipo penal previsto no art. 215-A do Código Penal (importunação sexual), criado pelo legislador somente no ano de 2018.

Vê-se, portanto, que a instrução do feito poderia resultar em diversas consequências processuais, como a absolvição do acusado, a desclassificação de sua conduta para outro crime ou contravenção penal ou até mesmo a sua condenação nos termos da denúncia, considerando o conteúdo da prova oral produzida nos autos.

Deveria a magistrada, entendendo não ser o caso de tipificação do delito capitulado na denúncia, *após o encerramento da instrução probatóri*a, já em fase de sentença, realizar a *ementatio libelli* (CPP, art. 383), a *mutatio libelli* (CPP, art. 384) ou absolver o acusado (CPP, art. 386, inciso III), sendo esta última hipótese inclusive mais benéfica ao recorrido em comparação à rejeição da denúncia no dia da audiência de instrução.

Em suma, não sendo o caso de rejeição da denúncia, uma vez não preenchidas quaisquer das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, o recurso ministerial comporta provimento para o fim de reformar a decisão hostilizada e afastar a rejeição da peça inicial acusatória, determinando o regular prosseguimento do feito, com a realização de audiência de instrução e julgamento.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO para o fim de reformar a decisão hostilizada e afastar a rejeição da denúncia, determinando o regular prosseguimento do feito, com a realização de audiência de instrução e julgamento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 1018367-74.2018.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é recorrente M.D.S., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao recurso, para conceder salvo conduto ao recorrente e às pessoas identificadas como

organizadoras do evento, cuja duração é fixada, de forma improrrogável, em seis meses. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 30 de maio de 2019.

FRANÇA CARVALHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Indeferimento de *Habeas corpus* preventivo – Pedido de alvará para a realização de bingo beneficente – Ausência de motivação financeira por parte dos organizadores – Caráter altruístico do bingo de cartela – Objetivo exclusivo de arrecadar recursos destinados à assistência de pessoas carentes, acometidas de câncer – Concessão de salvo conduto para garantir a liberdade de ir e vir do recorrente e das pessoas identificadas como organizadoras do evento, pelo prazo improrrogável de seis meses. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. decisão de fls. 69 a 70, cujo relatório se adota, indeferiu o *habeas corpus* preventivo, impetrado por N.B., tendo como paciente M.D.S. – no qual se objetivava a concessão de alvará para a realização de bingo beneficente em prol da associação (...) , da qual é representante legal –, e declarou extinto o processo, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, interpôs o paciente o presente recurso em sentido estrito, buscando a reforma da r. decisão recorrida, sob o fundamento de que o sorteio pretendido, de caráter altruístico, tem assento nas disposições da Lei nº 13.019/2014, que autoriza a realização do evento, "determinando a autoridade policial que se abstenha de efetuar qualquer ato de constrangimento a liberdade do paciente no tocante a consecução dos sorteios de cartelas beneficentes", uma vez que a atividade não caracteriza a contravenção prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais (fls. 75 a 87).

Acesso ao Sumário

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 92 a 93), e mantida a r. decisão recorrida (fl. 88), subiram os autos.

Nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo

desprovimento do recurso interposto (fls. 102 a 105).

É o relatório.

Acolhe-se, em parte, o recurso.

Consoante o disposto no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, configura contravenção penal, sujeita à prisão simples, de três meses a um ano, a exploração de jogo de azar, no âmbito do qual se insere o bingo, em lugar público ou acessível ao público.

E o artigo 84-B, inciso III, da Lei 13.019/2014, está bem longe de ter o alcance que se lhe pretende conferir. A uma, por aludir à distribuição ou à promessa de distribuição de "prêmios, mediante sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas", por constituir o bingo uma espécie do gênero loteria. E a duas porque não conferiu tal prerrogativa a toda e qualquer organização da sociedade civil, mas apenas às conveniadas com o Poder Público no âmbito do escopo do diploma, que "Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação" (Apelação Cível nº 1023809-12.2018.8.26.0506, Ribeirão Preto, SP, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. **Coimbra Schmidt**, julgada em 29 de abril de 2019).

Portanto, entende-se que a exploração de jogo de azar constitui o ilícito penal a que se refere o artigo 50, da Lei das Contravenções Penais, quando a atividade é exercida com finalidade comercial, explorada em caráter permanente e com intuito de lucro, características inexistentes na exploração do bingo em exame.

Trata-se de modalidade sem qualquer motivação financeira por parte dos organizadores, cujo único escopo, como no caso, é o de arrecadar recursos, que serão destinados à assistência de pessoas carentes, acometidas de câncer.

Assim, o caráter altruístico do bingo de cartela, marcado pela eventualidade, e com tempo de duração certo e definido, caracteriza conduta penalmente atípica, a ensejar a concessão do salvo conduto para garantir a liberdade de ir e vir do recorrente e das pessoas identificadas como organizadoras do evento.

Todavia, o evento não pode ter duração ilimitada, indeterminada, definitiva, mas caráter temporário, de modo que, findo o prazo de autorização, cessa o salvo conduto e a autorização para a realização do evento.

Esse prazo de validade é fixado em seis meses, tempo suficiente para que a entidade possa arrecadar os recursos com os quais pretende prestar assistência às pessoas carentes.

Por essas razões, dá-se parcial provimento ao recurso, para conceder

Acesso ao Sumário

salvo conduto ao recorrente e às pessoas identificadas como organizadoras do evento, cuja duração é fixada, de forma improrrogável, em seis meses.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0049961-80.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário CESAR AUGUSTO PINHEIRO DE MELLO.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deferiram a presente revisão criminal ajuizada em prol de Cesar Augusto Pinheiro de Mello para que, mantido no mais, por seus fundamentos, o v. Acórdão, cumpra as penas finais de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais a paga de 16 (dezesseis) dias-multa, por incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, e de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime prisional aberto, convertida essa última em pena restritiva de direitos, na forma acima determinada, pelo prazo de 02 (dois) anos, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, todos valorados como no r. *decisum*, por infração aos ditames do artigo 41-B, § 1º, I, da Lei nº 10.671/03, na forma do artigo 69, *caput*, do Estatuto Repressivo. Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se, incontinenti, pela Secretaria, o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Criminais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016. Determinaram que o MM. Juiz remeta cópia desta decisão, para ciência, diante do policiamento que exerce em praças desportivas, ao Excelentíssimo Coronel Comandante Geral da Polícia Militar, coronel Marcelo Valles, vencido em parte o E. Revisor, Exmo. Des. Grassi Neto, que a deferia em menor extensão para fixar o regime semiaberto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), GRASSI NETO, ALBERTO ANDERSON FILHO, FREITAS FILHO, REINALDO CINTRA e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 9 de maio de 2019.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – PLEITO LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NO MÉRITO, PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ATINENTE AO CRIME DE TUMULTO, PARA A RESTRITIVA DE DIREITO PREVISTA NO § 2º, DO ART. 41-B, DO ESTATUTO DO TORCEDOR.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS ARTS. 157, § 2º, II, DO CP, E 41-B, § 1º, I, DA LEI Nº 10.671/03, NA FORMA DO ART. 69, *CAPUT*, DO CP.

QUESTÃO PRELIMINAR INDEFERIDA NOS TERMOS DE FL. 130.

NO MÉRITO CASO EM QUE PROCEDE O PLEITO REVISIONAL, HAVENDO QUE SER CONCEDIDO AO PETICIONÁRIO O BENEFÍCIO PREVISTO NO § 2º, DO ART. 41-B, DA LEI Nº 10.671/03.

Questão preliminar rejeitada e revisão deferida, com determinações.

VOTO

1 – O peticionário Cesar Augusto Pinheiro de Mello foi condenado por r. sentença datada de 18/11/2016 (fls. 704/760 do processo de conhecimento), confirmada em 19/02/2018, por v. Acórdão da Egrégia Primeira Câmara de Direito Criminal desta Corte, por votação unânime, ao cumprimento da pena corporal de oito anos, cinco meses e três dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de vinte e sete dias-multa, fixados no piso mínimo, por infração aos ditames do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, e do artigo 41-B, § 1º, I, da Lei nº 10.671/03, na forma do artigo 69, *caput*, do Estatuto Repressivo (fls. 1066/1080).

Transitou em julgado a decisão em 10/07/2018 (fl. 1119).

Ingressa a Defesa com a presente revisão criminal, pretendendo, preliminarmente, que "seja suspenso os efeitos da Sentença Condenatória [...], a qual já determinou [...] a expedição de mandado de prisão em desfavor do Revisionando, [...] por quanto perdurar a presente Revisão Criminal, em função do erro judiciário aqui apontado" (*sic* - fl. 11). No mérito, visa a conversão da pena privativa de liberdade atinente ao crime de tumulto, para a restritiva de direito prevista no § 2º, do artigo 41-B, do Estatuto do Torcedor (fls. 02/12 do processo revisional).

A fl. 130 o pedido liminar foi indeferido.

Acesso ao Sumário

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. manifestação da lavra do doutor Eduardo Rheingantz, se pronunciou pelo deferimento do pedido revisional, por entender que o revisionando faz jus ao benefício previsto no § 2º, do artigo 41-B, da Lei nº 10.671/03 (fls. 136/137).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Por primeiro, de se observar que a preliminar foi antes apreciada e indeferida nos termos da fl. 130.

E no mérito, o pedido revisional deve ser deferido, na esteira da r. manifestação ministerial.

O peticionário foi condenado pela prática dos crimes de roubo qualificado e de tumulto, porque na data em questão, agindo em concurso com outros onze agentes, promoveu tumulto, ao perceber a presença de torcedores do time adversário em vagão do trem da CPTM, durante o trajeto de ida ao estádio de futebol onde ocorreria evento esportivo, utilizando-se de extrema violência física contra as vítimas, mesmo após já estarem desacordadas, para, ato contínuo, delas subtrair os diversos bens descritos na denúncia, observando-se que restou amplamente comprovada a sua coautoria nos crimes em tela, pela consistente prova acusatória produzida, que não foi questionada.

No mais, verifica-se que as penas atinentes ao roubo não foram impugnadas, tendo sido as básicas aplicadas em 1/6 acima dos patamares mínimos, em razão das graves consequências do delito, e a seguir exasperadas em 1/6, diante da agravante genérica prevista no artigo 61, II, "a", do Código Penal, e para, ao final, serem majoradas em 1/3, pela causa de aumento do concurso de pessoas, resultando, assim, em sete anos, três meses e três dias de reclusão, além do pagamento de dezesseis dias-multa.

Já no que tange às reprimendas do crime de tumulto, foram as básicas fixadas em 1/6 acima do mínimo legal, mantidas nesse patamar na segunda fase da dosimetria, diante da compensação levada a efeito entre a agravante genérica suprarreferida e a confissão espontânea, restando definitivas, portanto, em um ano e dois meses de reclusão, mais a paga de onze dias-multa.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, quando da prolação da r. sentença, assim como do v. Acórdão, o peticionário já ostentava condenação em Primeiro Grau pelo delito previsto no artigo 41-B, § 1º, II, da Lei nº 10.671/03, que ainda se encontrava pendente de recurso (fls. 691/700 e 701 do processo de conhecimento), daí porque, acertadamente, não se concedeu a ele, à época, a benesse prevista no § 2º, do art. 41, desse Estatuto, que determina que "**o juiz deverá converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e**

não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas neste artigo".

Diante disso, foram as reprimendas de ambos os delitos corretamente somadas, por conta do concurso material, tendo sido, então, fixado o regime prisional inicial fechado para o desconto da sanção aflitiva, em razão do montante final de pena a ser cumprido.

Todavia, conforme documentos juntados pelo combativo patrono, depreende-se que, posteriormente, sobreveio julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa no processo supramencionado, pelo qual o revisionando acabou por ser absolvido (fls. 108/114), não havendo mais como se afirmar, pois, que ele foi punido anteriormente pela prática de condutas previstas no art. 41-B, do Estatuto do Torcedor, a autorizar, portanto, a concessão do benefício pleiteado, vez que preenchidos os requisitos do § 2º do aludido dispositivo legal.

Nesses termos, utilizando-se dos mesmos moldes empregados na r. sentença de fls. 704/760, do processo de conhecimento, para os demais corréus agraciados com a referida benesse, em atenção ao princípio da isonomia, converte-se a pena corporal do revisionando, relativa ao crime de tumulto, "**em restritiva de direitos consistente no impedimento de comparecimento do réu no e nas proximidades de estádio de futebol quando houver jogo da Sociedade esportiva Palmeiras – jogos profissionais ou amadores – realizados na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil ou exterior, quando este for mandante ou visitante, em todos os campeonatos ou amistosos que disputar pelo prazo de dois anos**" (fl. 739).

"Durante o cumprimento da pena, quando houver jogos do Palmeiras, o réu deverá comparecer, nos termos do parágrafo 4º do artigo 41-B do Estatuto do Torcedor, em instituição indicada pela Central de Penas e Medidas Alternativas, 2 (duas) horas antes da partida, devendo lá permanecer até 15 (quinze) minutos após o término do jogo" (fl. 739).

Por fim, há que se salientar que, em que pesem as circunstâncias e consequências gravíssimas dos crimes praticados, o MM. Juiz fixou o regime prisional inicial semiaberto para o cumprimento da sanção aflitiva atinente ao roubo, e o aberto, para o caso de descumprimento da restritiva de direitos imposta ao delito de tumulto, contudo, sem qualquer inconformismo ministerial a respeito, daí porque também ficam assim estabelecidos ao peticionário.

Isto posto, defere-se a presente revisão criminal ajuizada em prol de **Cesar Augusto Pinheiro de Mello** para que, mantido no mais, por seus fundamentos, o v. Acórdão, cumpra as penas finais de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, mais a paga de 16 (dezesseis) dias-multa, por incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, e de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime

Acesso ao Sumário

prisional aberto, convertida essa última em pena restritiva de direitos, na forma acima determinada, pelo prazo de 02 (dois) anos, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, todos valorados como no r. *decisum*, por infração aos ditames do artigo 41-B, § 1º, I, da Lei nº 10.671/03, na forma do artigo 69, *caput*, do Estatuto Repressivo. **Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se, *incontinenti*, pela Secretaria, o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Criminais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016. Deverá o MM. Juiz remeter cópia desta decisão, para ciência, diante do policiamento que a Corporação exerce em praças desportivas, ao Excelentíssimo Coronel Comandante Geral da Polícia Militar.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0017343-82.2018.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é peticionário VALDECI MUZILHO.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a revisão do processo de Valdeci Muzilho, para desclassificar o crime para o previsto no artigo 12 da Lei n.º 10.826/03, fixando-se a pena de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de onze (11) dias-multa, no piso. V.U. Compareceu a Defensora Dativa, Dra. Terezinha Bressan da Silva.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente), MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, PÉRICLES PIZA, FRANCISCO ORLANDO, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 17 de junho de 2019.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Condenação pelo crime de porte de arma de fogo – Espingarda encontrada no interior do veículo do réu, o qual, entretanto, estava estacionado na garagem de sua casa – Revisão Criminal – Pleito para desclassificar a conduta para o crime de posse de arma de fogo – Natureza jurídica da garagem – Dependência da residência. Inteligência à dicção do

Acesso ao Sumário

artigo 12 do SINARM. Desclassificação procedida. Fixação do regime aberto. Revisão deferida.

VOTO

O peticionário foi condenado perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 11 dias-multa como incurso no artigo 14 da Lei n.º 10.826/03 (fls. 29-31). Inconformada, apelou a defesa do peticionário, tendo a 2ª Colenda Câmara Extraordinária de Direito Criminal deste Egg. Tribunal, por votação unânime, negado provimento ao recurso, para manter integralmente a decisão de primeira instância (fls. 36-44). Interpostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 45-50).

O trânsito em julgado ocorreu em 5.12.2017 (fl. 64).

Agora, através do presente pedido, pleiteia a revisão do processo, requerendo, em suma, o reconhecimento da subsunção ao tipo previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, e não ao do artigo 14, pelo qual foi condenado. Isso porque, a arma objeto da condenação fora encontrada no interior de seu veículo, estacionado na garagem de sua residência, portanto, nas dependências desta, conforme enuncia aquele tipo penal ora reclamado. Requer, liminarmente, seja deferida tutela de urgência, para que o peticionário possa responder livre durante o curso da demanda, que deverá, ao final, desconstituir o julgado (fls. 2-13).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 84-85.

A douta procuradoria geral de justiça oficia pelo indeferimento da presente revisão (fls. 106-115).

É o relatório.

Ouvido durante o inquérito, o ora peticionário admitiu que a espingarda apreendida no interior de seu veículo era de sua propriedade, contudo, não tinha conhecimento de que havia sido transformada em arma de fogo, Pagou a quantia de R$ 50,00 a um senhor que passava pela rua, porquanto ele estivesse precisando de dinheiro. Seria usada apenas para "brincar" na chácara de um colega (fl. 22). Tornou-se revel, razão pela qual não foi ouvido em juízo (fl. 30).

De sua parte, o policial Alexsander Bartelt Rodrigues, em juízo, aduziu que na data dos fatos foi acionado via Copom para atender a uma ocorrência de desentendimento entre casal. Ao chegar ao local, a situação já estava apaziguada, contudo, o réu havia estacionado seu veículo na garagem. Então, dentro do carro, foi localizada a arma noticiada na denúncia, desmuniciada (fl. 63).

O laudo de fls. 7-8 atestou o poder vulnerante da arma apreendida, bem ainda, seu novo calibre, decorrente da modificação nela perpetrada.

Acesso ao Sumário

Vê-se, assim, que a condenação era mesmo medida que se impunha na espécie, não havendo falar em falta de provas.

Compulsando-se os autos, contudo, verifica- se assistir razão à defesa quanto ao pleito desclassificatório.

Incialmente, a propriedade, em seu conceito clássico, pode ser conceituada como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo (coisas móveis e imóveis) ou incorpóreo (direito autoral e direito de crédito) em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Infere-se, com isso, pois, no caso de bens imóveis, que para além da casa propriamente dita, o direito de propriedade é exercido dentro dos limites das demarcações do terreno, compreendidas aí quaisquer outras acessões ou benfeitorias existentes.

De outro lado, enuncia a norma contida no artigo 12 do SINARM o seguinte:

> ***Art. 12.*** *Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar,* ***no interior de sua residência ou dependência desta****, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de um a três anos, e multa. (grifamos).*

Como se extrai do texto legal, forçoso afirmar que a garagem de uma casa deva ser conceituada como sua dependência, pois, conquanto não consista naquela, propriamente, está englobada nos limites da propriedade imóvel.

Não se olvida que um veículo – salvo circunstâncias excepcionais não vistas nestes autos – não possa ser considerado extensão da residência ou do local de trabalho, contudo, estando estacionado em uma das dependências da residência, passa a com ela estabelecer uma relação de *conteúdo e continente.*

Na espécie, o policial militar relatou que ao chegar à casa do ora peticionário encontrou a espingarda no interior do veículo, o qual estava estacionado na garagem da propriedade.

Acesso ao Sumário

Com isso, ao assim agir e estando em uma das dependências da residência, não se pode afirmar que o peticionário portasse a arma de fogo, mas sim, a *possuísse*, razão pela qual o crime deva ser desclassificado para o injusto-típico do artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

Quanto à dosagem, parte-se da base no mínimo para, na segunda fase, aumentar a pena em 1/6 em razão da reincidência anotada na sentença (fl. 30). Assim, à mingua de outras circunstâncias, totaliza-se 1 ano e 2 meses de reclusão, além de 11 dias-multa, no piso.

Tocante ao regime, possível a fixação do aberto. Nesse sentido, tendo

servido a reincidência de obstáculo a outro benefício – conversão por restritiva de direitos – não pode impedir, a um só tempo, também o deferimento do aberto. O estabelecimento do regime inicial de execução compõe a resposta penal ao crime praticado, devendo ser tanto mais rigorosa, quanto mais severa a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou mais reprovável a conduta do agente. Sem a observância dessa proporcionalidade, a pena deixa de reafirmar o direito violado e passa a ser mera vingança pública contra o crime, o que de muito deixou de ser a finalidade do sistema jurídico-penal.

Ademais, o princípio constitucional de individualização da pena deve sempre ser observado, sendo que a interpretação literal da norma penal, nesses casos, não é a mais adequada. Não se podem equiparar situações como a verificada nestes autos, com delitos de consequências bem mais graves, onde a segregação social se faz necessária.

Fica estabelecido, portanto, o regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Ante tais fundamentos, defere-se a revisão do processo de Valdeci Muzilho, para desclassificar o crime para o previsto no artigo 12 da Lei n.º 10.826/03, fixando-se a pena de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de onze (11) dias-multa, no piso.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2167090-72.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE PAULÍNIA, é réu PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULÍNIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E JULGARAM A AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES E CARLOS BUENO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31526)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, 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, 8 de maio de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. AÇÃO AJUIZADA COM BASE EM ALEGADAS PROVAS NOVAS, OBTIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE SE PRETENDE RESCINDIR. INADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DE QUE, PROVA NOVA, NOS TERMOS DO INCISO VII DO ART. 966 DO CPC, É AQUELA QUE JÁ EXISTIA CONTEMPORANEAMENTE À PROLAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA, MAS NÃO INSTRUIU O PROCESSO EM FUNÇÃO DE FATORES

ALHEIOS À VONTADE DO INTERESSADO, SEJA PORQUE SUA EXISTÊNCIA ERA POR ELE IGNORADA, SEJA PORQUE DELA NÃO PODIA FAZER USO OU NÃO DETINHA ACESSO, E DESDE QUE SE MOSTRE CAPAZ DE ALTERAR O RESULTADO DA DECISÃO QUE SE PRETENDE DESCONSTITUIR. PRELIMINARES AFASTADAS. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Ação rescisória julgada improcedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação rescisória, com fundamento no art. 966, VII, do CPC, objetivando desconstituir o v. acórdão de fls. 18/25, que julgou improcedente dissídio coletivo de greve, decidindo que é possível descontar dos vencimentos dos servidores grevistas os valores correspondentes aos dias paralisados.

Alega o autor, em síntese, que, em 23/09/2016, *"o chefe do executivo municipal firmou carta de compromisso, garantindo que procederia à devolução dos valores referentes à greve ocorrida no ano de 2011"*, que foi veiculado em jornais locais e páginas do "facebook" que *"estaria o Chefe do Executivo se prontificando em corrigir tal situação, com o pagamento dos referidos dias"*, que o direito de greve é assegurado constitucionalmente, sendo que não houve abuso na greve e os serviços essenciais foram preservados em conformidade com o que foi acordado, que a decisão do STF, de repercussão geral, estabelece como sendo possível o desconto dos dias parados em razão de greve, mas não há impedimento legal para o Prefeito de Paulínia realizar tal pagamento, que o desconto realizado foi indevido, negando-se a Prefeitura a cumprir decisão judicial, e que o acórdão deve ser rescindido diante da existência de provas novas. Requer a rescisão do acórdão.

Deferida a justiça gratuita e indeferida a tutela antecipatória (fls. 47/48).

Às fls. 54/64, manifestação da ré levantando preliminares de "ausência de pressuposto processual de existência", ante a ausência de citação do Ministério Público do Trabalho, por se tratar de litisconsórcio passivo necessário, e inépcia da petição inicial. Impugna o valor atribuído à causa e o deferimento do pedido de justiça gratuita, bem como se manifesta contrariamente à audiência de conciliação. Aduz que o documento de fls. 27/37 sequer possui data e não possui assinatura do atual Prefeito, além de se tratar de documento destinado a candidato, que as publicações de páginas do *facebook* não são do Prefeito e que o E. STF, em acórdão no qual originou a tese de repercussão geral, decidiu que a Administração Pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação em

Acesso ao Sumário

razão de greve.

Réplica do sindicato-autor às fls. 69/72, indicando ser necessária designação de audiência de conciliação.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 96/115 *"pela extinção do feito, sem julgamento do mérito. No mérito, pela improcedência do pedido."*.

É o relatório.

Não vingam as preliminares levantadas pela Municipalidade.

Muito embora o Ministério Público do Trabalho tenha sido o autor do dissídio coletivo de greve, que redundou no v. acórdão que o sindicato pretende rescindir, não se vislumbra a hipótese de litisconsórcio passivo necessário já que a pretensão de rescisão diz respeito somente às partes da presente rescisória, uma vez que envolve o desconto dos dias de paralisação em razão da greve de funcionários públicos municipais, não havendo que se cogitar, neste momento, de questão envolvendo interesse público em conflito, decorrente de deflagração de greve nos serviços essenciais.

A afirmação de inépcia da inicial da rescisória ficou apenas no terreno das alegações, não havendo demonstração de enquadramento nas hipóteses previstas no art. 330, § 1º, do CPC. Ao contrário do afirmado, houve pedido de rescisão do acórdão proferido nos autos do dissídio coletivo de greve.

Não vinga a impugnação ao valor da causa. Prevalece o entendimento de que o valor da causa em sede de ação rescisória deve corresponder ao valor da ação principal, devidamente corrigido. Nesse sentido:

> **"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO RESCISÓRIA. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO. BENEFÍCIO ECONÔMICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.**
>
> **1. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior, em sede de ação rescisória, o valor da causa, em regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado monetariamente; exceto se houver comprovação de que o benefício econômico pretendido está em descompasso com o valor atribuído à causa, hipótese que deve prevalecer o primeiro. Precedentes.**
>
> **2. Agravo interno não provido."**[1]

Segundo os ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *"Doutrina e jurisprudência assentaram o entendimento, segundo o qual o valor da causa, nas ações rescisórias, equivale ao da ação originária.*

1 STJ – AgInt no AREsp 1286416/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 30/08/2018, DJe 06/09/2018.

Acesso ao Sumário

Vale dizer que o valor atribuído à causa para a ação rescisória corresponde ao valor da causa da ação originária, corrigido monetariamente. Em razão desse entendimento, seria inadmissível a pretensão de que, na ação rescisória, o valor da causa fosse igual ao encontrado para fins de liquidação de sentença."[2]

Não estando a presente ação rescisória atrelada ao recebimento de valor pecuniário, nem se tratando de exigência em sede de cumprimento de sentença, bem como não havendo demonstração de que o valor atribuído à causa não corresponde ao da causa principal, atualizado monetariamente, improcede a impugnação ao valor da causa.

A impugnação ao pedido de justiça gratuita não prospera uma vez que, quando do deferimento, foi levado em consideração o fato de que o sindicato-autor passa por dificuldades financeiras tendo em vista a extinção da contribuição sindical. Vale mencionar que, para a impugnação, não basta alegar que o sindicato "possui milhares de filiados bem remunerados em seus quadros", já que caberia à Municipalidade demonstrar que o sindicato possui efetivas condições de arcar com as custas e despesas processuais, e isso ela não fez.

O Sindicato-autor bateu-se pela designação de audiência de conciliação (fls. 46), pleito reafirmado às fls. 70/71 de sua réplica. A Municipalidade, por seu turno, indicou às fls. 58 da contestação que *"... não possui interesse em designação de audiência de conciliação ou mediação, porque, nos termos do artigo 334, § 4º, II, do Código de Processo Civil, 'a audiência não será realizada: (...) II – quando não se admitir a autocomposição.'"*.

Justificou a Municipalidade que (fls. 58) *"... o dispêndio de verba pública em favor de particulares, por mera liberalidade da Administração Pública, fere os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, razão pela qual o Município de Paulínia se manifesta previamente pela inutilidade de qualquer audiência de conciliação ou mediação – em qualquer fase processual – para a negociação de dinheiro público."*.

Assim sendo, era mesmo inviável a designação da audiência de conciliação, ante a manifestação contrária de uma das partes, bem como pelo fato de que, como cediço, os interesses públicos são indisponíveis, especialmente quando, como no caso concreto, há decisão judicial favorável à Administração. Como a Administração Pública, tampouco quem responde por ela, não é titular, nem tem disponibilidade sobre os interesses públicos, mostra-se correta a manifestação contrária à realização de audiência de conciliação, já que sua função precípua é a proteção do interesse público.

Afastadas as preliminares, no mérito, a ação não procede.

Descabe adentrar-se na questão da legitimidade da greve, tampouco

2 Didier, Jr., Fredie; Carneiro da Cunha, Leonardo. Curso de Direito Processual Civil. 14ª ed. São Paulo. Editora Jus Podivm. 2017. Pág. 587.

Acesso ao Sumário

na interpretação da tese de repercussão geral do C. STF, indicando que a Administração deve proceder ao desconto dos dias parados decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, o que, diga-se, está em perfeita conformidade com o v. acórdão que se pretende rescindir. Ademais, a ação rescisória, como bem lembrado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, não tem por finalidade reabrir instância recursal, tampouco se presta para apreciação de eventual justiça ou injustiça da decisão rescindenda. Nesse sentido:

> **"AGRAVO INTERNO DA AÇÃO RESCISÓRIA – MEDIDA EXCEPCIONAL – OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES TAXATIVAS DE RESCINDIBILIDADE PREVISTAS NO ARTIGO 485 DO CPC/73 – INVIÁVEL UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL – DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO RESCISÓRIO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.**
>
> **(...)**
>
> **3. A via processual da ação rescisória não se presta a rediscutir a matéria já apreciada nos autos, nem mesmo a analisar a Justiça da decisão fustigada, desde que, por óbvio, a interpretação aplicada se mostre possível, razoável e devidamente fundamentada, sob pena de transformar a via excepcional da ação rescisória em verdadeiro sucedâneo recursal. Precedentes: AgInt na AR 2990/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 17/10/2017; AgRg na AR n. 5.300/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, CORTE ESPECIAL, DJe de 5.3.2014.**
>
> **4. A solução dada à controvérsia pela decisão ora combatida não se mostrou em nenhum momento teratológica, mas, sim, restou escolhida como uma daquelas cabíveis à resolução da demanda e ainda que desfavorável ao autor da presente ação rescisória, não se revela ofensiva aos dispositivos legais ora suscitados, de modo que, inexistente a alegada ofensa literal a preceitos normativos, como exige a regra do art. 485, V, do CPC/73.**
>
> **5. Agravo interno desprovido."**[3]

Nos termos da inicial (fls. 05) *"... a presente ação rescisória se funda no inciso VII do artigo 966 do NCPC, diante da existência de provas novas que sobrevieram após o trânsito em julgado do v. Acórdão rescindendo, que consistem na manifestação pública do Prefeito Municipal de Paulínia, Sr. Dixon de Carvalho, que pretende realizar a devolução dos valores descontados dos servidores públicos municipais que aderiram ao movimento de greve citado."*.

Pelos próprios termos da inicial, verifica-se que a presente ação rescisória não encontra base de sustentação uma vez que prova nova, nos termos do inciso VII do art. 966 do CPC, é entendida como aquela que já existia

Acesso ao Sumário

3 STJ – AgInt na AR 4.821/RN, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, j. em 13/03/2019, DJe 18/03/2019

contemporaneamente à prolação da decisão rescindenda, mas não instruiu o processo em função de fatores alheios à vontade do interessado, seja porque sua existência era por ele ignorada, seja porque dela não podia fazer uso ou não detinha acesso, e desde que se mostre capaz de alterar o resultado da decisão que se pretende desconstituir. Nesse sentido:

> **"PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. PERITO. POLÍCIA CIVIL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. DOCUMENTO NOVO INCAPAZ DE MODIFICAR O JULGADO RESCINDENDO. IMPROCEDÊNCIA.**
>
> **(...)**
>
> **5. Nos termos da jurisprudência do STJ, o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 966, VII do CPC, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional, o que não é o caso dos autos.**
>
> **6. Ação rescisória julgada improcedente."**[4]

Analisando o art. 966, VII, do CPC, o Professor Rodolfo Kronemberg Hartmann leciona que *"A referida norma também estabelece que, para ser considerada uma prova 'nova', a mesma deve ser preexistente à prolação da decisão e que somente não foi apresentada anteriormente em virtude de a parte a desconhecer ou não ter podido utilizá-la. E, neste dispositivo ainda consta que esta prova deve ser muito forte, a ponto de assegurar ao interessado um pronunciamento favorável, pois, do contrário, de nada adiantaria juntar uma prova nova se todas as demais anteriormente produzidas evidenciam que o autor da rescisória ainda assim não tem nenhuma razão quanto ao mérito da causa."*[5].

Portanto, tendo o autor afirmado que se trata de provas *"que sobrevieram após o trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo"*, tais documentos não seriam aptos à pretensão de rescisão do acórdão, uma vez que, segundo afirmado na inicial, foram obtidos posteriormente ao trânsito em julgado da indenizatória.

Mesmo que assim não fosse, totalmente inviável aceitar como prova o documento de fls. 27/34 (carta de compromisso que trata de reivindicações de funcionários públicos do Município de Paulínia *"... para serem apreciadas pelos candidatos a prefeito das eleições de 2016, buscando firmar compromisso dos mesmos com o Sindicato, com os Servidores ..."*), sem data e com rubricas e assinatura não identificadas ou não identificáveis, bem como matéria de jornal local (fls. 39) e manifestação de terceiros em redes sociais (fls. 42/43),

Acesso ao Sumário

4 STJ – AR 5.923/MS, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, j. em 26/09/2018, DJe 17/10/2018

5 Hartmann, Rodolfo Kronemberg. Curso Completo do Novo Processo Civil. 4ª ed. Niterói/RJ. Editora Impetus. 2017. Pág. 741.

como suficientes para se infirmar uma decisão Colegiada, a qual, como já mencionado, está em perfeita conformidade com a tese de repercussão geral do C. STF, indicando que a Administração deve proceder ao desconto dos dias parados decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Ante o exposto, afastadas as preliminares, julgo improcedente a presente ação rescisória, condenando o sindicato-autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00, por apreciação equitativa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC, uma vez que foi deferida a gratuidade processual (fls. 48).

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012604-95.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA, é requerido PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA.

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 30.477)**

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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar

Acesso ao Sumário

nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de Pirassununga que "altera dispositivo da Lei Complementar nº 76, de 15 de fevereiro de 2007, que dispõe sobre o Zoneamento Urbano e Rural do Município de Pirassununga" – Ato normativo que promove alteração tópica nas construções de edifícios que especifica sem considerar o regramento do uso e ocupação do solo urbano, bem como as exigências reservadas às situações indicadas no artigo 181 da Constituição Estadual – Violação aos artigos 180, inciso V, 181, *caput* e § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo – Modulação dos efeitos (*ex nunc*).

Pedido procedente, com modulação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Pirassununga visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de Pirassununga que "altera dispositivo da Lei Complementar nº 76, de 15 de fevereiro de 2007, que dispõe sobre o Zoneamento Urbano e Rural do Município de Pirassununga", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 111, 144, 180, incisos I, II e V, e 181, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que somente o Poder Executivo possui condições de aferir o adequado ordenamento territorial por meio de estudo social local para análise das implicações ambientais, sociais e urbanísticas, bem como o ato normativo desrespeitou a necessidade de adequado planejamento e participação popular, os quais devem ser observados na edição de leis relacionadas ao uso e ocupação do solo. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de Pirassununga, modulando os seus efeitos.

A liminar foi deferida (fl. 107/110).

O Presidente da Câmara Municipal de Pirassununga prestou informações (fl. 133/147).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar manifestação, conforme certidão de fl. 196.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 199/222, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei Complementar nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de

Acesso ao Sumário

Pirassununga, tem a seguinte redação:

> "Art. 1º O § 1º do artigo 40 da Lei Complementar nº 76, de 15 de fevereiro de 2007 passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> **'Art. 40 (...)**
>
> **§ 1º Será permitido construir em edifícios, de até dois pavimentos, no alinhamento, ou com recuo variado quando uma ou mais construções já estiverem com situação semelhante no bairro. (NR)'**
>
> Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas às disposições em contrário."

As leis municipais de desenvolvimento urbano devem seguir as normas gerais editadas pela União, bem como se adequarem à regionalidade imposta pelas leis estaduais. Ora, a autonomia municipal é consagrada pela Constituição Federal para que exista devida gerência nos assuntos de interesse local. Contudo, esse gerenciamento, segundo o artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal deve observar a regra instituída pelo artigo 182 da Lei Maior, que estabelece:

> **"Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."**

Pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial urbano não afasta a incidência das normas estaduais expedidas com base na competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, meio ambiente e patrimônio turístico e paisagístico. Nesse sentido:

> **"A competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – C.F., art. 30, VIII – por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (C.F., art. 24, I)" (ADI 478, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 20.2.1997).**

Acesso ao Sumário

De fato, todo e qualquer regramento relativo ao uso e ocupação do solo deve levar em consideração a cidade em sua dimensão integral, dentro de um sistema de ordenamento urbanístico, emergindo daí a necessidade de planejamento e estudos técnicos.

A partir da análise da norma impugnada e de seu respectivo processo legislativo, verifica-se que não está fundamentada em planejamento urbanístico, ao revés, busca regularizar, de forma aleatória e sem qualquer estudo técnico, o uso da propriedade de particulares específicos. Com efeito, nos termos dos artigos 180 e 181, § 1º, da Constituição Estadual, extrai-se que o planejamento é indispensável à validade e legitimidade constitucional da legislação relacionada

ao uso do solo.

Sobre o tema esclarece José Afonso da Silva:

"Essa repartição de competência urbanística resulta mais precisa do Texto Supremo de 1988, de sorte que agora se pode afirmar com propriedade e fundamento constitucional que à União compete editar normas gerais de urbanismo e estabelecer o plano urbanístico nacional e planos urbanísticos microrregionais (arts. 21, XX e XXI, e 24, I, e § 1º); aos Estados cabe dispor sobre normas urbanísticas regionais (normas de ordenação do território estadual), suplementares das normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, I, e § 2º), o plano urbanístico estadual (plano de ordenação do território do Estado) e planos urbanísticos regionais (planos de ordenação territorial de região estabelecida pelo Estado, que podem ter natureza de planos de coordenação urbanística na área); aos Municípios cabe estabelecer a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182), promover o adequado ordenamento do seu território, mediante o planejamento e o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, elaborando e executando, para tanto, o plano diretor (art. 30, VIII). (...) Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a 'promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano' (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de 'ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes' (art. 182, *caput*)." (José Afonso da Silva, *in* "Direito urbanístico brasileiro". São Paulo, Ed. Malheiros, 7. ed. p. 63).

Anote-se, ainda, que o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001) estabelece um processo amplamente participativo da população e de associações representativas dos vários segmentos sociais e econômicos durante a implementação de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano:

"Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;"

A propósito, julgado deste Colendo Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.380, de 19 de junho de 2012, e Lei nº 4.657, de 22 de julho de 2016, ambas do Município de Guaratinguetá – Leis impugnadas que promoveram significativas alterações na lei que estabelece as diretrizes básicas para o uso e a ocupação do solo no Município de Guaratinguetá, sem observância do devido processo legislativo – De forma casuística e pontual, as normas impugnadas, sem estudo prévio consistente, alteraram os usos permitidos e outros parâmetros urbanísticos, bem como subtraíram a possibilidade de participação popular, ferindo frontalmente os arts. 180, *caput*, e inciso II; 181, *caput* e § 1º; e 191, da Constituição Estadual e, ainda, os arts. 182, *caput* e § 1º, e 30, inciso VIII, da CF, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade decretada, com observação, com o fim de assegurar situações jurídicas consolidadas no patrimônio de terceiros, nos termos do tópico final do voto do relator. Ação julgada procedente, com observação." (ADI nº 2010965-13.2017.8.26.0000, Rel. João Carlos Saletti, j. 28/06/2017).

Assim, restou evidenciada a alegada inconstitucionalidade da legislação municipal, por violação aos artigos 180, inciso V, e 181, *caput* e § 1º da Carta Bandeirante, porquanto não se admitem modificações pontuais, casuísticas e dissociadas da estrutura sistêmica da utilização do solo urbano, e como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 199/222, *in verbis*:

"(...) a Lei Complementar nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de Pirassununga altera, de forma tópica, o Plano Diretor do Município de Pirassununga (Lei Complementar Municipal n. 76/07), flexibilizando o limite de altura das construções.

Não se pode confundir a alteração do zoneamento de forma compatível ao Plano Diretor, com a alteração tópica do Plano Diretor, a fim de ajustar e impor as mudanças desejadas. Ora, se é necessário fatiar o Plano Diretor para se impor a alteração desejada, indubitável sua incompatibilidade com o planejamento integral urbano, consubstanciado no Plano Diretor aprovado nos termos dos artigos 40 e seguintes do Estatuto da Cidade."

Acesso ao Sumário

Tendo em vista que a norma questionada encontra-se em vigor desde meados de 2009, por razões de excepcional interesse social envolvido na questão e do princípio da segurança jurídica, prudente a modulação dos efeitos do resultado ora imposto, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, **operando-se efeitos *ex nunc* a partir da liminar concedida**.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com modulação de efeitos (*ex nunc*), para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87, de 23 de janeiro de 2009, do Município de Pirassununga, nos termos suso alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2257504-19.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, 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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 9.961/2017, que *"cria o Programa de Incentivo à Doação de Leite Materno, denominado 'Doar Leite é Doar Vida', e dá outras providências"*. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Aplicabilidade do Tema de Repercussão Geral nº 484. Lei de iniciativa parlamentar. Concretude da expressão *"em toda a rede midiática"* prevista no parágrafo único do artigo 2º. Expressão que prevê o meio pelo qual a publicidade deve ser realizada. Inadmissibilidade. Ingerência na esfera privativa do Prefeito. Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva de administração. Ofensa aos artigos 5º e 47, XIV,

Acesso ao Sumário

da Constituição Bandeirante. Restante da norma que não padece do mesmo vício. Não ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade, por desvio do Poder Legislativo. Inexiste ofensa ao princípio da separação de poderes, eis que em consonância com o Tema de Repercussão Geral nº 917. Não houve alteração da estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública, bem como sobre o regime jurídico de servidores. Competência da Câmara para dispor sobre publicidade de programa municipal que objetiva a doação de leite materno. Ausência de previsão de dotação orçamentária que não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas eventual inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada. Ação parcialmente procedente.

VOTO

I – Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Santo André visando a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º e parágrafo único do artigo 3º, ambos da Lei Municipal nº 9.961, de 07 de julho de 2017, a qual *"cria o Programa de Incentivo à Doação de Leite Materno, denominado 'Doar Leite é Doar Vida', e dá outras providências"*.

O autor afirma que o ato impugnado encontra-se eivado por vícios insanáveis de inconstitucionalidade, decorrentes de máculas de ordem formal e material.

Com efeito, argumenta-se que o Poder Legislativo teria extrapolado os limites de sua função, porquanto a matéria legislada está compreendida na reserva da administração, caracterizada como ato de gestão administrativa, sendo sua iniciativa de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Ademais, discorre acerca da inobservância do princípio constitucional da separação de poderes, bem como destaca que a norma cria despesa sem indicação da respectiva fonte de custeio.

Diante disso, requereu a concessão da liminar para determinar a suspensão da eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação e, no mérito, seja a presente julgada procedente a fim de que se declare a inconstitucionalidade da lei por violação aos artigos 5º, 25, 47, II , XI, XIV, 144 e 176, I, todos da Constituição do Estado de São Paulo (fls. 01/19).

A liminar foi indeferida (cf. fls. 55/57).

Acesso ao Sumário

O Procurador-Geral do Estado foi citado, porém, deixou transcorrer *in albis* o lapso temporal para apresentação de sua manifestação (cf. certidão de fl. 85).

O Presidente da Câmara Municipal de Santo André, em sua manifestação, alegou a inadequação da via eleita, afirmando que a lei municipal estaria sendo combatida em face da Constituição Federal, requerendo a extinção da ação sem resolução do mérito. Defende, ainda, a constitucionalidade do ato normativo impugnado, bem como a não incidência na reserva da administração (fls. 70/76).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, ao final, pela parcial procedência da ação para que se declare a inconstitucionalidade da expressão *"em toda a rede midiática"*, contida no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.961/2017, do Município de Santo André. (fls. 96/106).

É o relatório.

II – Rejeita-se a preliminar apresentada pela Câmara Municipal de Santo André.

A inadequação da via eleita em decorrência da impossibilidade de o controle abstrato de constitucionalidade estadual possuir como parâmetro de constitucionalidade dispositivo da Constituição Federal, deve ser rechaçada.

Isso porque, *in casu*, é possível reconhecer a violação ao artigo 144 da Constituição Bandeirante[1], norma remissiva aos preceitos estabelecidos na Carta Maior.

Com efeito, o artigo 125, § 2º, da Constituição Federal dispõe sobre a competência dos Tribunais de Justiça locais: *"cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão"*.

Dessa maneira, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, através do Tema nº 484 de Repercussão Geral, **os Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.** Senão, vejamos:

> Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. **1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.** Precedentes. 2. O regime de

1 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

subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A "verba de representação" impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido. (RE 650898, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL). (original sem grifos).

Portanto, como bem salientou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer*: "o art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado 'norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal', como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010)"* (cf. fl. 99).

Assim, fica rechaçada a preliminar ventilada.

Passa-se, portanto, à análise de mérito.

A presente ação direta de inconstitucionalidade discute a compatibilidade constitucional da Lei nº 9.961/2017, que *"cria o Programa de Incentivo à Doação de Leite Materno, denominado 'Doar Leite é Doar Vida', e dá outras providências"*.

Eis o texto da norma impugnada:

***Artigo 1º** – Fica instituído no âmbito do Município de Santo André o Programa de Incentivo à Doação de Leite Materno denominado "Doar Leite Materno é Doar Vida".*

***Artigo 2º** – O Programa de Incentivo à Doação de Leite Materno terá como objetivos fundamentais o incentivo à doação de leite humano materno e a expansão da coleta junto aos bancos de leite estabelecidos na Rede Municipal de Saúde.*

Parágrafo único – O programa "Doar Leite é Doar Vida" será implementado por campanhas publicitárias em toda a rede midiática, a fim de difundir a importância e a necessidade da doação de leite materno junto aos Bancos de Leite da municipalidade, além de enfatizar os benefícios que o alimento garante aos recém-nascidos.

***Artigo 3º** – Os Órgãos da Administração Pública na qual competem as demandas da saúde se encarregarão da execução e divulgação do*

Acesso ao Sumário

programa, não tendo um prazo de extinção definido, fazendo-se sua utilização sempre que for necessário.

Parágrafo único – A campanha publicitária deverá ser de incentivo com propostas dinâmicas, didática de fácil entendimento pelo público, com linguagem popular.

***Artigo 4º** – Como forma de incentivo, caberá ao Executivo, caso ache necessário, regulamentar formas e critérios para concessão de benefícios às doadoras de leite materno.*

***Artigo 5º** – As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

***Artigo 6º** – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

A ação é parcialmente procedente.

Ao contrário da pretensão da exordial, frise-se que a violação do princípio da separação dos poderes – insculpido no artigo 5º da Constituição Bandeirante – pela norma objurgada, limitou-se à expressão *"em toda a rede midiática"* prevista no parágrafo único do artigo 2º.

Isso porque, ao eleger os meios – midiáticos – que devem ser utilizados pela Administração Pública para a veiculação de publicidade para a consecução dos objetivos da lei, o Poder Legislativo acabou por delimitar a atuação do Alcaide, o que lhe é defeso.

Com efeito, ao prever que o programa "Doar Leite é Doar Vida" será implementado por campanhas publicitárias ***"em toda a rede midiática"***, referida expressão invadiu a esfera de discricionariedade do Chefe do Executivo, restando evidente, nesse ponto, violação à chamada reserva de Administração.

Dessa forma, por meio de iniciativa parlamentar, apenas pode ser prevista imposição genérica e abstrata de publicidade administrativa.

Entretanto, a mesma eiva de inconstitucionalidade não se encontra presente no restante da norma em análise.

Conforme a jurisprudência predominante desta Egrégia Corte, os demais dispositivos legais referendam a autonomia da Câmara de Vereadores no exercício de sua atividade típica, qual seja, legislativa.

Cumpre aqui lembrar que, na organização político-administrativa, o município apresenta funções distintas. O prefeito (chefe do Poder Executivo) é o responsável pela função administrativa, que compreende, dentre outras coisas, o planejamento, a organização e a direção de serviços públicos e dos funcionários que atuam em sua prestação, enquanto que **a função básica das Câmaras Municipais (Poder Legislativo) é legislar, editando normas gerais e abstratas que devem pautar a atuação administrativa.**

Acesso ao Sumário

Da leitura dos dispositivos supra – à exceção da expressão *"em toda a rede midiática"* contida no parágrafo único do artigo 2º –, verifica-se que a norma impugnada não abrange atos de gestão administrativa, ao contrário, limita-se a dar publicidade a programa municipal que tem por objetivo incentivar a doação de leite materno e expandir a coleta junto aos bancos de leite da rede de saúde pública.

Portanto, nesse ponto, a lei **não** se encontra eivada de vício formal de inconstitucionalidade, por eventual desvio do Poder Legislativo, eis que não houve usurpação de matéria atinente ao Poder Executivo.

Com efeito, no *Leading Case* ARE 878911 (Relator Min. Gilmar Mendes), a Suprema Corte, ao dispor sobre uma interpretação restritiva ao artigo 61, parágrafo 1º, da Constituição Federal (na Constituição Estadual: artigo 24, parágrafo 2º), fixou o entendimento de inexistência de inconstitucionalidade sobre toda e qualquer norma de iniciativa parlamentar dotada de conteúdo relativo, ainda que genericamente, a organização administrativa.

Destarte, adotando-se o modelo constitucional, em respeito ao princípio da simetria, **não** afronta a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal lei que não cuide especificamente de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, ou do regime jurídico de servidores públicos, como é o caso dos autos.

Em outros dizeres, ressalvada a expressão *"em toda a rede midiática"* contida no parágrafo único do artigo 2º, a lei municipal ora em análise **não** altera a estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública, bem como não dispõe sobre o regime jurídico de servidores públicos.

Portanto, o restante da norma vergastada é perfeitamente compatível com o ordenamento constitucional vigente, encontrando-se em consonância com o Princípio da Separação de Poderes, o qual, conforme bem elucida o ilustre Ministro Alexandre de Moraes:

> *"consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, as quais devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Referido sistema foi esboçado, pela primeira vez, por Aristóteles, na obra 'Política', tendo sido detalhado posteriormente por John Locke, no 'Segundo Tratado do Governo Civil', que também reconheceu três funções distintas, sendo, finalmente, consagrado na obra de Montesquieu, 'O Espírito das Leis', a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal, transformado em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontrando previsão no artigo 2º da nossa Constituição Federal"* (*in* Direito Constitucional, 27ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2011 – p. 424).

Acesso ao Sumário

Referido princípio é constituidor de verdadeira base harmônica da atuação dos poderes, os quais, pelo seu intermédio, atuam segundo um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), em controle recíproco, visando a manutenção do equilíbrio tripartite.

Daí encontrar-se, igualmente, previsto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, da Constituição do Estado, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal. Senão vejamos:

> *"**Art. 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*
>
> *(...)*
>
> ***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 em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;*
>
> ***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."*

Ademais, cumpre esclarecer que o objetivo da lei em questão é dar publicidade a programa municipal – intitulado como "Doar Leite é Doar Vida" – a fim de **incentivar a doação de leite materno no município** e expandir a coleta junto aos bancos de leite da rede de saúde municipal, enfatizando a **importância dos benefícios que o alimento garante aos recém-nascidos.**

Tema este, aliás, de suma importância e, conforme estudo realizado pelo Ministério da Saúde, por conta dos nutrientes existentes no leite materno que protegem contra as mais diversas infecções, ocorrem menos mortes entre crianças amamentadas.[2]

Destarte, inexistem atos de gestão, mas sim atos que somente visam à estimulação de doação de leite materno, a demonstrar a não violação ao princípio da separação de poderes.

Sobre o tema há precedentes deste colendo Órgão Especial, no exato sentido aqui proposto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada

2 Endereço eletrônico constante do texto original.

Acesso ao Sumário

na violação, pela norma legal, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Pretensão conhecida e julgada apenas no respeitante às normas constitucionais estaduais, ditas contrariadas. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – **Lei nº 8.635, de 06 de abril de 2016, do Município de Jundiaí, que "exige, em maternidades, ambulatórios e consultórios de ginecologia e pediatria, cartaz com as informações que especifica sobre doação de leite materno" – Lei que disciplina publicidade administrativa, ao tratar de informações sobre a doação de leite materno – Lei que não tratou de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não violou o princípio da separação de poderes e não invadiu a esfera da gestão administrativa** – Diploma, por fim, que não gera despesas diretas e acrescidas para o Município – Despesas inerentes à divulgação dos serviços municipais prestados à população, a não acarretar aumento de despesas, portanto – Inconstitucionalidade não configurada. Ação julgada improcedente, revogada a liminar. (Direta de Inconstitucionalidade 2155107-47.2016.8.26.0000; Rel. João Carlos Saletti; Julgamento: 24/05/2017). (original sem grifos).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão fundada na violação, pela norma legal, da Lei Orgânica Municipal, da Constituição Federal e da Constituição Estadual – Descabimento, pelos dois primeiros motivos – O parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal perante Tribunal de Justiça Estadual é a norma constitucional estadual, apenas – Pretensão conhecida e julgada apenas no respeitante às normas constitucionais estaduais, ditas contrariadas.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.828, de 06 de novembro de 2014, do Município de Suzano, que "dispõe sobre a obrigatoriedade em postos revendedores de combustíveis a exibição do valor percentual do litro de álcool/etanol em relação ao valor do litro da gasolina comum" – Norma que não impõe ao Poder Executivo tarefas exclusivas desse poder, a não ser as respeitantes ao exercício do poder de polícia que, por sua natureza e organização, já exerce nos mais variados campos de atividade administrativa de gerência dos interesses da cidade e de sua população – **A lei disciplina publicidade administrativa, não se tratando de matéria de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Lei que não tratou de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não violou o princípio da separação de poderes e não invadiu a esfera da gestão administrativa** – Sequer há falar em violação ao princípio federativo, porquanto não se está a legislar sobre energia ou sobre competência da ANP (arts. 1º; 18; 22, IV; 24, VIII e §§; e 30, I e II, CF; Leis Federais 9.478/97 e 9.847/99; art. 18 e 19 Resolução ANP 41/2013)

Acesso ao Sumário

– Diploma, por fim, que não gera despesas diretas para o Município – Inconstitucionalidade não configurada. Ação julgada improcedente. (Direta de Inconstitucionalidade 2259084-55.2016.8.26.0000; Rel. João Carlos Saletti; Julgamento: 24/05/2017). (original sem grifos).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal n. 2.852, de 10 de julho de 2.018, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a criação de plataforma virtual para acompanhamento das obras da Prefeitura do Município de Palmital – Alegada violação aos artigos 5º, 25, 47, II, XIV e XIX cumulados com o art. 144, todos da Constituição Estadual – Não ocorrência – **Legislação impugnada que não aborda matéria inserida no rol taxativo do art. 24, parágrafo 2º, da Constituição Estadual – Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública – Ausência de invasão da competência legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo** – Falta de indicação da fonte de custeio para a consecução da norma que, quando muito, impede a sua exequibilidade no ano em que editada – Inconstitucionalidade por afronta ao art. 25 da Carta Estadual não configurada – Ação improcedente. (Direta de Inconstitucionalidade 2183617-02.2018.8.26.0000; Rel. Salles Rossi; Julgamento: 30/01/2019). (original sem grifos).

Dessa maneira, como se viu e ressaltou, a maior parte da norma guerreada respeitou a matéria de competência legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Por fim, ainda que o entendimento sobre *"criação de despesas sem a respectiva dotação orçamentária"* persista, ressalte-se que mesmo que a lei implique em eventuais gastos ao Poder Executivo, isso não seria suficiente para afastar a possibilidade de que a Câmara inicie o processo legislativo municipal, não havendo afronta ao artigo 25 da Constituição Bandeirante.

Neste sentido, é o entendimento do Pretório Excelso:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE

Acesso ao Sumário

DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA 'E', E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ***1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo.*** *Precedentes."* (ADI 3394, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007) – original sem grifo.

Ademais, o encargo criado no presente caso provoca impacto ínfimo no orçamento e, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 770.329-SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 29-05-2014, DJe 05-06-2014), *"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"*.

Assim, sob todas as perspectivas apresentadas, mais não precisa ser dito para concluir que a norma impugnada – à exceção da expressão *"em toda a rede midiática"* contida no parágrafo único do artigo 2º – encontra-se em conformidade com seus parâmetros de constitucionalidade. De rigor, portanto, a parcial procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **julgo parcialmente procedente** o pedido, declarando a inconstitucionalidade da expressão *"em toda a rede midiática"* contida no parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 9.961, de 07 de julho de 2017, do Município de Santo André.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2031075-62.2019.8.26.0000, 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 IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.532)**

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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 9.996, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, que "dispõe sobre a instalação de equipamento denominado 'eliminador de ar' na tubulação do sistema de abastecimento de água e dá outras providências" – Ato normativo que não usurpa atribuição do Chefe do Poder Executivo – Julgamento do mérito ARE-RG 878.911, repercussão geral tema 917 do Colendo Supremo Tribunal Federal – "Reafirmação da jurisprudência desta Corte no sentido de que 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 (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)" – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Vício de iniciativa – Inexistência – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – A iniciativa parlamentar não ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Ademais, é pacífico na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os entes municipais possuem competência para legislar

Acesso ao Sumário

sobre o serviço de fornecimento de água, por ser tal questão matéria de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal.

Pedido improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Santo André visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 9.996, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 47 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a lei impugnada estabelece regras e determina a execução de serviços por autarquia municipal, cuja iniciativa legislativa sobre a matéria compete ao Chefe do Poder Executivo. Aduz, ainda, que não cabe à Edilidade intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas específicas. Pede a concessão de liminar para imediata suspensão da eficácia da legislação em questão e, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade da norma questionada.

Diante da relevância da matéria, esta relatoria adotou o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 32/34).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Santo André apresentou informações a fl. 37/44.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo legal sem manifestação (fl. 54).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 57/69, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei nº 9.996, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, que "dispõe sobre a instalação de equipamento denominado 'eliminador de ar' na tubulação do sistema de abastecimento de água e dá outras providências", estabelece:

"Art. 1º A empresa concessionária de serviço de abastecimento de água do município de Santo André fica autorizada a instalar, mediante solicitação do consumidor equipamento eliminador de ar na tubulação que antecede o hidrômetro de seu imóvel.

§ 1º O equipamento a que se refere o caput será aprovado em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e submetido a teste pela concessionária.

§ 2º A instalação do equipamento previsto neste artigo somente

Acesso ao Sumário

deverá ocorrer mediante solicitação do consumidor.

§ 3º Feita a solicitação, a empresa concessionária terá o prazo de até (trinta) dias para providenciar a instalação.

§ 4º As despesas decorrentes da aquisição e da instalação do equipamento eliminador de ar correrão por conta do munícipe solicitante.

Art. 2º Os hidrômetros a serem instalados a partir da vigência desta lei deverão ter o equipamento eliminador de ar instalado conjuntamente, desde que solicitado previamente pelo munícipe consumidor.

§ 1º As despesas decorrentes da aquisição e instalação do equipamento eliminador de ar correrão por conta do munícipe solicitante.

Art. 3º O teor desta lei será divulgado ao consumidor por meio de informação impressa na conta mensal de água, emitida pela empresa concessionária, nos três meses subsequentes à publicação da mesma, bem como em seus materiais publicitários.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Em que pese o entendimento anteriormente firmado por este Colendo Órgão Especial em casos assemelhados à legislação municipal ora impugnada (*v.g.* ADI nº 2263920-08.2015.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 04/05/16; ADI nº 9053594-92.2008.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, j. 14/01/2009), deve ser aplicado à hipótese, o **Tema 917** da sistemática da repercussão geral (ARE-RG 878.911, DJe 11.10.2016), que reafirmou a jurisprudência da Suprema Corte **"no sentido de que 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 (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)"**, porquanto não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, na medida em que a lei combatida não tratou de matéria cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal (Cf. artigo 24, § 2º, 1 e 2, da Constituição Estadual, aplicado por simetria ao Município), não se vislumbrando violação dos princípios da competência exclusiva e da separação de Poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

De outro lado, o artigo 47 da Constituição do Estado norteia a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, com suas competências próprias de administração e gestão que compõem a chamada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, sem interferência do Poder Legislativo, de maneira que a instituição da obrigação em questão, não constitui ato de gestão administrativa, azo pelo qual não há falar em ofensa à regra da separação dos Poderes.

Acesso ao Sumário

Quanto ao vício de iniciativa, a Suprema Corte, por reiteradas decisões, vem sustentando que a cláusula de reserva constitucional de iniciativa em matéria de instauração do processo legislativo é de observância compulsória também pelos Estados-membros e pelos Municípios às hipóteses taxativamente definidas, em *numerus clausus*, no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (RTJ 174/75, Relator Ministro Maurício Corrêa, RTJ 178/621, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 185/408-408, Relator Ministra Ellen Gracie, ADI 1.729, Relator Ministro Nelson Jobim).

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

"(...) *Iniciativa* é o impulso original da lei, que se faz através do projeto. Pode ser geral ou reservada. *Iniciativa geral* é a que compete concorrentemente a qualquer vereador, à Mesa ou comissão da Câmara, ao prefeito ou, ainda, à população; *iniciativa reservada* ou *privativa* é a que cabe exclusivamente a um titular, seja o prefeito, seja a Câmara. A iniciativa reservada ou privativa pode, ainda, ser discricionária ou vinculada: é *discricionária* quando seu titular pode usá-la em qualquer tempo; é *vinculada* quando há prazo para seu exercício, como ocorre com o projeto da lei orçamentária. (...)

A iniciativa reservada ou privativa assegura o privilégio do projeto ao seu titular, possibilita-lhe a retirada a qualquer momento antes da votação e limita qualitativa e quantitativamente o poder de emenda, para que não se desfigure nem se amplie o projeto original; só o autor pode oferecer modificações substanciais, através de mensagem aditiva. No mais, sujeita-se a tramitação regimental em situação idêntica à dos outros projetos, advertindo-se, porém, que a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto. (...)

Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares

Acesso ao Sumário

e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental."[1]

Portanto, o legislador local ao assegurar aos usuários dos serviços de água e esgoto no âmbito do Município a aquisição e instalação de equipamento eliminador de ar na tubulação do sistema de abastecimento de água, não usurpou atribuição própria da esfera de competência do Poder Executivo, afastada a alegação de violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

Doutra banda, no tocante à repartição de competência entre os diferentes entes federativos, cumpre anotar que a Constituição Federal estabeleceu como critério o denominado princípio da predominância do interesse. Assim, se a matéria é de interesse predominantemente geral, a competência é outorgada à União, aos Estados são reservadas as matérias de interesse predominantemente regional, cabendo aos Municípios a competência sobre as matérias de interesse predominantemente local. Em relação à União, a Constituição enumerou, taxativa e expressamente, a sua competência nos artigos 21 e 22, a competência dos Municípios no artigo 30, reservando aos Estados-membros as competências que não lhes forem vedadas pelo texto constitucional (artigo 25, § 1º). A Constituição Federal fixou, ainda, a competência administrativa comum, em que todos os entes federados podem atuar em situação de igualdade (artigo 23), bem como competência concorrente, estabelecendo uma concorrência vertical legislativa entre a União, os Estados e o Distrito Federal (artigo 24). Dentre o rol das competências atribuídas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, estabelece a Carta Política que eles poderão legislar, concorrentemente, sobre "produção e consumo" (inciso V) e "responsabilidade por dano ao consumidor" (inciso VIII). Todavia, a Constituição Federal (artigo 30, incisos I e II) assegura aos Municípios a possibilidade de legislarem sobre "assuntos de interesse local", assim como a suplementação da "legislação federal e a estadual no que couber".

Nessa toada, o tema abordado pela Lei nº 9.996, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, afeta o consumo de água de todos os munícipes, azo pelo qual não há falar em usurpação de competência suplementar, mas sim de competência municipal para legislar sobre assunto de interesse local. O Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3661/AC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia (DJe 10/05/2011), reafirmou a jurisprudência que se formou naquela Corte, no julgamento da ADI 2340/SC (de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 29.08.2003), no sentido de que a competência para legislar sobre o serviço de fornecimento de água é municipal.

Conclui-se, pois, da constitucionalidade da Lei nº 9.996, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, que dispõe sobre obrigação a ser cumprida por concessionária do serviço de abastecimento de água, quanto à instalação de equipamento eliminador de ar na tubulação que antecede o hidrômetro, visto se

Acesso ao Sumário

1 Hely Lopes Meirelles, *in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros, 2014, p. 633/ss.

tratar de serviço público prestado e regulado pelo Município, no âmbito do seu exclusivo interesse local.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2259476-24.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

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 31.373)**

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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO LEGISLATIVO Nº 229, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2018, QUE SUSTOU A RESOLUÇÃO DA SME Nº 24, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2018, QUE 'DISPÕE SOBRE A ELABORAÇÃO DO CALENDÁRIO ESCOLAR PARA O ANO DE 2019, NAS ESCOLAS DO SISTEMA MUNICIPAL DE ENSINO DE CATANDUVA/SP' – RESOLUÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO QUE NÃO EXTRAPOLOU O PODER REGULAMENTAR DO EXECUTIVO – DESRESPEITO AOS

Acesso ao Sumário

ARTIGOS 5º E 20, INCISO IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE".

"A regulamentação das leis para sua fiel execução insere-se na competência privativa do Chefe do Poder Executivo, cabendo-lhe, ainda, a direção superior da administração e praticar os demais atos de gestão, nos termos do artigo 47, incisos II, III e XIV, da Carta Paulista".

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Catanduva em face do Decreto Legislativo nº 229, de 23 de novembro de 2018, que sustou a Resolução da Secretaria Municipal de Educação nº 24, de 20 de novembro de 2018, que *"dispõe sobre a elaboração do calendário escolar para o ano de 2019, nas escolas do Sistema Municipal de Ensino de Catanduva/SP"*, apontando violação aos artigos 5º e 20, inciso IX, da Constituição Paulista.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a Resolução SME nº 24, de 20 de novembro de 2018, cujos efeitos foram sustados, disciplinava o calendário escolar para o ano de 2019, sendo editada no legítimo exercício do poder regulamentar do Executivo, configurando o ato normativo impugnado *(Decreto Legislativo nº 229/2018)* interferência indevida do Poder Legislativo, malferindo, ***ipso facto***, o princípio da separação dos poderes. Enfatizando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia do Decreto Legislativo nº 229, de 23 de novembro de 2018, até decisão definitiva, declarando-se, a final, a sua inconstitucionalidade.

Concedida a liminar e não conhecido o agravo interno pelo C. Órgão Especial *(cf. fls. 189/204)*, o Presidente da Câmara Municipal de Catanduva prestou informações defendendo a higidez do ato normativo impugnado, sendo lícito ao Poder Legislativo sustar os atos do Prefeito que exorbitem do poder regulamentar, nos termos do artigo 20, inciso IX, da Constituição Estadual. Argumentou, em acréscimo, que a Resolução editada pela Secretaria Municipal de Educação, cujos efeitos foram sustados pela edilidade, desrespeitou o disposto no artigo 45, inciso X, da LC nº 32/96, aduzindo que qualquer modificação relacionada ao período de recesso escolar deve ser efetivada mediante projeto de lei complementar de autoria do Executivo, traduzindo violação ao princípio da

Acesso ao Sumário

legalidade dispor sobre o assunto por meio de Resolução *(cf. fls. 66/71)*.

O Procurador Geral do Estado deixou de oferecer resposta em razão de os dispositivos impugnados tratarem de matéria exclusivamente local *(fls. 113/114)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela procedência da ação *(fls. 212/220)*.

É o relatório.

1) Cumpre, de início, consignar a possibilidade de fiscalização normativa abstrata de decreto legislativo editado com fundamento no artigo 49, inciso V, da Lei Maior – *reproduzido, no âmbito estadual, pelo artigo 20, inciso IX, da Carta Bandeirante* –, mostrando-se, para tanto, imprescindível a verificação da existência, ou não, de abuso do Chefe do Executivo a justificar a sustação de ato dele emanado pelo Poder Legislativo.

Sobre o tema, o Pretório Excelso já deixou pontificado que *"o exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do poder executivo impõe a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida à instituição parlamentar. Cabe à Corte Suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do Executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. A fiscalização estrita desses pressupostos justifica-se como imposição decorrente da necessidade de preservar, 'hic et nunc', a integridade do princípio da separação de poderes" (ADI nº 748 MC/RS, Relator Ministro Celso de Mello)*.

2) No mais, a ação é de ser julgada procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor, ***verbis***:

"Art. 1º – Fica sustado, nos termos do artigo 14, VI, da Lei Orgânica do Município de Catanduva, a RESOLUÇÃO SME Nº 24, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018, QUE 'DISPÕE SOBRE A ELABORAÇÃO DO CALENDÁRIO ESCOLAR PARA O ANO DE 2019, NAS ESCOLAS DO SISTEMA MUNICIPAL DE ENSINO DE CATANDUVA/SP;'

§ 1º – Esta sustação, dar-se-á em virtude da ocorrência de exorbitação do poder de resolução e dos limites de delegação legislativa do Poder Executivo, por sua Secretaria Municipal de Educação na infringência ao seguinte dispositivo legal: LC 0032/96, art. 45, X, no qual já menciona que os profissionais da Educação terão assegurado um período de recesso escolar no mês de julho.

§ 2º – além do mais, na data de 24/08/18, foi protocolado o PLC nº 58/18, de autoria do Executivo que tinha por objetivo a alteração do art. 45, X, da LC 32/96, justamente para que o recesso dos profissionais da educação, fosse subordinado ao Calendário Escolar estabelecido por Resolução, o que foi rejeitado por esta Casa.

Acesso ao Sumário

§ 3º – Se isso não bastasse, a Secretária de Educação, Prof.ª Tânia Aparecida Ribeiro Fonseca, já sabendo da sustação da Resolução nº 23/18 (ocorrida na sessão legislativa de 20/11/18), de sua autoria e com o mesmo objeto e mesma causa de pedir, afrontou este Legislativo com a edição da mesma Resolução, agora com o nº 24/18.

I – Foi praticada a conduta abusiva, com a solidariedade do Senhor Prefeito Municipal de Catanduva, Afonso Macchione Neto, nos termos do art. 71, da nossa Lei Orgânica Municipal; que deverá ser encaminhado o presente para o Ministério Público local, tanto da esfera cível, como da criminal, para apuração, em tese, dos seguintes crimes: de responsabilidade, nos termos do art. 73, II, IV e VI, bem como, por improbidade administrativa contra os princípios da administração pública (lei federal nº 8.429/92, art. 11, caput, I e II).

II – O presente deverá ser encaminhado ao Ministério Público local, na esfera cível e criminal para apuração, e, tese, dos crimes citados acima.

Art. 2º – Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" *(cf. fl. 50).*

Confira-se, por sua vez, o seguinte excerto da Resolução SME nº 24, de 21 de novembro de 2018, cujos efeitos foram sustados pelo ato normativo impugnado, ***verbis***:

"RESOLUÇÃO SME Nº 24, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2018

Dispõe sobre a elaboração do calendário escolar para o ano de 2019, nas escolas do Sistema Municipal de Ensino de Catanduva/SP.

A Secretária Municipal de Educação de Catanduva, no uso de suas atribuições legais, considerando:

– a importância do calendário escolar como instrumento imprescindível à organização e ao desenvolvimento das atividades escolares;

– a relevância de iniciar as aulas com o maior número de docentes efetivos possível, evitando a troca de professores no decorrer do ano e que, para isso, a atribuição das aulas deve ser iniciada com tempo hábil maior;

– a necessidade de o conjunto das escolas municipais contarem com as diretrizes gerais que lhe assegurem o cumprimento dos mínimos dias letivos e de horas de aula estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional;

– a repercussão ocorrida no âmbito das Unidades Escolares, em função da publicação da Resolução nº 23, de 09 de novembro de 2018, que dispõe sobre o Calendário Escolar para o ano letivo de 2019;

– a reunião realizada entre a Secretária Municipal de Educação, juntamente com a Diretora do Departamento de Educação, a Supervisora Educacional e o corpo docente representante de cada escola da Rede

Acesso ao Sumário

Municipal de Ensino, no dia 20 de novembro de 2018, com início às 18h30, no Auditório da Secretaria Municipal de Educação, para discussão do Calendário Escolar para o ano letivo de 2019, encontro este devidamente registrado em ata e que resultou na necessidade de substituição da Resolução nº 23, de 09 de novembro de 2018, RESOLVE:

Art. 1º As escolas municipais deverão organizar o calendário de forma a garantir, na implementação da proposta pedagógica, o mínimo de 200 (duzentos) dias de efetivo trabalho escolar e a carga horária anual de estudos estabelecida para o período diurno e/ou noturno, respeitada a devida correspondência quando adotada a organização semestral.

Art. 2º Consideram-se como de efetivo trabalho escolar os dias em que, com a presença dos alunos, sob orientação dos docentes, sejam desenvolvidas atividades regulares de aula e outras programações didático-pedagógicas, que assegurem efetiva aprendizagem dos conteúdos curriculares.

§ 1º É vedada a realização de eventos ou de atividades não programados no calendário escolar, em prejuízo das aulas previstas.

§ 2º Os dias letivos e/ou as aulas programadas que deixarem de ocorrer, por qualquer motivo, deverão ser repostos, ainda que venha a se efetivar, excepcionalmente, aos sábados.

§ 3º Constatada a impossibilidade de realizar a reposição, no decorrer dos bimestres letivos, a escola deverá programar essas atividades para os recessos ou férias escolares, obedecida a seguinte ordem de precedência:

I. recesso escolar de janeiro;

II. recesso escolar de julho;

III. recesso escolar de dezembro;

IV. férias de janeiro;

V. férias de julho.

Art. 3º Durante o recesso escolar do mês de janeiro os docentes poderão ser convocados por, no máximo, dois dias, para atribuição de classes e/ou aulas, a serem discriminados em Resolução própria.

Art. 4º O docente terá assegurado um período de recesso escolar no mês de julho, para o qual poderão ser convocados para atualização e aperfeiçoamento profissional, conforme artigo 45, inciso IX e X, da Lei Complementar nº 0032/1996.

(...)

Art. 6º Na elaboração do calendário para o ano de 2019, a escola deverá observar:

• Ensino Fundamental:

(...)

III – férias docentes, no período de 02 a 16/01 e 15 a 29/07;

Acesso ao Sumário

IV – recesso escolar de 17 a 31/01, 06 a 14/07 e 21 a 31/12;

• Educação Infantil – Integral:

(...)

III – férias docentes, no período de 02 a 16/01 e 15 a 29/07;

IV – recesso escolar de 17 a 31/01, 09 a 14/07 e 21 a 31/12.

• Educação Infantil – Parcial:

(...)

III – férias docentes, no período de 02 a 16/01 e 15 a 29/07;

IV – recesso escolar de 17 a 31/01, 09 a 14/07 e 21 a 31/12.

• EJA – Anos Iniciais:

III – férias docentes, no período de 02 a 16/01 e 15 a 29/07;

IV – recesso escolar de 17 a 31/01, 06 a 14/07 e 21 a 31/12.

• EJA – Anos Finais:

(...)

III – férias docentes, no período de 02 a 16/01 e 15 a 29/07;

IV – recesso escolar de 17 a 31/01, 06 a 14/07 e 21 a 31/12" *(cf. fls. 27/29).*

Infere-se, ainda, que embora o decreto legislativo impugnado tenha sustado os efeitos da Resolução SME nº 24, de 21 de novembro de 2018, como um todo, o suposto abuso do poder regulamentar estaria relacionado, exclusivamente, ao período de recesso escolar do mês de julho.

Essa circunstância já é suficiente para reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo hostilizado na parte em que obstaculiza os efeitos das demais disposições da Resolução da SME nº 24/2018, pois em relação a elas a Câmara Municipal não apontou qualquer excesso por parte do Executivo.

Na verdade, o legislador constituinte estadual investiu o Poder Legislativo da competência de fiscalizar a atividade regulamentar do Poder Executivo, sustando os atos praticados com abuso desse poder, nos termos do artigo 20, inciso IX, da Constituição Bandeirante, aplicável aos Municípios em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da mesma Carta, ***verbis***:

"Artigo 20 – Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:

(...)

IX – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar".

Trata-se, pois, de **cláusula excepcional** derrogatória do princípio da separação dos poderes, permitindo a ingerência de um poder na esfera de outro apenas nas situações de extrapolação do poder regulamentar, assim compreendida como a *"não adequação aos limites da lei regulamentada (disposições* ***contra legem****,* ***extra legem*** *ou* ***ultra legem****)"* (*ADI nº 2037884-39.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Ricardo Anafe).*

Acesso ao Sumário

Por outro lado, é importante ressaltar que a regulamentação das leis para sua fiel execução insere-se na competência privativa do Chefe do Poder Executivo, cabendo-lhe, ainda, a direção superior da administração e praticar os demais atos de gestão, nos termos do artigo 47, incisos II, III e XIV, da Carta Paulista, sendo certo que somente a lei tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, delimitando, assim, o âmbito e os limites a serem observados pelo Executivo no exercício do poder regulamentar.

No caso do Município de Catanduva, o recesso escolar do mês de julho é assegurado aos profissionais da educação pelo artigo 45, inciso X, da Lei Complementar Municipal nº 32/1996, incumbindo à Secretaria Municipal de Educação regulamentar, por Resolução, a organização administrativa e pedagógica dos Centros Integrados de Educação Municipal *(CIEMs)*, nos termos dos art. 49, do mesmo diploma, ***verbis***:

> ***"Artigo 45 – Além dos direitos e vantagens previstos no Regime Jurídico Único Estatutário dos Funcionários Públicos Municipais, são direitos dos Profissionais da Educação:***
>
> ***(...)***
>
> ***X – Ter assegurado um período de recesso escolar, no mês de julho, para o qual poderão ser convocados para atualização e aperfeiçoamento profissional"*** *(cf. fl. 219).*
>
> ***"Artigo 49 – Caberá à Secretaria Municipal da Educação regulamentar, anualmente, através de Resoluções Específicas, a organização administrativa e pedagógica dos CIEMs"*** *(cf. fl. 11).*

Como se vê, não se vislumbra qualquer exorbitância do poder regulamentar, na medida em que o Executivo estava autorizado a dispor sobre o recesso escolar do mês de julho por meio de Resolução expedida pela Secretaria Municipal de Educação, de tal sorte que não poderia a Câmara Municipal sustar o ato praticado dentro dos limites previstos pelo texto constitucional, violando, ***ipso facto***, o princípio da separação dos poderes e o artigo 20, inciso IX, da Carta Bandeirante.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decreto Legislativo n. 589, de 28 de dezembro de 2017, do Município de Amparo – Ato normativo que sustou os efeitos de decreto municipal que delegava ao DAAE a arrecadação de tributo e de ato normativo que a esse regulamentou – Impossibilidade – Legislação que possibilita referida delegação – Decreto do Chefe do Executivo que não extrapolou o poder regulamentar – Invasão das atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Desrespeito aos artigos 5º, 20, inciso IX, e 47, inciso XIV da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade configurada***

– Ação julgada procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2093100-48.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Moacir Peres).*

"Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto Legislativo 169, de 14 de dezembro de 2016 (Dispõe sobre a sustação dos efeitos jurídicos do parágrafo único, do artigo 1º, do Decreto Municipal nº 039, de 18 de março de 2011, da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, conforme especifica). Inconstitucionalidade, por se imiscuir em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, além de sustar efeitos de decreto regulamentar sobre matéria constitucionalmente reservada ao Chefe daquele Poder. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 20, inciso IX, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2176343-21.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Borelli Thomaz).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decreto Legislativo nº 05, de 10 de fevereiro de 2017, que 'revoga a aplicação do Decreto nº 33, de 12 de janeiro de 2017, do Chefe do Poder Executivo Municipal, conforme especifica' – Atuação normativa do Poder Executivo exercido nos limites do poder regulamentar para a atualização monetária da Contribuição de Custeio de Iluminação Pública (CIP), instituída pela Lei Complementar nº 1.430, de 30 de dezembro de 2002, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.941, de 30 de dezembro de 2005 – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 20, inciso IX e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2037884-39.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Ricardo Anafe).*

Por derradeiro, vale a pena reproduzir o seguinte excerto da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, ***verbis***:

"Ora, a previsão de recesso escolar no mês de julho aos profissionais da educação, prevista na Resolução da Secretaria Municipal de Educação nº 24/2018, está em consonância com a Lei Complementar nº 32/96, do Município de Catanduva, que prevê mas não especifica tal recesso.

Verifica-se, portanto, que não houve exorbitância do poder regulamentar.

Em sendo assim, o Decreto Legislativo nº 229/2018, do Município de Catanduva, que sustou a Resolução mencionada, não encontra respaldo no art. 20, inc. IX, da Constituição Estadual, tendo invadido prerrogativas do Poder Executivo, com afronta ao art. 5º da Carta Bandeirante.

Alinhavando, portanto, o mesmo raciocínio esposado pelo Pretório Excelso, se o Poder Executivo não exorbitou de seu poder regulamentar, o Legislativo, ao sustar seu regulamento, afrontou a separação de poderes" *(cf. fls. 219/220).*

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 229, de 23 de novembro de 2018, editado pela Câmara Municipal de Catanduva, com efeito ***ex tunc***. Comunique-se oportunamente, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2256016-29.2018.8.26.0000, 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 EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 9.994, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André.

I. AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE – Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode se fundar na Constituição Estadual – Análise restrita aos dispositivos constitucionais invocados.

II. VÍCIO DE INICIATIVA – Imposição genérica de instalação de brinquedos adaptados em parques de diversões públicos e privados que não interfere na gestão administrativa do Município – Medida de polícia administrativa – Inexistência de vício de

Acesso ao Sumário

iniciativa, nesse ponto.

III. Inconstitucionalidade, contudo, da determinação da obrigação de realização de convênios e parcerias pelo Poder Executivo para a aquisição e instalação de brinquedos adaptados (artigo 5º) e da fixação de prazo de 90 (noventa) dias para regulamentação (artigo 6º) – Desrespeito aos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Tema 917 de Repercussão Geral.

Inconstitucionalidade parcial configurada – Ação julgada parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito do Município de Santo André, em face da Lei n. 9.994, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André.

Alega que a lei impugnada apresenta vício formal de iniciativa, pois determina a prática de atos de administração. Invoca os artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, e 144 da Constituição Estadual. Discorre sobre os pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade. Analisa a repartição de funções públicas de acordo com o princípio da separação dos poderes, citando doutrina. Diz que compete ao Chefe do Poder Executivo a direção superior da administração municipal, a expedição de certos atos normativos e a permissão ou autorização do uso de bens municipais por terceiros, conforme dispõem a Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município. Disserta sobre a reserva de administração. Acrescenta que a lei impugnada contraria a Lei Complementar n. 101/00. Cita julgados. Alega que a lei vergastada não poderia ter criado despesas sem indicar a fonte de custeio correspondente. Argumenta que a reserva de iniciativa de lei não se limita às leis impositivas, abrangendo as autorizativas, transcrevendo doutrina. Diz estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/12).

A liminar foi deferida (fls. 54/55).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 63/64).

O Presidente da Câmara Municipal de Santo André prestou informações (fls. 67/72).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a parcial procedência da

Acesso ao Sumário

ação (fls. 66/81).

É o relatório.

Pretende o Prefeito Municipal de Ribeirão Preto obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 9.994, de 25 de setembro de 2017 (fls. 12).

A ação é parcialmente procedente.

A Lei n. 9.994/17, que "dispõe sobre a instalação de brinquedos adaptados para as pessoas deficientes físicas, nos parques de diversões públicos e privados do município de Santo André", assim prevê:

> ***Art. 1º*** *Fica o Executivo autorizado a instituir instalação de brinquedos de entretenimento adaptados ao uso das pessoas deficientes físicas, nos parques de diversões públicos e privados localizados no Município de Santo André.*
>
> ***§ 1º*** *Consideram-se brinquedos de entretenimento adaptados ao uso das pessoas deficientes físicas, aqueles que possam ser usufruídos simultaneamente por cadeirantes e pessoas com outras deficiências físicas.*
>
> ***§ 2º*** *Consideram-se parques de diversões para efeitos desta lei, todos os locais, públicos e privados, que contenham brinquedos destinados ao entretenimento, atividades físicas e lazer de crianças, jovens, adultos e idosos.*
>
> ***Art. 2º*** *Os parques terão como objetivo propiciar um espaço amplo para o desenvolvimento de diversas atividades físicas, de lazer, e fomentar a convivência e o entretenimento das pessoas deficientes físicas.*
>
> ***Art. 3º*** *Cada parque público ou privado de diversões deverá conter, no mínimo 20% (vinte por cento) do total de brinquedos, adaptados ao uso das pessoas deficientes.*
>
> ***Art. 4º*** *Os parques públicos ou privados de diversões terão o prazo de 180 (cento e oitenta dias) para se adaptarem, contados a partir da publicação desta lei, sob pena de incorrerem em sanções administrativas a serem regulamentadas pelo Executivo.*
>
> ***Art. 5º*** *O Poder Executivo poderá realizar convênios e parcerias com órgãos e empresas públicas ou privadas, bem como com entidades representativas das pessoas deficientes físicas, para a aquisição e implantação dos brinquedos adaptados.*
>
> ***Art. 6º*** *O Poder Executivo regulamentará esta lei, no que couber, no prazo de 90 (noventa) dias após sua publicação.*
>
> ***Art. 7º*** *As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentária próprias, suplementadas se necessário.*

Acesso ao Sumário

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalte-se, neste ponto, que a Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), invocada pelo autor, não pode ser utilizada como parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade do ato normativo municipal.

De fato, "o texto constitucional de 1988 contemplou expressamente a questão relativa ao controle abstrato de normas nos âmbitos estadual e municipal em face da respectiva Constituição, consagrando no art. 125, § 2º, que compete 'ao Estado a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão'." (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.423. g.n.).

Portanto, a constitucionalidade da lei vergastada será analisada à luz, apenas, dos dispositivos da Constituição Estadual invocados, aplicáveis à Municipalidade por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual[1]. O autor da ação invocou os seguintes:

> ***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*
>
> ***Artigo 47*** *– Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*
>
> *[...]*
>
> ***II*** *– exercer, com 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 lei em questão é parcialmente constitucional.

Primeiramente, observa-se que a lei vergastada, ao impor a obrigação de instalação de brinquedos adaptados para pessoas deficientes físicas, em parques de diversões tanto públicos quanto privados, não dispôs sobre a estrutura ou a atribuição de órgãos públicos nem sobre o regime jurídico de servidores públicos, matérias efetivamente de competência privativa do Chefe do Poder

1 **Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Acesso ao Sumário

Executivo.

Observa-se que a lei trata da criação de proibição destinada a todos. Verifica-se, na hipótese, regramento de situação ligada ao poder de polícia administrativa.

Conforme define o artigo 78 do Código Tributário Nacional, "considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

Portanto, não se trata, no caso em análise, de imposição pela Câmara dos Vereadores de política pública a ser implementada pelo Chefe do Poder Executivo, mas de questão de polícia administrativa estabelecida a fim de efetivar a inclusão das pessoas com deficiência, observando o interesse público.

E não há previsão constitucional de iniciativa privativa do Chefe do Executivo para a hipótese em apreço.

Como é cediço, "em algumas hipóteses, a Constituição reserva a possibilidade de dar início ao processo legislativo a apenas algumas autoridades ou órgãos. Fala-se, então, em iniciativa reservada ou privativa. Como figuram hipóteses de exceção, os casos de iniciativa reservada não devem ser ampliados por via interpretativa." (Gilmar Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 902. g.n.).

Inexiste no caso, portanto, violação à iniciativa reservada do Prefeito Municipal.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, submetido ao rito de Repercussão Geral pelo Tema 917, reconheceu que as hipóteses de limitação de iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição Federal, de modo que não se admite interpretação ampliativa das suas disposições. Nesse sentido, segue a ementa:

> *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* (ARE

Acesso ao Sumário

878911 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Dessa forma, adotando-se o modelo constitucional, em respeito ao princípio da simetria, não afronta a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal lei que não cuide especificamente de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, ou do regime jurídico de servidores públicos, como é o caso dos autos.

Todavia, apenas a imposição da obrigação de instalação de brinquedos adaptados merece subsistir.

O legislador municipal invadiu a esfera destinada à gestão municipal, em ofensa ao princípio da separação dos poderes, ao impor a realização de convênios e parcerias pelo Poder Executivo para a aquisição e instalação de brinquedos adaptados (artigo 5º) e ao definir o prazo de 90 (noventa) dias para que o Poder Executivo regulamente a lei (artigo 6º), o que implica definir atribuições de órgão administrativo municipal – matéria definida constitucionalmente dentre as de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme reconhece, aliás, o referido Tema de Repercussão Geral 917.

Entretanto, pelos motivos acima expostos, deve subsistir a obrigatoriedade genérica de instalação de brinquedos adaptados em parques de diversões públicos e privados. Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "**a lei em questão impõe obrigação que visa à integração da pessoa com deficiência, que abrange o Poder Público e os particulares, e cria condições favoráveis à fiscalização da obrigatoriedade imposta pela norma, o que constitui típico exercício do poder de polícia**. Aliás, a polícia do comércio, da acessibilidade, da segurança, do conforto, do asseio, da higiene dos equipamentos públicos, de estabelecimentos particulares de acesso ao público, explorados por particulares, é matéria que se situa na iniciativa comum ou concorrente. [...] A norma local questionada, sem dúvida, impõe obrigação a particulares, no âmbito da polícia administrativa e demanda, por isso mesmo, a observância de reserva formal de lei. **A propósito, o fato de também abranger a norma o Poder Público**, que se vê obrigado a instalar os brinquedos adaptados para as pessoas com deficiência física em seus parques públicos, **concretiza, neste aspecto, dada a obrigação imposta aos particulares, o princípio da igualdade**." (fls. 88/89).

Dessarte, é manifesta a incompatibilidade apenas dos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.994, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André, com os já mencionados artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, *a*, da Constituição Estadual.

Por fim, a simples ausência de previsão orçamentária específica não seria

Acesso ao Sumário

capaz, por si só, de eivar de inconstitucionalidade o ato normativo vergastado.

É certo que, conforme entendimento há muito sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (v. a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3599-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 21.05.07, v.u.), a falta de indicação da fonte de custeio para a execução do quanto disposto em um ato normativo não o eiva de inconstitucionalidade, mas apenas obsta sua execução no exercício em que editada. Prevista a despesa no orçamento seguinte, passa-se à aplicação do comando normativo.

Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.994, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2163024-49.2018.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RAFAEL ANDRADE PEREIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.186)**

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, 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 e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – MANDADO DE SEGURANÇA – Recurso interposto contra decisão que restabeleceu liminar em mandado de segurança originário – Os argumentos apresentados pela agravante não têm o condão de alterar o decidido. Recurso improvido.

VOTO

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs agravo contra a r. decisão de fls. 13/15 dos autos de final 50001 que acolheu os embargos de declaração para manter a liminar que havia sido deferida a fls. 55/56 dos autos principais, reintegrando o impetrante ao cargo de Agente de Segurança Penitenciária.

Argumenta que o decreto que tornou insubsistente a nomeação do impetrante não precisava ser precedido de processo administrativo, com observância do contraditório e da ampla defesa, pois decorreu de decisão judicial. Diz que o impetrante tinha ciência da precariedade de seu vínculo, em razão da irregularidade de sua investidura. Invoca o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* e o entendimento firmado no Tema de Repercussão Geral 476. Acrescenta que a Administração tem prazo de dez anos para anular atos inválidos, nos termos do artigo 10, inciso I, da Lei n. 10.177/98 (fls. 1/6).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 11/15).

É o relatório.

Não assiste razão à agravante.

Objetiva o agravado, por meio de mandado de segurança originário, a concessão da liminar "a fim de suspender o Decreto que tornou insubsistente a nomeação do Impetrante para que seja reintegrado ao cargo e permanecer trabalhado até a decisão final" (fls. 20/21 dos autos principais).

Contra a decisão que havia deferido a liminar, foram opostos embargos de declaração pela ora agravante, que restaram acolhidos (fls. 59/61 dos autos de final 50000).

Opostos novos embargos de declaração, dessa vez pelo impetrante, foi restabelecida a medida liminar (fls. 13/14 dos autos de final 50001).

Contra a decisão deste Relator que acolheu os segundos embargos declaratórios, restabelecendo a liminar (fls. 13/14 dos autos de final 50001), a Fazenda Estadual propôs o presente agravo.

Entretanto, os argumentos apresentados pela agravante não têm o condão de alterar o decidido. Como já salientado, "[...] restou incontroverso que não foi oportunizada ao impetrante-embargante manifestação prévia ao ato que primeiro tornou insubsistente sua posse no cargo público em questão. Assim, em razão da

Acesso ao Sumário

inobservância ao que preceitua o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, não pode mesmo subsistir o ato impugnado. Como é cediço, a Administração Pública pode rever seus atos, anulando-os quando ilegais e revogando-os quando inoportunos e inconvenientes. Entretanto, quando essa revisão modificar o conteúdo de relação jurídica mantida com terceiros, somente será válida se observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa" (fls. 14/45 dos autos de final 50001).

Saliente-se que restou comprovado que a nomeação do impetrante se deu após a prolação de sentença de improcedência e a revogação da liminar que havia sido concedida em primeiro grau de jurisdição. Por essa razão não há se falar em observância ao estabelecido no Tema de Repercussão Geral 476, que se refere a circunstância fática diversa.

Na realidade, a ora agravante contradiz-se ao pleitear a observância a esse entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal, que contempla a nomeação de candidato por força de decisão provisória, e posteriormente alegar que o impetrante conhecia a precariedade de seu provimento, posto que a investidura ocorrera após a prolação de sentença de improcedência.

Fato é que o impetrante apoia sua pretensão justamente no fato de a Administração Pública ter ignorado a decisão judicial de mérito ao nomeá-lo, mantendo-o no cargo por alguns anos e aprovando-o, inclusive, em perícias médicas e ao final do estágio probatório.

Por essa razão é que, em um juízo cognitivo sumário, vislumbra-se a possibilidade de lesão aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual a concessão da liminar era de rigor, sendo que a efetiva regularidade do procedimento adotado será apreciada apenas na análise do mérito.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2240044-19.2018.8.26.0000/50000, da Comarca (...), em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ, é agravado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, 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, DAMIÃO COGAN e VICO MAÑAS.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência, concedida nos autos de procedimento comum, para o fim de determinar o fornecimento de medicamentos de alto custo para tratamento de Hepatite C (Sofosbuvir 400 mg e Daclatasvir 60 mg) – Não evidenciada grave lesão à economia pública – Agravo não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida nos autos de procedimento comum nº 1016858-11.2018.8.26.0309, o Município de Jundiaí interpôs agravo interno, sob a alegação de grave dano à economia pública.

Sem contraminuta (fls. 06).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a suspensão de tutela de urgência pelo Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite, ordinariamente, a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais no feito de origem, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos interesses públicos tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas).

A decisão proferida em 1º grau determinou ao Município o imediato fornecimento da medicação ministrada à parte autora, especificada na inicial

Acesso ao Sumário

(Sofosbuvir 400 mg e Daclatasvir 60 mg), sob pena de imposição de multa e bloqueio de verbas públicas.

Conforme ponderado na decisão desta Presidência, em casos análogos, a Presidência deste Tribunal vinha deferindo os pedidos de suspensão, uma vez que os aludidos medicamentos passaram a ser fornecidos extrajudicialmente pelo SUS (cf. Portaria nº 29, de 22/06/2016, do Ministério da Saúde), não havendo, assim, necessidade de comprometer o orçamento dos Municípios.

Ocorre que, em análise mais aprofundada da questão, entendeu-se por bem modificar esse posicionamento, pois *in concreto*, e ao reverso do afirmado pelo agravante, não se vislumbraram os pressupostos legais autorizadores para o excepcional instrumento, salientando que em suas razões de agravo, o agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Em que pese seu esforço, o agravante limitou-se a sustentar – de modo bastante genérico, aliás – que a tutela concedida comprometeria o orçamento municipal. Isso, todavia, não foi suficiente para configurar *grave* lesão à ordem, economia, saúde e segurança públicas, na medida em que despesas relacionadas à saúde podem e devem ser compartilhadas entre as três esferas da federação, o que deve ser objeto de arranjo interno entre os entes políticos.

Para o usuário final da saúde pública, é irrelevante saber qual pessoa jurídica de direito público arcará, em última instância, com o custeio do medicamento, reconhecendo a jurisprudência deste Tribunal, nessa linha, de forma pacífica, que a ação pode ser manejada, em conjunto ou separadamente, contra qualquer dos entes federativos ("A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno." [Súmula 37]).

E em linha com o decidido pelo Ministro CELSO DE MELLO no julgamento da SS 1185, cumpre dizer que *"em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do writ mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas)"*.

Acesso ao Sumário

No caso, não se identificou, no contexto e com o grau de probabilidade comprovadamente exigido, respeitada a insurgência do órgão postulante, grave

lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme preceitua o art. 4º da Lei 8.437/92, podendo a matéria, sem maiores prejuízos ao interesse público envolvido, ser analisada no âmbito de eventual agravo de instrumento.

Não fosse isso o suficiente, considerou-se a preponderância da tutela de direitos fundamentais, como na espécie, a comprometer a indispensável fumaça do bom direito.

O direito à saúde, como garantia do cidadão e dever do Estado, decorre de expressa previsão constitucional. Com *status* de preceito fundamental, encontra-se positivado nos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal, de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF), pois demandas voltadas à sua efetivação resolvem-se a partir de um contexto fático e suas peculiaridades.

A aparente antinomia existente, quando de um lado se busca a fruição do direito à saúde e de outro a necessidade de se adequar aquele preceito às normas orçamentárias a que o administrador está adstrito, segundo critérios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente, deve pender em favor da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento axiológico do Estado Brasileiro.

Destarte, ausentes os requisitos legais, era mesmo o caso de indeferimento da suspensão dos efeitos da tutela de urgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2057817-27.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Roque, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARAÇARIGUAMA, é agravado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.052)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA

Acesso ao Sumário

SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

PEREIRA CALÇAS, Relator

Ementa: Agravo Interno – Decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada que suspendeu os efeitos do Decreto Legislativo nº 1, de 7 de janeiro de 2019, expedido pela Câmara Municipal de Araçariguama, bem como determinou, provisoriamente, a reintegração da agravada no cargo de Prefeita do Município de Araçariguama. Pressupostos da excepcional medida de contracautela não evidenciados. Decisão de primeiro grau escorada em fundamentação robusta. Hipótese de interesses públicos conflitantes, a impor prevalência, no cenário nebuloso dos fatos controvertidos, ao *periculum in mora* inverso consistente na frustração da vontade popular manifestada nas urnas. Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos de procedimento comum nº 1000584-77.2019.8.26.0586, a Câmara Municipal de Araçariguama interpôs agravo interno, sob a alegação de grave lesão de difícil reparação.

Anota-se contraminuta (fls. 36/73).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a suspensão de tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não consistindo em sucedâneo recursal.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite, ordinariamente, a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais no feito de origem, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos interesses públicos tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas), frise-se, em circunstâncias sugestivas de plausibilidade da situação jurídica cuja contracautela se almeja alcançar.

Acesso ao Sumário

Todavia, embora o cerne do pedido de suspensão não esteja no mérito da demanda, mas sim na potencialidade lesiva aos interesses referidos, cumpre ressaltar que esta Presidência tem exigido a presença de *fumus boni iuris* – caracterizado, na hipótese, pela probabilidade de reversão da decisão pelas vias recursais ordinárias – como condição necessária para o deferimento de tais solicitações. Como bem observado pelo Min. Sepúlveda Pertence, no clássico voto proferido no SS 1149 AgR , *"não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do fumus boni juris que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante."* (j. 03/04/1997).

Nem poderia ser diferente, tendo em vista a função tipicamente *cautelar* do instituto, que funciona como medida de **contracautela com vistas a salvaguardar o efeito útil do êxito provável do recurso do ente estatal**, em caso de risco de grave lesão a interesse público relevante (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*, 2ª Ed., Atlas, p. 295-96).

Na hipótese em apreço, a decisão de primeiro grau determinou a suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo nº 1, de 7 de janeiro de 2019, expedido pela Câmara Municipal de Araçariguama e, em consequência, deu azo à reintegração da agravada no cargo de Prefeita do Município de Araçariguama.

Não se vislumbraram, *in concreto*, os pressupostos legais autorizadores da excepcional medida incidental de contracautela invocada, salientando que em suas razões de agravo, a agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Como destacado na decisão hostilizada, a decisão de primeiro grau, longe de expressar teratologia, a consubstanciar a propalada ilegalidade fragrante, veio escorada em robusta fundamentação, referindo, inclusive, fatos notórios na Comarca, devidamente sopesados em estrita sintonia com a sumariedade da cognição que a urgência da medida estava a exigir.

Somente com o oportuno aprofundamento da cognição, sob o crivo do contraditório, e perante o Juiz Natural da causa, é que será possível definir-se, com maior segurança, o nebuloso cenário fático subjacente ao litígio, não cabendo a esta Presidência, no âmbito estreito deste excepcional remédio, protagonizar tal posição.

Não convenceu, sob outro vértice, o argumento de mitigação da atuação do Poder Legislativo local, presente o sistema de freios e contrapesos, a legitimar o controle judicial da legalidade da cassação da Prefeita Municipal sob imputação da prática de infrações político-administrativas.

Vale dizer, a interferência do Poder Judiciário nas atividades do Poder Legislativo se deu, aparentemente, despida de qualquer vício, porquanto

orientada a afastar possível ilegalidade no processo de cassação, levando em consideração os riscos de manter-se a Prefeita (agente político investido de mandato eletivo) afastada da gestão municipal, ante a presença de indícios concretos de potencial comprometimento da higidez do processo de cassação.

Realmente, ressalvada a sumariedade da cognição levada a efeito, compatível com o estágio processual e a urgência da tutela postulada, foi precisamente a probabilidade da mácula da legalidade subjacente ao processo de cassação, o fundamento da decisão de primeiro grau.

Destacou-se mais, com foco na medida de contracautela alvitrada, e considerando o contexto assim identificado, de potencial vício de legalidade no processo de cassação questionado, a existência de *periculum in mora* inverso, consistente na potencial frustração irreversível da vontade popular manifestada nas urnas.

Aliás, a liminar guerreada permitiu entrever claramente o juízo de ponderação de interesses públicos conflitantes, conferindo prevalência e curso ao prestígio da "vontade popular nas urnas em decorrência de um processo de cassação aparentemente fraudado" (fls. 957 dos autos principais).

Registrou-se, por fim, a interposição de agravo de instrumento por parte do Vice-Prefeito (processo nº 2059136-30.2019.8.26.0000), ao qual não atribuído o efeito suspensivo alvitrado, por entender o ilustre Desembargador Relator que a decisão de 1º grau estava bem fundamentada, não existindo elementos suficientes a justificar o sobrestamento de sua eficácia.

Assim, inexistindo elementos seguros em favor da pretensão da agravante, não havia justificativa para que o Presidente do Tribunal de Justiça, em remédio de caráter absolutamente excepcional, antecipasse-se ao verdadeiro Juiz Natural da causa em segunda instância, para suspender a eficácia de decisão de primeiro grau que, à primeira vista, nada tem de teratológica.

Destarte, ausentes os requisitos legais, era mesmo o caso de indeferimento da suspensão dos efeitos da tutela.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0051842-92.2018.8.26.0000, da Comarca de

Campinas, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RICARDO MAITTO DE SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Incidente suscitado nos autos de Agravo de Instrumento interposto em mandado de segurança promovido por empresa intermediadora de serviços de transporte individual de passageiros, mediante aplicativo – Arguição de inconstitucionalidade de "dispositivos da Lei nº 15.539/2017, em especial seu artigo 7º e parágrafo único, do Município de Campinas" – Lei que "dispõe sobre o serviço remunerado para transporte individual de passageiros oferecido e solicitado exclusivamente por aplicativos, sítios ou plataformas tecnológicas ligados à rede mundial de computadores" – Artigo 7º, *caput*, dispondo que "o uso do Sistema Viário Urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros fica condicionado ao pagamento pelas empresas prestadoras de serviços de intermediação até o quinto dia útil de cada mês do valor correspondente a um por cento do valor total das viagens, recebido em

Acesso ao Sumário

decorrência dos serviços prestados no município", e que (parágrafo único do mesmo artigo) "as empresas que não possuam sede fiscal no município ficam condicionadas ao pagamento correspondente a dois inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do valor das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município".

SERVIÇOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS – Normas gerais estabelecidas pela Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, cujos artigos 12 e 18 atribuem ao Município, o primeiro, a organização, disciplinamento e fiscalização, e o segundo, entre outras, "promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano" – Lei 15.539/2017, do Município de Campinas que, destinada a disciplinar a exploração dos serviços de que se trata, criou no artigo 7º e seu parágrafo único, direito novo e cogente, desautorizada pela lei federal de regência do sistema, e à margem da Constituição Federal – Precedente do C. Órgão Especial afirmativo da limitação do poder regulamentar exercido pelos Municípios, na forma da lei federal mencionada.

REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS – Lei Municipal que promove exigência exorbitante do sistema e cobra das empresas que administram os aplicativos destinados à prestação do serviço, valor como verdadeira taxa fosse, sem estabelecer clara e expressamente a que título procede à exigência, nem a define como tal – Poder de tributar que deve atender às limitações constitucionais (art. 145), podendo os entes federados instituir, dentre outros tributos, "taxas, 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 a sua disposição" (inciso II) – Norma questionada que não refere qualquer serviço posto pelo Município à disposição dos prestadores diretos do serviço, das empresas que gerem o aplicativo por eles e pelos usuários utilizados – Inconstitucionalidade configurada.

Acesso ao Sumário

TRIBUTAÇÃO – Cobrança (das empresas) imposta pelo uso do sistema viário urbano do Município – Percentual incidente que tem por base de cálculo o valor total das viagens, o que não guarda nenhuma relação com o efetivo uso desse bem comum do povo – Cobrança que, para as empresas, resulta, por via reflexa, quando não direta, dupla exigência de pagamento, uma pelo uso do sistema viário, outra proveniente do "integral e atualizado [valor] do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN", este imposto por lei municipal específica – Sistema viário urbano não objeto de tributação específica de qualquer natureza – Artigo 156 da Constituição Federal que não inclui entre as competências dos Municípios instituir imposto sobre o uso do sistema viário urbano – Inconstitucionalidade configurada.

COBRANÇA – Estabelecimento de diferenciação entre empresas sediadas no Município e as que lá não têm sede, exigindo destas o pagamento de percentual maior que o previsto para as primeiras, percentuais incidentes sobre a mesma base de cálculo – Preceito que malfere o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF) – Inconstitucionalidade configurada.

COBRANÇA – Exigência de pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de serviço de transporte individual privado de passageiros – Norma que viola também o princípio da livre iniciativa ou da livre concorrência, pois constitui obstáculo ilegítimo e discriminatório a determinado setor da economia, o das empresas prestadoras de serviços de intermediação – Inconstitucionalidade.

Incidente de inconstitucionalidade acolhido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de "incidente de inconstitucionalidade" *"de dispositivos da Lei nº 15.539/2017, em especial seu artigo 7º e parágrafo único, do Município de Campinas"*, suscitado pela 3ª Câmara de Direito Público, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2110128-29.2018.8.26.0000, interposto nos autos do mandado de segurança (art. 97 da CF, art. 481 do CPC, arts. 187 e 190 do RITJSP e

Súmula Vinculante nº 10 do STF – fls. 245/250).

Indeferi o pedido da **99 Tecnologia Ltda.** (fls. 254/306 e 549/550) de admissão como **assistente litisconsorcial** ou, subsidiariamente, como ***amicus curiae*** (fls. 557/566).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo "conhecimento do incidente de inconstitucionalidade e de seu acolhimento, declarando inconstitucional o artigo 7º e parágrafo único da Lei nº 15.539/17 do Município de Campinas" (fls. 510/522).

É o relatório.

1. Assim se expressou o eminente Relator do Agravo de Instrumento, Desembargador MARREY UINT, no v. acórdão de fls. 245/250 (AI 2110128-29.2018.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público), ao arguir a inconstitucionalidade de *"de dispositivos da Lei nº 15.539/2017, em especial seu artigo 7º e parágrafo único, do Município de Campinas"*, nos termos do art. 97 da CF, art. 481 do CPC, arts. 187 e 190 do RITJSP e Súmula Vinculante nº 10 do STF:

> "Como já adiantado em decisão liminar, a Agravante pôde demonstrar, a princípio, a existência de dispositivos desproporcionais na lei e decreto regulamentadores da atividade de transporte individual privado de pessoas em Campinas, sendo o mais importante deles a exigência de exação em conformidade com o artigo 7º da Lei nº 15.539/17:
>
> *""Art. 7º. O uso do Sistema Viário Urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros fica condicionado ao pagamento pelas empresas prestadoras de serviços de intermediação até o quinto dia útil de cada mês do valor correspondente a um por cento do valor total das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município.*
>
> *Parágrafo único. As empresas que não possuam sede fiscal no município ficam condicionadas ao pagamento correspondente a dois inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do valor das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município".*

"Tal exação, em uma análise inicial, afasta-se por suas características (base de cálculo, alíquota, etc.) das hipóteses clássicas de cobrança de taxas e preços públicos dada aos municípios, não sendo contrapartida específica de nenhuma oferta de serviço público ou modelo fiscalizatório já não existente na Municipalidade, e quanto aos quais já se recolhem outras espécies de tributos.

"Assim, havendo relevantes questionamentos que envolvem tanto a constitucionalidade (potencial afronta ao disposto nos artigos 145, II, 150, II, e 170, IV, da Constituição Federal) quanto a legalidade (potencial afronta aos limites regulamentares fixados pela Lei Federal nº 12.587/12, e também

ao artigo 78 do Código Tributário Nacional) da norma debatida, com risco de aflição a princípios consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente da proporcionalidade e isonomia, é necessária a remessa dos autos para o Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, que determina que *"somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público"*.

"(...)

"Diante do exposto, suspende-se o julgamento do Agravo, com manutenção da decisão em tutela recursal, e, nos termos do artigo 187 e 190 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, **determina-se a remessa dos autos para o Órgão Especial, suscitando Arguição de Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 15.539/2017, em especial seu artigo 7º e parágrafo único, do Município de Campinas**".

2. Procedi à transcrição do voto condutor do julgamento da E. Câmara suscitante para dar a conhecer os motivos que a levaram a suscitar o incidente.

A Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que *"**institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana**; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências"* (destaquei), estabelece, em seus artigos 12 e 18, o seguinte:

> "**Art. 12.** Os serviços de utilidade púbica de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)."
>
> "**Art. 18.** São atribuições dos Municípios:
>
> I – planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a **regulamentação** dos serviços de transporte urbano;" (destaquei).

O Município de Campinas, por iniciativa de seu Prefeito Municipal, buscando regulamentar o serviço de transporte individual remunerado de passageiros, distinto dos táxis, editou a **Lei nº 15.539/2017**, que *"dispõe sobre o serviço remunerado para transporte individual de passageiros oferecido e solicitado exclusivamente por aplicativos, sítios ou plataformas tecnológicas ligados à rede mundial de computadores"* – fls. 92/97).

Segundo ofício encaminhado pelo Prefeito ao Presidente da Câmara

Acesso ao Sumário

Municipal de Campinas a respeito do projeto de lei (fls. 230), a proposição *"visa a disciplinar a exploração, mediante autorização, de serviços de transporte individual de passageiros mediante aplicativos tecnológicos utilizados pela internet,* ***nos termos autorizados pelo art. 18, I, da Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012****, sendo de competência da Secretaria de Transportes e da EMDEC o cadastramento, a autorização e a fiscalização desse novo serviço".* **(negritei).** Ressaltou que se trata de *"medida de relevante interesse público, tendo em vista que a ausência de regulamentação desse serviço no Município compromete, inclusive, a segurança de seus usuários sujeitando-os a veículos e a prestadores de serviço que sequer foram vistoriados para fins de verificação do atendimento dos padrões de segurança recomendados".*

O projeto, após aprovado e sancionado, foi convertido na **Lei nº 15.539, de 15 de dezembro de 2017, do Município de Campinas**, que *"dispõe sobre o serviço remunerado para transporte individual de passageiros oferecido e solicitado exclusivamente por aplicativos, sítios ou plataformas tecnológicas ligados à rede mundial de computadores"* (fls. 225/229), estabelecendo em seu **artigo 7º e parágrafo único**:

> "**Art. 7º**. O uso do Sistema Viário Urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros fica condicionado ao pagamento pelas empresas prestadoras de serviços de intermediação até o quinto dia útil de cada mês do valor correspondente a um por cento do valor total das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município.
>
> "Parágrafo único. As empresas que não possuam sede fiscal no município ficam condicionadas ao pagamento correspondente a dois inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do valor das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município."

A questão que se coloca neste incidente de arguição de inconstitucionalidade é a de saber se a lei em pauta apenas objetivamente regulamenta a lei federal ou, por via oblíqua, constitui norma com caráter geral e abstrato, criando direito novo e cogente, sob a capa de regulamentar a lei.

A resposta não é outra senão a de que a norma questionada constitui direito novo e cogente, importando exação desautorizada pela lei federal de regência do sistema, e à margem da Constituição Federal.

3. Este C. Órgão Especial enfrentou questão que, malgrado não atinente à exigência de pagamento como faz a lei questionada, se assemelha à deduzida nos autos. Cuida-se da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227163-78.2016.8.26.0000 (proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do Prefeito Municipal de São Paulo, j. 13.09.2017, relator o signatário).

Acesso ao Sumário

Nesse processo, promoveu-se discussão a respeito da regulamentação da mesma Lei Federal, então promovida por decreto expedido pelo Prefeito Municipal de São Paulo. Assim foi ementado o julgado.

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decreto nº 56.981, de 10 de maio de 2016, do Município de São Paulo, que 'dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor' – Diploma editado para regulamentar 'os artigos 12 e 18, I, da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, disciplinando o uso intensivo do viário urbano no Município de São Paulo para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública e regula o serviço de carona solidária e de compartilhamento de veículo sem condutor no Município' – Norma federal que remete aos municípios sua regulamentação –* ***Decreto regulamentar*** *e não diploma inovador e autônomo, que escapa ao controle concentrado de constitucionalidade – Eventual discrepância ou divergência com a lei que está a regulamentar (art. 84, IV, da CF), ou excesso ou exorbitância, para avançar sobre o campo de reserva legal que pode ocasionar crise de legalidade – Norma passível apenas de controle de legalidade, não sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade – Ofensa à Constituição que pode se dar por via reflexa, e não direta, exigida pela ação constitucional – Jurisprudência do C. STF – Preliminar de inadequação da via eleita, acolhida,* ***julgado extinto o processo sem resolução do mérito*** *(art. 485, IV, do NCPC)."* (sublinhei; negritos do texto).

Assim discorreu o voto condutor desse julgamento, no aqui interessante:

> "2. O sempre autorizado HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, 35ª edição/2009, p. 129 e segs.) ensina que o
>
> ""O *poder regulamentar* é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.
>
> ""No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos

Acesso ao Sumário

fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento ao expedir regulamento autônomo ou de execução da lei -, não invada as chamadas "reservas da lei", ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º)".

"No caso em apreço, está-se diante de decreto regulamentar ou de execução, destinado a explicitar normas que possibilitam a exata compreensão e o alcance da lei regulamentada. Ensina o mesmo autor (op. cit., p. 183) que

""Decreto regulamentar ou de execução: é o que visa a explicar a lei e facilitar e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o *regulamento* a que se refere" (...).

"Em seguida, aludindo ao regulamento propriamente dito, como ato distinto do decreto, mas posto em vigor por seu intermédio (neste caso, o regulamento em discussão se contém no texto do próprio decreto), explica que

""Os *regulamentos* são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

""Leis existem que dependem de regulamentam para sua execução; outras há que são auto-executáveis (*self executing*). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, com a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas seguintes é ato facultativo do Executivo.

""O regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo Legislativo. Daí a oportuna observação de Medeiros Silva de que 'a função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articulada e explícita".

Acesso ao Sumário

"ODETE MEDAUAR explica que o decreto 'é ato administrativo da competência exclusiva do Chefe do Executivo, só podendo ser editado pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos. No ordenamento brasileiro, o decreto **tanto pode conter abrangência genérica, revestindo-se de caráter normativo**, como pode ter alcance individualizado" – destaquei (Direito Administrativo Moderno, 18ª edição, Revista dos Tribunais, p. 165).

"Não discrepa o pensamento da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 26ª edição, 2013, p. 233), segundo a qual

""**Decreto** é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

""Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual). É o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão".

"E explica, distinguindo:

""Quando produz efeitos gerais, ele pode ser:

1. regulamentar ou de **execução**, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;

2. independente ou **autônomo**, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01; assim mesmo, é uma independência bastante restrita porque as normas do decreto não poderão implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos".

"Não se há perder de vista, evidentemente, a advertência do mesmo HELY LOPES MEIRELLES, de que

""Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução), terá que se cingir ao que a lei contém; quanto se tratar de regulamento destinado a prover situações não contempladas em lei (regulamento autônomo ou independente), terá que se ater aos limites da competência do Executivo, não podendo, nunca invadir as *reservas da lei*, isto é, suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido

Acesso ao Sumário

formal e material). Assim sendo, o regulamento jamais poderá instituir ou majorar tributos, criar cargos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias e o mais que depender de lei propriamente dita".

"3. Procedida recordação dos conceitos e contornos do decreto e do regulamento por seu intermédio editado, e feita a advertência de que um e outro não podem exorbitar da lei, editando normas de caráter geral e abstrato invadindo o âmbito restrito das *reservas de lei*, torna-se à situação em concreto para resolver se o decreto em apreço desatende à sua vocação e exorbita da lei, para concluir, igualmente, se adequado o instrumento manejado pela Procuradoria Geral de Justiça.

"A necessidade de regulamentação do sistema tratado no decreto em pauta já foi afirmada por este C. Órgão Especial no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000 (j 05.10.2016, afirmando o Desembargador FRANCISCO CASCONI, relator, que

""consideradas as características singulares do transporte público individual (táxis), uma **terceira conclusão** pode ser afirmada: **o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares previamente cadastrados em aplicativos não se constitui, tecnicamente, em serviço público, mas se enquadra no conceito de atividade econômica em sentido estrito, é dizer, de natureza privada (art. 3º, § 2º, inciso III, alínea 'b', da LPNMU)**, que, diga-se, pode e deve ser regulamentado pela Municipalidade como qualquer outra atividade (negritos do original, sublinhei, p. 65 do voto).

"E registrou a vigência do decreto em julgamento, asseverando, mais adiante (p. 76/77 do mesmo voto) que

""O Município de São Paulo recentemente incorporou, em sua política de mobilidade urbana, o transporte privado individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos, o que se consubstanciou no Decreto Municipal nº 56.981, de 10 de maio de 2016 (fls. 753/773), que *'dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para* ***exploração da atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros****, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor'* – grifou-se. O ato, cujo teor não comporta exame nesta sede, reconheceu expressamente a natureza privada da atividade".

""Acostou o Sr. Prefeito Municipal, na sequência, documentos comprovando pedido e credenciamento de algumas empresas atuantes no mercado ('Cabify', 'Easy Táxi' e, posteriormente, 'Uber' – fls. 852/853,

Acesso ao Sumário

857/858), externando postura que convalida o exercício da atividade no âmbito local. Ademais, há notícias[1] de que, atualmente, conhecidos aplicativos[2] originalmente voltados ao transporte público individual (táxi) passaram a oferecer também o serviço de transporte privado individual, revelando outra nítida consequência do efeito concorrencial" (p. 77 do voto).

"A mesma vigência foi referida no voto parcialmente vencido do Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, proferido nesse julgamento, afirmando Sua Excelência:

""Aliás, neste sentido, o artigo 15 do Decreto Municipal nº 56.489/2015, que disciplinou a criação da categoria dos 'táxis pretos', estabeleceu, *in verbis*:

""Art. 15. O Poder Executivo Municipal constituirá grupo de estudo para:

(...)

II – propor regulação de novos serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros compreendidos no artigo 12 da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, nos termos do artigo 4º da Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015".

""Em momento subsequente, foi editado o Decreto nº 56.981, de 10 de maio de 2016, que disciplinou 'o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor'; ou seja, o Município expressamente admitiu a realização do 'transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos' em seu sistema viário, impondo alguns parâmetros iniciais para que fosse exercido, todavia, a mera providência do Executivo Municipal tendente a disciplinar tal atividade, por si só, já afasta a alegação posta na exordial de que teria sido proibida com a edição da legislação atacada nos autos".

"4. O decreto em pauta, transcrito na petição inicial e reproduzido às fls. 48/49, sem dúvida, tem caráter geral, no que concerne à atividade prevista na lei federal, que busca regulamentar. É regulamentar e se submete às normas regulamentadas, desse modo sendo insuscetível do controle concentrado de constitucionalidade. Se o regulamento desborda da lei que objetiva regulamentar (art. 84, IV, da CF), passa a ser passível apenas do controle de legalidade, não de constitucionalidade. Adverte HELY LOPES MEIRELLES (cf. linhas atrás), que, *'como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por*

Acesso ao Sumário

caracterizar situação de ilegalidade'.

"Em sendo assim, se o decreto em causa exorbita da lei, passando a dispor sobre 'contornos ao exercício do poder de polícia', campo reservado à lei, não ao decreto, como sustenta a propositura, está-se frente a controle de legalidade, não de inconstitucionalidade. Nesse passo, a inconstitucionalidade é reflexa, não direta, de sorte a escapar a alegação do campo da constitucionalidade exercitável como dispõe o artigo 97 da Constituição Federal.

"O reclamo inicial é de haver necessidade de edição de lei específica para regulamentar o exercício do poder de polícia, como destaca o Senhor Prefeito Municipal em suas informações, transcrevendo trecho da propositura (cf. fls. 403):

""Com efeito. A lei federal 12.587/12 reserva aos municípios (art. 12 e 18, I) o poder disciplinar, regulamentar e organizar a prestação do serviço de transporte individual de utilidade pública.

""Esta suplementação deve ser através de lei específica – no sentido de reserva legal ou de lei em sentido formal, ou, ainda, de princípio da legalidade absoluta ou restrita, como ato normativo produzido no Poder Legislativo mediante o competente e respectivo processo legislativo.

""A previsão normativa do artigo 12 da Lei Federal n. 12.587/12, ao dispor que os 'serviços de utilidade de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas' exige complementação legal quanto aos contornos ao exercício do poder de polícia".

"Ora, como dito antes, se o decreto, regulamentando a lei federal, dela excede, editando normas cujas características essenciais de abstração, generalidade e impessoalidade, não são objeto da lei regulamentada e, por isso mesmo, são exigentes da edição de lei no sentido formal e material, e que deve ser objeto de exame e aprovação pelo Poder Legislativo municipal, como sustenta o digno Proponente, o caminho a seguir não é, seguramente, o da ação direta de inconstitucionalidade.

"Neste sentido é a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal em situação assemelhada (ARE 1014586/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 12.12.2016):

""A matéria relativa à legalidade da instrução normativa em questão, quando *sub judice* a controvérsia sobre eventual extrapolação do ato regulamentar em relação à lei regulamentada, implica a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que se revela inviável

Acesso ao Sumário

em sede de recurso extraordinário, por configurar ofensa indireta à Constituição da República. Nesse sentido, confira-se o julgamento do AI 519.375-AgR, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 19/8/2005, cuja ementa segue transcrita:

""AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. LEI Nº 8.200/91, ARTIGO 3º, INCISO I. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL PLENO. DECRETO N. 332/91. NORMA REGULAMENTAR. APLICAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA.

1. Decreto n. 332/91. Norma regulamentar. Inconstitucionalidade de suas disposições por extrapolarem o comando da Lei n. 8.200/91. Alegação improcedente. Se a norma regulamentar padece de vícios dessa espécie, a questão se resolve no âmbito da legalidade e não no âmbito da inconstitucionalidade.

2. Eventual declaração de ilegalidade de preceitos da norma regulamentar não exime o contribuinte da observância da legislação regulamentada, tendo em vista que o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos (CTN, artigo 99).

Agravo a que se nega provimento."

""Nessa linha de raciocínio, destaco ainda: ARE 923.604-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe de 17/12/2015, ARE 674.519-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 16/9/2014, AI 624.761-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 13/11/2009, AI 495.415-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 18/11/2005, RE 233.484-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 6/8/2005."

"Sustenta a propositura conter o Decreto questionado normas inovadoras, referindo especialmente as relativas ao exercício do poder de polícia e à aplicação de sanções consequentes ao exercício desse poder, frente a condutas que desrespeitem ao que nele disposto. E nesse passo, viola o princípio constitucional da legalidade, porquanto devera o Poder Público Municipal editar lei específica regulando o exercício desse poder e dispondo sobre a imposição de sanções.

"O exercício desse poder, atribuído pelo Decreto a órgãos da Administração Municipal, inclui o exercício das atividades de cadastramento de empresas, pessoas e veículos, segundo os critérios e requisitos que define, ao tempo em que inclui o poder de verificar a observância desses requisitos e os limites estabelecidos para as atividades que regula.

"A definição das sanções e sua aplicação (artigos 30-32) o Decreto remete à respectiva legislação de regência, a que se vincula, não

Acesso ao Sumário

estabelecendo normas inovadoras e exorbitantes da lei federal que está a regulamentar:

""Art. 30. A infração a qualquer disposição deste decreto ou do regulamento enseja a aplicação das sanções previstas na legislação em vigor, sem prejuízo de outras regidas no ato de credenciamento.

"Art. 31. As penalidades previstas para os serviços de que trata este decreto aplicam-se de forma plena em relação àqueles que operarem, clandestinamente, sem credenciamento, cadastro ou autorização regular.

"Art. 32. Quem, de qualquer forma, concorrer para a prática de infrações à regulação dos serviços previstos neste decreto, incide nas penas a elas cominadas, na medida de sua culpabilidade".

"Diante de todo esse quadro, outra conclusão não resta senão a de que eventual excesso que o Decreto Municipal de São Paulo nº 56.981, de 10 de maio de 2016, esteja a cometer em face dos preceitos da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que pretexta regularmente, deve ser objeto, se for o caso, a controle de legalidade, não da ação direta de inconstitucionalidade."

Portanto, havendo *"eventual discrepância ou divergência com a lei que está a regulamentar (art. 84, IV, da CF), ou excesso ou exorbitância para avançar sobre o campo de reserva legal que pode ocasionar crise de legalidade"*, a norma é *"passível apenas de controle de legalidade, não sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade"*, conforme ressaltado no acórdão acima mencionado.

Na hipótese em julgamento não se está à frente de controle concentrado de constitucionalidade, que arreda a possibilidade de verificação de contraste entre a lei local e a lei federal, para o efeito de afirmação de inconstitucionalidade. Está-se, diversamente, em pleno controle difuso de constitucionalidade, procedido no exame de caso concreto, ou seja, de mandado de segurança interposto de ato praticado pelo agente público competente.

Com esse norte é examinada a espécie.

4. O Município de Campinas, objetivando regulamentar as disposições da lei federal de regência, nas disposições questionadas foi além, passando a fazer exigência exorbitante do sistema e cobrando das empresas que utilizam aplicativos destinados à prestação do serviço de transporte individual de passageiros, valor como verdadeira taxa fosse, sem estabelecer clara e expressamente a que título procede à exigência, nem a define como tal.

De fato, o artigo 7º e seu parágrafo único, da Lei nº 15.539/2017, questionado, embora não indique a natureza jurídica do pagamento pelo uso do sistema viário urbano (o que se supõe, porque o texto legal não o expressa) para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual

privado remunerado de passageiros, tratou de espécie de tributo (art. 3º Código Tributário Nacional).

Ocorre que o poder de tributar deve atender às limitações da Constituição Federal (art. 145), dentre elas a da divisão entre os entes federados, segundo suas áreas de atuação, resguardando direitos e garantias individuais.

Segundo essa disposição, *"a União, os Estados e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos"* (*caput*), dentre os quais *"taxas, 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 a sua disposição"* (inciso II).

A norma em pauta, exigindo o pagamento, não refere qualquer serviço posto pelo Município à disposição dos prestadores diretos do serviço, das empresas que gerem o aplicativo por eles e pelos usuários utilizados. Nada.

Quisesse o legislador vincular a exigência do pagamento ao exercício do poder de polícia fiscalizador do serviço, haveria de defini-lo, mas a tanto não procede em nenhuma das disposições da lei. Por outra parte, também não refere a *"utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição"*, ou que devam ser fiscalizados por órgãos que já não exerçam os serviços próprios de fiscalização municipal.

Nada disso se vê na lei.

Significa dizer que a exigência do pagamento apontado é procedida ao desamparo de fundamento fático e constitucional.

Por outro lado, o sistema viário urbano do Município, formado por ruas, avenidas e praças, constitui bem de uso comum do povo, custeado na sua formação e manutenção pelo conjunto dos impostos pagos pela comunidade. Já a Lei 15.539, em questão, na disposição questionada (artigo 7º, *caput*) **condiciona** o *"uso do Sistema Viário Urbano" "ao pagamento pelas empresas prestadoras de serviços de intermediação"* dos percentuais que estabelece, incidentes sobre *"o valor total das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município"* (sublinhei).

Nesse passo, a exigência de pagamento se dá pelo **uso do sistema viário urbano do Município**, em valor que tem por base de cálculo o valor total das viagens, ideia que nenhuma relação guarda com o efetivo uso desse bem comum do povo.

De outra parte, o mesmo valor *"total das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados do município"* resulta, por via reflexa, quando não direta, dupla exigência de pagamento, uma pelo uso do sistema viário, outra proveniente do *"integral e atualizado* [valor] *do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e demais acréscimos legais, nos termos da Lei nº 12.392,*

Acesso ao Sumário

de 20 de outubro de 2005", um dos deveres que as *"empresas prestadoras de serviços de intermediação"* estão obrigadas a cumprir (artigo 14, inciso IX, da Lei 15.539 em discussão).

Enfim, o uso do sistema viário urbano não é objeto de tributação específica de qualquer natureza, consistente em taxa ou imposto.

Imposto sobre o transporte de passageiros o Município não pode instituir porque conferido pela Constituição Federal aos Estados (artigo 155, II).

Pode o Município instituir os impostos relacionados no artigo 156 da Constituição Federal, impostos esses entre os quais não se acha, absolutamente, o incidente sobre o "uso do sistema viário urbano". Quisesse o legislador permitir a exigência de imposto "sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar" (inciso II do art. 156), poderia evidentemente fazê-lo. Mas esse imposto, como visto, a empresa prestadora de serviços de intermediação já está obrigada a pagar, em virtude de lei específica, lembrada no artigo 14, IX, da Lei 15.539/2017.

Enfim, por qualquer ângulo por que vista a norma questionada, exsurge clara a manifesta inconstitucionalidade de que se reveste e que foi bem apreendida pela E. Câmara suscitante.

5. De outra parte, e sem fundamento de fato ou de direito, o parágrafo único do artigo 7º da Lei 1.539/2017 procede a distinção entre empresas sediadas no Município de Campinas e outras que lá não tenham sede. As primeiras devem pagar 1% do *"valor total das viagens, recebido em decorrência dos serviços prestados no município"*; as demais, o percentual de 2,25% da mesma base de cálculo (parágrafo único).

A realidade fática do tema em discussão revela por si que as empresas situadas no Município estão em situação semelhante, quando não idêntica, às que lá não tenham sede.

LUCIANO AMARO, após afirmar que

> "nem pode o aplicador, diante da lei, discriminar, nem se autoriza o legislador, ao ditar a lei, a fazer discriminações. Visa o princípio à garantia do indivíduo, evitando perseguições e favoritismos",

Segue ponderando que

> "tem-se de pôr, agora, outra face do princípio, segundo a lição clássica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Celso Antônio Bandeira de Mello, reconhecendo a procedência dessa assertiva, coloca a questão de identificar quem são os iguais e quem são os desiguais, ou seja, 'que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?"

Acesso ao Sumário

Prossegue aludindo a ser preciso colocar a questão em *"termos mais amplos: além de saber qual a desigualdade que faculta, é imperioso perquirir a desigualdade que obriga a discriminação, ..."*, para mais adiante afirmar que *"hão de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir"*.

E conclui, no essencial à compreensão do que sucede neste caso, o seguinte:

> "A questão da isonomia, em síntese, não se resolve apenas com a afirmação de que, posta a norma legal, como comando abstrato e hipotético, todas as situações concretas correspondentes à hipótese legal devem ser submetidas à lei, e as situações excepcionadas pela lei devem ser excluídas. Há de examinar-se se o legislador discriminou onde isso lhe era *vedado*, ou se diferenciou apenas dentro da margem em que *podia* legitimamente diferenciar, ou finalmente, se deixou de dessemelhar onde lhe era *obrigatório* fazê-lo. Em qualquer dessas hipóteses, a isonomia terá sido ferida, além de, possivelmente, ter-se agredido a capacidade contributiva" (cf. *Direito Tributário Brasileiro*, 8ª ed., Saraiva – 2002, p. 133/134).

Enfim, a norma procede a distinção que soa infundada e odiosa não apontando elemento objetivo algum determinante da discriminação que procede, situando unicamente na sede da empresa, dentro ou fora do Município, quando se sabe que, autorizada a livre iniciativa, as empresas podem atuar em todo o território nacional, sujeitando-se apenas às normas atinentes à respectiva atividade, mas sem discriminação tributária.

6. Tanto não bastasse, a exigência do pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros viola também o princípio da livre iniciativa ou da livre concorrência, pois constitui obstáculo ilegítimo e discriminatório a determinado setor da economia, o das empresas prestadoras de serviços de intermediação.

De fato, não se conhece, nem se exemplifica, seja feita semelhante exigência de outros prestadores de serviços de transporte por vias urbanas, tais os de transporte de passageiros e de bens, que exercem atividade comercial lucrativa, própria de sua natureza, mas se sujeitam, como a empresa interessada neste caso, ao pagamento de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Enfim, por vários dos ângulos com que seja vista, a norma questionada revela-se flagrantemente inconstitucional.

7. A propósito dos temas em debate, discorreu com propriedade o douto Procurador de Justiça em seu parecer pela declaração de inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

do art. 7º e parágrafo único da Lei nº 15.539/2017. Transcrevo para agregar os fundamentos aos deste voto (fls. 510/522):

"Inicialmente, convém ressaltar que a Lei nº 15.539/17 do Município de Campinas não indicou a natureza jurídica do pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros previsto no seu art. 7º ...

"(...)

"De qualquer forma, não se pode negar que se trata de um tributo, consiste em uma prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, em conformidade com o conceito dado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional.

"Sabe-se que no exercício de sua competência tributária as pessoas jurídicas de direito público (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) estão limitadas pela Constituição Federal. Sendo assim, o poder de tributar destes entes não é absoluto.

"A faculdade de editar leis que criem tributos, trata-se de uma competência originária que busca seu fundamento de validade na própria Constituição. A exação, portanto, só será legítima e constitucional se atenderem as limitações ao poder de tributar.

"Uma das limitações ao poder de tributar consiste na divisão do poder de tributar entre os entes federados. Assim, o texto constitucional buscou dar uma demarcação quanto às áreas de atuação de cada ente político, com a partilha da competência tributária, fixando vários balizamentos que resguardam valores por ela reputados, com atenção especial para os direitos e garantias individuais.

"A Constituição Federal não se limitou a definir o poder tributário de cada pessoa jurídica de direito público, mas discriminou as espécies tributárias possíveis pertencentes a cada ente ao prever no art. 145 que:

"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

"I – impostos;

"II – taxas, 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 a sua disposição;

"III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas."

"Dentro deste contexto deve ser analisada a existência de pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de atividade econômica

Acesso ao Sumário

de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros.

"Evidentemente não se trata de um imposto, o pagamento pelo uso do sistema viário não se encontra previsto em qualquer dos impostos de competência dos Municípios (art. 156 da Constituição Federal).

"O inciso II, do art. 145 da Constituição Federal possibilita a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem taxas, 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 a sua disposição.

"Desta matriz constitucional distinguimos duas modalidades de taxas: de serviço e de polícia. As taxas de serviços reclamam utilização, efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. As taxas de polícia, por sua vez, decorrem do exercício do poder de polícia.

"O uso do sistema viário urbano não se confunde com qualquer prestação de serviço público diretamente referido a alguém (específico e divisível). O serviço público relacionado com o sistema viário urbano alcança a comunidade como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. Tal serviço não pode ser custeado no nosso sistema jurídico por meio de taxas, mas, sim por receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos.

"Ademais, qual não haveria fundamento sério, legítimo e razoável para a exigência do tributo exclusivamente das empresas prestadoras de serviços de intermediação de transporte individual privado remunerado de passageiros, quando outras empresas também no exercício de suas atividades fazem o mesmo uso do sistema viário urbano.

"Não se trata obviamente de qualquer exercício de poder de polícia diretamente referido ao contribuinte. O poder de polícia que autoriza a tributação por meio de taxa é tão somente o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração, praticado com base em lei, que levanta uma abstenção ou que mantém ou fiscaliza uma exceção já existente.

"A propósito Geraldo Ataliba, ao depois de declarar que o poder de polícia se traduza em atos de agentes públicos, acrescenta: *'Estes (os agentes públicos) desempenham exames, vistorias, perícias, verificações, avaliações, cálculos, estimativas, confrontos e outros trabalhos como condição ou preparo do ato propriamente de polícia, consistente em autorizar, licenciar, homologar, permitir ou negar, denegar, proibir etc... Entende-se que estas atividades se constituem na hipótese de incidência*

Acesso ao Sumário

da taxa: ela é que justificam a sua exigência, da pessoa interessada nas conclusões ou resultado de tais atos (este resultado, ou conclusões, sim, eminentemente expressivos de poder de polícia). Dessas afirmações decorre que não se pode exigir taxa pelo poder de polícia, quando o seu exercício não exija uma atividade ou diligência semelhante'. Ataliba, Geraldo. Taxas de Polícia in Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 3 p. 241.

"Nem mesmo seria preço público, pois o valor exigido pelo uso do sistema viário urbano, não é fruto de regime contratual, passível de flexibilização e de pagamento facultativo.

"Não se adequando a exação qualquer tributo constitucionalmente previsto o ato normativo é evidentemente inconstitucional por violação aos arts. 145, e incisos da Constituição Federal.

"De outro lado, a previsão de alíquotas diferenciadas para empresas que tenham ou não sede no Município, viola o princípio da isonomia tributária.

"Em outras palavras, não se vislumbra correlação lógica entre a localidade da sede das empresas que utilizam o sistema viário urbano e a atividade de polícia ou o serviço público vislumbrados como fato gerador da taxa.

"O princípio da igualdade, em sua verdadeira acepção, significa tratar igualmente situações iguais, e de forma diferenciada situações desiguais.

"Daí ser possível aduzir que viola o princípio da igualdade tanto o tratamento desigual para situações idênticas, como o tratamento idêntico para situações que são diferenciadas.

"Como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, *'o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferença do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta'* (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed., 12ª tir., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 35).

"Esse é o sentido do princípio da isonomia, destacado por José Afonso da Silva, ao afirmar que *'a realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais'* (Curso de direito constitucional positivo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 215).

"A diferenciação feita pelo legislador é possível, quando,

Acesso ao Sumário

objetivamente, constatar-se um fator de *discrímen* que dê razoabilidade à diferenciação de tratamento contida na lei, pois, a igualdade pressupõe um juízo de valor, e um critério justo de valoração, proibindo o arbítrio, que apenas ocorrerá *'quando a disciplina legal não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídico sem um fundamento razoável'* (J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 400/401).

"Além disso, no constitucionalismo moderno, *'a função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade aponta para as leis como um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fácticas'* (J.J. Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2ª ed., Coimbra editora, 2001, p. 383).

"O que o princípio em verdade veda, é que a lei vincule uma *'consequência a um fato que não justifica tal ligação'*, pois, o vício de inconstitucionalidade por violação da isonomia, apenas deve incidir quanto a norma que promove diferenciações *'não dê um tratamento razoável, equitativo, aos sujeitos envolvidos'* (Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 181/182).

"A valoração daquilo que constitui o conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade, ou seja, a vedação de uma *'regulação desigual de fatos iguais'*, deve ser realizada caso a caso, com base na razoabilidade e proporcionalidade quando da análise dos valores envolvidos, pois *'não há uma resposta de uma vez para sempre estabelecida'* (cf. Konrad Hesse, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, tradução da 20ª ed., alemã, por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris editor, 1998, p. 330/331).

"Em outras palavras, além do aspecto negativo do princípio, como vedação de tratamento desigual a situações e pessoas em condição similar, traz conotação positiva, para conceder ao legislador a missão de, pela elaboração normativa, com parâmetro nos obstáculos e nas desigualdades reais, equiparar, ou equilibrar situações, materializando efetivamente o conteúdo concreto da isonomia. Pela elaboração normativa, o legislador poderá afastar óbices de qualquer ordem que limitem a aproximação efetiva daqueles que se encontram sob a égide do ordenamento jurídico (cf. Paolo Biscaretti Di Ruffia, Diritto constituzionale, XV edizione, Napoli, Jovene, 1989, p. 832).

Acesso ao Sumário

"Em síntese, o princípio da isonomia veda qualquer tipo de

discriminação indevida, do mesmo modo que proíbe o tratamento igual quando é necessária a discriminação.

"Os critérios anteriormente expostos, que conferem validade e legitimidade à discriminação, têm inteira aplicação em matéria tributária.

"Trata-se, assim, de norma em aparente desconformidade com o princípio constitucional da isonomia tributária, consagrada nos artigos 150, II e 152, caput, da CF/88, pois não há qualquer razoabilidade para o tratamento desigual.

"Por fim, e não menos importante, não se nega que o Município tenha competência para regulamentar os serviços locais, no entanto, a exigência do pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de atividade econômica de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros viola também o princípio da livre iniciativa ou da livre concorrência, pois constitui obstáculo ilegítimo e discriminatório a um determinado setor econômico.

"Está claro que a cobrança não visou regulamentar, mas inviabilizar ou dificultar a atuação no Município de empresas que atuam na intermediação de serviços de transporte de passageiros, por meio de programa de computador, aplicativo, site na internet outros meios eletrônicos.

"Esta ilegítima exigência tolhe o exercício da atividade econômica ou empresarial.

"Oportuno ainda ressalvar que o ato normativo resvala no princípio da liberdade de tráfego (art. 140, inciso V, da Constituição Federal), que proíbe que as entidades políticas estabeleçam limitações ao tráfego de pessoas ou bens, através de tributos interestaduais ou intermunicipais.

"Segundo lição de MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULO, a norma impede que o fato gerador de qualquer tributo se consubstancie, especificamente, no trânsito intermunicipal ou interestadual de pessoas ou mercadorias. (ALEXANDRINO. Marcelo & PAULO Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF. Impetus. 10ª Ed. Niterói: 2005, pág. 83).

"Tal princípio está relacionado ao direito fundamental ao livre trânsito dentro do território nacional, esculpido no art. 5º, XV, da *Lex Matter*".

8. Ante o exposto, acolho o incidente de inconstitucionalidade, declarando inconstitucional o art. 7º e seu parágrafo único, da Lei nº 15.539/2017, do Município de Campinas, devendo o processo retornar à consideração da E. Câmara suscitante.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0010733-64.2019.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23987)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 15 de maio de 2019.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar 66/2015, do Município de Registro, na parte "Alterar a hierarquização da Avenida Nelson Brihi Badur, trecho localizado entre a Avenida Clara Gianotti de Souza e a Rodovia Empei Hiraide – SP 139, de Via Coletora 1 para Via Coletora 2, do Estado de São Paulo"

A participação popular a que se referem as normas, é a participação direta, por meio de debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente o cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população.

Verifica-se que, em que pese tenha havido convocação no jornal da cidade para três oficinas, a serem

Acesso ao Sumário

realizadas em 29.01, 02.02 e 06.02, bem como para audiência pública no dia 19.02 (fls. 542/544), consta da ata da Audiência Pública que esta última ocorreu dia 06.02.2015, nada havendo nos autos acerca da realização da audiência no dia 19.02, data para a qual havia sido a convocação oficial.

Assim, tratando a legislação municipal de matéria urbanística pressupõe a participação da população em todas as fases de sua elaboração. Contudo, não se deu oportunidade de efetiva participação dos representantes comunitários, mediante audiências e debates de forma transparente, conforme exigência legislativa e constitucional já expostas, estando eivada de inconstitucionalidade.

Violação aos artigos 180, inciso II, 181 e 191, todos da Constituição Estadual. Arguição acolhida.

VOTO

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação 0001208-67.2015.8.26.0495, a fim de dirimir, em sede de controle difuso, questão acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 66/2015, que alterou o Plano Diretor do Município.

Segundo a Câmara suscitante (fls. 953/962) a referida lei alterou a "hierarquização da Avenida Nelson Brihi Badur de 'via coletora 1' para 'via coletora 2' sem realizar qualquer estudo ou participação popular no processo". Aponta, ainda, para indícios de violação ao princípio constitucional da impessoalidade dos atos administrativos no processo de alteração do Plano Diretor.

Regularmente processado, manifestou-se a DD. Procuradoria-Geral de Justiça pelo acolhimento do incidente (fls. 1049/1061).

É o relatório.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pleiteando nulidade de alvará de licença concedido pelo Município de Registro e paralisação das obras iniciadas sob o fundamento de que o projeto de construção encontrava-se em dissonância com a Lei Complementar 40/08, Plano Diretor do Município, que não permitia edificação destinada à habitação coletiva no local. Durante a instrução do processo, foi promulgada nova lei complementar, que alterou dispositivos do Plano Diretor. Diante disso, o d. Juízo *a quo* julgou o processo extinto sem resolução do mérito em razão de

perda superveniente do objeto, tendo em vista que, ao passar de "Via Coletora 1" para "Via Coletora 2" permite-se a construção de prédios de até 25 pavimentos (fls. 889/891).

Dessa decisão, apelou o d. Representante do Ministério Público, pugnando pela reforma da r. sentença. A 12ª Câmara de Direito Público suspendeu o recurso e suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O incidente deve ser julgado procedente.

Foi suscitada a inconstitucionalidade incidental da seguinte lei municipal:

LEI COMPLEMENTAR Nº 066 DE 15 DE JULHO DE 2015

ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR N° 039/2008, QUE 'DISPÕE SOBRE O SISTEMA VIÁRIO DO MUNCÍPIO DE REGISTRO'.

GILSON WAGNER FANTIN, Prefeito Municipal de Registro, Estado de São Paulo, usando das atribuições que lhe são conferidas por Lei, FAZ SABER que, aprovada pela Câmara Municipal de Registro/SP, sanciona e promulga a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. Altera a Lei Complementar nº 039/2008 de 23 de dezembro de 2008, da seguinte maneira:

– PLANTA 05 – MAPA DO SISTEMA VIÁRIO:

– Alterar a hierarquização da Avenida Palmiro Novi, localizada no Bairro Arapongal de Via Local Preferencial para Via Coletora 1;

– Alterar a hierarquização da Avenida Governador Franco Montoro, trecho localizado entre a Avenida Deputado Ulisses Guimarães no Bairro Nosso Teto até o Jardim Paulistano de Via Perimetral para Via Coletora 1;

– Ampliar e alterar a hierarquização da Avenida Deputado Ulisses Guimarães, no trecho localizado entre o Jardim América até a RGT 345, de Via Perimetral para Via Coletora 1;

– Alterar a hierarquização da Avenida Wild José de Souza, trecho localizado entre a Avenida Clara Gianotti de Souza e a Rodovia Régis Bittencourt de Via de Ligação para Via Coletora 2;

– Alterar a hierarquização da Rua José Antônio de Campos, trecho localizado entre a Rodovia Régis Bittencourt e a Rua da Saudade de Via de Ligação para Via Estrutural;

– Ampliar e alterar a hierarquização da Rua Haguemu Matsuzawa, trecho localizado entre a Rodovia Régis Bittencourt e a Avenida Deputado Ulisses Guimarães de Via Estrutural para Via Coletora 2;

– Hierarquizar a Rua Antônio Franco de Oliveira Canto do Jardim América, no trecho localizado entre a Avenida Deputado Ulisses Guimarães e a Rua Haguemu Matsuzawa para Via de Ligação;

– Ampliar a hierarquização da Rua Presidente Getúlio Vargas, no trecho localizado entre a Avenida Jonas Banks Leite e a Rua Celso Xavier como Via de Ligação;

Acesso ao Sumário

– Hierarquizar a Rua Celso Xavier, no trecho localizado entre a Rua Shitiro Maeji e a Rua José Antônio de Campos – Centro, de Via Local para Via Coletora 1;

– **Alterar a hierarquização da Avenida Nelson Brihi Badur, trecho localizado entre a Avenida Clara Gianotti de Souza e a Rodovia Empei Hiraide – SP 139, de Via Coletora 1 para Via Coletora 2;**

Art. 2º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogada as disposições em contrário.

Discorrendo sobre o Urbanismo, Nelson Nery Costa[1] explica que:

[...]

Cabe ao Direito Urbanístico, para alguns, apenas Direito Urbano ou Imobiliário, **o uso do solo nas cidades**, sendo produto das transformações sociais que vêm ocorrendo ao longo deste século. Em que pese alguns doutrinadores pretenderem limitar ao âmbito restrito das normas edilícias, deve-se afirmar como finalidade precípua deste ramo do Direito a **adequação do uso da propriedade, pelo particular, ao cumprimento de sua função social**. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA existem dois aspectos a serem considerados:

"a) o Direito Urbanístico objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do poder público destinadas a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística; e b) o Direito Urbanístico como ciência, que busca o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística".

No Brasil, as preocupações com as legislações relativas à matéria começaram a ocorrer a partir de 1930, com o início do processo de urbanização pelo qual passou o País. A nova preocupação provocou a produção de diversas normas editadas e decisões proferidas, podendo-se apontar o Decreto-lei n. 25, de 30.11.1937, que cuida da proteção ao patrimônio histórico-cultural, o Decreto-Lei n. 58, de 10.12.1937, que estabeleceu normas sobre parcelamento do solo urbano para venda de lotes a prestações, o Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.1943, que cuidou da desapropriação para utilidade pública, e a Lei Federal n. 4.132, 10.06.1962, que tratou da desapropriação por interesse social. O importante processo de legiferação decorreu da necessidade de romper com o conceito estreito de propriedade afirmada no Código Civil de 1916, produto da doutrina liberal. Este caracteriza a propriedade como bem absoluto que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua". Encontravam-se previstas apenas limitações externas, como o direito de vizinhança, tornando o direito à propriedade

Acesso ao Sumário

1 Direito municipal brasileiro / Nelson Nery Costa. – 6.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, capítulo 14.

quase ilimitado. **O Código Civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002, em seu art. 1.228 e § 1º, modificou este entendimento, exigindo respeito às finalidades econômicas e sociais, bem como à flora, à fauna, às belezas naturais, ao equilíbrio ecológico e ao patrimônio histórico e artístico.**

As cidades continuavam surgindo e aumentando, não só a população como os problemas, que as soluções jurídicas tradicionais eram incapazes de solucionar. O crescimento urbano se deu dentro de tais controvérsias, sem que o Poder Público tivesse uma posição clara e objetiva em relação à propriedade privada, como observa EDÉSIO FERNANDES, ditando-lhe restrições de cunho social e mesmo estabelecendo os limites de aproveitamento de seu conteúdo econômico.

A Constituição de 1988 concedeu bastante atenção à matéria urbanística, reservando-lhe diversos dispositivos sobre diretrizes do desenvolvimento urbano (arts. 21, XX, e 182, CF), sobre preservação ambiental (arts. 23, III, IV, VI e VII, 24, VII, VIII, e 225, CF), sobre planos urbanísticos (arts. 21, IX, 30 e 182, CF) e, ainda, sobre a função urbanística da propriedade urbana. A competência para "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive, habitação, saneamento básico e transportes urbanos" (art. 21, XX, CF) é da União, ao passo que foi atribuída aos Municípios a política de desenvolvimento urbano, tendo "[...] por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (art. 182, CF).

Coube ao Município, então, promover o adequado ordenamento territorial, através do planejamento e controle do uso, do parcelamento, do funcionamento e da ocupação do solo urbano. Ainda que a competência constitucional sobre Direito Urbanístico seja da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nestes as normas urbanísticas são mais explícitas, porque neles se manifesta a atividade urbana na sua maneira mais dinâmica e objetiva. Com precisão, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR afirma que:

"[...] impulsionada pelo progresso, a cidade não para. Evolui. Desenvolve-se. Movimenta-se o Poder Público. Planeja. Age. Cogita-se da respectiva política urbana, forma ou modo de atuação do Poder Público local, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, objetivando levar a Administração à consecução do bem-estar dos habitantes, ordenando o desenvolvimento das funções sociais urbanas, proporcionando melhor padrão de vida à coletividade".

Compete ao Município o exercício da atividade de restringir o domínio privado da propriedade para compatibilizá-la com suas funções sociais. De um modo geral, as limitações administrativas correspondem a uma obrigação de não fazer, ainda que muitas vezes a obrigação negativa de não colocar em risco a segurança,

Acesso ao Sumário

a salubridade e a tranquilidade pública resultem em prestações positivas pelo proprietário, como no caso de medidas sanitárias que impliquem obras e gastos. Na verdade, hoje começa a questionar-se até se o direito de construir integra o direito de propriedade.

As limitações administrativas representam uma maneira pela qual a Administração, no uso de sua competência, intervém na propriedade e nas atividades particulares. Representam, enfim, a forma pela qual o Poder Público condiciona a propriedade privada e as atividades econômicas, atendendo aos interesses coletivos de bem-estar da população em geral. Trata-se de preceitos de ordem pública, derivados do poder de polícia inerente e indissociáveis da Administração.

Distinguem-se as limitações administrativas do direito de vizinhança, porque são estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam. Aquelas são normas de direito público em benefício do bem-estar da comunidade. Por outro lado, também as limitações administrativas não podem ser confundidas com servidão predial, pois enquanto esta é ônus especial imposto a certas propriedades, mediante indenização do particular ou do Poder Público, conforme o caso, aquelas são restrições gerais e gratuitas impostas pela Administração no interesse social. (grifos nossos)

[...]

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 180, inciso II, prevê a participação da comunidade no estabelecimento das diretrizes de desenvolvimento urbano, conforme se vê:

Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II – **a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;**

Nesse mesmo sentido, as leis de conteúdo urbanístico, nos termos do Estatuto da Cidade, possuem como uma de suas diretrizes a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da sociedade:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao

Acesso ao Sumário

lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

A participação popular a que se referem as normas, é a participação direta, por meio de debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente o cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população.

Verifica-se que, em que pese tenha havido convocação no jornal da cidade para três oficinas, a serem realizadas em 29.01, 02.02 e 06.02, bem como para audiência pública no dia 19.02 (fls. 542/544), consta da ata da Audiência Pública que esta última ocorreu dia 06.02.2015, nada havendo nos autos acerca da realização da audiência no dia 19.02, data para a qual havia sido a convocação oficial.

A audiência pública é um dos instrumentos da participação popular no Direito Urbanístico, como se vê:

> "As audiências fundamentam-se no princípio da publicidade dos atos da administração e estão relacionadas com o repasse de informações das atividades e definições por parte do Poder Público. Nesse sentido, têm caráter legitimador das ações da Administração Pública, pois as propostas encaminhadas pela população não têm, necessariamente, caráter vinculante.
>
> A audiência pública trata da realização pela Administração Pública, em determinada fase do processo de decisão, de uma sessão aberta a todos os interessados, na qual estes exercem seu direito de requerer esclarecimentos, fazer críticas ou dar sugestões e contribuições a respeito de uma determinada decisão que será tomada pela Administração.
>
> Esse instrumento é obrigatório em determinadas situações, por exemplo, para a aprovação da lei do plano diretor. Nos casos em que é obrigatória, a realização da audiência é condição de validade do processo específico e, se não for realizada, o processo de tomada de decisão poderá ser considerado viciado e por esse motivo anulado[2]".

Desse modo, não restou comprovada a utilização devida do instrumento de democracia popular, exigido pela Constituição Estadual e necessário à validade da alteração do Plano Diretor, tendo em vista que não basta a convocação para audiência pública, deve ser ela realizada da forma prevista na convocação e a participação popular deve ser efetiva, com a presença de diversos setores da comunidade, de modo que todos possam manifestar sua opinião.

Acesso ao Sumário

2 Direito municipal e urbanístico / Daniele Regina Pontes, José Ricardo Vargas de Faria. – ed. rev. – Curitiba, PR: IESDE, 2012. p. 179.

No caso em análise, verifica-se que não houve comprovação de realização da audiência pública na data convocada por meio da imprensa, constando, inclusive da comunicação interna de fls. 566/567 que foram realizadas Oficinas nos dias 29/01/2015 e 02/02/2015 e que a Audiência Pública ocorreu no dia 06/02/2015, de modo que não restou demonstrada a efetiva e necessária participação popular.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 2.751, de 12 de janeiro de 2016, do Município de Ribeirão Preto, que "dispõe sobre regularização de construções, e dá outras providências" – **Ato normativo que por seu conteúdo, dependia de prévios estudos de planejamento e efetiva participação popular, exigências reservadas às situações indicadas no artigo 181 da Constituição Estadual – - Violação aos artigos 144, 180, inciso II, 181 e 191, da Constituição do Estado de São Paulo**. Pedido procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227144-72.2016.8.26.0000. Relator Des. Ricardo Anafe. Julgada em 21 de junho de 2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 112, de 17 de julho de 2015, do Município de Campinas que dispõe sobre a regularização de construções clandestinas e/ou irregulares na cidade – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – **Ato normativo que por seu conteúdo, dependia de prévios estudos de planejamento e efetiva participação popular, exigências reservadas às situações indicadas no artigo 181 da Constituição Estadual – Violação aos artigos 47, incisos II e XIV, 144, 180, inciso II, 181 e 191, todos da Constituição Estadual** – Modulação dos efeitos (*ex nunc*). Pedido procedente, com modulação." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2007245-72.2016.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe. Julgada em 11.05.2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS NºS 3.024, DE 25 DE JUNHO DE 1997; 4.231, DE 15 DE SETEMBRO DE 2006; E 5.022, DE 25 DE JUNHO DE 2010, TODAS DO MUNICÍPIO DE SUMARÉ, QUE PROMOVEM SUCESSIVAS ALTERAÇÕES EM DISPOSITIVO DA LEI DE PARCELAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO DAQUELA LOCALIDADE – DIPLOMAS QUE ESTABELECEM DIRETRIZES E NORMAS RELATIVAS AO DESENVOLVIMENTO URBANO LOCAL – PROCESSOS LEGISLATIVOS RESPECTIVOS DESPROVIDOS DE PLANEJAMENTO E ESTUDO TÉCNICO DE ADEQUAÇÃO DAS ALTERAÇÕES IMPOSTAS, BEM COMO NÃO SUBMETIDOS À APRECIAÇÃO POPULAR – EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONALMENTE INERENTES ÀS NORMAS DE DIREITO

Acesso ao Sumário

URBANÍSTICO – CONTRASTE AOS ARTIGOS 180, INCISOS I, II, E V, 181 E 191 DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – PRETENSÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2225461-34.2015.8.26.0000. Relator Des. Francisco Casconi. Julgada em 22 de junho de 2016).

"Ação direta de inconstitucionalidade – **Lei municipal que altera substancialmente a lei que dispõe sobre o Plano Diretor do Município – Necessidade de ser o processo legislativo - tanto o referente à elaboração da Lei do Plano Diretor como daquela que a altera - integrado por estudos técnicos e manifestação das entidades comunitárias, fato que não ocorreu** – Audiência do Conselho Municipal de Política Urbana que não supre a exigência da participação popular, caracterizadora de uma democracia participativa. Ação procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0207644-30.2011.8.26.0000, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme. Julgada em 21.3.2012).

A presente arguição de inconstitucionalidade, desse modo, deve ser acolhida.

Assim, tratando a legislação municipal de matéria urbanística pressupõe a participação da população em todas as fases de sua elaboração. Contudo, não se deu oportunidade de efetiva participação dos representantes comunitários, mediante audiências e debates de forma transparente, conforme exigência legislativa e constitucional já expostas, estando eivada de inconstitucionalidade.

Destarte, manifesta a incompatibilidade do dispositivo legal impugnado com os artigos 180, inciso II, 181 e 191, todos da Constituição Estadual.

Ante o exposto, **ACOLHO** a arguição, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar 66/2015, na parte *"Alterar a hierarquização da Avenida Nelson Brihi Badur, trecho localizado entre a Avenida Clara Gianotti de Souza e a Rodovia Empei Hiraide – SP 139, de Via Coletora 1 para Via Coletora 2"*, determinando a remessa dos autos à d. Câmara suscitante para concluir o julgamento do recurso de apelação sobrestado.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível

nº 0016611-67.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª SUBSEÇÃO (25ª A 36ª CÂMARAS) DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E SALLES ROSSI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31781/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, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Tutela cautelar antecedente consistente na suspensão de obras de antena de transmissão no loteamento indicado nos autos – Argumentação da associação requerente no sentido de que houve descumprimento da regra do Estatuto Social do Loteamento que exige a prévia autorização dos associados – Presença de reforço dos argumentos com a alegação de que houve descumprimento do Plano Diretor e não foram realizados Estudo de Impacto de Vizinhança e Relatório de Impacto de Vizinhança, mas sem apresentação de qualquer pedido específico nesse sentido – Não enquadramento nas competências dos arts. 3º, I.12, 5º, I.1 e 3º, I.2, todas da Resolução nº 623/2013 – Competência preferencial da Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, a quem incumbe o julgamento de

Acesso ao Sumário

"ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias", presente no art. 5º, III.4, da Resolução nº 623/2013 – Redistribuição, pois a competência não pertence à C. Câmara Suscitante e nem à C. Câmara Suscitada – Conflito procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a tutela cautelar antecedente foi proposta pela associação dos proprietários dos lotes do Loteamento Residencial Jatibela com a argumentação de que foi descumprido o Estatuto Social e o Regulamento de Restrições Urbanísticas e de Construção do local, figurando as menções do Plano Diretor e dos Estudos de Impacto de Vizinhança como alegações para corroborar a sua pretensão.

O feito foi inicialmente distribuído à 8ª Câmara de Direito Privado que havia declinado de sua competência em razão de a medida ter sido ajuizada para questionar a regularidade da construção de uma antena de dados no interior do Loteamento Residencial Jatibela por não seguir as regras do respectivo Estatuto Social, mas também por alegada inobservância do Plano Diretor e da falta de elaboração de prévio Estudo de Impacto de Vizinhança e Relatório de Impacto de Vizinhança, o que traria a competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público pelo art. 3º, I.2, da Resolução nº 623/2013.

Foi interposto agravo de instrumento contra a r. decisão que concedeu a tutela cautelar antecedente, determinando a suspensão das obras indicadas na inicial, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 100.000,00.

A C. 6ª Câmara de Direito Público 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 fazer cumprir regra do estatuto social do loteamento dos proprietários dos respectivos lotes consistente na necessidade de prévia autorização dos associados para a construção de antena de transmissão de dados que já teve início no local.

Com efeito, não se trata diretamente de questões de direito público, tendo em vista que, apesar da menção de necessidade de cumprimento do Plano

Acesso ao Sumário

Diretor e da realização de Prévio Estudo de Impacto de Vizinhança e Relatório de Impacto de Vizinhança, o pedido diz respeito à obediência das regras do Estatuto Social do loteamento em que está sendo realizada a obra, exigindo-se a prévia autorização dos associados.

Não se trata de competência do direito privado na Primeira Subseção pelo art. 5º, I.1, da Resolução nº 623/2013, que estabelece a competência para "Ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas", uma vez que não se discutem aspectos referentes à associação em si, mas sim sobre a regularidade ou não de construção de antena de transmissão de sinais dentro do loteamento residencial indicado na inicial.

Tampouco se deve falar em competência da Seção de Direito Público nos termos do art. 3º, I.2, da Resolução nº 623/2013 ("Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"), tendo em vista que o pedido e a causa de pedir inseridos na inicial da presente tutela cautelar antecedente estão diretamente ligados à pretensão de fazer cumprir regra do estatuto social da associação do loteamento consistente na, já mencionada, necessidade de prévia apreciação dos associados sobre a construção da referida antena. Ainda que haja menção de necessidade de obediência ao Plano Diretor e de realização de Prévio Estudo de Impacto de Vizinhança e Relatório de Impacto de Vizinhança, tem-se que não há um pedido específico para cumprimento de tais regras, servindo ambas apenas de reforço aos argumentos.

Inexistente, também, configuração de competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público conforme a atual regra do art. 3º, I.12, que determina ser da competência de suas respectivas 1ª a 13ª Câmaras o julgamento de "ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle e cumprimento de atos administrativos em aprovação ou entrega de obras de infraestrutura e a regularização de parcelamento do solo urbano que interfira no sistema viário público ou na infraestrutura urbana básica", posto que a controvérsia diz respeito à construção de obra de antena de transmissão de dados, sem envolver construções de infraestrutura necessária ao local.

Contudo, verifica-se a competência da Seção de Direito Privado, mas não da Subseção pertencente à C. Câmara suscitada (Primeira Subseção) e sim da Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, a quem incumbe o julgamento de "ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias", presente no art. 5º, III.4, da Resolução nº 623/2013.

Isso porque, da leitura da inicial, pode-se observar que o ponto central da discussão é a essencialidade ou não de prévia aprovação pelos associados

da obra que está sendo realizada na área do loteamento em que trabalha a associação autora (composta pelos proprietários dos lotes), sob o argumento de necessidade de aprovação dos interessados e afetação de seus direitos como moradores do local, que figura como área residencial, envolvendo, assim, direito de vizinhança e uso da propriedade. Na realidade, busca-se o cumprimento de determinada regra do estatuto social da associação dos moradores locais, afetando seus direitos de vizinhança e de propriedade.

Entretanto, diante do acima explanado, tem-se que a competência para o julgamento não pertence à C. Câmara Suscitante e nem à C. Câmara suscitada, mas sim à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, para a qual deve ser redistribuído este recurso.

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2248729-15.2018.8.26.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015671-05.2019.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª 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 11ª 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 4741/19)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência. São Paulo. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral. Apelação distribuída à 11ª Câmara de Direito Privado. Relator que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, dele não conheceu. Autos redistribuídos à 12ª Câmara de Direito Público, que também não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem questões atinentes ao (des)cumprimento de contrato particular de prestação de serviços educacionais. Apelante que pretende compelir a apelada a entregar-lhe o certificado de conclusão do curso, histórico escolar e diploma, além de vê-la condenada a pagar indenização por dano moral. Obrigações irradiadas do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Privado desta Corte. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 11ª Câmara de Direito Privado.

V I S T O S.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que, por julgamento unânime em acórdão de relatoria da Desembargadora Isabel Cogan, declinou da competência para conhecer e julgar a Apelação n. 1000778-91.2017.8.26.0604, oriunda da 1ª Vara Cível da Comarca de Sumaré, interposta nos autos da ação de procedimento ordinário (obrigação de fazer c/c indenização de dano moral) de mesmo número. A Câmara suscitante entendeu que a causa de pedir e o pedido deduzidos nos autos em questão referem-se estritamente a obrigações relativas ao contrato de prestação de serviços, sem qualquer alusão a atos administrativos de ensino, circunstância que atrai a competência das Câmaras da Seção de Direito Privado deste Tribunal (p. 213/217). De outro lado, a suscitada 11ª Câmara de Direito Privado entendeu que a questão está voltada para a relação de ensino em geral, de modo a inserir-se na competência da Seção de Direito Público desta Corte, consoante previsão contida no art. 3º, I, I.6 da Resolução n. 623/2013, do TJSP

Acesso ao Sumário

(p. 204/207).

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização de dano moral ajuizada por Jéssica Vitorino Costa em face de Anhanguera Educacional Ltda., por meio da qual alegou a autora que frequentou o Curso Técnico em Computação Gráfica, modalidade Pronatec, na unidade da requerida chamada Unidade Campinas 2/SP. Concluído o curso em outubro de 2015, não recebeu seu diploma, certificado de conclusão do curso e histórico escolar. Pediu a expedição dos documentos e a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

A sentença da 1ª Vara Cível de Sumaré julgou procedente a ação (p. 117/119), o que ensejou a interposição de recurso de apelação, originalmente distribuído para a 11ª Câmara de Direito Privado (p. 203), que entendeu ser competente uma das Câmaras de Direito Público (p. 204/207). Redistribuído à 12ª Câmara de Direito Público, esta também declinou da competência e deliberou pela remessa dos autos para que este Órgão Especial dirima o conflito instalado (p. 213/217).

O art. 66, II, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese do conflito negativo de competência, que tem lugar quando ambas as Câmaras às quais foi dirigido determinado recurso consideram-se incompetentes para conhecê-lo e julgá-lo.

A solução da presente controvérsia reclama a análise do disposto no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (g.n.).

No caso destes autos, trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização ajuizada por aluna do Curso Técnico em Computação Gráfica, modalidade Pronatec, mantido pela requerida, com vistas a compeli-la a expedir o diploma, certificado de conclusão do curso e histórico escolar, além da condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Em outras palavras, a pretensão não tem como objetivo solver conflito de interesses relativo ao **próprio ensino**, isto é, a questões educacionais propriamente ditas, mas, sim, solucionar os efeitos jurídicos que derivam do mencionado contrato de prestação de serviço celebrado entre as partes.

A análise do pedido permite concluir, portanto, que a controvérsia se cinge a questões relativas ao adimplemento contratual decorrente de prestação de serviços escolares regida pelo Direito Privado (artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/20132).

Por essa razão, é imperioso concluir que cabe à C. 11ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado o exame do recurso em tela, uma vez que o dispositivo supra mencionado (artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 deste Órgão Especial) atribui competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, para conhecer e julgar as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, **inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares** e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes precedentes deste C. Órgão Especial:

"COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Ajuizamento com a pretensão de obter o recebimento de diploma de curso superior após, segundo a narrativa da inicial, a conclusão de todas as pendências. Objeto da lide que diz respeito a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço escolar, firmado com instituição de ensino superior particular, e não diretamente a questões de ensino em geral. Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III. Redistribuição para a Câmara suscitada. Conflito procedente". (Conflito de Competência nº 0004559-73.2018.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 07.03.2018).

"Conflito de Competência. Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização. Prestação de serviços. Instituição de ensino superior. Apelação distribuída a Desembargador com assento na 28ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos. Autos redistribuídos a 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência. Demanda que não envolve matéria afeta ao direito público, mas adimplemento, por particular, de obrigações decorrentes de contrato de prestação de serviços escolares. Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013. Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". (Conflito de Competência nº 0031448-98.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 16.08.2017).

"Conflito de Competência. Ação de indenização. Prestação de serviços educacionais. Instituição de ensino superior. Apelação distribuída a Desembargador com assento na 34ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu agravo de instrumento. Autos redistribuídos a 7ª Câmara de Direito Público, que não conheceu da apelação e suscitou conflito de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais. Ação que versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre o autor e a ré. Obrigações

Acesso ao Sumário

que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado. Competência recursal da 34ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013. Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 34ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". (Conflito de Competência nº 0054188-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 11.01.2018).

Como se vê, a competência para conhecer e julgar o presente recurso é mesmo da Seção de Direito Privado deste Tribunal, por meio da sua 11ª Câmara, diante do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 deste C. Órgão Especial.

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito e declara-se competente para conhecer e julgar a Apelação n. 1000778-91.2017.8.26.0000 a 11ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0016244-43.2019.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, 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 e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Declinada a competência pela Eg. 10ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 6ª Câmara de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público.

Mandado de segurança impetrado por beneficiária da Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão objetivando a continuidade de tratamento de saúde em hospital determinado. Responsabilidade civil da autarquia municipal pela prestação de assistência à saúde aos servidores municipais e seus dependentes. Precedentes recentes deste Eg. Órgão Especial versando sobre a mesma relação jurídica ora debatida.

Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Competência da Eg. 10ª Câmara de Direito Público (Art. 201 do RITJ).

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado** contra a **Eg. 10ª Câmara de Direito Público** deste **Tribunal de Justiça** nos autos de **mandado de segurança** (fls. 01/06) de beneficiária da Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão pretendendo a continuidade de tratamento médico no Hospital Vitória.

A **Eg. 10ª Câmara de Direito Público**, entendendo tratar-se de *"prestação de serviços de saúde, de natureza privada"* (fl. 169), não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 168/170).

Redistribuídos (fls. 176), a **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado** declarou-se incompetente e suscitou conflito de competência (fls. 177/181).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 10ª Câmara de Direito Público, ora Suscitada.

Trata-se de **mandado de segurança** (fls. 01/06) impetrado por Izabel Siqueira dos Santos contra a Superintendente da Caixa de Previdência dos

Acesso ao Sumário

Servidores Municipais de Cubatão pretendendo a continuidade de tratamento médico no Hospital Vitória.

Ressalte-se, inicialmente, firmar-se, em segundo grau, a competência ***ratione materiae*** e **não** ***ratione personae***, a *"... 'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes..."* (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 08.10.08 – Rel. Des. **ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR**, no mesmo sentido: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**; CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e CC nº 0.022.855-80.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do pedido contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103** do **RITJ-SP**:

> *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

Ora, a ação tem por **objeto** a continuidade do tratamento da impetrante no Hospital Vitória não mais abrangido pelos serviços de saúde ofertados pela Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão:

> *"... a impetrante já se encontra fazendo tratamento em referido Hospital Vitoria e seu corpo médico, desde julho/2015, e devido ao seu estado delicado de saúde (visto o câncer localizado no intestino e cirurgias realizadas), vêm sendo acompanhada pelos médicos especialistas daquela unidade hospitalar..."*
>
> *"Ocorre que em pleno tratamento médico e hospitalar, foi cientificada pela administração do referido hospital que não poderia continuar a ali se tratar pelo convênio da Caixa de Previdência de Cubatão em razão da falta de pagamento."*
>
> *"Foi tentado pedir junto a ré a continuidade do tratamento, no qual restou infrutífero (doc. anexo) alegando a impetrada que poderia fazer o tratamento junto a unidade da Santa Casa de Santos, local esse que não possui nem 1/3 da estrutura do Hospital Vitoria para tratamento de oncologia, muito menos, o corpo clínico especialista de oncologistas que já vem tratando a impetrante."* (fl. 02).

Formulado o seguinte pedido:

> *"Diante de todo exposto, requer, após o processamento da presente medida e concessão da liminar, sejam as informações requisitadas à autoridade coatora, bem como seja concedida a segurança em caráter definitivo, para os fins de autorizar de imediato a continuidade*

Acesso ao Sumário

do tratamento médico no Hospital Vitoria, como todo e qualquer procedimento necessário à continuidade do tratamento médico da impetrante, no sentido de garantir a impetrante o seu direito de exercer a cidadania, condenando ainda a Caixa de Previdência dos Servidores de Cubatão ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios e todas as despesas médicas." (fl. 05).

Como se vê, pretende a impetrante compelir a Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão a custear a continuidade de tratamento médico em instituição de saúde não mais abrangida pelos serviços de saúde prestados.

A Caixa de Previdência dos Servidores Municipais de Cubatão, autarquia municipal, criada pela Lei nº 609, de 22.10.65, tem por finalidade, dentre outras, a prestação de *"assistência médica, em geral, e assistência hospitalar e dentária ao mutuário e dependentes"* (art. 2º, inciso II, alínea 'a').

Trata-se de prestação de serviço de saúde por órgão da administração indireta aos servidores municipais e dependentes.

Não se trata, portanto de *"prestação de serviços de saúde, de natureza privada"* (fl. 169).

Daí a aplicação do **art. 3º, I.7 e I.13 da Resolução nº 623/2013**:

"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: (Redação dada pela Resolução nº 736/2016)"

"a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações[1];"

"I.13 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público. (Redação dada pela Resolução nº 736/2016) (Item I.12 renumerado para I.13 pela Resolução nº 785/2017)".

A propósito, assim vem decidindo este **Colendo Órgão Especial** em demandas **semelhantes** a dos autos:

"I. Conflito de competência suscitado em julgamento de apelação

Acesso ao Sumário

cível. Ação de obrigação de fazer ajuizada contra autarquia municipal responsável pela prestação de serviços de saúde a servidores públicos do Município de Santo André. II. Definição da competência. Termos do pedido. Responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviço público de assistência de saúde reservada a servidores municipais. Inexistência de contrato privado de prestação de serviços de saúde ou de seguro-saúde. Assistência de saúde estruturada e destinada a servidores públicos, criada por normas municipais de regência do sistema e regime jurídico daqueles funcionários municipais. Matéria afeta à Seção de Direito Público. Precedentes deste órgão julgador. II. Conflito julgado procedente, firmada a competência da Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Público." (CC nº 0.047.660-63.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 20.02.19 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE HOME CARE – DEMANDA VOLTADA CONTRA O IAMSPE, AUTARQUIA ESTADUAL RESPONSÁVEL PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE A SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E BENEFICIÁRIOS – Discussão sobre falha na prestação de serviço público de saúde - Responsabilidade civil do Estado – A Resolução nº 623/2013 conferiu à Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações – Precedente – Conflito procedente. Competência da 3ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso." (CC nº 0.027.419-68.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 19.09.18 – Rel. Des. **MOACIR PERES**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado de ação de obrigação de fazer consistente na prestação de serviço médico de 'home care', a ser prestado pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual IAMSPE -- Autarquia estadual componente da Administração Pública Indireta do Estado de São Paulo, vinculada à Secretaria Estadual de Planejamento e Gestão, que presta assistência médica e hospitalar aos servidores públicos estaduais contribuintes e beneficiários (art. 1º da Lei Estadual 9.323/1966; arts. 1º e 2º do Decreto-lei 257/1970; arts. 1º e 2º do Regulamento de adaptação do IAMSPE ao Decreto-lei 257/1970, constante do Decreto nº 52.474/1970; art. 6º, II.b, do Decreto 61.035/2015) – Não se trata de matéria atinente a 'ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos', de que trata o art. 5º,

Acesso ao Sumário

item I.23, da Resolução 623/2013 – Trata-se, sim, de causa relativa à falha na prestação de serviço público de saúde a servidor que tem direito à assistência médica do IAMSPE – Matéria inserida na competência da Seção de Direto Público, nos termos do art. 3º, I, I.7 e I.13 da Resolução 623/2013, do Órgão Especial."

"Conflito julgado procedente, declarada competente a 3ª Câmara de Direito Público (suscitada)." (CC nº 0.013.365-97.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 15.08.18 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**).

Tal é o caso dos autos, portanto.

Daí a necessidade de observar a origem do pleito contido na inicial. Esse, à luz de já referido preceito regimental (**art. 103**), o critério a observar.

Procedente o conflito, nos termos do **art. 200** do **Regimento Interno**, firmo a competência da suscitada **Eg. 10ª Câmara de Direito Público** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 10ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015023-25.2019.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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 34.206)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO

Acesso ao Sumário

TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação que envolve pedido de indenização por danos causados aos imóveis dos autores em decorrência de inundação provocada por obra de responsabilidade da COMGÁS (concessionária de serviço público). Competência recursal que, nesse caso, deve ser definida nos termos do inciso I.7, "b", do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, que prevê a competência da Seção de Direito Público para "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". Precedentes. Conflito procedente. Competência da 7ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela **7ª Câmara de Direito Público**, em razão de decisão da **26ª Câmara de Direito Privado** declinando da competência para conhecer da Apelação nº 1025372-33.2014.8.26.0554, interposta nos autos de ação ordinária em trâmite pela 4ª Vara Cível de Santo André, que versa sobre indenização por danos (supostamente) causados à residência dos autores em razão de inundação provocada por obra de responsabilidade da COMGÁS (concessionária de serviço público) e de sua contratada (ENGEMONT).

A 26ª Câmara de Direito Privado (suscitada) alega que a ação versa sobre responsabilidade civil extracontratual atribuída à **concessionária de serviços públicos**, daí a competência da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013.

Já a 7ª Câmara de Direito Público (suscitante) argumenta que a COMGÁS é pessoa jurídica de direito privado e que ação *"não envolve qualquer interesse público a atrair a competência das Câmaras de Direito Público, tanto porque não versa sobre a prestação de serviços públicos – fornecimento de gás canalizado – quanto porque eventual condenação não tem o condão de atingir o patrimônio público"* (fl. 694). Assim, entende que deve ser aplicada a regra do

Acesso ao Sumário

artigo 5º, I.29, da Resolução 623/2013, que estabelece a competência recursal da **Primeira Subseção de Direito Privado** para as *"ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria da própria Subseção, salvo a do Estado"*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça alegou que *"em conflitos de interesses nos quais se discutem direitos de notória disponibilidade, como ocorre na espécie, ficam afastados o interesse e a legitimidade do Ministério Público"*, motivo pelo qual deixou de oferecer manifestar sobre o incidente (fls. 693/696).

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

Na hipótese dos autos, a ação que versa sobre pedido indenização por (supostos) **danos causados à residência dos autores** em decorrência de inundação provocada por obra de responsabilidade da COMGÁS (concessionária de serviços públicos).

Em casos dessa natureza, envolvendo **responsabilidade civil extracontratual** de concessionária ou permissionária de serviços públicos, a competência recursal deve ser definida com base no art. 3º, I.7, alínea "b" da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, que prevê a competência da Seção de Direito Público para as ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do artigo 5º.

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

> *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 nº 0026873-13.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 03/10/2018).

Acesso ao Sumário

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Pedido inicial que tem como questão de fundo a indenização pelos danos materiais e morais em decorrência da prestação de serviços públicos que ocasionaram o vazamento na tubulação de água e esgoto, atingindo e ocasionando danos no imóvel das autoras/apeladas. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Competência da Seção de Direito Público nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014. Prevenção da 32ª Câmara de Direito Privado afastada. Competência absoluta em razão da matéria que deve prevalecer sobre a relativa natureza da prevenção. Súmula 158 deste Egrégio Tribunal. Conflito conhecido e provido para declarar a competência da E. 3ª Câmara de Direito Público (Conflito de Competência nº 0021338-06.2018.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 15/08/2018).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais e materiais. Tema relacionado à responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço público. Danos supostamente decorrentes de obras realizadas pela SABESP para contenção de vazamento subterrâneo na rede de distribuição de água. Competência que se firma pelos termos do pedido inicial (art. 103 do RITJSP) atribuída à Seção de Direito Público em razão da matéria versada na demanda. Artigo 3º, inciso I.7, letra 'b', da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitante. 'No âmbito do Eg. Tribunal de Justiça, a competência recursal se firma pelo critério 'ratione materiae', sendo irrelevante a qualidade da parte ('ratione personae'). Para fins de incidência da responsabilidade objetiva, equiparam-se o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, incidindo a regra do art. 37, § 6º, da CF mesmo no caso de ilícito civil atribuído a concessionária de serviço público por suposto dano causado a terceiro' (Conflito de Competência nº 0027706-31.2018.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 1º/08/2018).

O posicionamento (em sentido oposto) sustentado pela Câmara suscitante chegou a ser acolhido pela jurisprudência do Órgão Especial em passado recente, pois, até 10/06/2014, o mencionado artigo 3º, I.7[1], da Resolução 623/2013, **nessa parte da responsabilidade civil**, previa a competência da Seção de Direito

1 A redação original do artigo 3º, I.7 tinha o seguinte teor:
"Art. A Seção de Direito Público, formada por oito (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada qual 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, de apossamento administrativo, de desistência de ato expropriatório, de uso e ocupação de bem público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução.~~

Acesso ao Sumário

Público apenas quando a ação fosse movida contra o **Estado**, o que justificava, em relação às demais situações de responsabilidade civil, a competência da Seção de Direito Privado (com base no artigo 5º, I.29, da mesma Resolução).

Entretanto, em 11/06/2014, este C. Órgão Especial aprovou a Resolução 648, que modificou o artigo 3º, I.71, para acrescentar às hipóteses de competência da Seção de Direito Público – **além das ações de responsabilidade civil do Estado** – também as ações (dessa mesma natureza) movidas em face de **concessionárias ou permissionárias de serviços públicos** (quando decorrentes ilícitos extracontratuais ocorridos durante a prestação de serviços públicos)[2], **exatamente como ocorre no presente caso**.

Esse ato normativo (que sofreu outros acréscimos por meio da 736/2016[3]) **ainda continua em vigor** e prevalece sobre a hipótese do artigo 5º, I.29, por ser mais específico e porque sua aplicação, nessa parte da alínea "b", independe da coexistência de outros critérios, que não seja a simples indicação de **ilícito extracontratual** (relacionado à prestação de serviço público) atribuído à responsabilidade do Estado ou de suas concessionárias e permissionárias.

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito declarando-se a competência da 7ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer e julgar a Apelação nº 1025372-33.2014.8.26.0554.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018138-54.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

2 **Resolução 648/2014**.
Art. 1º. O inciso I.7, do art. 3º da Resolução 623/2013 passa a ter a seguinte redação:
"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.
I.7.a – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público";

3 **Resolução 736/2016**:
Art. 1º. O item 1.7 do art. 3º da Resolução nº 623/2013 passa a ter a seguinte redação:
"1.7. Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:
a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações1;
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;
Art. 2º. O item 1.7 do art. 3º da Resolução nº 623/2013:
"I.11 Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público".

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COM OBSERVAÇÃO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, 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, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. 13ª Câmara de Direito Público e 6ª Câmara de Direito Privado. ITCMD. Apelação da Fazenda Pública Estadual restrita à indagação acerca da base de cálculo do tributo. Questão que, conquanto de índole tributária, emergiu de forma incidental em ação de inventário. Matéria afeta à Seção de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, I.10, da Resolução OE nº 623/2013. Precedentes deste Col. Órgão Especial. CONFLITO PROCEDENTE, para afirmar a competência da Col. 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada), com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **CONFLITO DE COMPETÊNCIA** suscitado por ven. acórdão da Colenda 13ª Câmara de Direito Público desta Corte, da lavra da Exma. Sra. Des. **Flora Maria Nesi Tossi Silva**, em face de anterior ven. acórdão prolatado pela Colenda 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, tendo por Relatora a Exma. Sra. Juíza Designada em Segundo Grau **Maria Salete Corrêa Dias**.

Aduz a suscitante, em síntese, que a apelação ocasionadora deste conflito

cinge-se à discussão da base de cálculo do ITCMD a ser observado quanto a bens arrolados em ação de inventário, razão pela qual a competência para processo e julgamento do referido recurso seria da Subseção I de Direito Privado (artigo 5º, I.10, da Resolução OE nº 623/13).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, embora devidamente intimada a tanto, deixou de emitir parecer (fls. 324/327).

É O RELATÓRIO.

Desde logo, cumpre anotar que, conclusos os autos a este Relator, para voto, em 16 de maio de 2019 (fls. 328), passa-se, por ora, ao imediato enfrentamento da questão proposta, em respeito ao jurisdicionado e à garantia constitucional da celeridade processual (artigo 5º, LXXVIII, CR/88).

Cuida-se, na espécie, de ação de inventário de J.L.D., falecido em 13.03.2014, tendo por inventariante a viúva-meeira L.H.M.D.

Por r. sentença datada de 25 de janeiro de 2016, uma vez reconhecida a legalidade do procedimento adotado pelos sucessores do *de cujus* quanto ao recolhimento do ITCMD (adotando por base de cálculo o valor venal dos imóveis – e não o valor de mercado, como preconizado pela Fazenda Pública Estadual), foi homologado o plano de partilha apresentado às fls. 03/06, adjudicando aos contemplados os respectivos quinhões, bem como deferindo levantamento pela inventariante dos ativos vinculados ao título Ourocap, bem como a venda do automóvel em nome da pessoa jurídica individual do falecido (fls. 232/234).

Contra esse r. *decisum*, a Fazenda Pública Estadual interpôs apelação (fls. 237/251), voltada única e exclusivamente à discussão da base de cálculo do ITCMD.

Contrarrazões às fls. 255/256.

Tal insurgência viu-se originalmente distribuída à 6ª Câmara de Direito Privado em 23.03.2016, tendo por Relator o n. Des. **Percival Nogueira** (fls. 257).

Em cumprimento à Portaria de Designação nº 11/2017, da Presidência de Direito Privado, foram os autos encaminhados, em auxílio ao Relator originalmente sorteado, ao Juiz Designado em Segundo Grau **Rodrigo Nogueira** e, ao depois, à Juíza Designada em sua substituição, **Maria Salete Corrêa Dias**.

Acesso ao Sumário

Pelo ven. acórdão de fls. 260/263, proferido na sessão de julgamento de 28.09.2018, a n. magistrada Relatora houve por bem não conhecer do recurso, ao fundamento de que a discussão de fundo proposta pela apelação era de índole tributária, atinente à invalidade da Lei Estadual nº 10.705/00 c.c. o Decreto Estadual nº 46.655/02, o que fugia à jurisdição da Seção de Direito Privado, competindo, em verdade, à Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Resolução OE nº 623/2013.

Assim, em 21.01.2019, o feito foi redistribuído à Egrégia 16ª Câmara de Direito Público, sob a Relatoria da e. Des. **Flora Maria Nesi Tossi Silva** (fls. 276).

Aos 27.03.2019, aquele Colegiado não conheceu da insurgência, suscitando o presente conflito negativo de competência, pois, conforme indicou a Exma. Relatora, a pretensão ali veiculada, qualificando-se como questão incidente em procedimento de inventário, pertenceria à competência da Seção de Direito Privado, em consonância com o artigo 5º, I.10, da Resolução OE nº 623/2013 (fls. 282/289).

Procede o conflito.

Analisados os elementos constantes dos autos, infere-se ser da **Colenda 6ª Câmara de Direito Privado** a competência para processo e julgamento do recurso em tela.

Sabe-se que, nos termos do artigo 103 do RITJSP, a competência recursal deste Tribunal define-se de acordo com o pedido formulado na exordial *("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"* – grifos nossos*)*.

Conforme se apura da narrativa fática acima realizada, a presente demanda versa sobre procedimento de inventário. E, no curso deste, emergiu o questionamento, por parte da Fazenda Pública Estadual, acerca da real base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCMD).

Cuida-se, assim, de questão incidente a procedimento privado de direito das sucessões e, assim, subsume-se na previsão do artigo 5º, inciso I, item I.10, da **Resolução OE nº 605/2013**, qual seja:

> *"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
>
> [...] *I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*
>
> [...] *I.10 – Inventários e arrolamentos".*

A propósito, em casos semelhantes, este Egrégio Colegiado já decidira:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Agravo de instrumento. Inventário. Base de cálculo do ITCMD. Resolução nº 623/2013 para fixar a competência da Seção de Direito Privado nos casos de 'inventários e arrolamentos' (art. 5º, I.10). Competência da Egrégia 5ª Câmara da Seção de Direito Privado, à qual se remetem os autos. Precedentes. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada"* (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0027787-77.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Evaristo dos Santos** – j. em

Acesso ao Sumário

22.08.2018 – V.U.).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Indeferimento da dilação de prazo para apresentação da declaração de ITCMD. Agravo de instrumento interposto perante a 2ª Câmara de Direito Privado. Recurso não conhecido. Redistribuição para a 2ª Câmara de Direito Público, que suscitou o conflito. Competência recursal que se insere no âmbito de atribuição das Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado com apoio no artigo 5º, inciso I.10, da Resolução 623/2013. Conflito procedente. Competência da 2ª Câmara de Direito Privado" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0017367-47.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Sérgio Rui** – j. em 10.05.2017 – V.M.).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Recurso interposto contra decisão que rejeitou cálculo apresentado pelo inventariante e determinou o recolhimento do ITMD com base no valor apurado pelo contador judicial. Questão tributária que – por ter sido estabelecida incidentalmente nos próprios autos do arrolamento – não interfere na competência recursal fixada para a causa principal (envolvendo direito sucessório). Competência, nesse caso, que deve ser definida nos termos do art. 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, que contempla dentre as causas de competência da Primeira Subseção de Direito Privado os pedidos de 'inventário e arrolamento'. Precedentes deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, com reconhecimento da competência da 5ª Câmara de Direito Privado para conhecimento do Agravo de Instrumento" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0002752-52.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Ferreira Rodrigues** – j. em 15.03.2017 – V.U.).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo judicial de inventário. Competência das Câmaras da 1ª Seção de Direito Privado deste Tribunal, em razão da matéria discutida no feito gênese do recurso instrumental. Arts. 103 e 104 do Regimento Interno, e 5º, I, I.10, da Resolução nº 623/2013, deste Órgão Especial. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento do feito à Câmara suscitada" (TJ/SP Órgão Especial CC nº 0030212-48.2016.8.26.0000 Rel. Des. **Tristão Ribeiro** j. em 27.07.2016 – V.U.).

De rigor, portanto, o reconhecimento de que a competência reside com o órgão jurisdicional suscitado (isto é, a **6ª Câmara de Direito Privado**).

Por derradeiro, considerada a longeva data da distribuição inicial do processo junto a esta Corte – 23.03.2016 (fls. 256) –, anotado que seu processamento, desde então, voltou-se única e exclusivamente à resolução de qual seria o órgão competente para processo e julgamento da causa e em respeito à garantia constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, CR/88), mister a **observação** de que seria de bom tom que o órgão jurisdicional

ora considerado competente dedicasse especial urgência ao exame do recurso originário do presente conflito de competência.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** o conflito de competência, para reconhecer a competência da **6ª Câmara de Direito Privado** deste Tribunal (suscitada), com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018157-60.2019.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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 39.194)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, 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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Ação movida em face de empresa de transporte coletivo – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 194/2004 e Assento Regimental

Acesso ao Sumário

nº 382/2008, desta Corte Prevenção – Inocorrência – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitante.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 7ª Câmara de Direito Público desta Corte em razão do V. Acórdão proferido pela 16ª Câmara de Direito Privado, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2003116-19.2019.8.26.0000, interposto em face de r. decisão de Primeiro Grau que deferiu liminar para determinar que a agravante, empresa concessionária de transporte público municipal atuante em Praia Grande, providencie a instalação e conserto dos elevadores dos ônibus que disponibiliza à população.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial e dos documentos que a instruíram, tratar-se ação indenização contra empresa de transportes, concessionária de serviço público.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 7ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere art. 3º, I, I.3, da Resolução 623/2013 desta Corte.

No caso, a ré ostenta a qualidade de concessionária/permissionária de serviço público de transporte coletivo, oriundos do ramo de Direito Administrativo e o art. 731 do Código Civil dita que os mesmos serão regidos pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos.

Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, mesmo que extracontratual, portanto, responsabilidade civil objetive, ou do risco administrativo, a competência preferencial será das Câmaras de Direito Público, especificamente, as da 1ª a 13ª, na forma do disposto no art. 2º, inciso II, letra "a", da resolução nº 194/2004.

Acesso ao Sumário

Anote-se, por fim, que caso semelhante já foi julgado por este Colendo Órgão Especial no Conflito de Competência nº 0037617-43.2013.8.26.0000.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitante, a 7ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0013299-83.2019.8.26.0000, da Comarca de Cravinhos, em que é suscitante

3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS E JACOB VALENTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.059)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, 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, ADEMIR BENEDITO e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência. Cravinhos. Ação de cobrança c/c obrigação de fazer. Agravo de Instrumento distribuído à 12ª Câmara de Direito Privado, cujo relator, entendendo pela incompetência daquela Seção, dela não conheceu. Autos redistribuídos à 3ª Câmara de Direito Público, que suscitou o conflito negativo de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem litígio entre particulares, ausente discussão sobre serviços públicos ou exercício do poder de polícia. Cobrança de diárias na prestação de serviços de remoção e estadia de veículos. Competência recursal que deve ser definida com base no artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedentes deste Órgão Especial.

Conflito procedente. Competência da 12ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pela C. 3ª Câmara de Direito Público em relação à 12ª Câmara de Direito Privado, ambas

deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tirado de recurso de agravo de instrumento proferido nos autos de ação de cobrança cc. com obrigação de fazer em trâmite pela Comarca de Cravinhos.

Os autos foram distribuídos à C. 12ª Câmara de Direito Privado que, entendendo que o pedido inicial se funda em cumprimento de medidas administrativas de retenção e remoção de veículo e na dependência do pagamento de multas, taxas e despesas e encargos, declinou da competência, encaminhando os autos à Seção de Direito Público (fls. 100/103).

Afirma a d. Câmara suscitante, para quem distribuído os autos, que se trata de ação que discute cobrança de tarifa de depósito de veículo de empresa particular, em pátio de empresa permissionária particular, responsável pelo serviço de remoção e depósito de bens no Município de Cravinhos, sendo a competência para processar e julgar o recurso da C. Câmara suscitada (fls. 110/113).

É o relatório.

Julgo procedente o conflito, competente a Colenda Câmara suscitada.

Trata-se de conflito negativo de competência tirado de agravo de instrumento interposto por BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A em face de BENZI & TENAN LTDA-ME contra a r. decisão que determinou ao réu a retirada de veículo VW/Fox, de placas ANW-1892, do pátio da autora, aqui agravada, no prazo de 15 (quinze) dias sob pena de multa diária de R$ 100,00. Alega a C. Câmara suscitante que, uma vez que o pedido inicial envolve partes particulares, a competência para processar e julgar o presente recurso é da suscitada, 12ª Câmara de Direito Privado.

Com efeito, nos termos do art. 103 do Regimento Interno desta Corte de Justiça: ***"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"***.

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]

No caso presente, trata-se de cobrança cc com obrigação de fazer e pedido de tutela antecipada proposta por empresa que se dedica à atividade de "exploração do ramo de prestação de serviços de reboque, guincho, estacionamento de

1 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013

veículos e serviços de taxi" com pátio destinado ao armazenamento de veículos apreendidos na cidade de Cravinhos-SP; pleiteia a autora valor devido pela ré referente a "diárias de estadia" por serviço ininterruptamente prestado há 2.670 dias, consistente na manutenção em suas dependências, de veículo removido pelo órgão de trânsito local (fls. 13/47).

Não se trata, portanto, de cobrança de multas, taxas, despesas e encargos, como afirmado pela C. Câmara suscitada, mas, sim, de valor referente a diárias de estadia, não se havendo falar derivada a cobrança da prestação de serviços públicos ou do exercício de poder de polícia, o que afasta a competência da Seção de Direito Público desta Corte para processar e julgar a demanda.

Neste passo, a competência recursal é da d. Câmara suscitada, em obediência à disciplina da Resolução nº 623/2013 que prevê, em seu artigo 5º, § 1º, a competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado para *"ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia"*; e também no seu § 3º, ao tratar da competência residual das referidas subseções.

Neste sentido, aliás, confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer. Empresa seguradora que – sem pagamento de qualquer despesa – pretende retirar de pátio de estacionamento (de natureza privada) veículo recuperado de sinistro. Litígio entre particulares e que, na verdade, não envolve discussão sobre questão fiscal ou tributária, nem sobre atos ou contratos administrativos, e sim sobre direito obrigacional, relacionado ao pagamento de contraprestação (supostamente) devida ao estabelecimento particular pela prestação de serviços de remoção e estadia. Competência recursal que, nesse caso, deve ser definida com base no artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedente. Conflito procedente, reconhecida a competência da 33ª Câmara de Direito Privado." (CC 0015471-32.2018.8.26.0000, Rel. FERREIRA RODRIGUES, j. em 15/08/2018).

"Conflito negativo de competência. Bauru. Ação de cobrança c/c obrigação de fazer. Apelação distribuída à 14ª Câmara de Direito Privado, cujo relator, entendendo pela incompetência daquela Seção, dela não conheceu. Autos redistribuídos à 11ª Câmara de Direito Público, que também não conheceu do recurso e suscitou o conflito negativo de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem litígio entre particulares, ausente discussão sobre questão fiscal ou tributária, tampouco sobre atos ou contratos administrativos. Direito obrigacional

Acesso ao Sumário

relativo ao pagamento de contraprestação exigida por estabelecimento particular pela prestação de serviços de remoção e estadia de veículos. Competência recursal que deve ser definida com base no artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente. Competência da 14ª Câmara de Direito Privado." (CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 0011311-27.2019.8.26.0000, Rel. Aguilar Cortez, j. em 03/04/2019)."

Diante do exposto, ***JULGO PROCEDENTE*** o presente conflito, competente a Colenda 12ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0016270-41.2019.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. MOACIR PERES E ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de Obrigação de Fazer contra autarquia municipal

responsável pela prestação de serviços de assistência à saúde no Município de São Bernardo do Campo – Pedido de recomposição da rede credenciada de atendimento no nível de qualidade do plano de adesão, bem como de suspensão do reajuste de 13,5% na mensalidade – Competência recursal que se orienta pelo pedido principal (artigos 103 e 104 do RITJ) – Matéria de fundo que não envolve contrato nominado ou inominado de plano de assistência à saúde de natureza privada e submetido à Agencia Nacional de Saúde (ANS) – Situação em que a assistência à saúde aos funcionários públicos do Município de São Bernardo do Campo é prestada por uma autarquia criada por lei unicamente para essa finalidade, a exemplo do IAMSPE, autarquia estadual de São Paulo – Aplicação das hipóteses dos itens I.7 (primeira parte) e I.13 do artigo 3º da Resolução 623/2013, que estabelece a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar recursos que versem sobre a responsabilidade civil do Estado e matéria residual de direito público não atribuível às outras Seções, Câmara Reservada de Meio Ambiente ou às 14ª a 18ª Câmaras daquela Seção – Precedentes – Conflito acolhido, fixada a competência da 7ª Câmara de Direito Público.*

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado incidentalmente em recursos de apelação e recurso adesivo em processamento originário na Colenda 7ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, tirados da sentença proferida nos autos de ação de obrigação de fazer nº 1027251-11.2015.8.26.0564, manejada na 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo com pedido voltado para a manutenção do padrão de qualidade da rede de atendimento credenciada do plano de saúde mantido pela IMASF, autarquia daquele Município, bem como a suspensão do aumento de 13,5% na respectiva mensalidade.

A Colenda 7ª Câmara de Direito Público declinou da sua competência para processar os citados agravos por entender que a matéria alusiva a 'plano de saúde' é afeta à Subseção 1 de Direito Privado, na forma do artigo 5º, item I-23, da Resolução nº 623/2013 (fls. 705/708).

Acesso ao Sumário

A Colenda 2ª Câmara de Direito Privado, na qual os recursos foram redistribuídos, também se declara incompetente, por entender que não há, no caso em testilha, contrato privado de prestação de serviços de saúde (fls. 713/717).

A douta Procuradoria Geral de Justiça declina de opinar no feito por inexistir interesse público, social ou de pessoa incapaz que justifique a sua intervenção (fls. 724/728).

É o sucinto relatório.

2. DA COMPETÊNCIA

Leitura da petição de fls. 01/24 constata-se que a autora, Regina Prado de Abreu, inconformada com a redução da rede de atendimento credenciada do Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo – IMASF, autarquia do Município de São Bernardo do Campo, bem como o reajuste da respectiva mensalidade, ajuizou ação de obrigação de fazer para solução desses dois tópicos.

Referida autarquia foi criada pela Lei Municipal nº 1.258, de 16 de novembro de 1964 para oferecer 'serviço de assistência social aos servidores municipais de São Bernardo do Campo' (fls. 513/516).

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).

No caso em testilha, a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, em seu artigo 1º determina que se submetem às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde.

O IMASF é uma autarquia municipal, como visto linhas atrás, portanto, detém a natureza jurídica de direito público. E se esse instituto não se enquadra como uma operadora de plano privado de assistência à saúde, também está fora do escopo de atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Note-se que a hipótese inserta no item I.23 do artigo 5º da Resolução nº 623/2013 deste Colendo Órgão Especial, atualizada até a Resolução 813/2019, é restrita aos casos de contratos, nominados ou inominados, de planos de saúde de natureza privada, obviamente, submetidos à fiscalização da ANS.

No caso em testilha há uma prestação de serviços de natureza pública feita pelo Município de São Bernardo do Campo para o seu funcionalismo, a exemplo do que ocorre com o IAMSPE, autarquia do Estado de São Paulo. Nesse sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA -- PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE HOME CARE – DEMANDA VOLTADA CONTRA

O IAMSPE, AUTARQUIA ESTADUAL RESPONSÁVEL PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE A SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E BENEFICIÁRIOS – Discussão sobre falha na prestação de serviço público de saúde – Responsabilidade civil do Estado – A Resolução nº 623/2013 conferiu à Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações – Precedente – Conflito procedente. Competência da 3ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso" (Conflito de Competência nº 0027419-68.2018.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. 19/09/2018)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado de ação de obrigação de fazer consistente na prestação de serviço médico de 'home care', a ser prestado pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual IAMSPE – Autarquia estadual componente da Administração Pública Indireta do Estado de São Paulo, vinculada à Secretaria Estadual de Planejamento e Gestão, que presta assistência médica e hospitalar aos servidores públicos estaduais contribuintes e beneficiários (art. 1º da Lei Estadual 9.323/1966; arts. 1º e 2º do Decreto-lei 257/1970; arts. 1º e 2º do Regulamento de adaptação do IAMSPE ao Decreto-lei 257/1970, constante do Decreto nº 52.474/1970; art. 6º, II.b, do Decreto 61.035/2015) – Não se trata de matéria atinente a 'ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos', de que trata o art. 5º, item I.23, da Resolução 623/2013 – Trata-se, sim, de causa relativa à falha na prestação de serviço público de saúde a servidor que tem direito à assistência médica do IAMSPE – Matéria inserida na competência da Seção de Direto Público, nos termos do art. 3º, I, I.7 e I.13 da Resolução 623/2013, do Órgão Especial. Conflito julgado procedente, declarada competente a 3ª Câmara de Direito Público, suscitada." (Conflito de Competência nº 0013365-97.2018.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 15/08/2018)

Em data recente, este Colendo Órgão Especial se debruçou sobre conflito de competência envolvendo a mesma autarquia municipal (IMASF) e manteve a orientação pretérita:

"Conflito de competência suscitado em julgamento de apelação cível. Ação de obrigação de fazer ajuizada contra autarquia municipal responsável pela prestação de serviços de saúde a servidores públicos do Município de Santo André. II. Definição da competência. Termos do pedido. Responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviço público de assistência de saúde reservada a servidores

Acesso ao Sumário

municipais. Inexistência de contrato privado de prestação de serviços de saúde ou de seguro-saúde. Assistência de saúde estruturada e destinada a servidores públicos, criada por normas municipais de regência do sistema e regime jurídico daqueles funcionários municipais. Matéria afeta à Seção de Direito Público. Precedentes deste órgão julgador. II. Conflito julgado procedente, firmada a competência da Câmara suscitada, 5ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0047660-63.2018.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. 20/02/2019)

Portanto, como a causa remota diz respeito à redução da rede credenciada de atendimento ao funcionário público do Município de São Bernardo do Campo, o que seria uma ilicitude no contrato da sua adesão, não é o caso de enquadramento da competência recursal no artigo 3º, item I.7, alínea 'a', porque não se trata de caso que se submete ao artigo 951 do Código Civil, mas da responsabilidade contratual *lato sensu* estabelecida na primeira parte do mencionado item I.7, cumulada com a previsão do item I.13 (matéria residual de Direito Público que não seja afeta às outras Seções, às Câmaras Reservadas de Meio Ambiente ou das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público).

3. Destarte, nos termos acima especificados, pelo meu voto, **julgo procedente o conflito para fixar a competência da suscitada, 7ª Câmara de Direito Público.**

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2230507-96.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante LEILTON PEREIRA BARBOZA, são impetrados PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO e VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE RETIRADA DE PAUTA PARA CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. MAIRA MARTINS COSTA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

Acesso ao Sumário

CALÇAS (Presidente sem voto), 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, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por candidato inscrito em concurso público de Agente de Fiscalização junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para a cidade de Ituverava – Alegação do impetrante, portador de deficiência (visão monocular), que teria sido induzido a erro ao se inscrever junto à lista geral – Não ocorrência – Embora ausentes no respectivo edital, a disponibilização de vagas reservadas para deficientes, o próprio impetrante, por ocasião de sua inscrição, declarou de forma expressa não ser portador de nenhuma deficiência – Ausência de direito líquido e certo à nomeação – Via estreita do mandado de segurança que torna descabido oportunizar produção de prova de que teria sido o impetrante induzido a erro por ocasião da inscrição – Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por candidato inscrito em concurso público para o cargo de Agente de Fiscalização junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (sendo a cidade de Ituverava eleita para lotação), sob a alegação de que foram disponibilizadas três vagas para a referida localidade, sem, no entanto, reserva para portadores de deficiência.

Assevera que, apresentando visão monocular, é portador de deficiência, mas que com relação ao concurso referido, fora induzido a erro, vindo a se inscrever na lista geral, tendo após sido surpreendido quanto a existência de candidato classificado na lista especial.

Prossegue dizendo que fora induzido a erro, já que, embora o edital de

Acesso ao Sumário

número 01/2017 tenha reservado vagas a candidatos com deficiência, não o fez de maneira clara, deixando três cidades (Sorocaba, Itapeva e Ituverava), sem ao menos cadastro de reserva, descumprindo o disposto no artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Pugnou pela concessão de liminar para o fim de que seja determinada a realização de perícia médica, atestando de forma cabal sua deficiência, sustando o ato de classificação final e, ao final, a concessão da segurança, a fim de que seja inserido na lista de classificação especial para a UR-17 (opção 008), destinada aos portadores de deficiência, prosseguindo no certame nesta condição.

O despacho de fls. 83 admitiu o processamento da presente impetração, sem a concessão de liminar (fls. 83), seguindo-se o deferimento da gratuidade (fls. 92), indeferindo o pedido de reconsideração de fls. 105/106, conforme despacho de fls. 110, também desta Relatoria.

Informações prestadas às fls. 113/126.

Pedido de antecipação de tutela às fls. 185/188, indeferido a fls. 193.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 195/202), pela denegação da segurança.

É o relatório.

Ao contrário do que sustenta o impetrante, não vislumbro, no caso concreto, a alegada violação a direito líquido e certo.

Com efeito – e isso restou bem claro com a vinda das informações prestadas pela d. autoridade coatora – o que se verifica é que o impetrante inscreveu-se para o cargo de Agente de Fiscalização, escolhendo a cidade de Ituverava, sem, no entanto, fazer a opção para as vagas destinadas a pessoas portadoras de deficiência.

Quanto à ausência de vagas para pessoas em tais condições, observou-se que tal não se deu, exatamente porque, por ocasião da publicação do edital e nos termos da Lei Complementar n. 1.115/2010, não haviam vagas ditas 'normais' suficientes atribuíveis à cidade de lotação eleita para que fosse observada a proporcionalidade de reserva de vagas para portadores de deficiência.

Acesso ao Sumário

Some-se a isso que o impetrante, não obstante a comprovada deficiência visual (visão monocular – fls. 64), por ocasião de sua inscrição, afirmou que não possuía qualquer deficiência, incluindo a desnecessidade de condição especial para realização da prova, conforme fls. 66/67.

Descabido, portanto, falar-se que tivesse sido induzido a erro – seja porque dependeria da produção de provas, o que é incompatível com a via estreita da ação mandamental, seja porque, consoante também se extraem das informações prestadas, o único candidato autodeclarado portador de deficiência (de nome Alexandre Lopes Lima), inscreveu-se para a mesma cidade de locação,

declarando aludida condição (bastando que o impetrante tivesse adotado o mesmo procedimento, o que confessadamente não ocorreu).

Verifica-se, portanto, a ausência de afronta a direito líquido e certo.

Força convir, pois, pela denegação da ordem, por ausência direito líquido e certo, não se vislumbrando ainda, ilegalidade ou abuso de poder por parte da d. autoridade impetrada, de cujos informes se extrai que foi àquele assegurada ampla defesa no âmbito do processo administrativo instaurado.

Acerca do tema (direito líquido e certo), ensina Hely Lopes Meirelles que:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se 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 ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." (in "Mandado de Segurança e Ação Popular", pág. 12).

Destacam-se ainda os ensinamentos de ALEXANDRE DE MORAES, na Obra DIREITO CONSTITUCIONAL, Décima Oitava Edição, Editora Atlas, às págs. 139:

"<u>3.5. Conceito de direito líquido e certo.</u>

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidade de o Juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança."

Na mesma esteira, o judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, (também pela ausência de direito líquido e certo, e, bem assim, pela denegação da segurança pleiteada), observando que *"... A despeito da presumida deficiência visual do Impetrante (fl. 64), aqui não existe qualquer demonstração, mesmo que indiciária, do argumentado induzimento em erro ao formalizar sua inscrição nesse Concurso Público, erro esse de tal monta a invalidar a classificação final,*

mormente, da lista especial.

Isso se afirma pela leitura do Formulário de Inscrição do Impetrante (fl. 66/67), que é documento hábil a descaracterizar o alegado erro, sendo a prova pertinente para este procedimento judicial eleito.

8. Com efeito, de meritis, esta pretensão mandamental merece improcedência, com a denegação da ordem de segurança, uma vez que, efetivamente, inexiste direito líquido e certo a ser protegido, nestes autos eletrônicos..." (fls. 200).

Isto posto, pelo meu voto, denego a segurança, deixando de fixar honorários advocatícios, em observância ao art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e aos enunciados das Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0014861-30.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante JANETE DA SILVA PERES, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO E NÃO CONHECERAM DA SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.318)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, 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 e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 15 de maio de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – IMPETRAÇÃO CONTRA

ATO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, CONSISTENTE NO CANCELAMENTO DE SESSÃO PARA ESCOLHA DE VAGAS, À QUAL CONVOCADA A IMPETRANTE, REGULARMENTE APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL E DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – EXAME DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – HIPÓTESE EM QUE NÃO SE ATRIBUI AO CHEFE DO EXECUTIVO A PRÁTICA DE QUALQUER ATO OMISSIVO OU COMISSIVO A JUSTIFICAR SUA LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' – EXECUÇÃO DE ATOS DE INGRESSO AO CARGO PÚBLICO QUE COMPETE, VIA DE REGRA, AO ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO VINCULADO À SECRETARIA DA EDUCAÇÃO, A INDICAR COMO COATORA AUTORIDADE DISTINTA – PRECEDENTE DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO AO GOVERNADOR DO ESTADO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado aos 19.03.2019 por Janete da Silva Peres em face do Governador do Estado de São Paulo e do Senhor Secretário de Estado da Educação, deduzindo em síntese que, pese sua aprovação em concurso público para o cargo de Professor de Educação I (PEB I/2015), para atuar no POLO 1, foi convocada para escolha da escola, em ato designado para 27.02.2019, ocasião em que lá compareceu e teve atendimento negado, porque cancelada sua convocação sem qualquer justificativa.

Aduz a existência de direito líquido e certo, postulando a concessão da segurança para assegurar o direito à escolha de vaga, com ulterior investidura no cargo público, eis que aprovada dentro do número de vagas disponíveis e no prazo de validade do certame, expirado em 20.03.2019.

Distribuído inicialmente à 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital/SP, o r. ***decisum*** proferido a fls. 18 ordenou emenda à inicial para retificação do polo passivo, providência suprida por meio da petição de fls. 20/30. Em vista da presença do Governador do Estado, o Douto Juízo ***a quo*** declinou da competência e ordenou remessa dos autos a este E. Tribunal (artigo 74, inciso III, da Constituição do Estado).

Acesso ao Sumário

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 pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CR).

É certo que para o exame do remédio constitucional ora impetrado, necessário que a autoridade indicada no polo passivo da ação tenha praticado o ato coator impugnado e, ainda, que tenha poderes para sua eventual correção (STF. Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 24.831/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 22 de junho de 2005).

A impetrante sustenta que houve violação a direito líquido e certo ante injusto cancelamento da sessão de escolha (designada para 27.02.2019) para a qual foi convocada, considerando sua regular aprovação no concurso, dentro do número de vagas previsto em edital, antes de expirado o prazo de validade. Ocorre que, como sói ocorrer em casos similares, todo o procedimento administrativo alusivo ao certame público, desde a abertura, a publicação da classificação final, a homologação, demais convocações alusivas ao concurso, etc., é dirigido por órgão específico vinculado à Pasta da Educação, não do Governador do Estado.

É exatamente o que se afere no exame dos documentos de fls. 13 e 16, expedidos no âmbito da Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos, órgão que integra a Secretaria de Estado da Educação.

Portanto, parece evidente que o Governador do Estado de São Paulo é autoridade ilegítima para figurar no polo passivo deste ***writ***, pois não praticou a suposta ilegalidade aduzida, nem mesmo possui condições para eventual correção.

Vale acrescer, **a inicial não aponta qualquer ato omissivo ou comissivo especificamente atribuído ao Governador do Estado**, ao passo que, ***rogata máxima venia***, decisão proferida a fls. 32 não vincula o C. Órgão Especial.

Não bastasse, registra-se que não verte a hipótese sobre caso em que a Administração Pública deixa de nomear candidato regularmente aprovado em concurso público, durante o período de validade do certame, situação que poderia, em tese, corroborar a pertinência subjetiva passiva do Governador do Estado, na forma do artigo 47, inciso V, da Constituição Estadual.

O que se debate ***in casu***, e onde se funda o direito líquido e certo alegado, é o cancelamento – supostamente injusto – da sessão de escolha de vaga designada aos 27.02.2019, para a qual foi convocada a impetrante (fls. 15). Trata-se, pois, de ato integrante do ***iter*** procedimental do certame, ao qual vinculado autoridade distinta do Chefe do Executivo estadual.

Em consonância ao entendimento ora esposado, em ação de segurança de

estrita similitude, este C. Órgão Especial reconheceu a ilegitimidade passiva ***ad causam*** do Governador do Estado em recente precedente:

> *"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 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."*
>
> **(TJ/SP. Órgão Especial. Mandado de Segurança 2056623-89.2019.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 03.04.2019, destacado).**

Colhem-se do bojo do voto trechos que, inclusive, fazem alusão às previsões editalícias do concurso, de oportuna transcrição na medida em que a impetrante não instruiu o feito com cópia do respectivo Edital:

> *"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 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*

Acesso ao Sumário

(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 da autoridade delegada (...), e não em função da hierarquia da autoridade delegante...'*** *(grifei MS nº 33.017 AgR/DF v.u. DJ-e 28.11.18 Rel. Min CELSO DE MELLO)" –* ***destaques no original.***

No mais, remanescendo no polo passivo da impetração o Secretário de Estado da Educação, falece competência originária ao C. Órgão Especial, à luz do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual, para enfrentamento do interessante, de rigor o retorno à 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital/SP, na linha de precedentes desta C. Corte: Mandado de Segurança nº 2171644-84.2017.8.26.0000, rel. Des. João Negrini Filho, j. em 05.09.2017; Mandado de Segurança nº 2092481-60.2014.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. em 29.10.2014; Mandado de Segurança nº 0022340-16.2015.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 23.09.2015.

Ante o exposto, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil c.c. artigo 6º, §§ 3º e 5º, da Lei nº 12.016/2009, **julgo extinto o feito em relação ao Governador do Estado de São Paulo,** reconhecendo sua ilegitimidade passiva ***ad causam***, e **não conheço**, no mais, da impetração, determinando-se o retorno dos autos à 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital/SP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0008953-89.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA JUNIOR, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO 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 43288)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores: PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, 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, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 15 de maio de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Falta de nomeação e posse em concurso público para Oficial Administrativo Padrão 1-A das Organizações Policiais Militares deste Estado. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DIRETOR DE PESSOAL DA PM: ACOLHIDA. Servidor público que se limitou a cumprir ordens emanadas da autoridade pública que detinha a atribuição para a tomada da decisão tida como violadora da pretensão do autor. Impertinência subjetiva flagrante. MÉRITO: Conquanto, em observância à força normativa do princípio do concurso público, os candidatos aprovados no certame dentro do número de vagas tenham direito subjetivo à nomeação (e à consequente posse), tal direito não ostenta índole absoluta, na medida em que, em situações excepcionalíssimas, objetiva e concretamente demonstradas, poderá a Administração Pública deixar de prover tais vagas. No caso, o Chefe do Poder Executivo Estadual evidenciou que a grave crise político-econômica nacional e a diminuição na arrecadação de tributos estaduais

Acesso ao Sumário

foram os fatores legitimadores da recusa à nomeação de todos os aprovados, sob pena de violação do limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal (art. 22, par. ún., IV, LC nº 101/00). Situação que se amolda no precedente do Col. STF (RE nº 598.099/MS – Tese nº 161 da Repercussão Geral). Legalidade do ato administrativo impugnado. Inexistência do direito líquido e certo alegado. Precedentes deste Colegiado. SEGURANÇA DENEGADA, uma vez acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor de Pessoal da PM suscitada.

VOTO

Cuida-se de **mandado de segurança** impetrado por FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA JÚNIOR contra ato do Excelentíssimo Senhor GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e do Ilustríssimo Senhor DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Diz a parte impetrante, em sumário, que, apesar de aprovada em concurso voltado ao provimento de cargos de Oficial Administrativo Padrão 1-A das Organizações Policiais Militares deste Estado, e classificada dentro do número de vagas abertas pelo Edital nº DP-2/321/14, seu direito subjetivo à nomeação não se viu respeitado pelas autoridades coatoras, as quais, dentro do prazo de validade do certame (ordinária e prorrogada – que expirou em 23.07.2017), até o presente momento, não nomearam e empossaram qualquer dos aprovados, sequer dando conta de seu silêncio.

Postula, assim, seja reconhecido seu direito subjetivo de nomeação e consequente posse no cargo para o qual se viu aprovada.

Indeferida a liminar (fls. 417/418), as autoridades qualificadas como coatoras prestaram informações (fls. 425/438 e 471/479), sendo que o Diretor de Pessoal da PM aduziu, em preliminar, sua ilegitimidade *ad causam* passiva.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em sede de preliminar, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do Diretor de Pessoal da PM, e, no mérito, pela denegação da segurança (fls. 501/517).

É O RELATÓRIO.

O artigo 1º da Lei nº 12.016/09, repetindo o preceito do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, prevê que se concederá **mandado de segurança** para *"proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de*

Acesso ao Sumário

sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

É, pois, meio autônomo de impugnação de ato de autoridade pública que, em juízo lastreado em cognição sumária ou superficial – informado a partir de prova documental ou pré-constituída –, revele-se flagrantemente abusivo, ocasionando cerceamento a direito diverso daqueles de *ir, vir e ficar* e de *ter acesso a informação constante de banco de dados público e de retificá-la*.

O *mandamus* não é, portanto, um recurso; ou seja: não se apresenta como meio ordinário para revisão de ato administrativo ou judicial tido por ilegal.

Não por acaso, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (**Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 900) explica que, conquanto o Poder Judiciário possa ser chamado para exercer o controle externo do ato administrativo (seja ele *geral* ou *individual*; *unilateral* ou *bilateral*; *vinculado* ou *discricionário*), sua análise se dará *"sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, LXXIII, e 37)" (destaque do original)*.

E, relativamente aos atos discricionários, assenta que esse controle judicial não invadirá *"os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (conveniência e oportunidade)"* – o que não impede sejam examinados, quanto à **existência** e à **veracidade**, os **motivos** do ato administrativo (i. é., fatos que precedem ou ensejam sua elaboração), análise essa inserta no âmbito da *mera legalidade*.

Feitas essas ressalvas, adentra-se ao pormenorizado e destacado enfrentamento das teses ventiladas neste *mandamus*.

1. Da PRELIMINAR de ilegitimidade *ad causam* passiva do Diretor de Pessoal da Polícia Militar.

Na vestibular, destacaram-se como autoridades coatoras o Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo e o Ilmo. Sr. Diretor de Pessoal da PM/SP.

A última autoridade pública executiva, ao ensejo de suas informações, e a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, suscitaram, no campo preliminar, a tese da ilegitimidade *ad causam* passiva.

Esclarece **Vicente Greco Filho** (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 1º Vol., p. 77), citando **Alfredo Buzaid**, que, por *legitimidade processual* (ou *ad causam*), entende-se a situação de "[....] *pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto*".

Especificamente quanto ao sujeito passivamente legitimado para figurar no mandado de segurança, o artigo 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, dispõe que *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática"*.

Acesso ao Sumário

A partir desse extrato, ensina **Hely Lopes Meirelles** (**Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 77-78) que:

> *"Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico sem se responsabilizar por ela.*
>
> [...]
>
> *Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado".*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 933-934), a seu turno, explica que, por *ato de autoridade*, objeto da ação mandamental do mandado de segurança, deve-se compreender:

> *"*[...] *todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E abrange também atos emanados de particulares que ajam por delegação do Poder Público".*

No caso dos autos, conquanto se trate de concurso público conduzido pela Polícia Militar do Estado de São Paulo (e a falta de nomeação tenha se dado por determinação de Secretários de Estado), tal como se infere das próprias informações prestadas, **a negativa de nomeação e posse remontou ao <u>Decreto Estadual nº 61.466/2015</u>**, <u>expedido pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo</u>, que, em seu artigo 1º, ordenou:

> *"Ficam vedadas a admissão e a contratação de pessoal, bem como o aproveitamento de remanescentes de concursos públicos com prazo de validade em vigor, no âmbito da administração pública direta, das autarquias, inclusive as de regime especial, das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e das sociedades de economia mista".*

Portanto, em essência, o ato tido como ilícito e violador do alegado direito líquido e certo da parte impetrante decorreu diretamente de determinação do Chefe do Poder Executivo Estadual, visto que os Secretários de Estado apenas agiram em estrita observância ao Decreto acima destacado.

Acesso ao Sumário

Não haveria, assim, como bem destacaram o Diretor de Pessoal da PM/SP (fls. 472/474) e o n. Procurador de Justiça preopinante (fls. 504/506), falar-se em pertinência subjetiva do próprio Diretor de Pessoal da Polícia Militar para com esta causa, na medida em que esse servidor público flagrantemente não ostenta, no plexo de suas atribuições funcionais, o poder de decidir ou, de qualquer modo, interferir incisivamente no cenário das nomeações e posses tratadas nestes autos.

Pacífico, aliás, o reconhecimento, por este Colendo Colegiado, da ilegitimidade *ad causam* passiva do **Diretor de Pessoal da PM/SP**: MS nº 0010034-10.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **João Carlos Saletti** – j. em 01.08.2018 – V.U.; MS nº 0009355-10.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Evaristo dos Santos** – j. em 20.06.2018 – V.U.; MS nº 0048044-60.2017.8.26.0000 – Des. Rel. **Álvaro Passos** – j. em 07.02.2018 – V.U.; MS nº 0056019-36.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Beretta da Silveira** – j. em 28.02.2018 – V.U.; MS nº 0008196-32.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Salles Rossi** – j. em 20.06.2018 – V.U.; MS nº 0005533-13.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Sérgio Rui** – j. em 20.06.2018 – V.U.; MS nº 0042356-20.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Ricardo Anafe** – j. em 07.02.2018 – V.U.; MS nº 0059514-88.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Geraldo Wohlers** – j. em 06.06.2018 – V.U.; MS nº 0044701-56.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Carlos Bueno** – j. em 13.06.2018 – V.U.; MS nº 0055609-75.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Renato Sartorelli** – j. em 20.02.2018 – V.U.; MS nº 007494-86.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Ferraz de Arruda** – j. em 20.06.2018 – V.U.; MS nº 0012469-54.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Alex Zilenovski** – j. em 08.08.2018 – V.U.

De rigor, por conseguinte, o acolhimento da questão suscitada em preliminar, de modo a declarar-se a **ilegitimidade *ad causam* passiva do Diretor de Pessoal da PM** – devendo a análise do *mandamus* prosseguir quanto ao ato administrativo da atribuição do Exmo. Sr. Governador do Estado.

2. Do MÉRITO da impetração.

Por intermédio do edital do Concurso Público nº DP-2/321/14, a Diretoria de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo tornou pública a abertura das inscrições para um certame voltado ao provimento de 5.000 (cinco mil) cargos de Oficial Administrativo Padrão 1-A nas Organizações Policiais Militares desta Unidade Federativa.

O próprio edital destaca que a abertura daquele concurso fora autorizada por despacho do Exmo. Sr. Governador do Estado publicado no Diário Oficial do Estado nº 23, de 04 de fevereiro de 2014. Seu *"Anexo I"* contém, ainda, o *"Quadro de Distribuição de Vagas por Municípios"*.

Aplicadas as provas inerentes ao concurso, a parte impetrante habilmente demonstrou ter se classificado dentro do número de vagas oferecidas para o Município em que se inscrevera.

Acesso ao Sumário

A classificação final foi publicada no Diário Oficial do Estado – Poder Executivo, nº 102, de 03 de junho de 2015. E tal certame possuía validade de 01 (um) ano, prorrogável por igual período, a contar da data de sua homologação (que se viu publicada no Diário Oficial do Estado – Poder Executivo, nº 133, de 22 de julho de 2015).

O prazo de validade viu-se, ao depois, prorrogado por mais 01 (um) ano, mediante despacho do Secretário de Segurança Pública, publicado no Diário Oficial do Estado – Poder Executivo, de 20 de julho de 2016 (isto é, contado esse novel período a partir de 23 de julho de 2016).

O período de validade do referido certame expirou, assim, em 22 de julho de 2017, sem que qualquer dos aprovados (nem mesmo a parte impetrante) fosse convocado para nomeação e posse.

Feito esse relato, não há falar-se em violação a direito líquido e certo na espécie.

Tem-se ciência da **Súmula nº 15, do STF**, no sentido de que: *"Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação"*.

Referido enunciado restou reafirmado ao ensejo do julgamento do **RE nº 598.099/MS**, em cujo julgamento acabou assentada a **Tese nº 161 da Repercussão Geral**, nos seguintes termos: *"O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação"*.

Entretanto, naquela mesma sessão de julgamento, foram destacadas situações *excepcionalíssimas* que justificariam soluções diferenciadas, desde que devidamente motivadas pela Administração Pública, mormente porque em um Estado Democrático de Direito não haveria se falar em direito absoluto.

Consta da ementa daquele r. *decisum*:

"[...] ***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 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" (STF – Tribunal Pleno – RE nº 598.099/MS – Tese nº 161 da Repercussão Geral – Rel. Min. **Gilmar Mendes** – j. em 10.08.2011 – V.U., *grifos nossos*).

Em resumo: inexistindo direito absoluto na ordem jurídica democrática, em certas situações excepcionalíssimas a Administração Pública pode deixar de nomear e de dar posse a candidatos aprovados dentro do número de vagas do certame público. Porém, para que se reconheça (em eventual controle judiciário) a validade de tal prática residual, existe a necessidade de fundamentação concreta dessa situação de excepcionalidade.

Nas informações prestadas pelo Governador do Estado, autoridade apontada como coatora remanescente (fls. 425/438), acolhendo manifestação da Subsecretaria de Planejamento Orçamentário de Planejamento e Gestão e em atendimento à advertência do Tribunal de Contas deste Estado quanto ao alcance do "limite de alerta" (artigo 59, § 1º, inciso II, da Lei Complementar nº 101/2000), restou consignado que:

"[...] *persiste a situação de inviabilidade para nomeação dos candidatos aprovados para os cargos de Oficiais Administrativos, não tendo havido, por isso, nenhuma nomeação, diante (a) do Relatório de Gestão Fiscal referente às contas do 1º quadrimestre de 2017, que indica que as despesas com pessoal e encargos do Poder Executivo atingiriam, nesse período, o percentual de 45,46%, sobre a Receita Corrente Líquida (RCL), permanecendo o Estado em situação de alerta diante do risco de ultrapassar o chamado limite prudencial (limite legal de comprometimento aplicado às despesas de pessoal, conforme estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, equivalente a 46,55% da RCL); e (b) dos custos projetados para fazer frente ao provimento das 5.000 (cinco mil) vagas pretendidas, da ordem de (R$ 64,7 milhões anuais), o que evidencia o potencial efeito multiplicador de eventual decisão concessiva da ordem.*

[...] *Os cenários político, econômico, financeiro e orçamentário não permitem novas nomeações pelo Estado de São Paulo desde o exercício de 2015 até o presente, ainda que na área de segurança para cargos*

Acesso ao Sumário

cujas funções correspondem às atividades-meios, como se dá no caso do cargo de Oficial Administrativo, não obstante a relevância dos serviços prestados. Por se tratar de atividade-meio, não incide a ressalva do artigo 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF, que permite, mesmo que atingindo o limite prudencial, provimento de cargos nas áreas de educação, saúde e segurança, para reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores.

[...] *Não se pode ignorar que no exercício de 2014, quando inaugurado o certame pelo Edital nº 2/321/14, a despesa total com pessoal correspondia a 50,71% da Receita Corrente Líquida, enquanto que o limite de alerta era de 54% e o limite prudencial estrava em 57%.* ***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 e 2016 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****".*

Em razão do que dispõe o artigo 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), caso se alcance o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal (assim declarado tal fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração), fica vedado ao Poder Público o *"provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança"*.

Ou seja: a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) impõe, expressamente, ao gestor público a observância do limite de despesa (limite prudencial) com pessoal ativo e inativo.

Desse modo, a autoridade coatora, na estrita obediência à LRF e em atenção aos alertas de outros órgãos públicos de controle fiscal (interno e externo), não poderia adotar outra conduta senão a não nomeação do candidato, ainda que aprovado dentro do número de vagas.

Por conseguinte, os argumentos elencados pela autoridade coatora amoldam-se perfeitamente à situação excepcionalíssima mencionada no precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 598.099/MS).

E, embora se tenha ciência do conteúdo do julgamento do **RMS nº 57.565/SP** (j. em 14.08.2018) – e em que pesem os poderosos fundamentos ali lançados –, tem-se por certo, como acima afirmado, que a situação averiguada no concurso ora *sub examen* subsume-se na excepcionalidade legal e jurisprudencialmente admitida.

Acesso ao Sumário

Isso porque:

(a) a situação de **impossibilidade absoluta de contratação, pelo Estado**, advinda da crise financeira que assolou e ainda continua a produzir reflexos nocivos ao País, **emergiu após a publicação do edital do certame em tela (em 06.06.2014)**;

(b) existe **onerosidade excessiva na hipótese dos autos**, a qual se viu devidamente justificada e demonstrada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado (que, especificamente, demonstrou, em termos financeiros, como a contratação desses 5.000 – cinco mil – postos acarretaria o desrespeito ao alerta dado pelo Tribunal de Contas do Estado, o qual aferiu que, em 2016, o "limite de alerta" já havia sido ultrapassado);

(c) houve, no período de vigência do concurso, mudança **completamente anormal** das circunstâncias econômicas, não só no Estado de São Paulo, mas no Brasil, como se destacará a seguir.

Nesse período, como noticiou o IBGE (endereço eletrônico constante do texto original), o **País amargou pesada recessão** econômica (com duas quedas sucessivas do PIB): no **ano de 2015 (-3,8%)**; em **2016 (-3,6%)** – números esses inéditos desde o início do registro da série histórica do mesmo Instituto (em 1948 – isto é, há 70 anos!).

Em termos práticos, ainda segundo números do próprio IBGE, entre novembro de 2016 e janeiro de 2017, o **número de desempregados chegara a 12,9 milhões de pessoas** – e alcançaria, no mês de abril de 2017, o inédito patamar de 14 milhões de brasileiros desempregados (endereço eletrônico constante do texto original).

Essa extraordinária conjuntura de recessão econômica, **excepcionalíssima e de inegável gravidade**, levou diversos Estados da Federação (tais como RJ, RS, MG, AC, AM, AP, GO, PR, RN, RR, SE e TO) e o DF a terem enormes dificuldades no pagamento de suas despesas ordinárias – inclusive vieram a não lograr honrar com suas folhas de pagamentos (de servidores ativos) e pensões (dos inativos) por meses consecutivos e atrasaram ou parcelaram o pagamento de 13º salário, como é de conhecimento público (endereço eletrônico constante do texto original) – o que, até hoje, ainda não se normalizou no RG e em MG, por exemplo.

E, nesse ponto, cabe a ponderação de que o Estado de São Paulo certamente não entrou no preocupante rol destacado no parágrafo anterior justamente por ter adotado medidas como a noticiada nestes autos – qual seja: evitando inchar a máquina pública em período de grave recessão econômica.

Por fim, impende destacar que, nesse interregno (mais especificamente, entre dezembro de 2015 e com decisão em 30 de agosto de 2016), **sucedeu, até mesmo, o *impeachment* de uma Presidente da República** (em virtude

Acesso ao Sumário

das *"pedaladas fiscais"* perpetradas, em 2014 e 2015, pela Chefe do Executivo Federal como forma de se evitar esse temerário contexto econômico-financeiro em que o País se vira inserido) – situação, obviamente, de verificação excepcionalíssima nesses quase 130 (cento e trinta) anos de nossa jovem República Brasileira.

Ou seja, **diante dos fatos supra elencados, forçoso reconhecer que o país vive época de *"mudança anormal das circunstâncias econômicas"***.

No mais, cabe frisar que, antes de se recorrer à aplicação dos mecanismos do artigo 169, § 3º e 4º, da Constituição da República (que, em essência, tratam do corte de pessoal do quadro de servidores ativos dos entes da federação como forma de se preservarem os limites das despesas com pessoal ativo e inativo), incumbe ao gestor público evitar que mais pessoas adentrem às fileiras do serviço público, acarretando novos compromissos financeiros indesejados nesses períodos de recessão econômica.

Feitas todas essas considerações, evidenciadoras da excepcionalidade da situação dos autos, e por derradeiro, mister observar que este Colegiado, na sessão de julgamento de 08.11.2017, ao julgar 2 (dois) casos semelhantes ao ora analisado, pacificou sua orientação no mesmo sentido ora adotado, tal como se infere das ementas dos ven. acórdãos abaixo destacados:

> *"PRELIMINAR. Ilegitimidade passiva. Diante da expedição do Decreto nº 61.466, de 2015, há pertinência subjetiva no polo passivo do writ. Preliminar rejeitada. MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra a ausência de nomeação de aprovado, dentro do número de vagas, no concurso público para o provimento do cargo de Oficial Administrativo Padrão 1-A, da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Situações excepcionalíssimas concretamente demonstradas pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, quais sejam, a grave crise político-econômica nacional e a diminuição na arrecadação de tributos que amparam a recusa à nomeação. Os argumentos elencados pela D. Autoridade Coatora apontando para a grave crise econômica nacional e redução da arrecadação de tributos se amoldam perfeitamente à situação excepcionalíssima mencionada no julgado paradigmático, do E. STF. Necessidade de observância dos preceitos e limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Presunção de legitimidade e de legalidade do ato administrativo expedido pelo Governador. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada"* (TJ/SP – Órgão Especial – MS nº 0038748-14.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Alex Zilenovski** – j. em 08.11.2017 – Votação Majoritária).
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrado contra ato do Governador do Estado de São Paulo. Concurso público para provimento do cargo de Oficial Administrativo Padrão 1-A, da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital. Prazo de validade expirado. Ausência de nomeação. Situação excepcionalíssima concretamente demonstrada pelo Chefe do Poder*

Executivo Estadual. Alteração do cenário político e econômico do país, o que impactou na queda da receita orçamentária do Estado. Limite prudencial imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal. SEGURANÇA DENEGADA" (TJ/SP – Órgão Especial – MS nº 2144072-56.2017.8.26.0000 – Rel. Designado Des. **Ricardo Anafe** – j. em 08.11.2017 – Votação Majoritária).

No mesmo sentido, há precedentes desta Relatoria: MS nº 0038017-18.2017.8.26.0000 (j. em 13.12.2017, V.U.), MS nº 0040090-60.2017.8.26.0000 (j. em 13.12.2017, V.U.), MS nº 0043389-45.2017.8.26.0000 (j. em 31.01.2018, V.U.) e MS nº 2164591-52.2017.8.26.0000 (j. em 31.01.2018, V.U.).

Em suma, uma vez justificada a situação de excepcionalidade ensejadora da negativa de nomeação e posse, não se vislumbra a existência do direito líquido e certo alegado na vestibular.

3. Do dispositivo.

Ante o exposto, **acolhida a preliminar de ilegitimidade *ad causam* passiva do Diretor de Pessoal da PM/SP, DENEGA-SE a segurança**. Custas na forma da lei, observadas as regras da gratuidade judiciária, descabendo o arbitramento de honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009; Súmula nº 512 do STF; e Súmula nº 105 do STJ).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.074 DEC)

Mandado de segurança impetrado em face do **EXCELENTÍSSIMO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO E DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO** consistente na não nomeação do impetrante para o cargo público de Oficial Administrativo Padrão I-A, cuja vaga faz jus em razão de ter obtido aprovação no certame público.

Divirjo do e. Relator, data vênia, quanto ao mérito, concedendo a segurança.

Colhe-se dos autos que a impetrante se inscreveu para o concurso de provimento de vagas para o cargo de Oficial Administrativo Padrão I-A da Polícia Militar do Estado de São Paulo, sendo aprovado dentro do número de vagas ofertadas no certame mas que, vencido o prazo de validade do concurso, já prorrogado, não logrou êxito em ser nomeado, decorrendo daí seu direito líquido e certo que busca ver amparado neste *mandamus*.

Ocorre que por força do Decreto Estadual nº 61.466 de 02 de setembro de 2015, houve vedação à admissão, contratação de pessoal e aproveitamento de remanescentes na Administração Direta, Indireta e Fundacional do Estado

Acesso ao Sumário

dispondo, em seu art. 1º que "Ficam, vedadas a admissão e a contratação de pessoal, bem como o aproveitamento de remanescentes de concursos públicos com prazo de validade em vigor, no âmbito da administração pública direta, das autarquias, inclusive as de regime especial, das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e das sociedades de economia mista."

Referida norma dispõe, no parágrafo único do art. 1º que, ***verbis***: "**O Governador do Estado** poderá, **excepcionalmente**, autorizar a realização de concursos, a admissão ou contratação de pessoal, bem como o aproveitamento de remanescentes de concursos públicos com prazo de validade em vigor, mediante fundamentada justificativa dos dirigentes dos órgãos e das entidades referidas no 'caput' deste artigo e aprovada pelas Secretarias de Planejamento e Gestão e da Fazenda.".

Bem de ver que há uma total inversão de parâmetros no Decreto Paulista que veda as admissões e contratações de pessoal no âmbito do Poder Público, uma vez que, amparada em situação excepcional, qual seja *"o cenário econômico nacional que exige medidas restritivas no âmbito da administração pública estadual"* pretende se perenizar no tempo e, mais, cria como excepcionalidade a possibilidade de realização de certames *"mediante fundamentada justificativa dos dirigentes"* (*v.* parágrafo único ao artigo 1º da norma).

O que define a excepcionalidade é a finalidade de atender a necessidades estatais transitórias, portanto, a meu aviso, o que é excepcional é a não admissão ou contratação de pessoal no período de crise – justificativa da edição do Decreto Paulista – e não a possibilidade, a critério dos dirigentes, ao bel talante, de abrir certames no âmbito estadual.

Como é cediço "transitório" é aquilo cujo hiato de duração é limitado; que é passageiro; que só dura um certo tempo; transitivo: circunstância transitória. Cuja duração ocorre no intervalo de um estado de coisas a outro; medidas transitórias.

Releva acrescentar que a excepcionalidade virou regra e o que era transitório ficou perene, ao arrepio da justificativa que ensejou a edição da legislação em comento, vale dizer a crise econômico-financeira do Estado, que é histórica e perdeu esse caráter de há muito.

Até quando vamos dar mais importância à forma do que a Justiça, função precípua do Poder Judiciário? Ora, a função da máquina judiciária, no caso em apreço, é corrigir tal anomalia, posto que a abertura de concursos públicos, com o recolhimento de taxas dos cidadãos, passou a ser verdadeiro "caixa" dos entes da Federação e a sensibilidade de reconhecer tal "anomalia" é do agente do poder judiciário.

Acesso ao Sumário

É certo que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.089, em sede de repercussão geral, fixou tese no sentido de ser direito subjetivo

do candidato aprovado dentro do número de vagas, a sua regular nomeação, com a indicação, entretanto, de que determinadas "situações excepcionais", devidamente justificadas, podem exigir a recusa da Administração Pública em nomear novos servidores; **entretanto, no mesmo julgamento deixa assente o e. Relator Ministro GILMAR MENDES, com propriedade que*, in verbis:***

> *"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".***

E nem se diga presentes as situações excepcionais que justificariam o não cumprimento do dever moral da Administração, previsto no bojo do citado Recurso Repetitivo. Ora, ali se deixou assente que: *"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 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*

Acesso ao Sumário

do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário."

Pois bem: quanto à **superveniência**, comprovam os números que inúmeras vagas foram colocadas à disposição dos cidadãos no Estado de São Paulo, na vigência do Decreto nº 61.466/2015, sendo que parte dos certames que foram penalizados com a norma tiveram seus prazos de prorrogação validados **já na vigência da norma**, induzindo à conclusão de necessidade de aquisição dos servidores aprovados no certame.

No que diz respeito à ***imprevisibilidade***, não parece ser imprevisível neste País, situações de crise e penúria financeira com reflexos nos Estados e Municípios. Isso remonta ao "tempo dos Afonsos"!

Ora, imprevisível é "o que não se consegue prever: 1 inesperado, repentino, imponderável. Que acontece por acaso: 2 casual, eventual, fortuito, contingente, incerto, aleatório".[1]

Percebeu-se, ao longo dos tempos, "uma tendência geral dos Tribunais em não admitir a crise econômica como caso fortuito, sob o argumento, na maioria das vezes, **de que crises são gestadas lentamente e seus efeitos, portanto, previsíveis**. Esse argumento é interessante porque, implicitamente, sugere que, em se tratando de uma crise imprevisível, poderia ela, então, ser utilizada para configuração de caso fortuito".[2]

O que se vê, aqui, é que o argumento da crise financeira se tornou uma roupa de tamanho único, que pode servir de veste a qualquer situação!

Mais não fosse, o impacto financeiro-orçamentário para a realização do concurso público é feito antes e não depois de sua realização e quando este foi realizado, certamente o país já experimentava crise financeira o que, venhamos e convenhamos, não é surpresa para nenhum cidadão ou governo e, assim, não se pode considerar imprevisível.

Na mesma linha de raciocínio, não se há considerar os requisitos de gravidade e necessidade como presentes, posto que a abertura de centenas e centenas de vagas já na vigência do Decreto Paulista, bem como de prorrogação de prazo de validade de concursos abertos no limiar de sua promulgação são sinais da possibilidade do Estado em honrar o compromisso assumido com os participantes dos certames.

Não raro, os candidatos tiram férias, abdicam do convívio familiar, fazem economia para pagar as taxas de inscrição, enfim, se estressam e, quando obtêm classificação e aprovação, são surpreendidos com o argumento de que seu êxito não passa de expectativa de direito, circunstância essa, com todas as vênias, que se encontra nos lindes da improbidade e fere o consectário da moralidade, pois a

Acesso ao Sumário

1 (endereço eletrônico constante do texto original)
2 (endereço eletrônico constante do texto original)

contrapartida da Administração Pública, que sempre deveria ser observada, não está sendo cumprida.

Nem se argumente a existência de eventual cláusula editalícia estipulando que a aprovação no certame não gerará direito subjetivo à nomeação, pois, caso tal regra fosse válida, o candidato faria jus à devolução da quantia paga a título de inscrição no concurso, pena de enriquecimento indevido do Estado.

Tampouco a ressalva de que poderá ocorrer preenchimento de número inferior de vagas de acordo com a disponibilidade orçamentária merece prosperar, uma vez que a própria criação de cargos pressupõe prévia dotação orçamentária.

Além disso, tais cláusulas não geram nenhum tipo de repercussão no mundo jurídico por se tratarem de disposições leoninas que instituem obrigações a somente um dos lados, devendo ser consideradas como não escritas.

Pensar de outra maneira é admitir que o Poder Público, à míngua de dinheiro, faça do concurso um meio espúrio de angariar numerário, sob o "manto protetor" do "juízo de oportunidade e conveniência", dando, com o perdão da expressão, um verdadeiro "passa moleque" nos candidatos, razão pela qual a "discricionariedade" do administrador há que ser mitigada, para não frustrar a legítima expectativa do candidato.

Coroando a tese *supra*, cumpre o registro de que o Superior Tribunal de Justiça, em recente aresto de relatoria do eminente Ministro FRANCISCO FALCÃO, analisou situação semelhante à julgada por este Colendo Órgão Especial, salientando que os argumentos adotados pelo Estado de São Paulo, tais como a crise econômica e o risco de que contratações atinjam o teto de gastos previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, não são válidos para frustrar o direito líquido e certo de inúmeros candidatos à nomeação, nos termos a seguir:

> **"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO, OBSERVA JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. O ESTADO DE SÃO PAULO NÃO APRESENTOU JUSTIFICATIVA SUFICIENTE E CLARA PARA QUE FOSSEM CARACTERIZADAS AS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS ACIMA DELINEADAS. ALERTA POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS EM RELAÇÃO À PROXIMIDADE DO LIMITE PRUDENCIAL DA LRF PARA OS GASTOS DO PODER EXECUTIVO COM PESSOAL E ENCARGOS NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ A PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.**
>
> I – Na origem, cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato supostamente omissivo do Governador do Estado de São Paulo que objetiva a nomeação e posse no cargo de Oficial Administrativo Padrão 1-A da Polícia Militar do Estado de São Paulo, uma vez que obteve aprovação em concurso público na 8ª colocação, dentro

do número de vagas. No Tribunal a quo, a segurança foi denegada.

II – **O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolando-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las.** Neste sentido: AgRg no RMS n. 43.596/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017; AgInt no RMS n. 49.983/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 20/3/2017; AgRg nos EDcl no RMS n. 45.117/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017.

III – Por outro lado, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas em edital de concurso público tem o direito público subjetivo à nomeação, não podendo a Administração Pública dispor desse direito.

IV – No entanto, o momento em que, dentro do prazo de validade do certame, a nomeação ocorrerá, observa juízo de oportunidade e conveniência. Neste sentido: RMS n. 53.898/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 21/6/2017; RMS n. 49.942/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/3/2016, DJe 19/5/2016.)

V – Cabe ressaltar que a mera existência de vagas, ou mesmo a criação de novas vagas, não se traduz em inequívoco interesse público no seu preenchimento, uma vez que cabe à própria Administração Pública, valendo-se de seu juízo de conveniência e oportunidade, determinar o momento em que aquelas serão preenchidas, bem como a quantidade de convocações.

VI – Embora a jurisprudência desta Corte Superior reconheça que o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas em edital de concurso público possui direito subjetivo à nomeação, não podendo a Administração dispor deste direito, admite-se a possibilidade de não nomeação em situações específicas, plenamente justificadas.

VII – Este é o entendimento firmado em regime de repercussão geral pelo STF ao julgar o RE n. 598.099/MS, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesta oportunidade, ficaram definidas as possíveis situações excepcionalíssimas que poderiam justificar o fato de a Administração não cumprir as normas que regem o certame. VIII - São elas: 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

Acesso ao Sumário

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 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. Neste sentido: RE n. 598.099/MS, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011, DJe 3/10/2011; RMS n. 54159/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 13/3/2018.

IX – Compulsando os autos, verifica-se que o Estado de São Paulo não apresentou justificativa suficiente e clara para que fossem caracterizadas as situações excepcionalíssimas acima delineadas.

X – O fato de existir um alerta por parte do Tribunal de Contas em relação à proximidade do limite prudencial da LRF para os gastos do Poder Executivo com pessoal e encargos não configura, por si só, os quatro requisitos necessários, estabelecidos no recurso extraordinário suprarreferido. Nesse sentido: RMS n. 57.565/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 20/8/2018.

XI – Correta, portanto, a decisão recorrida que deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para reconhecer o direito líquido e certo à nomeação.

XII – Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 58.627/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 10/12/2018) **(g.n.)**

Por tais razões, pelo meu voto, concedo a segurança para que a d. autoridade impetrada promova a imediata nomeação da impetrante para a função-atividade de Oficial Administrativo Padrão 1-A, dentro dos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

XAVIER DE AQUINO, Desembargador Decano

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2044645-18.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DANIELA ANTUNES MIRANDA CAMARGO DE ALMEIDA, é impetrado CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL DO INTERESSADO TIAGO AURÉLIO BARBOSA E DENEGARAM

A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PINHEIRO FRANCO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.067)**

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, 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, ADEMIR BENEDITO e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIA DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PRETENDIDA DESIGNAÇÃO COMO SUBSTITUTA DELEGADA EM RAZÃO DE FALECIMENTO DO TITULAR DO OFICIAL DE REGISTROS. PRETERIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SER A ESCREVENTE MAIS ANTIGA DA SERVENTIA. DESIGNAÇÃO QUE DEVE RECAIR SOBRE O ESCREVENTE SUBSTITUTO MAIS ANTIGO. IMPETRANTE E ESCREVENTE DESIGNADO PELO CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA QUE FORAM ALÇADOS A SUBSTITUTOS DO OFICIAL TITULAR NA MESMA DATA. INDICAÇÃO QUE NÃO ATENDE SOMENTE AO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE, MAS A OUTROS ELEMENTOS, TAIS COMO INTERESSE PÚBLICO, A EFICIÊNCIA DO SERVIÇO OU A CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE.

SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral do Estado de São Paulo, uma vez que, sendo funcionária

contratada do 2º Serviço de Registro de Imóveis e Anexos de Sorocaba desde 23 de outubro de 1997, foi preterida na sua nomeação para responder, interinamente, em substituição delegada em razão da morte do anterior titular do CRI.

Alega a impetrante que em 15 de novembro de 2017 foi elevada à função de "Substituta do Oficial", sendo que um ano depois, faleceu o titular do 2º Oficial de Registro e Imóveis, extinguindo-se a respectiva delegação; com o manifesto desinteresse do oficial designado, a impetrante passou a aguardar sua nomeação, na qualidade de mais antiga substituta e em fevereiro de 2019, apresentou requerimento ao Juiz Corregedor de Sorocaba pleiteando sua designação; ocorre que para o cargo foi designado, pela d. autoridade impetrada, o Sr. Tiago Aurélio Barbosa, para responder pelo expediente do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Sorocaba; a impetrante, então, protocolizou requerimento junto ao processo administrativo 0025268-69.2018.8.26.0602, pretendendo liberação de senha ou acesso aos autos a fim de avaliar seu direito e sua eventual ofensa; tal pleito foi indeferido pelo MM. Juiz Corregedor de Sorocaba; acrescenta que o fato do Sr. Tiago Aurélio Barbosa e a impetrante terem sido designados substitutos na mesma data não retira da impetrante a condição de mais antiga, posto que trabalha ela no Oficial de Registros há mais de 21 anos; diz que reúne condições para a designação, nada possuindo que a desabone, razão pela qual deve ser reconhecido o seu direito líquido e certo à nomeação.

Processado o mandamus, prestou informações a d. autoridade impetrada (fls. 43/49).

Habilitou-se no feito como interessado Sr. Tiago Aurélio Barbosa (fls. 102/118).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da segurança (fls. 127/134).

É o relatório.

Não se há conceder a segurança.

Com efeito, trata-se de mandado de segurança impetrado em face do ato da d. autoridade impetrada que, acolhendo sugestão do MM. Juiz Corregedor da Comarca de Sorocaba, nomeou como substituto do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Sorocaba o Sr. Tiago Aurélio Barbosa, preterindo suposto direito da impetrante, funcionária mais antiga da serventia.

No caso presente, a impetrante ingressou no 2º Oficial de Registro de Imóveis de Sorocaba em 23 de outubro de 1997 e, em 13 de novembro de 2017, foi elevada à função de "Substituto do Oficial", juntamente com Tiago Aurélio Barbosa, através da Portaria 003/2017 (fls.17); com o falecimento do Oficial Titular no ano de 2018 e diante do fato que o sucessor natural não seguiria

Acesso ao Sumário

na substituição, a impetrante pleiteou, em 04 de fevereiro de 2019, junto ao MM. Juiz de Direito Corregedor de Sorocaba, a sua nomeação como Oficial Designada; não obstante, em 06 de fevereiro do mesmo ano, no Diário da Justiça Eletrônico, a d. autoridade impetrada aprovou parecer do MM. Juiz Corregedor da Comarca de Sorocaba, designando Tiago Aurélio Barbosa para responder pelo expediente da delegação vaga (fls. 19/20).

Equivoca-se a impetrante quanto ao critério de designação de substituição. É certo que a designação para responder por unidade vaga, em princípio, recai sobre o escrevente substituto mais antigo, consoante dispõe o Capítulo XXI, das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais, da Corregedoria Geral de Justiça, ***in verbis***:

> *"10. Extinta a delegação outorgada a notário ou a oficial de registro, o Juiz Corregedor Permanente comunicará imediatamente o fato ao Corregedor Geral da Justiça e, no mesmo ato,* ***indicará o escrevente substituto mais antigo*** *ou o escrevente que, ocorrida a hipótese de exceção prevista no item 11, considere apto para assumir o serviço vago. (Alterado pelo Provimento CG nº 36/2017) 10.1. Para a indicação do substituto mais antigo, serão desconsiderados os períodos de designação anteriores à vigência da Lei nº 8.935/94*
>
> *(...)*
>
> *"11. O Corregedor Geral da Justiça declarará vago o respectivo serviço e designará o escrevente substituto mais antigo para responder pelo expediente, salvo motivo concreto ou situação previamente conhecida em que não seja atendido o interesse público, a eficiência do serviço ou a conveniência administrativa, caso em que outro escrevente, preferencialmente da mesma Unidade, será designado."*

Portanto, quando mencionados dispositivos indicam que a designação recairá sobre o mais antigo, não significa dizer que recaia sobre o funcionário mais antigo da Serventia, mas sim, **o substituto mais antigo**, nomeado dentre os parâmetros do artigo 20, parágrafo 5º da Lei Federal nº 8.935/94 e, neste passo, há que se considerar que tanto a impetrante quanto Tiago Aurélio Barbosa possuíam o mesmo tempo de substituição, nomeados que foram em 13 de novembro de 2017, ficando a critério do MM. Juiz de Direito Corregedor da Comarca, pois, a designação dentre os parâmetros de eficiência do serviço, interesse público e conveniência administrativa.

Observa-se ainda que o Provimento nº 77 da Corregedoria Nacional de Justiça dispõe que "A designação deverá recair no substituto mais antigo que exerça a substituição no momento da declaração de vacância" (§ 1º, art. 2º); portanto, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a impetrante não pode ser considerada a substituta mais antiga, a uma porque, juntamente com Tiago, foram elevados à condição de substitutos na mesma data; a duas porque, quando do falecimento do Oficial Titular, não exercia com exclusividade a substituição

do Oficial Titular, o que seria mister para sua designação.

Daí não se poder falar em violação a direito líquido e certo da impetrante.

Confira-se, aliás:

"Mandado de Segurança Alegação do impetrante de possuir direito líquido e certo de responder interinamente pela serventia do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do 47º Subdistrito da Capital, unidade vaga em decorrência do falecimento do Oficial – Esclareceu o Exmo. Sr. Corregedor Geral de Justiça desta Corte que ***'Ao contrário do que afirma o impetrante, inexiste direito líquido e certo de o substituto mais antigo da Serventia vaga, mesmo o designado na forma do § 5º, do art. 20, da Lei nº 8.935/90, ser designado como interino"*** *(MS 0197959-28.2013.8.26.0000, j. em 14/5/2014, Rel. Walter de Almeida Guilherme).*

Diante do exposto, não se há conceder a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2037805-89.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante TEK 23 SOLUÇÕES PARA CONDOMÍNIO LTDA., é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

ALEX ZILENOVSKI. Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Indeferimento do pedido de opção pelo "Simples Nacional". Mandamus contra ato do Senhor Prefeito do Município de São Paulo, que não é responsável pelo ato comissivo ou omissivo que, em tese, ofenderia direito líquido e certo da n. impetrante. Preliminar de ilegitimidade de parte acolhida. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de **Mandado de Segurança**, com pedido liminar, impetrado por **Tek 23 Soluções Para Condomínio Ltda.**, em face do Excelentíssimo Senhor **Prefeito do Município de São Paulo**, para possa a impetrante fazer a opção pelo sistema de tributação Simples Nacional.

Alega que exerce atividade empresarial desde 30 de maio de 2005 e acrescenta que sempre adimpliu tempestivamente suas obrigações tributárias. No dia 03 de janeiro de 2019 fez a opção pelo Simples Nacional (por meio do portal informatizado); todavia, a referida opção foi indeferida ante a alegada existência de *pendências* perante a prefeitura.

Afirma que os débitos citados (no valor de R$ 427,25) quando do indeferimento mencionado foram parcelados, sendo a primeira parcela paga antes de seu vencimento. Por tal razão, argumenta, não possui a impetrante qualquer débito perante a municipalidade. Disso decorre a ilegalidade do indeferimento.

Aduz que o indeferimento do pedido pela autoridade apontada como coatora consistiu em ato ilegal.

Prossegue em sua argumentação afirmando ser constitucional o direito de petição e o fornecimento, pelos Órgãos Públicos, de certidões.

Sustenta que, com o parcelamento supramencionado, o crédito tributário ficou suspenso por força do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional.

Pleiteou, liminarmente, *"a concessão do pedido de OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, fixando multa diária para o caso de descumprimento da ordem" (fls. 7). Pleiteia, outrossim, os benefícios da justiça gratuita. Quanto ao mérito, busca a confirmação do pleito liminar e a declaração de "que o crédito do impetrante se encontra em dia, suspendendo-se a exigibilidade do crédito, na forma do art. 151 VI do Código Tributário Nacional"* (fls. 8).

O pedido liminar e os benefícios da Justiça gratuita foram indeferidos (fls. 33/35).

A douta Procuradoria Geral do Município de São Paulo postulou seu ingresso no feito e, preliminarmente, arguiu ilegitimidade passiva, com a

Acesso ao Sumário

extinção do *writ*, sem a resolução do mérito. No mérito, acenou para a ausência de violação a direito líquido e certo. Aduziu que existem débitos de ISS (Imposto sobre serviços) relacionados ao CNPJ da impetrante, decorrentes do recolhimento do tributo a menor. Esclareceu que a existência de pendência fiscal impede a inclusão da impetrante no "Simples Nacional" (fls. 58/65).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança, em relação ao Prefeito do Município de São Paulo, em razão de sua ilegitimidade passiva. No mérito, manifestou-se pela denegação da ordem por ausência de direito líquido e certo (fls. 84/91).

É o relatório.

Com efeito, o Mandado de Segurança encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, que disciplina seu cabimento para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder foi autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O artigo 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, por sua vez, dispõe que *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática"*.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

"Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico sem se responsabilizar por ela. (...)

Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado".[1]

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

"(...) considera-se ***ato de autoridade*** *todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E abrange também atos emanados de particulares que ajam*

1 MEIRELLES. Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais. Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes; com a colaboração de Marina Gaensly e Rodrigo de Oliveira Kaufmann. 37ª ed., ren., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 77/78.

por delegação do Poder Público"[2]

Verifica-se, porém, que, no caso concreto, o impetrante apontou como autoridade coatora o Prefeito do Município de São Paulo.

Entretanto, dos documentos juntados aos autos não restou atestada a prática ou omissão de ato lesivo pelo Chefe do Poder Executivo Municipal aos interesses da impetrante.

Aliás, este é o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

> 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.
>
> (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0036087-28.2018.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/04/2019; Data de Registro: 04/04/2019)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – Insurgência contra a exclusão da impetrante do regime tributário denominado "Simples" – Ilegitimidade passiva – Reconhecimento – Ato praticado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico, sem participação direta ou indireta do Chefe do Poder Executivo Municipal, apontado como autoridade coatora – Impossibilidade de substituição da autoridade erroneamente indicada na inicial, sobretudo quando a correção torna incompetente o órgão julgador originário – Precedentes dos tribunais superiores – Decadência do direito à impetração – Ocorrência – Decurso de mais de 120 (cento e vinte dias) entre a ciência do ato impugnado e o ajuizamento da ação mandamental – Segurança denegada, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09 c.c. art. 485, VI, Código de Processo Civil.
>
> (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0041958-73.2017.8.26.0000; Relator: Álvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 14/12/2017)

Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decide do mesmo modo, entendimento que se aplica à autoridade superior municipal: *"Mesmo após a edição da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, aquele que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato não poderá figurar como autoridade coatora. Caso contrário, o presidente da República seria autoridade*

Acesso ao Sumário

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 785.

coatora em todos os mandados de segurança impetrados contra ações ou omissões danosas verificadas no âmbito federal" (RMS 26.211, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 27-9-2011, 1ª T, *DJE* de 11-10-2011.).

Assim, não se observa no presente *mandamus*, ato comissivo ou omissivo praticado pelo Prefeito do Município de São Paulo ou que pudesse por ele, efetivamente, ser corrigido.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A SEGURANÇA** com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, c.c. o artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, sem condenação em honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 25 da Lei Federal nº 12.016/09. Custas *ex lege*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2074209-42.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MIRIAN DENISE MACIEL DE ARRUDA, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE CONCEDIDA, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DENEGARAM A SEGURANÇA, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), JACOB VALENTE, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR FUNCIONÁRIA PÚBLICA

MUNICIPAL (ENFERMEIRA) EM RAZÃO DA PORTARIA Nº 190 DE 22.02.2019, DA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE, QUE INSTITUIU DIRETRIZES DE DESCENTRALIZAÇÃO DAS EQUIPES ASSISTENCIAIS DO SAMU, A SEREM OPERACIONALIZADAS NO ÂMBITO DAS COORDENADORIAS REGIONAIS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA NA BASE E HORÁRIO DE TRABALHO. ATO PRATICADO NO ÂMBITO DA COORDENADORIA DE GESTÃO DE PESSOAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, SEM QUALQUER PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA. INVIÁVEL A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO, SOB PENA DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DEFINIDA.

Mandado de segurança extinto, sem julgamento do mérito.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MIRIAN DENISE MACIEL DE ARRUDA, contra o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, pretendendo, em síntese, a concessão da segurança para compelir o impetrado, ou quem faça suas vezes, a conceder a permanência da impetrante no horário de trabalho atual.

Aduz, em síntese, que: 1) é enfermeira, funcionária pública da Prefeitura Municipal de São Paulo há mais de 15 anos e está lotada na equipe na Base SAMU OESTE BARRA FUNDA AM984 (fls. 11/12), desde junho de 2018, realizando plantão de 24 horas (domingo das 19hs as 19hs da segunda-feira fls. 21); 2) por conta da Portaria nº 190 de 22.02.2019, da Secretaria Municipal da Saúde, que instituiu diretrizes de descentralização das equipes assistenciais do SAMU, a serem operacionalizadas no âmbito das Coordenadorias Regionais de Saúde do Município de São Paulo, houve uma movimentação de mudanças de bases e profissionais, os quais foram convocados para escolha de vagas (local e horário para trabalho); 3) neste processo de mudanças, sua atual Base SAMU OESTE BARRA FUNDA AM984 foi desativada, tendo sido necessária a sua remoção para outro local/Base; 4) foi forçada a escolher PS LAPA – SBV 1010 plantão noturno, em dias alternados, não fixos (fls. 23); 5) possui outro emprego

Acesso ao Sumário

como Professora, não público, porém registrado, de terça a sexta feira, na Associação Filhas de São Camilo – Colégio Padre Luiz Tezza, conforme carteira de trabalho e espelhos de ponto dos meses de fevereiro e março juntados nos autos (fls. 24 e 30); 6) quando realizava plantões de 24 horas (domingo noturno e segunda-feira diurno), a impetrante conseguia administrar os dois empregos, e após sua mudança de local de trabalho e horário, não é mais possível dar aulas à noite, pois não tem plantão fixo em dias da semana; 7) está sendo lesada em seu direito, líquido e certo, com comprovado prejuízo funcional, sendo forçada a realizar plantões noturnos, não fixos, que acabam colidindo com seu outro emprego, como professora. Na escala de abril juntada aos autos, comprova-se, pela escala do mês, que no dia 03/04/2019 a impetrante está de plantão, de modo que terá que faltar da aula que dá no Colégio Padre Luiz Tezza; 8) é flagrante o desrespeito, pelo impetrado, ao seu direito líquido e certo, assegurado pelo art. 3º e parágrafo único da Portaria nº 190/1, ou seja, direito de não ter alterado o seu horário de trabalho, e de não ter prejuízo funcional.

Pleiteia, nestes termos, a concessão de medida liminar, para que seja determinada ao impetrado a sua permanência no regime de plantão 24 horas domingo das 19 horas as 19 horas da segunda-feira na base PS Lapa ou Base SANTANA, preferencialmente esta última (Santana). A final, requer seja a segurança concedida, tornando definitiva a liminar exarada. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Pelo r. despacho de fls. 34/35 foram concedidos à impetrante os benefícios da gratuidade da justiça e a liminar, nos seguintes termos: *"Estão presentes os requisitos para a concessão de liminar (inciso III do art. 7º da Lei 12.016/2009). Diante do quanto exposto na inicial e dos documentos juntados aos autos, verifica-se que a impetrante tem direito de permanecer no regime de plantão 24 horas domingo das 19 horas às 19 horas da segunda-feira, nos termos do art. 3º e parágrafo único da Portaria nº 190/2019, que determina que as alterações impostas pela referida portaria, não trarão prejuízos funcionais ao servidor, demonstrado, assim, fundamento relevante para o pedido. O periculum in mora decorre do fato de que o horário atual (não fixo) impede a impetrante de permanecer no seu outro emprego como professora, a resultar, ao final, a ineficácia da medida. Defiro, portanto, a medida liminar."*.

Acesso ao Sumário

O Sr. Prefeito do Município de São Paulo apresentou informações às fls. 42/54. Pugna, preliminarmente: 1) pela revogação do benefício da justiça gratuita concedida à impetrante e 2) pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o argumento de que todos os atos administrativos pertinentes à controvérsia foram praticados no âmbito da Coordenadoria de Gestão de Pessoas – COGEP – da Secretaria Municipal de Saúde, sem qualquer participação do Prefeito. No mérito, afirma que a pretensão não encontra amparo no artigo 3º, *caput*, da Portaria SMS nº 190 de 22 de fevereiro de 2010, pois a disposição normativa tão apenas assegura aos servidores a vinculação

dos mesmos no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, sem qualquer indicação ou especificação do modo de cumprimento da carga horária semanal ou dos dias que será cumprida, de tal sorte que a impetrante não tem direito líquido e certo em manter o seu horário de trabalho anterior.

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 79/84 pela ilegitimidade passiva, com consequente extinção do processo, sem resolução do mérito. Constou da ementa do parecer:

> "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA N. 190/2019-SMS.G. DESCENTRALIZAÇÃO DAS EQUIPES ASSISTENCIAIS DO SAMU. IMPETRANTE REMOVIDA – ILEGALIDADE ARGUIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO DE SÃO PAULO. ORDEM DE SEGURANÇA QUE MERECE SER DENEGADA EM FACE DESSA AUTORIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLVER SEU MÉRITO. REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA".

É o relatório.

De proêmio, rejeita-se o pedido preliminar de revogação da gratuidade concedida.

O direito à justiça gratuita está disciplinado no novo Código de Processo Civil, ao lado da Lei 1.060/50, que não foi totalmente revogada por aquele.

Confira-se a redação do art. 98 do referido Codex, que inaugura a seção que trata sobre o tema: *"Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."*

Nos termos do § 3º do art. 99 do CPC, *"presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural"*.

Assim sendo, conclui-se que, para a concessão da justiça gratuita a pessoa física, em qualquer fase do processo, basta, geralmente, a simples declaração no sentido de que não possui condições de arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Cumpre ressaltar, ainda, que, para o deferimento da assistência judiciária, apenas se exige que a parte careça de condições de suportar os ônus econômicos de um processo, não que esteja na miséria.

Registre-se que, até o presente momento, não há nos autos prova no sentido de que a impetrante possua capacidade financeira para arcar com as despesas processuais, sem prejuízo da própria mantença e da de sua família.

Com efeito, ausentes indícios de capacidade financeira da impetrante, caso é de ser-lhe deferida a gratuidade de justiça.

Por outro lado, a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelo Prefeito Municipal de São Paulo merece acolhida.

O art. 6º, § 3º, da Lei Federal nº 12.016/2009 estabelece que *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática"*.

A respeito, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

> "É *autoridade coatora*, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução (...). *Coator* é a *autoridade superior* que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas consequências administrativas. (...)
>
> 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 (...)"[1].

Ainda sobre a ilegitimidade passiva no âmbito do mandado de segurança, ensina Alexandre de Moraes:

> "Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatio ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem exame do mérito[2]"

E, especificamente com relação à legitimidade passiva do Chefe do Executivo, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

> "O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos.[3]"

Com tais luzes, verifica-se que, no caso dos autos, inexiste motivo para que o Sr. Prefeito Municipal de São Paulo figure no polo passivo do presente *mandamus*, pois, em momento algum, praticou, determinou a prática ou omitiu-se na prática de atos administrativos lesivos aos interesses da impetrante.

No caso, a Coordenadoria de Gestão de Pessoas – COGEP da Secretaria Municipal de Saúde, é a autoridade adequada para figurar no polo passivo deste mandado de segurança, pois foi a responsável pela edição da Portaria 190/2019, ora impugnada, bem como é a responsável pela execução das disposições da

Acesso ao Sumário

1 Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 37ª edição, 2016, pág. 76/80.

2 Direito Constitucional, 18ª edição, Editora Atlas, pág. 141.

3 RMS 11.595, Rel. Min. José Delgado, j. 05/04/2001 *in* MS n. 0009601-40.2017.8.26.0000, Rel. Xavier de Aquino, j. 22.03.2017.

referida Portaria, com a remoção dos servidores do SAMU do Município de São Paulo (fls. 46/47).

No mesmo sentido, o parecer do i. Membro do Ministério Público:

"(...) 1.1. O Prefeito de São Paulo, em verdade, não participara da edição da medida legislativa em apreço, porquanto, como se infere, a Portaria n. 190/2019-SMS.G fora editada pelo Secretário Municipal da Saúde, estatuindo 'as diretrizes de descentralização das equipes assistenciais do SAMU, a serem operacionalizadas no âmbito das Coordenadorias Regionais de Saúde do Município de São Paulo, quando da integração com os equipamentos da Rede Regionalizada e Hierarquizada de Saúde e demais pontos de interesse da municipalidade'.

E mais, a atuação específica e concreta, em cada situação fática, para satisfazer essas diretrizes, foi executada pela Coordenadoria de Gestão de Pessoas da mesma Secretaria Municipal, por meio do Comunicado 06/19-SMS.G/COGEP (publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo do dia 26.02.2019) – (fls. 46/47 – destaques no original), que iniciou a remoção dos servidores públicos municipais junto ao SAMU.

Deveras, tanto a Portaria n. 190/2019-SMS.G – que, abstrata e genericamente, estatuíra as diretrizes de alocação dos servidores municipais –, como o referido Comunicado n. 06/2019-SMS.G/COGEP, que deu efetiva e concreta aplicação àquela, foram editados sem qualquer ingerência ou determinação do Prefeito de São Paulo.

Esses atos administrativos Portaria n. 190/2019 e Comunicado n. 06/2019 –, é que, ao menos em tese e a princípio, são ofensivos aos direitos e interesses da Impetrante.

Se assim está posta a matéria, o Prefeito de São Paulo é autoridade ilegítima para figurar nesta demanda judicial. (...)". (fls. 80/81).

Assim, reconhecida a ilegitimidade do Sr. Prefeito Municipal de São Paulo, falece a este C. Órgão Especial competência para o julgamento do presente *writ*, porquanto a autoridade responsável e competente pelo ato impugnado não consta do rol taxativo do artigo 74, inciso III, da Carta Bandeirante[4].

De se registrar que, embora tenha o Chefe do Poder Executivo Municipal combatido o mérito da impetração em suas informações de fls. 30/40, a sua indicação errônea no polo passivo do *writ* implica modificação de competência originária disciplinada pela Constituição do Estado de São Paulo, de tal sorte que nem é de se falar na aplicação da teoria da encampação[5].

Acesso ao Sumário

4 **Constituição Paulista.** "Artigo 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 Assembléia, 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;"

5 Em análise às decisões dos Tribunais Superiores, informa Hely Lopes Meirelles que: "decisões ainda atribuem legitimidade à parte que, embora não fosse, em princípio, a legitimada, acaba por encampar o

Sobre a inviabilidade da aplicação da teoria da encampação, precedentes desta Corte:

> "MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL – UBER – REQUISITOS PARA CADASTRAMENTO CRIADOS POR RESOLUÇÕES DE SECRETARIA MUNICIPAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA – A autoridade apontada como coatora não é responsável pelos atos supostamente lesivos ao direito líquido e certo invocado pelo impetrante – Hipótese em que a indicação errônea acarreta alteração de competência constitucionalmente fixada – Impossibilidade de aplicação da teoria da encampação – Precedente do E. STJ. Ordem denegada[6]". (n/ grifo).
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO REALIZADO PELA SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – VAGAS RESERVADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS – APURAÇÃO DE SUPOSTO EQUÍVOCO NOS CRITÉRIOS DE ALTERNÂNCIA DAS CONVOCAÇÕES – IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO DE INVALIDAÇÃO DE NOMEAÇÃO E POSSE DO IMPETRANTE – ILEGITIMIDADE AD CAUSAM PASSIVA DAS AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS – RECONHECIMENTO – INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR DIRETAMENTE ATRIBUÍVEL AO GOVERNADOR – PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO POR PORTARIA DO DELEGADO DE POLÍCIA DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO DA POLÍCIA CIVIL E PRESIDIDO POR DELEGADO DE 1ª CLASSE, QUE NÃO DISPÕEM DE FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – SEGURANÇA DENEGADA". "A autoridade coatora contra a qual deve ser impetrado o mandado de segurança é aquela que, direta e imediatamente, pratica o ato violador do direito do impetrante, e que, em virtude de sua competência funcional, está em condições de corrigir a ilegalidade impugnada". "O rol taxativo do artigo 74, inciso III, da Carta Bandeirante não prevê competência desta Corte para processar e julgar

ato da autoridade que lhe é subordinada (STJ, RMS 15.040-SP, rela. Min. Eliana Calmon, RF 370/299, e REsp 574.981-RJ, rela. Eliana Calmon, RF 375/328). Lembre-se, apenas, que se exige, para fins de aplicação da *teoria da encampação*, 'vínculo hierárquico imediato entre aquela autoridade e a que deveria, efetivamente, ter figurado no feito', como já mencionado (STJ, MS/AgR 24.116-AM, rel. Min. Félix Fischer, DJU 2.6.2008). Também se exige que não haja modificação da competência prevista na Constituição para o julgamento do mandado de segurança e a discussão do mérito do pedido nas informações apresentadas pela autoridade (STJ, RMS 21.775-RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJe 1.12.2010. O primeiro requisito é especialmente caro ao STF – AC 3.545-DF, rel. Min. Celso de Mello, DJe 24.4.2014 –, em virtude da tentativa de se alterar a competência para o *mandamus* ao se indicar como autoridade coatora aquela estabelecida *ratione personae* pela Constituição.) *in* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 37ª edição, 2016, pág. 80, nota 152. (n/ grifo).

6 0010532-09.2018.8.26.0000, Rel. Moacir Peres, j. 10.10.2018.

Acesso ao Sumário

originariamente mandados de segurança contra ato de Delegado de Polícia". "Não cabe cogitar da incidência da teoria da encampação, pois, embora o Chefe do Poder Executivo Estadual tenha combatido o mérito da impetração, a sua indicação errônea no polo passivo do writ implicaria modificação da competência jurisdicional originária do Tribunal de Justiça disciplinada pela Constituição do Estado de São Paulo.[7]" (n/ grifo)

Assim, reconhecida a ilegitimidade passiva *ad causam*, de rigor a denegação da ordem, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 c.c. o artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, não sendo possível a emenda da inicial[8].

Ante o exposto, denega-se a segurança, revogada a liminar anteriormente concedida. Honorários advocatícios não são devidos. Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0029109-74.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SÉRGIO CÁSSIO DA SILVA SALVADOR, é impetrado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. GIULIANA RODRIGUES DALMAS SANTA'ANNA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31780/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

Acesso ao Sumário

7 MS nº 2207535-06.2016.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, j. 19.04.2017.

8 A jurisprudência do C. STJ e STF está consolidada no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora implica a extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*, não cabendo ao juiz ou Tribunal determinar, de ofício, a substituição da parte impetrada (STF, MS 22.970-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 24.4.1998, p. 5; MS 29.008-DF, rel. Min. Ayres Britto, DJe 30.9.2010; e MS 27.788-ES, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19.4.2011; STJ, MS 4.212-DF, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 2.6.1997, p. 23.751; CComp 28.133-DF, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 8.5.2000, p. 52; REsp/AgR 1.162.688-MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.8.2010) *in* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 37ª edição, 2016, pág. 79, nota 152.

São Paulo, 12 de junho de 2019.
ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra revisão da aposentadoria por invalidez do impetrante – Retorno do autos após julgamento de Recurso Especial que reformou em parte o acórdão já proferido neste C. Órgão Especial pela anterior relatoria, alterando o termo inicial do prazo decadencial para a revisão do ato administrativo que havia deferido o benefício previdenciário do promotor de justiça impetrante – Estabelecimento do prazo em 5 anos, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99, e não de 10 anos que não foi objeto de alteração e fica, assim, mantido nos mesmos moldes do primeiro julgamento nesta E. Corte Estadual, cabendo a adaptação do julgado somente naquilo que foi objeto de modificação na instância superior – Aplicação do posicionamento instituído no julgamento do Recurso Especial que mantém o decurso do prazo decadencial – Fixação, no E. STJ, do termo inicial como sendo o julgamento do Tribunal de Contas sobre a concessão da aposentadoria – Documentação apresentada pelo requerente que, constante ou não antes do primeiro julgado, mostra a ordem cronológica e as datas de todas as decisões – Essencialidade de uso dos mesmos parâmetros de contagem, de modo que, se considerada a data da decisão do Tribunal de Contas, deve ser verificada a data da decisão de sua revisão, assim como que, se apreciada a data do registro da concessão pelo aludido TC, deve-se observar o registro de sua revisão – Observância da conclusão do Tribunal de Contas, em quaisquer das referências utilizadas, que mostra o transcurso do prazo prescricional – Manutenção do acolhimento da ordem para restabelecer a integralidade da aposentadoria – Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Exmo. Sr.

Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo consistente na revisão da aposentadoria do impetrante sob a fundamentação de que seria obediência à Portaria nº 116/2012 e a invalidez não teria amparo na legislação.

Após o devido processamento, foi o presente *writ* julgado por este C. Órgão Especial sob a relatoria do Exmo. Des. Ademir Benedito, concedendo-se a segurança para restabelecer os proventos integrais da aposentadoria em razão do decurso do prazo de decadência de cinco anos, mostrando-se irregular o cancelamento feito pela Administração Pública.

De tal acórdão foi interposto Recurso Especial, em cujo julgamento o E. Superior Tribunal de Justiça fixou como termo inicial do cômputo do prazo decadencial de 5 (cinco) anos o julgamento do Tribunal de Contas, afastando aquele inicialmente considerado que era a data da aposentadoria do impetrante. Com isso, retornaram os autos, com reforma parcial do acórdão recorrido, para prosseguimento do julgamento, nos termos de sua fundamentação.

Após a distribuição deste *writ* a esta nova relatoria, o impetrante apresentou documentos acerca das datas de todas as decisões de concessão e revisão de sua aposentadoria.

É o relatório.

Não obstante o entendimento estabelecido no julgamento do Recurso Especial pelo E. Superior Tribunal de Justiça, fica mantido o reconhecimento de decadência estabelecido nestes autos, acrescentando-se, porém, o parâmetro de contagem com a data inicial definida pela E. Corte Superior.

Considerando o prazo de decadência instituído já no primeiro acórdão deste E. Tribunal de Justiça, proferido pelo anterior Relator Sorteado, de 5 anos, bem como os termos do r. acórdão do E. STJ de fls. 611/615, observa-se que, mesmo considerando como data inicial o registro da análise do pedido do benefício de aposentadoria no respectivo Tribunal de Contas, já transcorreu o prazo decadencial.

Essencial registrar que o presente acórdão apenas pode analisar a questão alterada pelo acórdão do E. STJ, a qual consiste no termo inicial do prazo da decadência, figurando o estabelecimento do prazo de 5 (cinco) anos ao caso imutável por ter sido reconhecido no anterior aresto da Corte Estadual e não alterado na Justiça Superior. Além disso, somente se fosse afastada a decadência é que deveria ser analisado o mérito do mandado de segurança, mas, conforme o que será explanado, não é o que ocorre na hipótese presente.

Inicialmente, o acórdão proferido neste C. Órgão Especial, pelo anterior Relator Sorteado, definiu pela restituição da aposentadoria no valor integral originalmente concedido em razão do decurso do prazo decadencial para que a Administração Pública efetuasse a revisão, inclusive no exercício da autotutela, ponderando que o impetrante, Promotor de Justiça, aposentou-se por

Acesso ao Sumário

invalidez em 09/08/2005 e que o Ministério da Previdência Social no Regime Próprio do Ministério Público cassou a aposentadoria integral, que passou a ser proporcional, através de decisão de 13/11/2013 (fls. 115), ou seja, mais de 8 (oito) anos após a concessão a aposentadoria.

O Ministério Público, no caso, iniciou a revisão sob o fundamento de que a doença que ensejou o benefício por invalidez não estaria na relação de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave estabelecida em lei.

Em sede de recurso especial, o E. STJ afastou o início da contagem do prazo decadencial de 5 anos do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 como sendo a data da aposentadoria e sim, consignando que se trata de um ato complexo, que ele começa a fluir após a análise pelo Tribunal de Contas.

Com efeito, nesse sentido já se manifestou o E. STF:

> Agravo regimental em mandado de segurança. Decisão do Tribunal de Contas da União. Aposentadoria. Ato complexo. Registro no TCU. Decadência. Inaplicabilidade. Conclusão pela ilegalidade do ato de concessão de aposentadoria. Possibilidade. Não há direito adquirido a regime jurídico. Ausência de violação dos princípios da separação dos poderes, da coisa julgada e da segurança jurídica. Agravo regimental não provido. 1. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime jurídico referente à composição dos vencimentos de servidor público, podendo, destarte, a Corte de Contas da União concluir pela ilegalidade do ato de concessão de aposentadoria se a conclusão obtida, embora respeitando decisão judicial transitada em julgado, se fundamenta na alteração do substrato fático-jurídico em que proferido o decisum (tais como alteração do regime jurídico do vínculo ou reestruturação da carreira). 2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o ato concessivo de aposentadoria, pensão ou reforma configura ato complexo, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com o registro perante a Corte de Contas, após submissão a juízo de legalidade. Assim, a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente se opera a partir da publicação do referido registro. 3. Desnecessidade de restituição das parcelas recebidas por força de medida liminar deferida com fundamento em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, cassada em virtude da recente mudança de entendimento. Projeção do postulado da confiança assentada pelo plenário deste Supremo Tribunal no julgamento do mandado de segurança n. 25.430 (Relator para o acórdão o Ministro Edson Fachin). Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (Mandado de Segurança – 26132 AgR/DF – Distrito Federal – Segunda Turma – Rel. Min. Dias Toffoli – J. 18/11/2016) *(grifei)*

Diante desse quadro, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que não consta dos acórdãos recorridos a notícia de que teria havido julgamento da aposentadoria discutida no respectivo Tribunal de Contas e, como não poderia

Acesso ao Sumário

reexaminar matéria fática, ordenou o retorno ao Tribunal de Origem observando o novo termo inicial.

Entretanto, mesmo que desconsideradas as datas definidas no acórdão que reconheceu a decadência na Corte Estadual, passando a utilizar a da conclusão feita pelo Tribunal de Contas respectivo, verifica-se o decurso do prazo decadencial e, assim, a necessidade de manutenção do julgado no sentido de que a segurança deve ser concedida com a ordem de restabelecimento integral dos proventos da aposentadoria por invalidez.

Nos termos do entendimento estabelecido nestes autos, a concessão de aposentadoria figura como ato complexo e seu aperfeiçoamento se dá somente após a decisão sobre ela pelo Tribunal de Contas.

Na hipótese vertente, indicou-se que o pleito foi remetido ao Tribunal de Contas e a sua decisão de concessão foi proferida em 16/09/2010, cujo registro data de 22/12/2010. Por outro lado, quando do procedimento de revisão, a conclusão do mesmo Tribunal de Contas se deu em 22/10/2015, com respectivo registro em 06/05/2016.

Anota-se que, independentemente de tais informações constarem ou não anteriormente no processo, o fato é que, neste momento, pode-se verificar, da documentação juntada pelo impetrante às fls. 628/633 após o retorno a este juízo de origem, as exatas datas necessárias a esse cômputo.

Os parâmetros para a contagem devem ser os mesmos, ou seja, se considerada a data da decisão do Tribunal de Contas sobre a concessão, deve ser verificada a data da sua conclusão da revisão. Por outro lado, se utilizada a data do registro da decisão do Tribunal de Contas, deve-se utilizar a data do seu registro da revisão.

Pois bem. Dos documentos agora apresentados, há a notícia de que em 09/08/2005 foi publicada a decisão de aposentadoria de invalidez do requerente (fl. 628), seguido da notificação de registro da sentença do Tribunal de Contas em 22/12/2010 (fl. 630), a qual foi proferida em 16/09/2010 (fl. 629). Por sua vez, a publicação da decisão de revisão ocorreu em 13/11/2013 (fl. 631), sobrevindo a confirmação da revisão pelo Tribunal de Contas em 22/10/2015 (fl. 632) com o seu registro em 06/05/2016. Desse modo, se comparada a primeira decisão de concessão do TC com a de sua revisão, entre 16/09/2010 e 22/10/2015, decorrido o prazo decadencial; enquanto que, se confrontado o registro da decisão do TC de concessão e o registro de sua revisão, entre 22/12/2010 e 06/05/2016, igualmente se confirma o transcurso do período.

Ante o exposto, **fica mantida a concessão da ordem**, devendo ser restabelecida a integralidade da aposentadoria diante do decurso do prazo decadencial.

Acesso ao Sumário

Procedimentos Investigatórios Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 2071933-72.2018.8.26.0000, da Comarca de Comarca de (...), em que é representante MINISTÉRIO PÚBLICO, é denunciado F.J.Y.D. (PROMOTOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DECLINARAM DA COMPETÊNCIA, COM DETERMINAÇÃO. V.U. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. CÍCERO JOSÉ MORAIS. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGÃO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.771OE)**

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, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "Procedimento Investigatório Criminal – Promotor de Justiça – Suposto cometimento das infrações descritas no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, no art. 147, por duas vezes, combinado com o art. 70, caput, 129, caput, combinado com o art. 14, inciso II, e 331, por quatro vezes, combinado com o art. 70, caput, do Código Penal, todos combinados com o art. 69, caput, também do Código Penal.

Fatos apurados ocorridos quando o denunciado era o titular da (...) Promotor de Justiça de (...), cargo que não ocupa mais, em razão de sua aposentadoria, publicada no Diário Oficial do Estado, em 2-3-2019 – Insubsistência de foro por prerrogativa de função –

Acesso ao Sumário

Incompetência deste Órgão Colegiado para processar e julgar o caso – Julgamento da QO na AP nº 937-RJ, pelo STF – Art. 11 da Lei nº 8.038, de 28-5-1990 – Fim da instrução processual – Marco temporal de perpetuatio jurisdictionis.

Competência declinada".

VOTO

O Procurador-Geral de Justiça ofereceu denúncia em face de F.J.Y.D., Promotor de Justiça qualificado às fls. 174, por suposto cometimento das infrações descritas no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, no art. 147, por duas vezes, combinado com o art. 70, caput, 129, caput, combinado com o art. 14, inciso II, e 331, por quatro vezes, combinado com o art. 70, caput, do Código Penal, todos combinados com o art. 69, caput, também do Código Penal. Juntou documentos e arrolou testemunhas.

Segundo consta da peça acusatória, no dia (...), por volta das (...), no interior da Loja (...), localizado na Av. (...), (...), (...), na cidade de (...), em lugar acessível ao público, o denunciado importunou G.C.S.N., de modo ofensivo ao pudor. No mesmo dia, horário e local o denunciado, por palavras e mediante conduta única, ameaçou de causar mal injusto e grave a G.C.S.N. e a E.L.M. Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado também tentou ofender a integridade física de E.L.M., não se consumando o crime de lesão corporal por circunstâncias alheias à sua vontade. Por fim, consta que no mesmo dia, horário e local, mediante conduta única, fracionada em diversos atos, o denunciado desacatou os policiais militares C.J.S., J.L.C., O.L. e J.L.C.B., funcionários públicos que se encontravam no exercício de suas funções.

Destaca que o denunciado ocupa o cargo de (...) Promotor de Justiça de (...) e que no dia dos fatos, ingeria cerveja, acompanhado de dois amigos, no interior da Loja (...) acima referido.

Consoante a denúncia, o desenrolar dos fatos se deram da seguinte maneira: "É certo que, em dado instante, G.C.S.N. adentrou ao referido estabelecimento comercial e foi até a cesta de pães, pois pretendia adquirir alguns deles.

"G. notou que, enquanto escolhia a mercadoria, referindo-se a ela e com o deliberado propósito de importuná-la, o denunciado dirigiu-se a uma funcionária do estabelecimento que se encontrava próxima de ambos e, de forma ofensiva ao pudor, disse: '**...mas é boa, hein!...**'.

"Percebendo a inadequada postura do denunciado, a funcionária respondeu-lhe: '**...êêê japonês, você não tem jeito mesmo, hein!**'.

"Fingindo que não havia percebido o gracejo que o acusado havia lhe dirigido, G. foi até o caixa a fim de efetuar o pagamento da mercadoria que

Acesso ao Sumário

pretendia adquirir, deixar o local o mais rápido possível e evitar maiores problemas.

"No entanto, de forma acintosa e constrangedora, o denunciado prosseguiu importunando a vítima e, sem disfarçar, passou a olhar fixamente para as suas nádegas.

"Acreditando que pudesse dissuadir o denunciado do propósito de importuná-la, por intermédio de um sinal, G. pediu ao seu companheiro, E.L.M., que até então a aguardava do lado de fora do estabelecimento, que fosse até ela.

"Depois de cientificar-se do que estava acontecendo e constatar que, mesmo após perceber que G. estava acompanhada, o denunciado prosseguia olhando fixamente para as partes íntimas de sua companheira, E. foi em direção ao acusado para tirar satisfação.

"Neste instante, com o deliberado propósito de agredir E., o denunciado partiu em sua direção, sendo contido por aqueles que o acompanhavam, que cuidaram de apartá-los.

"Não satisfeito com a confusão à que havia dado causa, impossibilitado de agredir E. fisicamente, uma vez que seus companheiros o seguravam, o denunciado passou a ameaçar E. e G. de causar-lhes mal injusto e grave, dizendo: '**...vocês não sabem com quem estão mexendo..., ...vou acabar com a vida de vocês..., ...sou promotor de justiça...**'.

"Nesse contexto, visando intimidar ainda mais G. e E., o denunciado anotou os dados de identificação constantes da placa da motocicleta que transportava as vítimas até o local.

"Durante uma distração das pessoas que tentavam impedir que ele se aproximasse das vítimas, o denunciado deixou o interior da loja de conveniência por uma porta que dá acesso a ala dos fumantes e dirigiu-se até a entrada principal do estabelecimento, onde E. se encontrava, ocasião em que, com o nítido propósito de ofender a integridade corporal deste, desferiu um soco em direção ao seu rosto, não obtendo êxito em acertá-lo, uma vez que, empunhando um capacete, de modo a proteger sua cabeça, a vítima suspendeu o braço e aparou o golpe.

"Assim, a lesão corporal não se consumou em razão de circunstâncias absolutamente alheias à vontade do denunciado.

"Intimidado pelo comportamento extremamente agressivo do acusado, E. acionou a Polícia Militar, que, imediatamente, enviou ao local o Sargento J.L.C.B. e os Cabos C.J.S. e J.L.C.

"Depois de conversarem com E. e G., na tentativa de tomar conhecimento da versão do acusado, os milicianos se dirigiram a ele, sem que alcançassem o aludido propósito, uma vez que, com a inequívoca intenção de menoscabar da função pública desempenhada pelos policiais, o acusado passou a desacatá-los.

Acesso ao Sumário

"Ao perceber que os policiais tinham adentrado à loja de conveniência, antes que lhe fizessem qualquer indagação, de forma arrogante, prepotente e desrespeitosa, o denunciado estendeu os braços, simulando o ato de quem se entrega para ser algemado e, em voz alta, na presença de todos que ali se encontravam, disse: '**...e aí?...,...vão me prender?...,...vão me levar?...**'.

"Nesse instante, o Sargento J.L. advertiu o denunciado de que ele e seus colegas de farda ali se encontravam no desempenho de suas funções e que, portanto, exigiam ser tratados com o mesmo respeito que dispensavam a ele.

"A advertência do sargento não surtiu efeito e o acusado continuou a afrontar os policiais, dizendo: '**...não falo com vocês...,...sou promotor de justiça...,...não chamei vocês aqui...**'.

"Os policiais ainda tentaram reconduzir o acusado à passividade, afirmando a ele que objetivavam apenas a obter a sua versão sobre os fatos, mas, na frente de todos que ali se encontravam, ele continuou se portando de forma afrontosa, dizendo ao sargento: '**...por mim você vai embora, mas, se quiser resolver a situação, me coloca lá fora com aquele homem, que eu resolvo no braço...**'.

"Não bastasse tudo o que já havia feito, na tentativa de intimidar os policiais, fazendo referência ao Comandante do (...) BPMI, ao qual os primeiros estão subordinados, o denunciado bradou: '**...vocês conhecem o Coronel R.X.?...,...ele foi meu aluno...,...o comandante é meu amigo pessoal...,... vocês vão ligar pra ele ou querem que eu ligue?...**'.

"Percebendo que não conseguiriam um contato amistoso com o denunciado, visando à confirmação de que, realmente, se tratava de um Promotor de Justiça, uma vez que a conduta por ele externada destoava daquela que se espera de uma autoridade daquela espécie, os policiais solicitaram a ele a apresentação de um documento.

"Em posse da CNH do acusado, os policiais constataram que ele realmente era Promotor de Justiça e, em cumprimento ao procedimento operacional padrão, que determina que ocorrência envolvendo autoridades sejam conduzidas por oficiais, o Sargento J.L. cuidou de acionar o Aspirante à Oficial O.L., que não tardou a comparecer ao local.

"Ao chegar à loja de conveniências, o aspirante percebeu que o denunciado permanecia bastante exaltado, quando, de forma desrespeitosa, fez a mesma indagação a esse policial: '**...você conhece o Coronel R.?...,...quer que eu chame ele aqui?...**'.

"O aspirante tentou acalmar o acusado e convencê-lo a acompanhar os policiais à Central de Flagrantes, para que, durante a lavratura do boletim de ocorrência, pudesse apresentar sua versão sobre os fatos, mas, de forma ríspida e irônica, o denunciado respondeu: '**...vou continuar bebendo cerveja com os**

Acesso ao Sumário

meus amigos, se quiser me prenda...'.

"Em tom de deboche, o denunciado passou a 'ensinar' o aspirante como ele deveria proceder com seus subordinados, chegando a dizer a ele que: '**...de polícia eu entendo mais do que você...**'.

"Notando que o denunciado se mostrava irredutível, o aspirante determinou aos seus subordinados a lavratura do BOPM e o acompanhamento de G. e E. à Central de Flagrantes, a fim de que fosse lavrado o boletim de ocorrência da Polícia Civil.

"Em arremate à conduta afrontosa que vinha empreendendo em relação aos policiais, enquanto o Cabo J.L.C. lavrava o BOPM, fazendo referência à sua condição de canhoto, o denunciado disse a ele: '**...você é todo errado mesmo...**'.

"Ao término da formalização do atendimento à ocorrência, os policiais orientaram G. e E. a acompanhá-los a Central de Flagrantes para que fosse lavrado o boletim de ocorrência, o que de fato foi feito.

"O denunciado e seus amigos permaneceram no local."

As fls. 22/25, 26/28, 31/32 e 33/34 são cópias dos termos de declaração prestada, respectivamente, por G.C.S., E.L.M., C.J.S. e J.L.C., os dois últimos na condição de testemunhas, no (...) Distrito Policial de (...), perante a autoridade policial.

Já às fls. 120/159, 166/167 e 174/181 foram juntadas cópias dos termos de declaração de G.C.S.N., E.L.M., E.A.F.R., R.R., L.L.L., N.M.B., C.J.S., J.L.C., F.L.A., O.L. e L.M.V. e cópia do termo de interrogatório do denunciado prestadas e procedido nas dependências do GAECO, núcleo de (...), na presença dos eminentes Procurador de Justiça Coordenador e/ou Promotores de Justiça Assessores do Setor de Feitos Criminais de Atribuição Originária da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente, dr. Cícero José de Morais, dr. Miguel Tassinari de Oliveira e dr. Pedro Ferreira Leite Neto.

Por fim, completando a instrução ministerial, V.F.F. e J.L.C.B. prestaram declarações, reduzidas a termo às fls. 194/197 e 199/202, e o denunciado foi submetido a novo interrogatório, fls. 203/205.

Também instruem os autos a cópia das imagens gravadas pelas câmeras de segurança instaladas na Loja (...), onde se deram os fatos, fls. 217/221.

Distribuído o presente procedimento investigatório criminal ao relator subscritor, notificado o requerido e deferido o acesso às mídias digitais ao denunciado, veio aos autos resposta à denúncia, fls. 268/289, ocasião em que a defesa postula a rejeição de plano da peça acusatória ou a improcedência da acusação. Ainda subsidiariamente, requer a designação de audiência de transação penal, nos termos e para os fins da Lei nº 9.099/95, caso a ação penal seja parcialmente rejeitada e as infrações penais remanescentes sejam consideradas

de menor potencial ofensivo.

A justificar seus pedidos, ressalta a defesa que a própria G. declarou às fls. 120 que o suposto comentário proferido pelo denunciado fora direcionado à funcionária da loja, R.R., e não a ela. Por sua vez, mencionada funcionária disse que não percebeu o requerido se dirigindo à G. e que conversavam sobre aparelho de telefone celular. A outra funcionária da loja, L.L.L., bem como as pessoas que acompanhavam o denunciado, F.L.A. e L.M.V., e a testemunha N.M.B. afirmaram não terem presenciado qualquer importunação dirigida a G. pelo requerido, não havendo, assim, prova nos autos de que a expressão "Mas é boa hein", supostamente ouvida por G., direcionada à funcionária da loja R., fosse um gracejo referente aos atributos pessoais dela, muito menos que tenha sido algo dito com o intuito de importunar o pudor de G. Em decorrência da falha de interpretação dos fatos, G. chamou E., seu marido, para o interior da loja, o qual entendeu por bem tomar satisfações de forma intimidatória do denunciado, sob o equivocado pretexto de que o requerido estaria olhando para as nádegas de sua esposa, iniciando-se acalorada discussão entre ambos, com troca de ofensas recíprocas. A funcionária L. desmente a versão de E., de que ele entrou na loja e foi em direção do requerido, para tirar satisfações, dizendo "você está olhando para bunda da minha mulher", ao que o denunciado respondeu "você está louco", e não "meu olho não tem cerca e vou continuar olhando", como afirmou E. A defesa conclui não haver provas a embasar a denúncia por importunação ao pudor de G. e, ainda que o requerido tivesse se referido aos atributos dela, a hipótese sequer configuraria contravenção de importunação ofensiva ao pudor, porque não se pode presumir a contravenção em razão de um comentário elogioso a terceira pessoa, tanto mais porque suposta vítima presumiu que referido comentário se dirigia a ela.

Com relação às acusações de ameaça e injúria, anota a defesa que a vítima G. representou o denunciado apenas pelo crime de injúria, deixando de se manifestar sobre o de ameaça, embora orientada pela autoridade policial sobre o prazo e procedimento para o oferecimento de representação, inexistindo condição de procedibilidade para a ação penal, porque decorridos mais de seis meses do fato. E., contudo o representou. Conclui afirmando que a ausência de representação expressa de G. demonstra que as palavras proferidas pelo denunciado, em desfavor das vítimas, no calor dos acontecimentos, com o ânimo alterado, não continham idoneidade para configurar o crime de ameaça, configurando um fato atípico.

Acesso ao Sumário

Quanto à tentativa de lesão corporal, ocorrida fora da loja, um frentista do posto conteve o denunciado e nenhuma testemunha presencial afirmou ter visto o denunciado tentando dar um golpe em E. no exterior da loja, não havendo elemento probatório mínimo e idôneo para o início de ação penal por tentativa de lesão corporal, já que a acusação está fundada exclusivamente

nas declarações dos contendores. A suposta agressão no máximo configuraria contravenção de vias de fato, na forma tentada, o que não é punível, art. 4º da Lei das Contravenções Penais.

Por fim, com relação ao crime de desacato, menciona o julgamento do Recurso Especial nº 1640084/SP, pela C. Sexta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que reconheceu a abolitio criminis do art. 331 do Código Penal, por incompatibilidade com o art. 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que impede a restrição da liberdade de pensamento e expressão por vias indiretas. Porém, se assim não entender este Órgão Colegiado, afirma que em momento algum faltou com respeito com os policiais militares, com o ânimo de desacatá-los em razão da função pública e que as frases transcritas na denúncia, supostamente ditas pelo denunciado, não podem ser consideradas ofensivas à função pública dos policiais militares, em razão de sua prerrogativa de promotor de justiça: não poderia ser preso sem ordem judicial, a não ser em casos de flagrante de crimes inafiançáveis, art. 40, III, da Lei nº 8.625/93, e art. 224, III, da Lei Complementar nº 734/93. Teria agido no exercício regular de direito de defesa de uma sua prerrogativa funcional.

Liberados os autos para julgamento, manifesta a Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 307 pela distribuição desta ação penal a uma das Varas Criminais da Comarca de (...), em razão da perda do foro especial por prerrogativa de função do denunciado, dr. F.J.Y.D., decorrente de sua aposentadoria, publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em (...).

Oportunizado o contraditório, o denunciado postula o julgamento do processo pelo Órgão Especial. Alega que o STF, no julgamento da Questão de Ordem nº 937-RJ, ao tratar do marco temporal para fixação de competência nos crimes com competência de foro por prerrogativa de função, decidiu que "A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes". Esse novo entendimento não afetaria a competência do Órgão Especial para deliberar nos termos e para os fins do art. 6º da Lei nº 8.038, de 28-3-1990, porque nessa fase o Tribunal pode receber ou rejeitar a denúncia, julgar improcedente a acusação, se a decisão não depender de outras provas, podendo ainda absolver sumariamente o acusado. E para possibilitar esse julgamento, o acusado deve ser notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias, momento em que a competência por prerrogativa de foro é fixada, de forma

Acesso ao Sumário

analógica à intimação prevista no art. 11 da Lei nº 8.038, de 28-5-1990, para apresentação de alegações finais.

É o relatório.

Acolhe-se a manifestação de fls. 307 subscrita pelo eminente Procurador de Justiça, dr. Cícero José de Morais, instruída com cópia da Portaria do Procurador-Geral de Justiça, concedendo aposentadoria a F.J.Y.D., publicada no DOE de (...).

De acordo com o art. 69 do CPP, a competência em matéria criminal é fixada conforme o local em que o crime foi praticado ou se consumou ou, ainda, pelo domicílio ou residência do autor (ratione loci), em conformidade com a natureza do crime praticado (ratione materiae) ou de acordo com a qualidade da pessoa que pratica o ato criminoso (ratione personae).

O caput do art. 25 da CF/88 estabelece que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

Em consonância com a Constituição Federal, o art. 74 da Constituição Estadual estabeleceu a competência originária do Tribunal de Justiça, para processar e julgar, nas infrações penais comuns, dentre outros agentes públicos, os Membros do Ministério Público, e, simetricamente à legislação constitucional, o art. 13, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, fixou que compete ao Órgão Especial, processar e julgar, originariamente, as autoridades e matérias cometidas ao Tribunal de Justiça pelas Constituições Federal, do Estado de São Paulo e legislação aplicável, ressalvada a competência de órgão fracionário.

Por sua vez, o art. 84 do CPP dispõe que "A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade".

A denúncia foi apresentada neste Tribunal porque F.J.Y.D., à época dos fatos, era o titular da (...) Promotor de Justiça de (...), cargo que não ocupa mais em virtude de sua aposentadoria.

A prerrogativa de foro especial é da função, e não da pessoa que ocupa o cargo público. O objetivo é o de garantir o exercício do cargo, e não o de proteger quem o exerce. Acerca do tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir a QO no Inquérito 687-4/SP, cancelou a Súmula 394, cujo texto enunciava que "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

Nesse sentido:

"Ação Penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para

prosseguir no processamento dela. Cancelamento da súmula. Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição. Questão de ordem que se resolve no sentido de se declarar a incompetência desta Corte para prosseguir no processamento desta ação penal, determinando-se a remessa dos autos à Justiça comum de primeiro grau do Distrito Federal, ressalvada a validade dos atos processuais nela já praticados." (STF, QO na AP nº 315-4-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. em 25-8-1999)

"PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESEMBARGADOR APOSENTADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. DESLOCAMENTO PARA O PRIMEIRO GRAU. SÚMULAS 394 E 451 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO VITALÍCIO. GARANTIA CONFERIDA AOS SERVIDORES DA ATIVA DE PERMANECEREM NO CARGO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A vitaliciedade é garantia inerente aos magistrados e tem como objetivo prover a jurisdição de independência e imparcialidade. II – Exercem a jurisdição, tão somente, magistrados ativos. III – A aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, transfere a competência para processamento e julgamento de eventual ilícito penal para o primeiro grau de jurisdição. IV – Recurso extraordinário a que se nega provimento." (STF, RE nº 546.609-DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22-3-2012).

Voltando ao caso dos autos, os fatos apurados se deram quando o denunciado era o titular da (...) Promotor de Justiça de (...), cargo que não ocupa mais, em razão de sua aposentadoria, publicada no Diário Oficial do Estado, em (...), fls. (...), não subsistindo o foro por prerrogativa de função, devendo este procedimento ser redistribuído a uma das Varas Criminais de (...), para as providências cabíveis.

Não tem cabimento interpretação analógica para estabelecer ao art. 4º o mesmo sentido do art. 11 da Lei nº 8.038, de 28-5-1990. Com o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937-RJ, uma das preocupações foi a de encontrar um critério objetivo para a fixação da competência nos crimes com competência de foro por prerrogativa de função. A solução encontrada pela Suprema Corte foi a de estabelecer como marco temporal a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais prevista pelo art. 11 da Lei nº 8.038, de 28-5-1990, com o fim da instrução criminal processual. Da leitura em conjunto dos arts. 11 e 12, ambos da Lei nº 8.038, de 28-5-1990, concluir-se-á que a fase das alegações finais finda a instrução processual, devendo, em seguida, o Tribunal proceder ao julgamento. Antes do recebimento

Acesso ao Sumário

da denúncia, não há que se falar em instrução processual.

Abaixo, segue excerto retirado do voto do Min. Luís Roberto Barroso, relator da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937-RJ:

"(...)

"48. Além disso, o critério do fim da instrução processual, i.e., a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, parece ser adequado a esses objetivos por três razões. Primeiro, trata-se de um marco temporal objetivo, de fácil aferição, e que deixa pouca margem de manipulação para os investigados e réus e afasta a discricionariedade da decisão dos tribunais de declínio de competência. Segundo, a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência privilegia, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal. Por fim, esse critério já foi fixado pela Primeira Turma desta Casa na AP 606-QO, sob minha relatoria, ainda que apenas em relação à renúncia parlamentar abusiva."

De mais a mais, com o julgamento da mencionada Questão de Ordem na Ação Penal nº 937-RJ, o Supremo Tribunal Federal também limitou o foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

"*I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa*

"1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados *antes* da investidura no cargo e os *que não guardam qualquer relação* com o seu exercício.

"2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

"3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre

Acesso ao Sumário

o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

"4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – *i.e.*, a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

"*II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF*

"5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

"*III. Conclusão*

"6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: *'(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo'*."

"7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

"8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância."

O Min. Celso de Mello, aplicando essa nova orientação, por decisão monocrática proferida em 2-4-2019, declinou a competência para julgar ação contra ministro do Tribunal Superior Eleitoral, acusado de violência doméstica, e remeteu os autos do processo para a Justiça do Distrito Federal:

"**1. O caso em julgamento. 2. O precedente** do Supremo Tribunal Federal *sobre a questão da prerrogativa de foro* (**AP** 937-QO/RJ). **3. A prerrogativa de**

Acesso ao Sumário

foro *no sistema constitucional brasileiro*. **4. Legitimidade da interpretação constitucional** do Plenário do Supremo Tribunal Federal **a respeito** *da prerrogativa de foro*: **doutrina e outros precedentes**. **5. Aplicabilidade**, *ao caso em julgamento*, **do precedente** sobre prerrogativa de foro. **6. Conclusão**: *cessação da competência penal originária* do Supremo Tribunal Federal, *no caso em exame* (**inclusive** para a análise de situações *eventualmente pendentes* de definição), **em face *da insubsistência da prerrogativa de foro*** ostentada por Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, *de investidura temporária* (**CF**, art. 121, § 2º), **por tratar-se** de denúncia **que lhe imputa** *conduta absolutamente estranha* ao exercício das funções jurisdicionais, **por envolver** *suposta prática* de violência doméstica, **sancionada** pela Lei *Maria da Penha* (art. 44)." (STF, Min. Celso de Mello, Petição 7.115 Distrito Federal, j. em 2-4-2019).

No mesmo sentido decidiu este Órgão Colegiado ao apreciar questão semelhante: "COMPETÊNCIA – PERDA SUPERVENIENTE – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES – Medida preparatória e facultativa ao oferecimento de queixa-crime ou representação em caso de ação penal pública condicionada (art. 144 do Código Penal) em face do Procurador Geral do Estado e Procurador Geral Adjunto do Estado – Cessação da competência originária, tendo em vista que o primeiro se aposentou, sendo substituído no cargo pelo segundo, mas que foi dele exonerado – Determinação de remessa dos autos ao Juízo Criminal de Primeira Instância. Pedido de Explicações não conhecido." (TJSP, Órgão Especial, NOTIFICAÇÃO PARA EXPLICAÇÕES nº 2209882-75.2017.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 6-6-2018).

Seja porque o denunciando não exerce mais o cargo de Promotor de Justiça, seja porque as condutas imputadas a ele não guardam conexão com o cargo exercido anteriormente, seja porque a fase instrutória não se encerrou, de rigor a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca de São José do Rio Preto.

Ante o exposto, **representação criminal à que se declina da competência.**

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2049106-33.2019.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é reclamante GILSON MOTA, é reclamada TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA DOS

JUIZADOS ESPECIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO – Pretensão dos reclamantes na declaração de nulidade do v. Acórdão proferido pela Turma de Uniformização de Jurisprudência do Sistema dos Juizados Especiais, estado de São Paulo – Descabimento – Instrumento processual que não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso – Julgaram extinto sem julgamento do mérito.

VOTO

Trata-se de reclamação com pedido liminar em face de decisão proferida pela magistrada Gláucia Cyrillo Pereira, da turma de uniformização de jurisprudência do sistema dos juizados especiais, estado de São Paulo.

O reclamante entende haver sido descumprida e contrariada, expressamente, a Súmula nº 162, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que considera presumidos os danos causados, ou seja, que independem de comprovação para serem reconhecidos, vez que o prejuízo econômico com a privação do uso do imóvel é algo inquestionável.

É o relatório.

Não merece prosperar a presente reclamação.

Colhe-se dos autos que a pretensão dos reclamantes é a declaração de nulidade do v. Acórdão reclamado, sob a alegação de decorrente do descumprimento e contrariedade, à Súmula nº 162, do Tribunal de Justiça de São

Acesso ao Sumário

Paulo, que considera presumidos os danos causados, ou seja, que independem de comprovação para serem reconhecidos, vez que o prejuízo econômico com a privação do uso do imóvel é algo inquestionável, não atende aos requisitos elencados nos artigos 195, do RITJSP e 988, incisos I a IV do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

> ***Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões ou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, será processada na forma da legislação vigente.***
>
> ***Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:***
>
> ***I – preservar a competência do tribunal;***
>
> ***II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;***
>
> ***III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;***
>
> ***IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;***

A via da reclamação, neste particular, não é sucedâneo recursal, como assim decidiu o STJ:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ATO IMPUGNADO ORIUNDO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO PRÓPRIO STJ. UTILIZAÇÃO DA MEDIDA RECLAMATÓRIA COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. 1. A reclamação dirigida ao Superior Tribunal de Justiça é cabível para a preservação de sua competência e para a garantia da autoridade de suas decisões (arts. 105, I, 'f', da CF, 13 da Lei 8.038/90 e 187 do RISTJ); logo, segundo jurisprudência consolidada, não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso, tendente a impugnar decisão proferida pela própria Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na Rcl 3552/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 28/10/2009)***

Assim, nos termos do artigo 195, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é forçoso reconhecer que a presente reclamação não é meio processual adequado à satisfação do inconformismo trazido na exordial.

Isto posto, julgar extinto sem exame do mérito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/ Notícia de Crime nº 2077305-65.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, 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, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. Instauração para apurar a prática de eventuais crimes funcionais e de organização criminosa supostamente verificados dentro do MP/SP e denunciados no corpo da "Operação Lava Jato". Pedido de arquivamento dos autos, formulado pelo Ministério Público Estadual, à conta da inexistência de mínima individualização de fatos e/ou pessoas pretensamente envolvidos nos ditos crimes. Requerimento que não pode ser recusado em razão da impossibilidade de aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP. Observância do art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90, com respeito ao art. 18 do CPP. Precedentes do STF, do STJ e deste Órgão Especial. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO ACOLHIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **REPRESENTAÇÃO CRIMINAL** apresentada perante o PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA para apurar as práticas de crimes funcionais e de organização criminosa supostamente verificados dentro do Ministério Público deste Estado.

Tal medida foi instaurada a partir de informações trazidas por José Renato Turci Carollo Sarabia, transmitidas ao ensejo da Operação "Lava Jato", sem especificação, contudo, de fatos concretos e/ou pessoas determinadas que se relacionariam aos ilícitos penais pretensamente praticados.

Reconhecido tratar-se de procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público, perante tal Instituição foram realizadas diversas diligências (fls. 12/36).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, não divisando, quer na *notitia criminis*, quer nos elementos que a ela se jungiram, especificação mínima quanto a fatos concretos e/ou pessoas determinadas relativamente à suposta organização criminosa de que se falara e às infrações penais a que se fizera referência, postulou o arquivamento da representação (fls. 37/39).

É O RELATÓRIO.

De prima, calha realçar que, malgrado as representações criminais contra certas autoridades públicas estejam afetas à competência originária deste Tribunal (artigo 74, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo, em associação aos artigos 1º a 3º da Lei nº 8.038/90), atribui-se ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, incisos I e XII, da Lei Complementar Estadual nº 734/93), na condição de *dominus litis*, a prerrogativa funcional de, em hipóteses como a atual, oferecer denúncia, requerer o arquivamento da representação ou, ainda, postular a realização de diligências complementares.

No que importa à espécie versada, vale sobrelevar que optando o *Parquet* pelo arquivamento da representação criminal, tal pedido será, em verdade, *irrecusável*, visto que afastada pelas Cortes Superiores a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal em procedimentos da competência originária dos Tribunais.

Acesso ao Sumário

Confira-se, a esse turno, a veterana jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"[...] *se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de 'notitia criminis', motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a 'opinio delicti', por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável*" (STF

– Tribunal Pleno – Pet. nº 2.509 AgR/MG – Rel. **Min. Celso de Mello** – j. em 18.02.2004 – Votação Majoritária, vencido o **Min. Marco Aurélio**).

"Inquérito – Ação Penal. Titularidade do Procurador-Geral da República, que requer o arquivamento da representação. Não cabe ao Tribunal examinar-lhe o mérito, senão aceitar-lhe a decisão, como titular que é da ação penal. Jurisprudência da Corte. Agravo regimental improvido" (STF – Tribunal Pleno – Inq. nº 223 AgR/BA – Rel. **Min. Oscar Corrêa** – j. em 06.11.1985 – V.U.).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"Processo administrativo (instauração). Representação (arquivamento por determinação do Procurador-Geral de Justiça). Colégio de Procuradores (submissão). Previsão legal (inexistência). Art. 28 do Cód. de Pr. Penal (não aplicação). Habeas corpus (cabimento). 1. Não tem previsão em lei a determinação do Pleno do Tribunal no sentido de submeter ao Colégio de Procuradores a decisão do Procurador-Geral de Justiça que determinou o arquivamento da representação. 2. Em caso de arquivamento de representação criminal por determinação do Procurador-Geral de Justiça, não há falar em incidência do princípio inscrito no art. 28 do Cód. de Pr. Penal. É o caso de acolhimento obrigatório (precedentes do STJ). 3. De mais a mais, a revisão da decisão de arquivamento referida no inciso XI do art. 12 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público há de ser requerida por interessado com legitimidade, e não a possui, como na hipótese dos autos, o Pleno do Tribunal de Justiça. [...]. *5. Ordem concedida"* (STJ – 6ª Turma – HC 95.917/SC – Rel. Min. **Nilson Naves** – j. em 20.08.2009 – Votação Majoritária, vencido o **Min. Og Fernandes**).

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SINDICÂNCIA. ARQUIVAMENTO. Tratando-se de suposta infração apurada mediante ação penal pública, o pedido de arquivamento das peças de informação formulado pelo Sub-procurador Geral da República, nos feitos de natureza criminal de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, há de ser acatado, sendo de acolhimento obrigatório, não se aplicando o art. 28 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido" (STJ – Corte Especial – AgRg na Sd 32/PB – Rel. **Min. César Asfor Rocha** – j. em 29.06.2005 – V.U.).

Igualmente este Órgão Especial:

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Instauração para eventual crime de desobediência pela Secretaria Estadual da Saúde. Proposta de arquivamento dos autos que não pode ser recusada. Precedentes deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Aplicação do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90 – Pedido de arquivamento acolhido" (TJ/SP – Órgão Especial – Representação Criminal nº 2098358-10.2016.8.26.0000 – Rel. **Des. Péricles Piza** – j. em

Acesso ao Sumário

22.06.2016 – V.U.).

"Representação criminal. Promoção de arquivamento por delegação do Procurador-Geral de Justiça. Irrecusabilidade. Acolhimento da pretensão para determinar o arquivamento dos autos" (TJ/SP – Órgão Especial – Representação Criminal nº 2143271-14.2015.8.26.0000 – Rel. **Des. Márcio Bártoli** – j. em 18.05.2016 – V.U.).

"Representação criminal – Secretário da Saúde do Estado de São Paulo – Investigação sobre eventual prática do delito previsto no artigo 330 do Código Penal – Arquivamento proposto pela d. Procuradoria-Geral de Justiça – Ausência de elementos a justificar instauração de ação penal – Irrecusabilidade pelo Tribunal – Precedentes – arquivamento determinado" (TJ/SP – Órgão Especial – Representação Criminal nº 2031747-75.2016.8.26.0000 – Rel. **Des. Francisco Casconi** – j. em 16.03.2016 – V.U.).

Assim também esta relatoria: Representações Criminais nºs 2131773-81.2016.8.26.0000, 2078910-51.2016.8.26.0000, 2159789-45.2016.8.26.0000, 2213514-46.2016.8.26.0000 e 2206884-37.2017.8.26.0000.

Mister sobrelevar que, no caso dos autos, como bem destacou o n. Procurador-Geral de Justiça, a instauração da fase extrajudicial da *persecutio criminis* à luz dos parcos dados transmitidos pelo denunciante constituiria uma genuína *devassa*, algo inconcebível dentro do Estado Democrático de Direito.

E a imprestabilidade das informações trazidas pelo denunciante se evidencia, como bem ressaltado, quando expressamente cita o Caso "Dolly", mas afirma *"não conheço e não tenho detalhes do caso"*, reportando-se à *"descrição apontada pelo dono Codonho"* (fls. 26 destes autos). O mesmo se diga relativamente à citação do Caso "Abdelmassih", que *"por razões que não cabe neste momento debater"*, *"pertence ao mesmo círculo de malfeitos e patrocinadores que relato aqui* [sem indicação de qualquer nome]. *Procuradoria do Estado, Ministério Público Estadual, TJ-SP, lembrando que se trata de uma minoria, mas minoria influente, nestas instituições"* (fls. 26 destes autos).

Destarte, respeitado o cânone do artigo 18 do Código de Processo Penal, impõe-se o acolhimento do pleito Ministerial.

Ante o exposto, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, **ACOLHE-SE A PROMOÇÃO MINISTERIAL**, de modo a determinar-se o **ARQUIVAMENTO** da representação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2075679-11.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo,

em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado CARLOS HENRIQUE FOCESI SAMPAIO (PROCURADOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35854)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL / NOTÍCIA DE CRIME – Deputado Federal, atualmente licenciado do exercício das funções de Procurador de Justiça do Estado de São Paulo – Notícia de fato anônima – Referências vagas sobre irregularidades relacionadas a desvio de verba em prejuízo de empresa municipal e com suposto favorecimento de terceiros, notadamente o representado e o partido ao qual este se vincula – Ausência, nessa fase, de elementos a justificar instauração de ação penal – Requerimento da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo arquivamento dos autos que, ademais, não pode ser recusado – Precedentes – Expediente arquivado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de procedimento instaurado decorrente do aporte de requisição de instauração de inquérito policial, antes realizado pela douta 10ª Promotoria de Justiça de Campinas, por parte da douta Procuradoria Geral de Justiça, com base em notícia de fato – anônima – nº MP 38.0713.0007409/2018-6 – exclusivamente, dentre outros suspeitos, em relação a Deputado Federal,

Acesso ao Sumário

atualmente licenciado do exercício das funções de Procurador de Justiça do Estado de São Paulo – ora representado, para fins de apreciação sobre eventual envolvimento criminal.

Propõe a douta Procuradoria Geral de Justiça – exclusivamente em relação ao representado – o arquivamento dos autos, por entender, nessa fase, ausentes os requisitos mínimos necessários à configuração de justa causa para a deflagração de sua responsabilização penal.

É o relatório.

No caso, a notícia de fato – anônima – levada ao conhecimento da douta 10ª Promotoria de Justiça em Campinas – SP, resultou, após regular consulta do Delegado da Seccional de Campinas diante requisição ministerial para instauração do competente inquérito policial de todos os envolvidos, na reserva – por parte da douta Procuradoria de Justiça – da apreciação sobre eventual envolvimento criminal, unicamente em relação ao Dr. Carlos Henrique Focesi Sampaio[1].

Eis os termos em que realizada a notícia anônima (fls. 17), *verbis*:

"PROMOTORES DO GAECO

VENHO DENUNCIAR ESQUEMA CRIMINOSO DESVIO MILHÕES DE REAIS DA ***EMDEC CAMPINAS SP.***

DINHEIRO É DESVIADO DO DEPARTAMENTO FINANCEIRO DE MULTAS E INFRAÇÕES PARA O POLÍTICO ***CARLOS SAMPAIO 4500 PSDB.***

OS GERENTES ENVOLVIDOS NO ESQUEMA SÃO

CARLOS ALBERTO AVOLIO

PAULO SÉRGIO DA SILVA

LUIS SPINDOLA

JOÃO VICENTE GAIDO

INVESTIGUEM AS CONTAS BANCÁRIAS DA EMDEC E DESSES BANDIDOS E ENCONTRARÃO FRAUDES GIGANTESCAS EM FAVOR DO ***PSDB****.*

BOA SORTE..." (grifos no original).

Consoante ressai da proposição formulada pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o presente procedimento merece ser arquivado, vez que *"à luz dos parcos dados infirmativos especulados pelo noticiante, não emergem razoáveis elementos de convicção apontando para a necessidade, ao menos no atual estágio de descortino dos fatos genericamente comunicados, de uma abordagem pela via da persecução penal tendo na mira o investigado em questão."* (fls. 9).

Assim, cumpre acolher o pedido de arquivamento do presente

1 Fls. 37/39.

Acesso ao Sumário

procedimento, por se mostrar, nessa fase, *"temerário o desencadeamento de uma apuração de caráter criminal não respaldada em dados com um mínimo de precisão e razoabilidade no tocante à materialidade e à autoria delitiva"* (fls. 10).

Ademais, é sabido que o pedido de arquivamento, por falta de fundamento para oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, vincula este Órgão, não sendo possível sua recusa.

Nesse sentido: *"À luz de copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso de inquérito para apuração de conduta típica em que a competência originária seja da Corte, o pedido de arquivamento pelo Procurador-Geral da República não pode ser recusado"* (Inq 2028-1/BA, Supremo Tribunal Federal, m. v., Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, 28/4/04, DJ de 16/12/05, p. 59).

A esse respeito, ainda, vale citar julgados deste Órgão Especial:

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Envio de cópias dos autos de ação cominatória para apuração de eventual desobediência à ordem judicial consistente no não fornecimento de medicamento – Requerimento de arquivamento, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, por não vislumbrar a conduta de descumprimento voluntário – Irrecusabilidade do pedido do titular da ação – Precedentes do E. STF e deste colegiado – Arquivamento da representação. (Representação Criminal nº 2240622-50.2016.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Álvaro Passos, j. em 1º.02.2017).

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Tratamento médico – Fornecimento de medicamento a paciente portadora de Esclerose Múltipla – Apuração de fatos sob o argumento de descumprimento de ordem judicial – Secretário da Saúde do Estado de São Paulo – Crime de desobediência não configurado – Proposta de arquivamento formulada pelo Procurador-Geral de Justiça diante da ausência de elementos de formação da 'opinio delicti' – Pedido de arquivamento que não pode ser recusado por este E. Tribunal de Justiça – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do C. Órgão Especial – Pedido de arquivamento acolhido. (Representação Criminal n° 2188441-72.2016.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Ricardo Anafe, j. em 5.10.2016).

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Desobediência à ordem judicial por Secretário de Estado – Demora no fornecimento de medicamentos – Itens não disponíveis nos programas governamentais, o que reclamou abertura de processo licitatório e aguardo da apresentação, pela interessada, das prescrições médicas – Crime não caracterizado – Proposta da Procuradoria de Justiça pelo arquivamento que, ademais, nem pode ser

Acesso ao Sumário

recusada – Expediente arquivado. (Representação Criminal nº 2031807-48.2016.8.26.0000 São Paulo Órgão Especial Rel. Arantes Theodoro J. 16/03/2016).

Ante o exposto, de se acolher o requerimento formulado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, com o consequente **arquivamento** deste procedimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/ Notícia de Crime nº 2054235-53.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representada CLÉLIA GOMES (DEPUTADO ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DECLINARAM DA COMPETÊNCIA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.556)**

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, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Eventual apropriação de parte de salários de funcionários comissionados por Deputado Estadual que os nomeia com essa condição – Extinção do mandado eletivo em 15/03/2019 em função da não reeleição no ano de 2018 – Instrução penal na fase de interrogatório da representada, com oitiva de testemunha que indicou a possível prática do crime

Acesso ao Sumário

tipificado no artigo 350 do Código Eleitoral na tentativa de eleição do filho daquela para a vereança de São Paulo em 2016 – Situação de aplicação das teses fixadas na AP nº 937/RJ e no INQ nº 4435/DF, ambos em trâmite no Supremo Tribunal Federal, no sentido de não prorrogação do foro especial por prerrogativa de função sem a instrução penal não estiver concluída e os fatos investigados não se deram no exercício do cargo e em função do cargo da autoridade, bem como a atração da competência da Justiça Eleitoral quando um dos crimes conexos for da sua alçada – Incompetência de manutenção, no caso em testilha, do foro especial junto ao Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Hipótese, ainda, de retorno do processado à Procuradoria Geral de Justiça para ajuste, se o caso, da representação segundo as teses indicadas – Competência declinada, com determinação.*

VOTO

1. Trata-se de representação do Procurador Geral de Justiça de São Paulo para a instauração de procedimento penal contra a Deputada Estadual Clélia Gomes, nos termos dos artigos 1º e seguintes da Lei 8.038/90, para a apuração de eventual prática de crime de apropriação indevida de vencimentos de servidores comissionados no seu gabinete de trabalho junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, entre 2015 e 2017, durante o exercício do seu mandato eletivo.

Distribuída, o relator primevo promoveu diligências junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (fls. 85), recebeu manifestação da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 113/115), recebeu informações preliminares da representada (fls. 121/124), ouviu testemunhas (fls. 148/207) e ficou de marcar data para o interrogatório pessoal da representada a pedido da PGJ (fls. 226), quando sobreveio sua aposentadoria (fls. 228).

Pedido da Procuradoria Geral de Justiça encartado as fls. 232/233 para a remessa dos autos à Central de Inquéritos Policiais e Processos – CIPP em razão da não reeleição da representada.

Ao assumir, por pleito eleitoral, a cadeira vaga, determinei ao meu gabinete de trabalho a verificação no site do Tribunal Regional Eleitoral a situação eletiva da representada, à luz das eleições gerais de outubro de 2018, sobrevindo a informação de fls. 234.

É o breve, e necessário, relatório.

Acesso ao Sumário

2.1 – DO MANDADO ELETIVO

Segundo consta na informação de fls. 234, a representada **não** se reelegeu para a legislatura de 2019/2022 numa das cadeiras de Deputado na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, tendo seu mandado eletivo se encerrado em 15/03/2019, com a posse dos novos eleitos na forma do § 2º do artigo 9º da Constituição Bandeirante.

Pois bem. Na data de **03/05/2018** nos autos da **Ação Penal nº 937/RJ**, o Supremo Tribunal Federal, apreciando questão de ordem suscitada pelo próprio relator, Ministro Luís Roberto Barroso, acerca da possibilidade de se conferir interpretação mais restritiva às normas da CF/88 em relação às hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito, estritamente, ao desempenho do respectivo cargo, sobreveio a seguinte deliberação, por maioria, daquele colegiado:

"QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO.

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S)(ES):MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL/PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É)(S): MARCOS DA ROCHA MENDES

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa.

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não

Acesso ao Sumário

ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses:

'(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo'.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância."

Portanto, ainda que não dotado de efeito de repercussão geral, o S.T.F. interpretou dispositivos da Constituição para estabelecer o alcance e a

Acesso ao Sumário

duração do foro por prerrogativa de função, sob as premissas de: **a-)** *aplicação somente em casos de crimes cometidos durante e em razão do cargo ocupado*; **b-)** *manutenção do foro especial para o respectivo julgamento da ação se a instrução já se encontrar encerrada, ou seja, na fase de alegações finais*.

No Estado de São Paulo a competência originária deste Tribunal de Justiça é estabelecida no artigo 74 da sua Constituição, ali sendo indicado seu Órgão Especial como o foro especial por prerrogativa de função dos Deputados Estaduais para processamento e julgamento de supostas infrações penais comuns por estes cometidas, o que se acha simetricamente repetido no artigo 13, inciso I, do respectivo Regimento Interno.

Por outro lado, é fato notório e amplamente divulgado pela imprensa do resultado do julgamento concluído em **15/03/2019** no Agravo Regimental nos autos de **Inquérito nº 4435/DF**, de interesse do então Deputado Federal Pedro Paulo Carvalho Teixeira e do Prefeito Eduardo da Costa Paes, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, no qual ficou assentada a tese, por 6 x 5, sem repercussão geral, da prevalência da competência de Justiça Especializada Eleitoral quando há crime eleitoral precedido de outros delitos na esfera comum. Eis a súmula da decisão, cujo acórdão pende de publicação:

> ***"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente), manteve sua jurisprudência e deu parcial provimento ao agravo interposto pelos investigados para: i) no tocante ao fato ocorrido em 2014, reconsiderar a decisão recorrida e assentar a competência do Supremo Tribunal Federal; e ii) quanto aos delitos supostamente cometidos em 2010 e 2012, declinar da competência para a Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro; e julgou prejudicado o agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República, no que voltado à fixação da competência da Justiça Federal, relativamente ao delito de evasão de divisas, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que davam parcial provimento aos agravos regimentais interpostos pela Procuradoria-Geral da República e pelos investigados para cindir os fatos apurados neste inquérito e determinar a remessa de cópia dos autos à Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro para apuração, mediante livre distribuição, dos supostos crimes de falsidade ideológica eleitoral ocorridos nos anos de 2010, 2012 e 2014 (sendo que, quanto aos fatos ocorridos no ano de 2014, os Ministros que divergiram do Relator negavam provimento ao recurso por entenderem ser incompetente o STF) e, ainda, determinar o encaminhamento dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro para apuração, mediante livre distribuição, dos supostos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem***

Acesso ao Sumário

de capitais e evasão de divisas ocorridos no ano de 2012. Plenário, 14.03.2019."

Naquele caso em concreto pende sobre os investigados a pecha de crime eleitoral tipificado no artigo 350 do Código Eleitoral como de falsidade ideológica (**omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais**), combinado com os artigos 317 e 333 do Código Penal (**corrupção passiva e ativa**), artigo 22 da Lei 7.492/86 (**evasão de divisas**) e artigo 1º da Lei 9.613/98 (**lavagem de dinheiro**).

Apesar das ponderações dos votos vencidos no sentido de cisão da persecução penal para que apenas a apuração do crime do artigo 350 do Código Eleitoral fosse enviado à Justiça Eleitoral do Rio de Janeiro, mantendo-se o processamento dos demais delitos nas varas federais criminais daquele Estado, a douta maioria entendeu cogente e de aplicação obrigatória os seguintes dispositivos dos Códigos Eleitoral e de Processo Penal:

CÓDIGO ELEITORAL

Art. 35. Compete aos juízes:

[...]

II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

[...]

IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Portanto, segundo esse posicionamento recente do S.T.F., apesar da falta de clareza quanto à extensão da competência de índole criminal no Código Eleitoral, que possui natureza mista de lei ordinária e complementar em seus trechos, ficou estabelecido que a Justiça Eleitoral, na sua atual estrutura, tem plena capacidade para julgar os crimes comuns conexos ao delito eleitoral de falsidade ideológica (caixa 2).

Nesse caso, apesar do apenamento, em tese, do crime de corrupção ser maior do que a falsidade ideológica eleitoral (12 anos e 5 anos, respectivamente), é certo que a conexão **objetiva**, no critério processual penal, será estabelecida quando o crime antecedente for praticado para facilitar ou ser ocultado pelo posterior (artigo 76 , inciso II, CPP).

Colocadas todas essas balizas, no caso em testilha se observa que na petição inicial da presente representação penal a douta Procuradoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça aponta que os valores supostamente exigidos pela representada de seus funcionários seriam usados por ela que lhe dava '*o destino que bem entendia*' (fls. 03, primeiro parágrafo, parte final.).

Já no depoimento da funcionária Gladis Henne Éboli foi dito que no dia seguinte à eleição municipal de 2016, a representada falou para sua equipe: '*vou ter más notícias para todo mundo, vou ter que cortar a equipe, porque o investimento na campanha do Rodrigo (seu filho) foi alto, ele não foi eleito, eu preciso pagar essa dívida, então, eu vou precisar dos cargos para colocar outras pessoas que devolvam tudo*'. (fls. 158, ao final).

Ao que parece, nas imputações feitas contra a representada denota-se que para além do enriquecimento próprio com a 'devolução' de parte dos salários de seus servidores comissionados, a mesma também financiou parte da eleição de seu filho ao cargo de vereança na cidade de São Paulo, em 2016. E, até essa fase de investigação, não se sabe se tal prática também teria ocorrido durante a tentativa de reeleição da representada em 2018.

São elementos que devem ser claramente delineados nas peças acusatórias para que se evite futuras anulações pela incompetência absoluta do juízo comum, o que recomenda, a partir de agora, em casos em que na sua instrução apareçam crimes, em tese, afetos à Justiça Eleitoral, que se ouça o Ministério Público acerca de possível aditamento (artigo 384 do CPP) ou de oferta de nova representação/denúncia, sempre atentos aos prazos prescricionais.

2.2 – ANÁLISE FINAL

Diante do exposto no tópico 2.1, considerando que a instrução não chegou em fase de alegações finais para recebimento, ou não, da denúncia, estando pendente o interrogatório da representada, além de haver indícios de que parte dos recursos supostamente apropriados de funcionários comissionados do seu gabinete de trabalho na ALESP foram direcionados para a campanha do seu filho em 2016, não se sabendo da contabilização oficial e prestação de contas ao TRE/SP, pelo meu voto: **declino** da competência deste Órgão Especial para continuar processando o feito, determinando a sua restituição para a Procuradoria Geral de Justiça avaliar, segundo os crimes que entende praticados pela representada, se é caso de remessa ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo para proceder sua distribuição para um dos juízes eleitorais sob sua jurisdição ou de retorno para este Tribunal de Justiça o fazer para uma de suas varas criminais na Comarca de São Paulo, eis que aquela não mais detém mandado eletivo que lhe garanta foro especial.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **declina-se da competência, com determinação.**

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000731-58.2017.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.S.B., é apelado P. DE J. DA 1 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.157)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de maio de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional – Estupro de vulnerável – Recurso da defesa – Efeito suspensivo – Prejudicado – Absolvição – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Relato da vítima corroborado pelo depoimento da sua genitora – Provas seguras – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa de liberdade assistida c.c. com medida protetiva acertadamente aplicadas – Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 118/123, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente **J.S.B.** e aplicou a medida socioeducativa de *liberdade assistida*, pelo período mínimo de 06 (seis) meses, além da medida protetiva de tratamento psicológico, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 217-A, do Código Penal.

Inconformado, apela o adolescente pugnando, em preliminar, pela

atribuição de efeito suspensivo ao recurso. No mérito, almeja a improcedência da representação, ao argumento de fragilidade probatória, contentando-se, alternativamente, com a substituição da liberdade assistida pela de advertência (fls. 129/142).

O recurso foi devidamente processado e, em contrarrazões, o Ministério Público requereu o seu desprovimento (fls. 151/154).

Mantida a r. sentença (fls. 166), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 193/196, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Anoto, de proêmio, que o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo ao apelo não merece guarida, pois o julgamento está sendo agora realizado, razão porque prejudicado.

De qualquer forma, cabe consignar que, quanto ao tema, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *"os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena, mais uma vez o digo, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista [...] as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. [...] Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional"* (AgInt no HC 332.308/MG, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

Prejudicada a preliminar, passo à análise do mérito.

Ao que consta da representação, entre os dias (...) e (...), no período noturno, na Rua (...), nº (...), nesta Capital, o adolescente **J.S.B.** praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a criança E.V.S.F.N., de onze anos de idade.

Apurou-se que o adolescente é primo da vítima e costumava passar os finais de semana na casa dela. Ocorre que ambos dormiam na mesma cama e, por diversas vezes, o adolescente introduziu sua mão por dentro da calcinha da vítima e acariciou a sua vagina.

Inconteste que a materialidade do ato infracional análogo ao crime de

estupro de vulnerável restou comprovada, tendo em vista o boletim de ocorrência (fls. 04/06), o laudo de exame de corpo de delito (fls. 23/25) e, sobretudo, os depoimentos colhidos nos autos.

Faço consignar, por oportuno, que a ausência de sequelas físicas não afasta a responsabilização do apelante. Inadmissível afirmar que o estupro de vulnerável possa ser incluído no elenco de crimes que necessariamente deixam vestígios, sendo prescindível, à espécie, laudo pericial conclusivo de sinais traumáticos, decorrentes da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

De igual modo, a autoria emergiu induvidosa da prova amealhada.

Ouvido em Juízo (gravação anexada aos autos), negou o apelante a prática do ato infracional, alegando que dormiu uma única vez na casa da vítima e a pedido do genitor dela, já que no dia seguinte sairiam juntos para fazer um serviço.

Nessa noite dormiu com a ofendida na mesma cama, que ficava ao lado do quarto de seus pais, mas sequer interagiu com ela.

Dita negativa, no entanto, permaneceu isolada, pois o conjunto probatório coligido, como se verá, firmou-se em seu desfavor.

Com efeito.

A ofendida E.V.S.F.N. contou que o adolescente sempre a olhava de maneira estranha, sendo certo que, no dia dos fatos, sua mãe o colocou para dormir na sua cama. Sentiu, enquanto dormia, que ele estava mexendo no seu corpo e passando a mão nas suas partes íntimas.

Nesse instante, levantou da cama e saiu correndo para o quarto de seus genitores. Após esse episódio, passou a trancar seu quarto, chorava muito e não queria mais brincar, razão pela qual resolveu contar o ocorrido para seus pais (gravação anexada aos autos).

A genitora da vítima, D.F.B., asseverou que o apelante, à época dos fatos, passou a frequentar a sua casa e, nesse período, notou que a sua filha começou a mudar de comportamento. Por conta disso, passou a questioná-la e ela, depois de muita insistência, acabou contando que o adolescente, na noite em que dormiu na sua cama, havia passando a mão em suas partes íntimas.

Por essa razão, registrou a ocorrência e rompeu com parte da família, não tendo mais contato com o adolescente e seu genitor (gravação anexada aos autos).

O genitor do adolescente, A.F.B. frisou ser falsa a acusação contra o seu filho, motivada no fato do pai da vítima lhe dever dinheiro.

No mais, deu a entender que a família da vítima estaria imputando injustamente a autoria desse ato infracional a seu filho, como forma de amenizar

Acesso ao Sumário

sua dívida (gravação anexada aos autos).

Y.S.B., irmã do adolescente, nada de útil trouxe aos autos (gravação anexada aos autos).

Diante desses fatos, não há que se falar em insuficiência probatória, uma vez que restaram demonstradas a materialidade e a autoria do ato infracional equiparado ao crime de estupro de vulnerável, principalmente se consideradas as declarações da vítima e o depoimento de sua genitora, elementos probatórios estes que constituem, de maneira indubitável, fortes fatores de formação de convicção.

E inexiste nos autos qualquer indício de prova que possa macular os dizeres da vítima.

Como se sabe, nos atos infracionais análogos a crimes contra a dignidade sexual, em razão de serem normalmente cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, é de se emprestar grande relevo à palavra da vítima, que deve prevalecer quando coerente e compatível com a realidade dos autos, como no caso.

Não restando produzida por imaginação fértil ou doentia, há de ser crida a palavra da vítima, mesmo porque não se denota, *in casu*, qualquer elemento que conduza à conclusão de ter ela inventado a respectiva versão que deu aos fatos.

A propósito, nesse sentido perfilha a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere da ementa do seguinte venerando aresto:

> *"HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA.*
>
> *1. A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes,* ***quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada.*** *2. Ordem denegada"* (HC nº 9.289/SP – 6ª Turma – Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES – j. 18/10/1999, DJ 16/11/1999, p. 230 – grifei).

Destarte, a procedência da representação e a consequente responsabilização de **J.S.B.**, pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal, era mesmo medida de rigor.

No tocante à medida socioeducativa, reparo algum merece ser efetuado.

Anoto que o ato infracional praticado pelo apelante revelou sua personalidade distorcida, o que denota a necessidade de orientação e acompanhamento de equipe técnica especializada para que possa entender a inadequação da conduta perpetrada.

Além do mais, trata-se de ato infracional equiparado a crime hediondo, que exige rigorosa intervenção estatal, inclusive com imposição de medida que pudesse sugerir sensação de impunidade.

Acesso ao Sumário

Desse modo, a *liberdade assistida*, cumulada com medida protetiva de tratamento psicológico, mostram-se adequadas ao caso em apreço e devem ser conservadas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **prejudicada** a preliminar, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001940-96.2018.8.26.0445, da Comarca de (...), em que é apelante P. DE J. V. I. E J. DE P., é apelado J.C.C.A.

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 31.942)**

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, 6 de maio de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Ato infracional equivalente ao crime previsto no artigo 217-A do Código Penal – Concessão de remissão c.c. a medida de proteção de acompanhamento psicológico com base na aparente doença mental do menor infrator – Inconformismo do Ministério Público, objetivando a cassação da remissão concedida, recebimento da representação, determinando-se o regular processamento do feito até sentença final de mérito – Admissibilidade – Ato infracional gravíssimo atribuído a jovem de 15 anos de idade praticado com pessoa vulnerável (criança com 08 anos à época dos fatos) – Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

O representante do Ministério Público junto à Vara da Infância e Juventude

de Pindamonhangaba ofereceu representação em face do adolescente J.C.C.A. (d/n (...)) que teria praticado ato infracional equiparado ao crime descrito no artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável).

Alega, em síntese, que, considerando a gravidade dos fatos alegados, a remissão não é a medida socioeducativa mais adequada ao caso em testilha, além do que o r. *decisum* teria deixado de levar em conta as circunstâncias do ato infracional praticado, bem como as consequências psicológicas do ato infracional com relação ao ofendido ao aplicar a remissão sem que houvesse a instrução. Entende o apelante que há indícios de materialidade e autoria, devendo, em consequência, ser recebida a representação, prosseguindo-se a fase instrutória para a verificação dos fatos e prolação de sentença de mérito, com a aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada (fls. 72/76).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 82/83), a sentença recorrida foi mantida (fl. 84) e, nesta instância, opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo (fls. 88/91).

É o relatório.

O apelo ministerial reúne condições de ser acolhido, como bem demonstrado no r. parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Segundo consta dos autos, entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2017, na Rua (...), nº (...), (...), na Cidade e Comarca de (...), o representado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com L.M.S.M., seu sobrinho, pessoa vulnerável menor de quatorze anos (com 08 anos à época dos fatos). O representado teria levado a vítima até seu quarto, local em que solicitou que deitasse na cama e retirasse a bermuda, onde começou a praticar sexo anal. Posteriormente, solicitou a vítima para deitar de barriga para cima, onde começou a praticar sexo oral na vítima. Por fim, ameaçou a vítima de agressão caso contasse o ocorrido para algum membro da família.

E muito embora o adolescente não tenha admitido no Distrito Policial a sua responsabilidade na conduta infracional a ele atribuída (fls. 29), a sua negativa não é bastante para a concessão da remissão, pois foram também ouvidas a vítima e sua genitora, com versões comprometedoras (fls. 26/27) e seria importante, assim, para elucidação do episódio, que todos fossem ouvidos também sob o crivo do contraditório.

Ademais, a natureza do ato supostamente praticado pelo adolescente denota grave desvio comportamental e comprometimento com os valores sociais, porquanto com 15 anos de idade teria constrangido a vítima de tenra idade a praticar ato infracional gravíssimo, tudo a justificar o prosseguimento do feito, para a aplicação, ao final, se for o caso de procedência da representação, da eleição de uma das medidas socioeducativas elencadas no artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas ao seu processo de socialização.

Acesso ao Sumário

De resto, as razões de convencimento seguem a mesma linha de argumentação exposta no r. parecer da lavra do Promotor de Justiça designado, Dr. Fábio Rodrigues Goulart, destacando-se, a esse propósito, o seguinte excerto da r. manifestação ministerial que se adota como razão de decidir *verbis*:

"O laudo psicológico de fls. 57/62 concluiu ter reunido elementos de convicção que nos permite atribuir veracidade aos relatos apresentados pela vítima.

No referido laudo concluiu-se, ainda, que, com relação ao infrator, não foi possível reunir dados que demonstrassem concretamente o quadro de deficiência.

Assim, é imprescindível o prosseguimento do feito com a realização da instrução, e, consequente, apuração dos fatos praticados, para que ao final possa ser aplicada a medida socioeducativa mais adequada ao adolescente, caso seja julgada procedente a representação.

Até porque, considerando a gravidade dos fatos alegados, vê-se que a remissão não é a medida socioeducativa mais adequada ao caso em testilha.

Registre-se, assim, que a r. decisum deixou levar em conta as circunstâncias do ato infracional praticado, bem como as consequências psicológicas do ato infracional ao ofendido ao aplicar a remissão sem que houvesse a instrução" (fls. 75/76).

E por fim, assinale-se que, a despeito da ausência de lesões, conforme aponta o laudo pericial ao qual foi submetido o ofendido (fl. 35), o fato é que o comportamento descrito na representação demonstra o intento lascivo do menor representado, a justificar a melhor apuração dos fatos.

Assim, é de rigor o retorno dos autos à origem para a realização da instrução probatória, para se apurar se é caso de julgar procedente ou a não representação.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para anular a sentença, cassando-se a remissão concedida, e determinando o retorno dos autos à primeira instância para regular prosseguimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007618-08.2018.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante B.S.R., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 45.177)**

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, 3 de maio de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INFANTE ACOLHIDA EM INSTITUIÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO ABANDONO MORAL, MATERIAL E AFETIVO DA GENITORA. TENTATIVAS DE REESTRUTURAÇÃO INFRUTÍFERAS. HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTIGOS 1.638, INCISOS II E III, DO CÓDIGO CIVIL E 24 DO ECA. PREVALÊNCIA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA A IMPOR A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Criança afastada do convívio familiar e acolhida em instituição.

2. Conjunto probatório que demonstra, com segurança, a inaptidão da genitora de prover as necessidades da filha.

3. Comportamento inapropriado da requerida, incompatível com o exercício da maternidade responsável.

4. Levando-se em consideração o melhor interesse da criança, que indiscutivelmente se sobrepõe aos interesses da genitora, as tentativas de reintegração familiar não devem se protelar no tempo, sob pena de lhe provocar dor e angústia caso restabelecido seu convívio com a família natural ou mesmo em unidade acolhedora.

5. Decretação da perda do poder familiar, nas hipóteses do artigo 1.638, incisos II e III, do Código Civil, e artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se impõe.

6. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por B.S.R. contra a r. sentença de fls. 251/255, que julgou procedente o pedido do Ministério Público e destituiu a apelante do poder familiar que exercia sobre a filha A.L.S.

A genitora refuta os argumentos de que seria dependente química, garota de programa e não oferecia mínimas condições à sua filha. Afirma que possui emprego formal e encontra-se casada, não subsistindo, portanto, os apontamentos nos quais se baseia a sentença. No mais, alega que o afastamento da menor da família natural lhe é prejudicial e não se coaduna com o princípio do superior interesse da criança. Ao final, requer a reforma da sentença, determinando-se o desacolhimento da menor e o restabelecimento do convívio materno, com a manutenção do poder familiar da recorrente (fls. 262/272).

Em juízo de retratação foi mantida a r. sentença (fls. 275).

Contrarrazões às fls. 281/283.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 290/293).

É o relatório.

2. Cuidam os autos de ação de destituição do poder familiar em relação à menor A.L.S., nascida em (...), ajuizada pelo Ministério Público em face da genitora B.S.R.

Em apertada síntese, a exordial descreve os fatos propulsores do pedido: a petiz encontra-se acolhida em instituição desde julho de 2018, pois a tia-avó V.M.O., então detentora da guarda, formulou a desistência do encargo; a situação de vulnerabilidade da menor decorre do comportamento da genitora, dependente química e com histórico de prostituição; nenhum outro membro da família extensa foi localizado para assumir os cuidados da infante; por último, a paternidade da criança é apurada em autos próprios (processo nº (...)).

A suspensão do poder familiar foi decretada pelo Juízo especializado (fls. 187/188) e a requerida ofertou contestação (fls. 196/202).

Na tramitação do processo de acolhimento institucional (nº (...)), os laudos elaborados pela equipe técnica do Juízo (fls. 150/157) ilustram os desdobramentos que culminaram na institucionalização da petiz, bem como o comportamento da genitora antes e depois da intervenção estatal:

> (...). A mencionada tia-avó alegou não possuir mais condições de continuar a exercer a guarda de A.L. por se encontrar em quadro depressivo e necessitar de tratamento médico. Diante da falta de familiares da família natural e extensa em condições de acolher a infante, o conselho tutelar local buscou A.L. na residência da bisavó materna, a Sra. M.E.O. e foi providenciado na Casa de Acolhimento de Assis "Antônio Meirisse".

Acesso ao Sumário

Quanto à genitora da infante, o Sr. S. declarou que o caso da infante em tela já era acompanhado pelo Conselho Tutelar e a genitora não reúne condições de reaver a filha, visto que não possui compromisso com o exercício da maternidade e expõe a filha a situações de risco (...).

[...]

(...) a Sra. B. tem realizado visitas semanais irregulares a filha, mas, destacou o histórico de prostituição e uso abusivo de bebidas alcoólicas e drogas ilícitas da requerida (fls. 151).

A partir do contexto apresentado, as especialistas expressaram, em relatórios distintos, suas considerações:

De acordo com os elementos coletados, apurou-se que a criança em tela, primeiramente, foi acolhida na data de 15/09/2017, devido à existência de denúncias de negligência da genitora que, na época, era dependente química, alcoolista e tinha envolvimentos com a prostituição. Pontuamos que A.L. foi desacolhida na data de 28/11/2017 e reintegrada à família extensa materna, pois a sua guarda provisória foi concedida em favor da tia-avó V.M.O.R. Entretanto, a infante necessitou ser novamente acolhida na Casa de Acolhimento "Antônio Meirisse", no dia 10/07/2018, em decorrência da referida tia-avó ter alegado não reunir mais condições de continuar a exercer a guarda da infante por se encontrar em quadro depressivo e necessitar de tratamento médico.

[...]

Diante de todo o exposto, da ausência das requeridas, bem como da falta de membros da família extensa que tenham interesse e/ou condições de acolher A.L., sugerimos S.M.J., a manutenção do acolhimento institucional da criança em tela até que seja localizado algum familiar que possa acolhê-la, ou caso contrário, a colocação em família substituta que tenham condições de oferecer-lhe uma vida digna (fls. 152/153).

O caso em questão sugere que a genitora da criança não alterou seus padrões comportamentais com o objetivo de procurar melhorar suas condutas e assim, tentar reaver a guarda da filha. Há de se ressaltar que, na última audiência concentrada realizada em novembro próximo passado, B. foi devidamente advertida, no sentido de procurar pautar suas condutas em padrões culturais socialmente aceitos, no entanto, naquela ocasião, chegou a verbalizar que "gostava da vida que estava levando e que não tinha interesse em mudar suas condutas".

[...]

Acreditamos que neste momento, B. não reúne condições emocionais e psicológicas para assumir com compromisso e responsabilidade a criação da filha. A nosso ver, ela não está preocupada em mudar seus comportamentos e atitudes, e se A.L. estivesse em sua companhia, estaria exposta a todos os tipos de riscos sociais e pessoais.

Considerando todos os fatos expostos, e também sob o ponto de

Acesso ao Sumário

> vista psicológico, entendemos que A.L. deva ser colocada em família substituta, para que dessa maneira, ela possa ter a oportunidade de ter um lar, e consequentemente, fazer parte de um contexto sócio-familiar que lhe dê afeto, carinho e toda a proteção que ela necessita, para que ela possa crescer em um ambiente saudável e ter um bom desenvolvimento psicológico e emocional (fls. 156/157).

Complementa a instrução a oitiva da genitora e de testemunhas (fls. 248 – mídia digital), que apenas reforçam as versões sustentadas pelos litigantes.

Como se nota, são suficientes as evidências que assinalam o comportamento incompatível da apelante com o exercício da maternidade responsável.

Distante da família de origem por conta da desídia da mãe biológica, a menor experimenta desde tenra idade a rotina de abrigamento, brevemente cessada no período em que teve a tia-avó como responsável por sua criação.

Nessa esteira, levando-se em consideração o melhor interesse da criança, que indiscutivelmente se sobrepõe aos interesses da requerida, as tentativas de reintegração familiar não devem se protelar no tempo, sob pena de lhe provocar dor e angústia caso restabelecido seu convívio com a família natural ou mesmo em unidade acolhedora.

Inevitável, portanto, a decretação da perda do poder familiar de B.S.R., nas hipóteses previstas no artigo 1.638, incisos II e III, do Código Civil, e artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por mostrar-se como o único meio de possibilitar que seja resguardado à criança o direito à convivência familiar, ainda que em família substituta (art. 19 e 22 do ECA).

3. Do exposto, **nega-se provimento à apelação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500390-10.2018.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante K.Y.V.F. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE P. B.

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 30.165)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de maio de 2019.

Acesso ao Sumário

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional equiparado ao crime de furto qualificado – Recurso da defesa – Imposição de medida socioeducativa diversa da internação – Não cabimento – Situação de risco e vulnerabilidade evidenciada nos autos – Medida extrema necessária e adequada ao caso – Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 180/185, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente **K.Y.V.F.** e aplicou a medida socioeducativa de *internação*, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao crime do artigo 155, § 4º, I, do Código Penal.

Inconformado, apela o adolescente pretendendo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, em que pugna, tão somente, pela alteração da medida socioeducativa para advertência, liberdade assistida ou, em última hipótese, prestação de serviços. Se mantida a internação, almeja que as reavaliações sejam feitas trimestralmente (fls. 202/210).

O recurso foi devidamente processado e, em contrarrazões, o Ministério Público requereu o seu desprovimento (fls. 215/223).

Mantida a r. sentença (fls. 226), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 237/243, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Ressalto, de proêmio, que a materialidade e a autoria do ato infracional, sobejamente evidenciadas pela prova coligida, não foram questionadas pelo apelante, já que apenas almeja a alteração da medida socioeducativa.

Contudo, deve ser conservada a medida de *internação*, porquanto o MM. Juiz *a quo* bem fundamentou a sua aplicação, justificando sua necessidade e excepcionalidade para o caso.

Mencionou se tratar de ato equiparado a furto com rompimento de obstáculo, o que indica a necessidade de atuação estatal mais incisiva, inclusive para afastar o adolescente do contexto em que inserido, considerando que não se cuida de primeiro ato infracional praticado, já tendo sido internado, voltando a se envolver na prática de atos infracionais após a saída.

Ponderou o MM. Juízo *a quo* que o núcleo familiar é desestruturado e

Acesso ao Sumário

omisso, não se mostrando responsável o bastante para acolhimento imediato do adolescente, que se envolveu em meio afeitos a drogadição, sem aceitação das regras que lhe foram impostas no meio familiar, verbalizando, inclusive, pensamento suicida (fls. 183).

Malgrado não tenha o ato infracional sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça, não se pode olvidar que o adolescente é **reincidente** (fls. 37/49), revelando, assim, que possui personalidade desajustada e carecedora de maior atenção.

Portanto, a *internação* é a forma mais eficaz de afastar o menor da ilicitude e orientá-lo adequadamente acerca da extrema gravidade de seus atos, a fim de evitar que ingresse, definitivamente, na marginalidade, viabilizando o processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Ante o exposto, pelo meu voto, **prejudicada** a preliminar, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000903-82.2016.8.26.0058, da Comarca de Agudos, em que é apelante D.G., é apelado P. DE J. V. I. E J. DE A.

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 31.928)**

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, 6 de maio de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de destituição julgada procedente – Bem caracterizado nos autos a violação dos deveres inerentes ao poder familiar, notadamente o de abandono na prestação de auxílio material e moral aos filhos – Genitores dados ao uso de drogas e desinteressados no bem estar da prole – Ausência

Acesso ao Sumário

de alteração no quadro precário durante o trâmite do feito – Hipótese de destituição prevista nos artigos 1.638, II, do CC/2002 e 22 do ECA – Recurso de apelação não provido.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença proferida pela MMa. Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude de Agudos, que destituiu D.G. e F.P.J., do exercício do poder familiar sobre os filhos menores Y.F.B.J. (DN (...)) e J.P.J. (DN (...)), sob o fundamento do descumprimento injustificado dos deveres a eles inerentes (fls. 169/176).

Apela D.G. visando à reforma do julgado. Discorda da destituição do poder familiar sustentando, em síntese, que não violou os deveres decorrentes do poder familiar, não havendo fundamento que justifique o decreto de perda do poder familiar (fls. 182/186).

Manteve o juízo "a quo" o ato judicial impugnado (fl. 202) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 210/215).

É o relatório.

Não merece ser acolhido o apelo.

A r. sentença houve por bem destituir D.G. e F.P.J. do exercício do poder familiar que exercem sobre os filhos Y.F.B.J. e J.P.J. (fls. 169/176).

A genitora recorre sustentando que não há comprovação de situação que dê ensejo à destituição do poder familiar que exercia sobre as crianças.

Não obstante ser a destituição dos pais do poder sobre os filhos providência excepcional, que não se justifica apenas pela carência de recursos econômico-financeiros, visto que, segundo as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser aplicada como *ultima ratio*, sempre sob a perspectiva do melhor interesse do infante, quando inexistir mínima possibilidade de mantê-lo na família natural ou na ampliada, com o suporte estatal, por meio das medidas de proteção elencadas no art. 101 do ECA, após compulsar detidamente os autos, conclui-se que os dados informativos colhidos durante a instrução probatória dão arrimo à adoção da drástica medida em relação ao apelante.

Parte-se da premissa de que o provimento jurisdicional almejado, qual seja, a destituição do poder familiar – conjunto de direitos e obrigações relativos à pessoa e bens dos filhos menores não emancipados – vincula-se à presença de uma das hipóteses previstas no artigo 1.638 do Código Civil de 2002 ou no descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do ECA, nos exatos termos preceituados no artigo 24 do aludido Diploma Legal. Assume, pois, manifesto caráter punitivo.

Acesso ao Sumário

E, das provas existentes nos autos infere-se, que a apelante, não tem controle sobre sua vida, anda em situação de rua ociosa e alterada em razão da dependência química, na companhia de pessoas mendicantes (fls. 103/105).

Nesse sentido, as provas dos autos retratam a total ausência de comprometimento da genitora com a criação dos filhos, porquanto estes ficaram em situação de completo abandono. E como bem anotado pela nobre Juíza singular: "...de tudo quanto fora exposto através dos relatórios psicossociais que os genitores dos infantes estão comprometidos com drogadição, criminalidade e situação de rua, os avós maternos mostram-se ausentes, as tentativas de resgate e fortalecimento dos vínculos iniciaram-se em 2013, com desistência e abandono, inclusive sem manutenção de visitas. Apurou-se, ainda que a avó paterna mesmo tendo assumido a responsabilidade pelos irmãos, os abandonou em diversos momentos após conflitos familiares, também demonstrando inaptidão para cuidar dos netos." (...) *"deixam transparecer claramente a manifesta instabilidade dos genitores, bem como a distância entre a intenção declarada e o contexto em que vivem inseridos, restando nítida a impossibilidade de restituição do poder familiar, visto que a prole não pode ficar à mercê das oscilações comportamentais dos pais."* (fls. 174)

Evidencia-se, portanto, a violação, por parte da apelante, do dever básico de prestar auxílio material e moral, de sorte a proporcionar mínimas condições de subsistência digna aos seus filhos. Justificada, assim, a destituição do poder familiar, com fundamento nos artigos 1.638, inciso II, do CC/2002 e 22 do ECA.

Convém assinalar que a adoção da doutrina da proteção integral, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da lei nº 8.069/90), fortaleceu o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares. É certo que as limitações materiais não devem ensejar, isoladamente, a destituição do poder familiar dos pais, no entanto, é também sabido que tal medida não constitui mera sanção à omissão ou maus-tratos por parte dos pais, mas também providência a ser tomada no interesse dos menores que não podem permanecer o período mais importante de suas vidas, sob o ponto de vista de seu desenvolvimento psicoafetivo, privadas das figuras parentais e à espera de uma remota possibilidade de ressocialização de seus genitores. Dessa forma, estaríamos submetendo os infantes, de maneira indireta a uma 'punição' infundada, que traria consequências nefastas e irreversíveis para os mesmos.

De se reportar, porque oportuno, ao trecho dos fundamentos delineados do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça: *"....foi realizada nova avaliação social, e a assistente social responsável foi incisiva ao concluir: '...os serviços assistenciais, mesmo empenhados, não influenciaram esta dinâmica familiar e diante deste quadro familiar em que oscilavam os irmãos, a atuação relevante foi a indicação do técnico A. de encaminhar 'I' para lar onde tivesse oportunidade*

Acesso ao Sumário

de adquirir delicadas e saudáveis referências familiares, atendendo a vontade expressada pela criança de pertencer a uma família." (fl. 213).

Consigne-se, a propósito de remate, que segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, o Direito passou por diversas transformações do pátrio poder e hoje, *"A ideia predominante é que a potestas deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho. Não se visa beneficiar quem o exerce, mas proteger o menor"* (*in* Instituição de direito Civil, vol. V, 1ª edição, pág. 232).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0014220-27.2015.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante M.P.A., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE J.

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 41.251)**

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, 14 de maio de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.

Insurgência sustentando o não cabimento de suspensão do poder familiar da genitora diante da manutenção da guarda da criança em favor da avó materna. Medida adequada diante da violação dos deveres inerentes ao poder familiar. Inteligência dos arts. 22 e 24 do ECA e art. 1.637 do CC. Cuidados relegados à progenitora, responsável pela criação do menor, a quem compete o controle e supervisão dos contatos. Solução que, nesse sentido, não impede as visitas e a aproximação da mãe. Preservação do

princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 616/618) julgando parcialmente procedente a **ação de destituição do poder familiar** (fls. 01/07) ajuizada pelo Ministério Público, referente ao menor A.K.P.A., nascido em (...), para impor a suspensão do poder familiar aos genitores T.P.A. e M.P.A., ratificando decisão de concessão de guarda da criança à avó materna R.P.S.A.

Inconformada, a mãe recorreu, alegando equívoco na solução estabelecida, uma vez consolidada a guarda da criança no seio familiar. Ressaltou a existência de evidências do amparo adequado do menino pela avó materna, com momentos positivos de contatos com a apelante, havendo esforço conjunto para mantê-lo no núcleo natural. Salientou a preservação do direito a convivência familiar com a genitora em observância ao melhor interesse do menor, devendo ser aplicadas medidas de fortalecimento de vínculos (art. 100 do ECA) e não o contrário. Salientou só se mostrar arrazoada a suspensão do poder familiar de forma preparatória à destituição, circunstância distinta da atualmente consolidada. Daí a reforma e, ainda, prequestionamento (fls. 636/642).

Com a resposta (fls. 649/653), manteve-se a decisão (fl. 654). Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 712/714).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

A genitora M.P.A. insurge-se, basicamente, contra o cabimento da medida de **suspensão do poder familiar** no caso concreto, não impugnando os fatos e fundamentos caracterizadores da inobservância de deveres inerentes à maternidade, a justificar tal medida (art. 1.637 do CC).

Ainda assim, faz-se necessário traçar um breve histórico familiar, com base nos laudos técnicos dos autos (fls. 125/128, 146/152, 188/197, 212/213, 416/419, 424/427, 449/454 e 569/572).

M. deu à luz ao filho quando possuía 14 anos e, certo tempo depois, entregou-o a E. – tio materno da apelante – e J., em razão de rejeição do garoto por seu companheiro à época. Durante cerca de um ano, o menor foi criado pelo casal, mas desistiram de levar pedido de guarda e adoção de A. adiante, em virtude de problemas conjugais e de saúde, sendo, então, direcionado ao Programa Família Acolhedora.

Logo após, a criança foi desacolhida e retornou ao seio familiar sob os cuidados da bisavó materna, Sra. F., solução que também se mostrou inapropriada.

Acesso ao Sumário

Nesse período, a genitora continuou omissa em relação a A., negando-se a auxiliar nos cuidados do filho mesmo diante de esforços e incentivo do restante da família. Em decorrência, o menino foi institucionalizado.

Na sequência, em (...), houve nova reinserção de A., já com cinco anos de idade, na família (fls. 472/473). Dessa vez, permaneceu aos cuidados da avó materna, com maior empenho e presença da genitora, contudo, ainda assim, com cuidados relegados à Sra. R.

No tocante ao pai do infante, nunca demonstrou interesse no filho.

Do contexto descrito, veio a conclusão pela suspensão do poder familiar dos genitores, a despeito da ratificação da guarda em favor da avó materna.

Ora, restou **evidente** o descumprimento pela apelante dos **deveres** de amparo material e moral, isto é, de **sustento, guarda e educação** do filho (art. 22 do ECA), mesmo se considerados os esforços para não romper de todo o vínculo afetivo. De tal modo, acertada a r. sentença do MM. Juiz ***a quo***, proferida nos termos do art. 24 do ECA e art. 1.637, ***caput***, do CC (*"Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade,* ***faltando aos deveres a eles inerentes*** *ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres,* ***até suspendendo o poder familiar****, quando convenha."* – grifei).

Não há falar, aqui, em incompatibilidade da medida com a manutenção da criança no núcleo familiar. Na verdade, é a mais apropriada, por não abalar os laços parentais, ou seja, a filiação, e nem impedir as visitas e aproximação da mãe, no entanto, a critério de controle e sob supervisão da avó materna, responsável, de fato, pela criação de A.

Tendo em vista que, até o momento, a apelante não comprovou aptidão e comprometimento para exercer o poder familiar, possível mantê-lo suspenso enquanto perdurarem os motivos para tanto. Nada impede, porém, a reversão, se novos elementos comprovarem a evolução do quadro a indicar hipótese de maternidade responsável (art. 227, CF).

No mais, a criança não está sendo privada do **direito à convivência familiar** (art. 19, ***caput***, da Lei nº 8.069/90), pois se encontra devidamente inserida no núcleo natural.

Nesse sentido, confira-se precedente da **C. Câmara Especial**:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de suspensão do poder familiar. Apelo tirado pelos genitores em face da r. sentença que decretou a procedência da ação. Irresignação sem suporte no conjunto probatório. Descumprimento das obrigações do poder familiar caracterizado. Violação aos artigos 22 da lei nº 8.069/1990 e 1.634 do Código Civil. Suspensão do poder familiar que se justifica na hipótese dos autos. Infante sob a guarda de casal de tios paternos, tendo a possibilidade de fruir de seu direito à*

convivência familiar no seio da família biológica – inclusive os pais, não impedidos de realizar visitas. Solução que permite sejam direcionados aos genitores os esforços psicossociais para fortalecimento e superação das adversidades pessoais, ao mesmo tempo em que garante não esteja a criança sujeita ao comportamento negligente dos pais. Recurso ao qual se nega provimento." (AC nº 1.011.886-51.2015.8.26.0196 – j. de 16.07.18, v.u. – Rel. Des. **ISSA AHMED**).

Dessa forma, resta claro que a suspensão do poder familiar atende ao **princípio da proteção integral** e ao **superior interesse do menor**, preceitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1504456-33.2018.8.26.0536, da Comarca de Guarujá, em que é apelante N.R.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE G.

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 32.242)**

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, 3 de junho de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Ato infracional – Roubo Qualificado – Sentença que julgou procedente a representação e impôs ao adolescente a medida de internação, por prazo indeterminado – Autoria e materialidade devidamente comprovadas – Necessidade de segregação do jovem a fim de reabilitá-lo, reeducá-lo e socializá-lo – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por N.R.S. contra a r. sentença que julgou

procedente a representação e o apontou como autor de ato infracional equiparado ao delito capitulado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhe, por isso, a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado (fls. 171/174).

Sustenta o apelante, em síntese, o desacerto da solução adotada em face da insuficiência de provas e da severidade da medida aplicada. Pugna, assim, pela improcedência da representação e, alternativamente, pela substituição da medida imposta por outra preferencialmente em meio aberto (fls. 191/198).

O recurso foi recebido, apresentadas as contrarrazões (fls. 201/204), mantida a decisão recorrida (fl. 206) e, nesta instância, opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento (fls. 222/228).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Consta dos autos que o ora apelante foi representado em razão da prática do ato infracional descrito no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, c.c. art. 103 da Lei nº 8.069/90, porque, no dia (...), por volta das (...), na Avenida (...), (...), na cidade e comarca de Guarujá, agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios com outros indivíduos não identificados, subtraiu, para si, mediante violência, uma correntinha confeccionada em ouro, pertencente à vítima D.H.M.S.

Segundo consta, na data e local dos fatos, o adolescente e outros indivíduos não identificados, predeterminados à prática de roubo, abordaram a vítima que andava pelo calçadão. Em seguida, N., com uso de violência, arrancou a correntinha de ouro do pescoço da vítima e saiu correndo, sendo abordado posteriormente por populares que o contiveram ao ouvir os gritos da vítima.

A autoria e materialidade da infração restaram demonstradas pelo boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão (fl. 6), pela apreensão do menor na posse de parte da "res furtiva" (fls. 9/10), pelas declarações da vítima e, também, pelo depoimento das testemunhas responsáveis pela apreensão.

O adolescente, perante a autoridade policial, fez uso ao seu direito constitucional ao silêncio (fls. 12) e, em Juízo, negou a prática do ato infracional em comento (fls. 70).

Da leitura das peças processuais constata-se que a sentença de procedência da representação não se baseou apenas nas palavras do ofendido. Levou-se em conta o fato de o adolescente ter sido apreendido na posse de parte da *res furtiva* e, também, os depoimentos de testemunhas, restando, a versão do adolescente isolada.

A vítima D.H.M.S., reconheceu em juízo, o representado como um dos roubadores (fls. 152). Declarou que estava sentado com a família na praia quando foi abordado por três ou quatro meninos que cercaram a barraca e, um

dos agentes fez menção de estar armado enquanto outro determinou à vítima que entregasse a corrente. Quando ia entregar a corrente, um dos indivíduos puxou o bem, derrubando-o sofrendo, em consequência, escoriações no pescoço. O filho da vítima machucou a perna também em consequência da ação criminosa, pois durante a investida violenta caiu sobre a criança. Informou que quando os agentes saíram correndo, passou a persegui-los. Pediu ajuda e N. foi imobilizado durante a fuga por um popular, e a vítima pôde reconhecer o representado, pois *"não perdeu o adolescente de vista em nenhum momento durante a perseguição"*. E mais, a corrente foi localizada no interior da boca do representado e foi recuperada, mas não o pingente (fls. 140 e 152).

E, já é cediço que nos crimes patrimoniais, as palavras das vítimas assumem especial papel na identificação dos culpados, prestando-se inclusive a autorizar a condenação, quando não infirmadas ou desmentidas. Essa, sem dúvida, a hipótese dos autos. Nesse sentido:

"A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010. Agravo regimental desprovido).

O conjunto probatório, na verdade, é uníssono no sentido de que o adolescente e os demais indivíduos, subtraíram o pertence da vítima, evadindo-se do local do evento. O simples relato da ação, pelas testemunhas, corroborado pelas provas trazidas aos autos, demonstra a consciência do ato antijurídico e, igualmente, do respectivo resultado, elementos caracterizadores do dolo.

Registre-se que os depoimentos de policiais podem ser utilizados como meio de prova seguro, mormente quando não existem nos autos elementos que possam desacreditá-los e tampouco indícios de que quisessem prejudicar o representado, atribuindo-lhe falsamente a prática de ato infracional.

A solicitação de abrandamento da medida aplicada na origem, por outro lado, também não pode ser acolhida.

O ato infracional praticado e tipificado como roubo qualificado é de natureza grave, vez que executado mediante violência, em concurso de agentes, o que gera não só agressão psicológica como insegurança no contexto social, revelando, portanto, a audácia e a total ausência de criticidade dos agressores, entre os quais o ora apelante.

Os testemunhos dos policiais militares F.O.S. e M.S.C. são coerentes e estão em harmonia com as demais provas. Após reconhecerem o adolescente, afirmaram, de maneira uníssona, que um transeunte avisou que estava ocorrendo um tumulto, no que foram verificar. Afirmou que, chegando ao local, foram informados que havia ocorrido roubo de uma corrente e a vítima lhes contou as circunstâncias em que se deu o ato infracional e que o indivíduo foi detido

Acesso ao Sumário

cerca de 100 metros do local e, com ele, foi encontrado o objeto roubado (fls. 102/103).

Por outro lado, como bem observou o douto sentenciante (fl. 173), o relatório de diagnóstico polidimensional revela que *"o adolescente é usuário de maconha desde os quatorze anos de idade e de bebidas alcoólicas, e que na escola "sempre deu problema porque não era frequente (fls. 65/68)"*.

Diante dessas considerações, a medida excepcional não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento.

De se ressaltar, por oportuno, que a custódia drástica visa proporcionar a reabilitação, reeducação e socialização do menor infrator, impondo-lhe freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-lo com medida mais branda só o prejudicará, pois continuará ele a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas do meio deletério em que parece estar inserido.

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos suficientes a justificar a aplicação de medida menos gravosa, mostrando-se mais adequada a internação, que permitirá ao menor receber a orientação que necessita para dar continuidade aos estudos e se capacitar profissionalmente.

Internado, será periodicamente avaliado, podendo, destarte, se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao convívio social, ver revertida a medida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500203-74.2018.8.26.0415, da Comarca de (...), em que é apelante M.F.A.F. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE (...).

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 45195)**

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, 10 de junho de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO LATROCÍNIO. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. INTERNAÇÃO. MEDIDA ADEQUADA NA HIPÓTESE. SENTENÇA MANTIDA.

1. A materialidade está devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência e pelo laudo do exame necroscópico. A autoria encontra-se plenamente demonstrada pela própria dinâmica dos fatos confessados, bem como pelas provas coligidas aos autos.

2. A prática de ato infracional equiparado ao crime de latrocínio, por si só, autoriza a aplicação da medida de internação em face do que dispõe o art. 122, I, do ECA. Ademais, a menor já possui passagens por atos infracionais equiparados a outros crimes violentos.

3. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação (fls. 205/212) interposto em face da r. sentença (fls. 180/187), cujo relatório se adota, que julgou procedente representação do Ministério Público em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de latrocínio, e aplicou à adolescente a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, com fundamento no art. 112, § 1º, do ECA.

Inconformada, recorre **M.F.A.F.** Afirma, preliminarmente, a nulidade pelo fato de a adolescente ter sido ouvida na delegacia desacompanhada de representante legal e por não ter podido se manifestar sobre uma das provas acostadas aos autos, alegando, ainda, que a falta de transcrição do vídeo nos áudios também enseja nulidade. No mérito, alega que não há provas de que a apelante teve qualquer envolvimento com o crime. Pede provimento ao recurso.

Processado o recurso, foi recebido (fls. 214/215) com contrarrazões (fls. 226/230). A d. Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do apelo (fls. 236/240).

É o relatório.

2. Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua

Acesso ao Sumário

(...), nº (...), em (...), cidade de (...), a adolescente **M.F.A.F.**, com (...) anos à data dos fatos, *"tentou subtrair, para si, coisa alheia móvel, mediante emprego de violência da qual resultou a morte de A.C.S."* (fls. 39).

Segundo o Ministério Público, a adolescente conhecia a vítima e sabia que ela guardava expressivo numerário em casa, razão pela qual escalou o muro frontal, adentrou no imóvel e, munida de uma faca, investiu contra a vítima e a golpeou fatalmente. Na sequência, teria empreendido fuga, sendo flagrada pela câmera de vigilância da residência de um vizinho, constando que não houve entrada ou saída de outras pessoas no local no dia dos fatos.

Inicialmente, cumpre afastar as preliminares de nulidade suscitadas, pois, a uma, o depoimento da menor em sede policial não foi o único elemento de prova pessoal, já que a adolescente foi devidamente ouvida em juízo após, inclusive, a apresentação de defesa prévia técnica.

Segundamente, o relatório de investigações apresentado às fls. 80/82, onde constam "prints" das imagens da câmera de segurança do vizinho da vítima também foi acostado aos autos antes da defesa prévia, tendo a defesa, portanto, a oportunidade de sobre ele se manifestar.

A materialidade está devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência de fls. 04/06, pelo laudo do exame necroscópico de fls. 167/170.

Em interrogatório, a representada negou qualquer envolvimento com os fatos, alegando que esteve na residência da vítima no dia dos fatos, porém mais cedo, por volta das (...) ou (...). Afirmou que subiu no muro porque o portão estava fechado, e que a vítima apareceu e disse que ela voltasse mais tarde. Afirmou que sempre visitava a vítima e que não sabia que a vítima tinha dinheiro em casa. Alegou que, como a vítima não respondia suas mensagens de celular, foi até o local para averiguar, quando viu as viaturas e ficou sabendo sobre o crime (depoimento registrado em audiovisual).

As testemunhas M.A., C.H. (policiais), D. e A. (vizinhos da vítima), T. e J. não presenciaram os fatos e seus depoimentos, registrados em audiovisual, não acrescentam nenhum dado relevante, apenas mencionando que "ouviram dizer" que a menor era a autora do crime, porém sem apresentar qualquer outro indício consistente (depoimentos registrados em audiovisual).

A testemunha C. (genitora da menor), afirma que a pessoa que aparece na gravação não é sua filha, porém admite que a adolescente saiu de casa na noite dos fatos, e que "a vizinhança toda tinha conhecimento de que a vítima possuía um dinheiro consigo" (depoimentos registrados em audiovisual).

Mais consistente é o depoimento da policial M., que conversou com moradores do local que teriam relatado que a menor era a autora do ato infracional, e que tinham medo de represálias da sua família, que seria envolvida com o crime. Apontaram, ainda, analisando as imagens da câmera de segurança

Acesso ao Sumário

do vizinho da vítima, que a pessoa ali retratada era "sem sombra de dúvidas" a apelante (depoimentos registrados em audiovisual).

Quanto ao mérito, igualmente não há que se falar em reforma da r. sentença por ausência de provas.

Isso porque a própria adolescente admitiu que, na noite dos fatos, dirigiu-se à residência da vítima, chegando a "subir no muro porque o portão estava fechado", mas que tal teria ocorrido entre (...) e (...) da noite. Contudo, as imagens da câmera de segurança da residência vizinha à da vítima (fls. 09/11), que mostram uma pessoa com as mesmas características da adolescente pulando o muro da casa por volta das (...) e pulando de volta para a rua por volta das (...), não mostraram, segundo as investigações, nenhuma outra pessoa adentrando ou saindo da residência da vítima.

Inviável, assim, o reconhecimento da plausibilidade da versão apresentada pela adolescente, que não encontra suporte no conjunto probatório coligido aos autos.

Dessa forma, a autoria encontra-se plenamente demonstrada, pela própria dinâmica dos fatos confessados pela menor em relação às circunstâncias de sua visita à casa da vítima na noite dos fatos, bem como pelos depoimentos das testemunhas, pela gravação da câmera de segurança e pelo quanto foi apurado pelos policiais que conduziram as investigações.

Dessa forma, superadas as teses envolvendo a autoria e materialidade, passa-se à análise da medida socioeducativa adequada ao caso em testilha.

Ao reconhecer as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, a Constituição Federal trouxe ao cenário nacional a denominada doutrina jurídica da proteção integral, segundo a qual:

> Todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade.[1]

De fato, até a Constituição Federal de 1988 vigorava sistemática segundo a qual ***"o menor de idade abandonado, ou vítima de maus tratos familiar, ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular"***. A partir do sistema jurídico inaugurado com a Constituição cidadã, ***"estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado, que não oferece as políticas sociais básicas"***.[2]

Diante das circunstâncias que envolvem o ingresso de um adolescente no meio infracional é que o legislador determinou que a medida socioeducativa, a

1 SPOSATO, Karina Batista. *Direito Penal de Adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.
2 Op. cit., p. 50.

ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112 do ECA, deve levar em consideração a ***"capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*** (art. 112, § 1º, do ECA).

Em outras palavras, os adolescentes devem responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, e, ainda, considerando suas condições **pessoais** (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc.) e **familiares** (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização), único modo de aferir a medida socioeducativa que melhor corresponda às suas necessidades. Nesse sentido é o entendimento firmado no e. Superior Tribunal de Justiça:

> Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA)[3].

Na hipótese vertente, verifica-se que a prática de ato infracional equiparado ao crime de latrocínio, ***por si só***, autoriza a aplicação da medida de internação em face do que dispõe o art. 122, I, do ECA.

Quanto às circunstâncias e a gravidade do ato infracional, há que se destacar que o crime de latrocínio, por si só, é de natureza gravíssima e contém a violência a pessoa como elemento do crime. Assim, o ato infracional a ele equiparado perfaz, de pronto, a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo a aplicação da medida de internação.

Nada obstante, a representada já responde ou respondeu por atos infracionais equiparados aos crimes de roubo (fls. 61), lesões corporais (fls. 62), furto qualificado (fls. 63) e dano qualificado (fls. 65), o que reforça a necessidade de que a medida a ser aplicada no presente processo seja adequadamente rigorosa.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, inviável a modificação da r. sentença, que bem acolheu a representação por ato infracional equiparado ao crime de latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP) e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

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

3 STJ, HC 58.933/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/09/2006, DJ 16/10/2006.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1001414-63.2018.8.26.0526, da Comarca de (...), em que são apelantes MUNICÍPIO DE (...) e J.E.O., é apelado D.F.B.R. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial 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 31.925)**

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, 6 de maio de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação e Remessa Necessária – Sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, determinando o fornecimento de vaga em creche à criança durante período integral e de forma contínua, sob pena de multa diária de R$ 100,00 – Apelo da Municipalidade visando à improcedência do pedido formulado na peça inicial – Descabimento – É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional à criança ou adolescente que resida em seu território, conforme pacífico entendimento desta Corte, nos termos, inclusive, da Súmula nº 63 – Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, discricionariedade administrativa e igualdade – Ademais, Termo de Ajustamento de Conduta para regularização das vagas em creche não afasta o interesse de agir da criança – Serviço educacional tido como essencial a ser prestado de forma ininterrupta – Recurso da Municipalidade e Remessa Necessária não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação do Município de (...) contra r. sentença que determinou a disponibilização de vaga à criança D.F.B.R., nascida em 2 de julho de 2017, em período integral e de forma contínua, apenas enquanto houver comprovada necessidade desse serviço durante o período de recesso escolar, na creche apontada na inicial, ou noutra, desde que próxima de sua residência, sob pena de multa diária de R$ 100,00, a ser destinada ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (fls. 66/73).

Aduz o recorrente, em apertada síntese, falta de interesse de agir, porquanto há Termo de Ajustamento de Conduta visando justamente atender a demanda de vaga em creches; violação aos princípios da isonomia, reserva do possível, à tripartição dos poderes e requer a não condenação em custas e despesas processuais (fls. 75/86).

Bem processado e recebido o recurso no efeito devolutivo, a r. sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 88), apresentadas contrarrazões (fls. 111/113), opinou a d. representante do Ministério Público (fls. 98/108), manifestando-se, a seguir, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso e da remessa necessária (fls. 115/120).

É o relatório.

De início, cumpre consignar que não há como o Município negar a vaga pretendida, pois tal obrigação decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a Súmula nº 63 deste Tribunal: *'É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território'*.

Tem-se entendido, inclusive, que nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Tais normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata e, portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar sua efetividade não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação dos outros Poderes, pois apenas se está cumprindo com obrigação constitucional de prestação de tutela jurisdicional e composição de litígios.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 65 desta Corte: *'Não violam os princípios*

constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes'.

Confira-se ainda: *'Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido'*. (RE nº 464.143 AgR/SP – Ministra Ellen Gracie).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, depois de explicitar no *caput* e no inciso V, do artigo 53 que: *'A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhe: V – acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência'*, afirma, em seu artigo 54, IV, que: *'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'*.

Outrossim, no artigo 208, inciso III, o aludido diploma legal complementa que: *'Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'*.

Tais normas, positivadoras de direitos sociais, como a saúde e a educação, têm o condão de gerar direitos subjetivos, cujo exercício não pode ficar suspenso até a concretização de políticas públicas. Nesse sentido, vale citar preciosa lição de Canotilho, reproduzida na obra *'Aplicabilidade das normas constitucionais'*, de José Afonso da Silva: *'O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da*

Acesso ao Sumário

prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos' (7ª ed., Malheiros, São Paulo, página 152).

Importante consignar, ainda, que não obstante existente a prerrogativa da Administração quanto à implementação de políticas públicas, bem como a invocação da reserva do possível, inviável referida argumentação caso reste comprometido o mínimo existencial, em que inserido o direito à educação, ora debatido.

Vale dizer, ademais, que a determinação judicial não viola o princípio da separação e independência dos Poderes, pois o Poder Judiciário, quando invocado, deve garantir a solução das demandas que lhe são apresentadas, bem como a concretização de direitos assegurados pelo Poder Público, especialmente no que tange ao direito indisponível à educação.

De se consignar ainda, que em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da reserva do possível, ou sob o manto do alegado *'periculum in mora inversum'*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *'máxima efetividade da Constituição'*, conforme entendimento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no Recurso Especial nº 811.608/RS.

Consigne-se, por oportuno, que a realização de Termo de Ajustamento de Compromisso não exime o Poder Público de suas obrigações, sobretudo quando relacionadas a direito fundamental albergado pela Constituição Federal. Assim, nada impede que haja ações individuais pleiteando o direito à educação, que vai além do quanto ajustado entre o Município e o Ministério Público.

De outra parte, embora este Relator, em outras ocasiões, já tenha firmado posicionamento no sentido de que a fixação das astreintes contra a Fazenda Pública acaba sendo ineficaz, por atingir o próprio contribuinte e não diretamente o administrador, excepcionalmente, nesta seara da Infância e da Juventude, onde por lei deve haver a preponderância dos interesses dos menores, entendo que, para reforçar a obtenção do resultado prático almejado, tais merecem, portanto, ser mantidas.

Igualmente, impõe-se a concessão da vaga em creche durante período integral, pois tem-se entendido que se faz necessário, em atendimento aos princípios da continuidade e da eficiência, aos quais submetidos os órgãos responsáveis pela prestação de serviços essenciais, que seja o atendimento fornecido de forma contínua nos berçários, creches ou substitutos da pré-escola.

Prejudicado o pedido referente a custas e despesas processuais, vez que

Acesso ao Sumário

ausente sucumbência nesse sentido.

Do exposto, **nega-se** provimento ao recurso e à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1006281-02.2018.8.26.0526, da Comarca de (...), em que é apelante MUNICÍPIO DE (...), é apelado A.S.A.P. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a preliminar. Deram provimento, em parte, à remessa obrigatória. Negaram provimento ao recurso do Município. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.265)**

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, 13 de maio de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: PRELIMINAR

Interesse de agir. Presença, na oposição administrativa ou na defesa judicial. Resistência evidencia necessidade.

Preliminar afastada.

APELAÇÃO

FORNECIMENTO DE CRECHE E PRÉ-ESCOLA EM PERÍODO INTEGRAL.

O atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade é dever do Poder Público, nos termos do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal e arts. 53, inciso V, e 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por outro lado, muito embora decorra do art. 211 da Carta Magna que a organização dos sistemas de ensino deva programar-se em regime de colaboração dos entes políticos, compete aos Municípios, prioritariamente, a atribuição

Acesso ao Sumário

quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger o fornecimento de creche e pré-escola, inclusive.

Termo de Ajustamento de Conduta. O instrumento, firmado com o Ministério Público, não obsta a postulação de direitos individuais em juízo, mormente em se tratando de direito à educação de menor. Natureza do termo de ajustamento de conduta de 'garantia mínima' para os titulares dos direitos transindividuais. Viabilidade, pois, de propositura de demanda com pedido mais amplo e que se amolde às necessidades do autor.

Período integral. Direito ao pleno desenvolvimento da criança, que passa, necessariamente, pelo direito à assistência social.

Recesso Escolar. Caso a criança não tenha onde, nem com quem permanecer enquanto os pais trabalham, é obrigação assistencial do Município organizar espaço adequado para a permanência também nesse período. Serviço de natureza essencial.

Possibilidade do Poder Público de 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 mais de dois quilômetros da residência da criança. Pretensão deferida pelo M. Juízo de origem, desde que comprovada sua necessidade.

Multa. Manutenção do valor arbitrado (R$ 100,00). Razoabilidade e proporcionalidade. Valor a ser revertido ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município. Limitação do valor total dela em R$ 25.000,00.

Custas e despesas processuais

Isenção de custas, a teor do artigo 141, § 2º, da Lei nº 8.069/1990 (de 13-7).

Dou provimento, em parte, à remessa obrigatória. Afastada a preliminar, nego provimento ao recurso da Municipalidade.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **apelação** e **remessa obrigatória** em **ação de obrigação de fazer** ajuizada pela menor A.S.A.P. (nascida em (...)), representada por sua genitora, contra o Município de (...), julgada procedente para determinar a matrícula da criança na creche pleiteada, ou em outra, próxima a sua residência, em período integral e de forma contínua, inclusive no período de recesso escolar, enquanto houver comprovada a necessidade, sob pena de multa diária de R$ 100,00, destinada ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, assegurado o transporte pela Municipalidade, caso diste mais de dois quilômetros de sua moradia, no caso de estabelecimento de ensino diverso do pleiteado (fls. 87/94). Sem custas na forma do art. 141, § 2º da Lei nº 8.069/90. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, devido à parte autora.

Sustentou o Município, em síntese, a existência de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC para adequar a oferta das vagas em creche, o que inviabilizaria, em seu entender, a possibilidade de postulação em juízo do presente pedido. Preliminarmente, falta de interesse de agir, pois não restou comprovada a negativa da Municipalidade em matricular a menor em creche; inexistência de direito público subjetivo da criança à creche; afronta ao princípio da separação dos poderes; além de preterimento do direito de outras crianças que permanecem no aguardo de vaga; período integral e recesso; aplicação de multa diária destinada a menor, contrariando o art. 214, "caput", do ECA e o não cabimento a condenação em custas e despesas processuais (fls. 96/107).

Respondeu a menor (fls. 111/117).

A Douta Procuradoria opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 139/144).

É o relatório.

2. Afasto a preliminar. Fundada, em parte, a remessa obrigatória. Infundada a pretensão recursal da Municipalidade.

a) Quanto ao interesse de agir.

Patente o interesse processual, na medida em que a pretensão da menor somente foi alcançada com a intervenção do Poder Judiciário (fls. 62/66).

Anote-se que o interesse processual não depende de prévio pedido administrativo, uma vez que plausível é o interesse do cidadão que vem se socorrer no Poder Judiciário para fazer valer disposições constitucionais e legais, a assegurarem o dever do Estado em prover o acesso ao ensino, de tal sorte que inócua se tornaria a prestação jurisdicional se a parte ficasse na dependência de documento comprovando a negativa da autoridade.

Sem relevo, portanto, o fato da inexistência de comprovação da negativa do Município em conceder a vaga, fato esse que não pode retirar da criança o

Acesso ao Sumário

direito ao ensino básico, que lhe é assegurado pela Constituição Federal e por lei federal.

Em suma, o direito postulado não depende de prévio cadastro perante os órgãos públicos e nem da estrita observância a trâmites burocráticos impostos pelo Município, assim como não se exige comprovação da recusa administrativa para o manejo de ação judicial buscando a concretização do direito à educação.

Afasto a preliminar.

Demais preliminares arguidas se confundem com o mérito e com ele serão analisadas.

b) Quanto ao Termo de Ajustamento de conduta.

A existência de Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público **não** exaure o proclamado resguardo ao direito público subjetivo e de absoluta prioridade da criança ao acesso à educação infantil. Portanto, ainda que vislumbrasse eventual regularidade no seu cumprimento, a celebração do compromisso **não** inibe a propositura de ação individual pela parte (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). O referido instrumento, firmado com o Ministério Público, não obsta a postulação de direitos individuais em juízo, mormente em se tratando de direito à educação de menor. Tem o termo natureza de 'garantia mínima' para os titulares dos direitos transindividuais.

c) Quanto às vagas em creche e pré-escola.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, claramente, por **dever do Estado**, em todas as suas esferas de atuação, a garantia de *"... educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade"* (inc. IV do art. 208, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006; **vide** ainda arts. 53, inc. V, e 54, inc. IV, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, qual a nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

Assim, pela vigente Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente é **dever do Poder Público** o atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade.

Acesso ao Sumário

A educação infantil, que se molda à **primeira etapa da educação básica**, responde à necessidade de complementar a ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual, moral e social.

Por outro lado, muito embora decorra do art. 211 da Constituição Federal que a organização dos sistemas de ensino deva programar-se em regime de colaboração dos entes políticos, competindo aos Municípios, prioritariamente, a atribuição quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger o fornecimento de creche e pré-escola, inclusive (§ 2º; no mesmo sentido: art. 240 da **Constituição do Estado de São Paulo**).

Neste sentido:

"Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária" (**STJ** – REsp 575.280 – j. 25.10.04).

Esse, também, conforme se apontou, é entendimento sumulado nesta **Corte** (verbete n. 63):

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

No mais, à evidência, **não** é dado à parte proceder à **escolha da instituição de ensino**. Providência cabível única e exclusivamente, ao ente público, sob pena de vulneração do princípio da discricionariedade conferida à administração pública.

A criança autora tem direito à vaga localizada em distância não superior a dois quilômetros de sua residência, mas **não** a determinada vaga.

Não há, com a presente providência, violação à separação e independência dos Poderes, ou mesmo aos vetores da isonomia e discricionariedade administrativa, tal como cristalizado na **Súmula nº 65** deste **Tribunal de Justiça**.

Outrossim, não é de admitir que, no confronto entre o bem jurídico **educação** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para propiciar a **ensino**, direito fundamental.

A alteração no texto do inc. I do art. 208 da CF, promovida pela EC nº 59/09, não obsta o direito subjetivo à creche, previsto no inc. IV do mesmo artigo.

Leitura do art. 208 da CF permite concluir que o dever do Estado com a educação contempla não apenas a obrigatoriedade do ensino básico dos quatro aos 17 anos de idade (prevista no inc. I), mas também o oferecimento de ensino infantil em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, prestações complementares para efetivar o direito à educação.

Finalmente, por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de isonomia e reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da educação pela Constituição Federal brasileira de 1988.

d) Quanto ao período integral e ao recesso escolar.

No tocante à frequência em estabelecimento de ensino em período integral e no período de férias escolares (meses de dezembro, janeiro e julho) – **recesso**

Acesso ao Sumário

escolar – há de se observar certas peculiaridades.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal garante não apenas o direito ao ensino infantil, conforme art. 208, inc. IV, mas também o direito ao pleno desenvolvimento da criança que passa, necessariamente, pelo direito a assistência social.

Assim sendo, se a criança não tem onde nem com quem permanecer enquanto os pais trabalham e ainda durante o período de férias escolares, é **obrigação assistencial** do Município organizar espaço adequado para a permanência do menor. E aqui, deve vigorar o princípio do melhor interesse da criança, prioridade absoluta, nos termos do que dispõe o art. 227 da Constituição federal:

*"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **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."*

Nessa esteira e, portanto, já saindo do tema do direito à educação com suas características precípuas, fato é que, na seara assistencial, é lícito ao Poder Público restringir a utilização da creche apenas aos infantes que comprovarem real necessidade de ali permanecerem dadas as condições pessoais dos familiares que trabalharem naquele período, assim como não tiverem condições de deixar seus filhos com outros parentes próximos (avós, tias, etc.).

Além disso, **"a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"** e **"o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"** (art. 226, *caput* e § 8º, da CF-88).

Daí que o acesso ao ensino fundamental esteja relacionado tanto ao direito à educação, quanto ao universo do direito assistencial, pois possibilita que os pais ali deixem seus filhos, para que possam exercer atividade laborativa, viabilizando o sustento da família.

Acesso ao Sumário

E de acordo com a adoção dessa perspectiva, a creche comporta funcionamento durante o período integral, de férias e recesso escolar. Nestes períodos, contudo, em que inegavelmente a demanda é menor, há certa discricionariedade ao Poder Público para redirecionar as crianças que utilizarão a creche neste período específico de 30 dias.

Além da diminuição dos custos com a manutenção de todas as creches em funcionamento de forma desnecessária, tal medida possibilitará a programação por parte do Município, da realização de rodízio nas creches municipais, possibilitando assim a realização de reparos diuturnos nos prédios públicos,

além de propiciar de forma regular o direito às férias dos profissionais do ensino infantil, sem necessidade de escalonamento, 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.

Nestes moldes, já decidiu a Colenda Câmara Especial (AC 3.001.982-21.2013 – j. 18.5.15 – Rel. Des. **PINHEIRO FRANCO**).

e) Quanto à multa.

Por outro lado, a r. sentença **destinou**, corretamente, a multa em favor do fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214, "caput", do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O valor foi fixado em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo necessária, apenas, a fixação de **teto** ao valor das astreintes, que entendo razoável em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

f) Quanto às custas e despesas processuais.

A r. sentença **não** merece reparo, pois não condenou a Municipalidade em custas e despesas processuais, nos termos do artigo 141, § 2º da Lei nº 8.069/90.

Ressalta-se, finalmente, para fins de prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram albergados nas questões decididas.

3. Preliminar afastada. Dou provimento, em parte, à remessa obrigatória. Nego provimento ao recurso do Município.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0012677-04.2019.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE SUMARÉ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 7ª Vara Cível de Campinas para processar e julgar a demanda. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61770)**

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 maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RELAÇÃO DE CONSUMO E DE DIREITO PESSOAL. FACULDADE DO AUTOR DE AJUIZAR A AÇÃO NO FORO DE DOMICÍLIO DA RÉ, CONSOANTE O ART. 46 DO CPC. COMPETÊNCIA TERRITORIAL INDECLINÁVEL DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO DA 7ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Sumaré diante da decisão declinatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível de Campinas, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Marcos Antonio de Lima Souza contra Variedades E. D. Equipamentos e Utensílios para Cozinhas Industriais Ltda-ME.

Argumenta o suscitante que a demanda não tem por finalidade exigir o cumprimento de uma obrigação, mas, sim, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da indevida manutenção do nome do autor no cadastro de inadimplentes. Assevera que a hipótese versa sobre competência territorial, que, portanto, não poderia ter sido declinada de ofício.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízes declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Cuida-se de demanda indenizatória fundada em suposto abalo moral suportado pelo autor em decorrência da inscrição indevida de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito efetuada pela empresa ré. Não se trata, portanto,

Acesso ao Sumário

de ação em que se exige o cumprimento de uma obrigação.

Logo, a relação jurídica é de natureza pessoal, e a competência segue a regra geral do foro de domicílio da ré, consoante o art. 46 do Código de Processo Civil.

E, diante da competência territorial, ela não poderia ter sido declinada de ofício pelo suscitado, conforme dispõem expressamente os arts. 64 e 65 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido é a súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

Além disso, a demanda tem por objeto relação de consumo, de forma que o autor tem a faculdade prevista no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, e pode optar por ajuizar a ação no foro de seu domicílio ou no foro do domicílio da ré.

Não cabe ao Judiciário tolher tal prerrogativa legal quando ajuizada a demanda perante quaisquer dos foros escolhidos pelo autor-consumidor, pressupondo seu eventual prejuízo.

A matéria, aliás, já está sumulada também pela Câmara Especial deste Tribunal: *"Súmula 77: A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC) ou no domicílio do réu (art. 94, CPC), de sorte que não se admite qualquer declinação de competência de ofício em qualquer dos casos"*.

Pelo exposto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 7ª Vara Cível de Campinas para processar e julgar a demanda.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0020925-56.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS.

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 de Campinas). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.357)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO

Acesso ao Sumário

(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 14 de junho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Previdência privada. Demanda distribuída livremente à 2ª Vara Cível de Campinas. Domicílio dos autores. Declinação da competência de ofício ao Juízo da 12ª Vara Cível da Capital onde tramita ação coletiva, na qual se discute o equacionamento do déficit do Plano do Sistema Petrobrás. Alegação de conexão. Inadmissível. Relações autônomas, pactuadas separadamente com cada filiado. Inexistência das hipóteses do artigo 55, do CPC. Incidência, ainda, do art. 104, do CDC. Não há vinculação entre ação coletiva e ação individual.

Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 12ª Vara Cível da Capital contra o MM. Juízo da 2ª Vara Cível de Campinas, nos autos da **ação ordinária com pedido de tutela antecipada** ajuizada por Luiz Nelson Goldberg e outros contra Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS, sob o fundamento de não existir litispendência ou conexão entre as ações.

Designou-se o MM. Juízo suscitado para eventuais medidas urgentes (fl. 03).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideraram incompetentes para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II do CPC).

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

A ação foi distribuída inicialmente para o MM. Juízo da 2ª Vara Cível de

Acesso ao Sumário

Campinas, que declinou da competência, sob o argumento de conexão entre a demanda e ação coletiva precedente, havendo prevenção do MM. Juízo da 12ª Vara Cível da Capital, nos termos do art. 59, do CPC (fls. 669/670).

O MM. Juízo da 12ª Vara Cível da Capital, discordando do entendimento, suscitou o conflito.

No caso em tela, os requerentes – inativos – pleiteiam a concessão da antecipação de tutela a fim de que haja a abstenção do equacionamento do déficit técnico do Plano do Sistema Petrobras (PPSP) pelo seu valor total, em face da possibilidade do equacionamento apenas pelo valor excedente do limite técnico.

A tutela antecipada foi indeferida (fl. 299), decisão esta atacada por Agravo de Instrumento (fls. 309/315) e mantida (cf. consulta ao Proc. nº 2.125.821-53.2018.8.26.0000 – j. de 14.08.18, v.u. – Rel. Des. **MOURÃO NETO**).

Indevida a remessa dos autos ao MM. Juízo suscitante, pelos motivos a seguir expostos.

Primeiramente, embora a ação civil pública antecedente se baseie em fundamento similar, não atinge os requerentes, vez que, partindo de tese firmada pelo **C. STF** sob o rito de repercussão geral (REsp nº 612.043/PR), restou determinado que os efeitos de decisão liminar – e consequentemente da demanda – se **limitassem** *"somente àqueles* ***filiados*** *da Fundação autora* ***residentes no âmbito da jurisdição do órgão prolator"*** (AI nº 2.061.866-48.2018, decisão mantida, com cópia no proc. da ação civil pública nº 1.100.225-12.2017.8.26.0100, fls. 1.034/1.041).

Logo, com a confirmação do entendimento, em grau recursal, os pronunciamentos naquele feito beneficiarão apenas os participantes/assistidos do plano de previdência privada fechado, regularmente filiados à entidade sindical – grupo do qual os autores não fazem parte, por se encontrem em inatividade e vinculados ao Plano Petros 1 (PPSP-1).

Observa-se que não há como reconhecer a conexão das demandas, porque não há a presença de qualquer das hipóteses do art. 55, do CPC.

E mais, não há como confundir de um lado, a **identidade de questão jurídica** debatida em duas ou mais ações, relevante, *verbi gratia*, para um juízo de submissão das ações a regime de causas repetitivas, com a **identidade de elementos de ação** condutora à conexão como causa de prorrogação da competência.

No caso em apreço, não obstante se ocupem as ações de uma idêntica questão de direito, seus elementos são absolutamente distintos, pois o enfoque da causa subsequente são as **relações autônomas** estabelecidas na contratação de plano de previdência privada, pactuadas separadamente com cada filiado. A tutela ativa é exercida em nome próprio e não por substituto processual, instituto utilizado pelo Sindicato na ação coletiva. Bem por isso, sequer se verifica

Acesso ao Sumário

identidade de partes entre os feitos. Não há falar, portanto, em mesmo **pedido** ou **causa de pedir**.

Além disso, as ações coletivas que tratam sobre direitos individuais homogêneos não vinculam as ações individuais e, por isso, não há que se cogitar de litispendência ou conexão entre elas.

Nesse sentido, dispõe o art. 104, do CDC:

> *"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".*

Tal previsão, da qual decorre a interpretação pela independência das causas, além de evitar o acúmulo de demandas concorrendo na ação coletiva em um único juízo, confere aos autores a faculdade de demandar onde melhor lhes convier, indo ao encontro do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

A respeito do tema, colaciona-se precedente do **C. Superior Tribunal de Justiça:**

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO. AÇÃO COLETIVA. AÇÃO INDIVIDUAL. PEDIDO DE EXTINÇÃO DESTA POR PERDA DE OBJETO. FEITO JÁ SENTENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 104 DO CDC.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a* ***demanda coletiva para defesa de interesses de uma categoria convive de forma harmônica com ação individual para defesa desses mesmos interesses de forma particularizada, não existindo litispendência entre elas****, consoante o disposto no art. 104 do CDC. O autor da ação individual pode aproveitar-se dos benefícios da coisa julgada formada na ação coletiva, desde que postule a suspensão da ação individual, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da ação coletiva, nos termos do art. 104 do CDC, sendo necessário que ele seja apresentado antes de proferida a sentença meritória no processo individual, bem como antes de transitada em julgado a sentença proferida na ação coletiva. Prestada a jurisdição em ambas as demandas, não é mais possível ao interessado buscar que o provimento judicial de uma prevaleça sobre o da outra, sob pena de afronta ao juízo natural. Nesse sentido: AgInt na PET nos EREsp 1.405.424/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 29/11/2016; AgRg no REsp 1.378.987/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Dje de 11/4/2014; AgRg no AREsp 254.866/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 24/10/2013.*
>
> *2. Agravo interno não provido."* (grifei – STJ – 1ª Turma – AgInt na PET no REsp nº 1.392.712/SC - j. de 18.09.18, v.u. – Rel. Min. **BENEDITO**

GONÇALVES).

Assim, o raciocínio leva a conclusão de que o feito de origem deve prosseguir no Juízo de livre distribuição.

3. Procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitado (2ª Vara Cível de Campinas).

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0049196-12.2018.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é suscitante MMª JUÍZA DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE VOTORANTIM, é suscitada MMª JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de jurisdição para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da Vara do Juizado Especial Criminal de Votorantim. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 63525)**

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, 11 de junho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. AÇÃO DISTRIBUÍDA A VARA CRIMINAL DE VOTORANTIM. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS DELITOS PREVISTOS NA LEI Nº 11.340/06. SANÇÃO QUE NÃO EXCEDE

Acesso ao Sumário

OS LIMITES FIXADORES DE COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITANTE DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE VOTORANTIM.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela MMª. Juíza de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal em face da MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal, ambas da comarca de Votorantim, nos autos do inquérito policial nº (...).

Argumenta a suscitante que se trata de procedimento investigatório para apuração de eventual prática do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previsto no art. 24-A da Lei nº 11.340/11, porque o investigado teria descumprido medida imposta pelo Juiz criminal de Votuporanga em benefício de sua mulher. Aduz que, embora o delito em tese praticado não contenha, em seu núcleo, violência explícita contra a mulher, ele encontra-se previsto em legislação voltada à coibição de crimes dessa natureza. Afirma, assim, que, ainda que indiretamente, a vítima mulher acaba sendo atingida pelo crime de descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Alega que, como a mencionada lei é expressa ao afastar a incidência da Lei 9.099/95, ainda que o delito em exame tenha pena reduzida, o Juizado Especial Criminal é incompetente para tramitação de eventual denúncia.

Processado o conflito de jurisdição, foi designada a Juíza suscitada da Vara Criminal de Votorantim para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Juíza suscitante.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de jurisdição, pois ambas as Juízas recusaram sua competência, nos termos do art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal.

Assiste razão à Juíza suscitada.

Trata-se de auto de prisão em flagrante pela prática, em tese, do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, previsto no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06.

A competência do Juizado Especial Criminal é fixada pela pena máxima cominada ao crime em questão, que não deve exceder a dois anos, conforme o art. 61, da Lei nº 9.099/95.

No caso concreto, a pena máxima em abstrato cominada ao crime do

Acesso ao Sumário

art. 24-A da Lei nº 11.340/06 é de dois anos de detenção, o que não excede, portanto, o limite dos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, ainda que o ato em tese praticado configure o crime previsto na Lei nº 11.340/06, o objeto jurídico tutelado é a manutenção do respeito às decisões judiciais, de modo que a vítima direta não é a mulher, mas o Estado. Dessa forma, observa-se que o bem jurídico protegido pelo crime apurado não se confunde com a finalidade da Lei nº 11.340/06, qual seja, de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas, sim, de assegurar o cumprimento de ordens legais oriundas da Administração Pública.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes desta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Vara Criminal e Vara de Juizado Especial Criminal, ambas da Comarca de Mogi Mirim. Ação penal para apuração da prática, em tese, de crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal). Descumprimento de medida protetiva para não aproximação da residência da vítima. Denúncia proposta perante o Juizado Especial Criminal e remetida ao Juízo Comum. Impossibilidade. Sanção que não ultrapassa os limites fixadores da competência do Juizado Especial Criminal. Delito caracterizado como infração de menor potencial ofensivo. Inteligência do artigo 61 da Lei nº. 9.099/95. Inaplicabilidade da Lei nº. 11.340/06. Ausência de elemento que justifique a modificação da competência. Crime contra a Administração Pública. Conflito procedente, para declarar competente o MM. Juízo suscitado." (Conflito de Jurisdição 0156319-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Dias Motta, j. 30/06/2014). *"Conflito Negativo de Jurisdição. Apuração de crime de menor potencial ofensivo. Desobediência. Ação distribuída a Vara do Juizado Especial Criminal de Matão. Descumprimento de medida protetiva aplicada com fundamento na Lei nº 11.340/06. Redistribuição dos autos à Justiça Comum. Impossibilidade. Competência absoluta do Juizado Especial. Crime contra administração pública, que não se confunde com os delitos previstos na Lei nº 11.340/06. Sanção que não excede os limites fixadores de competência. Aplicação do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Designado o juízo suscitado como competente para julgar o feito. Conflito procedente."* (Conflito de Jurisdição 0071439-52.2015.8.26.0000, Rel. Des. Lídia Conceição j. 02/05/2016).

Pelo exposto, conheço do conflito negativo de jurisdição para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da Vara do Juizado Especial Criminal de Votorantim.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2052700-55.2019.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é impetrante M.Z.A.L. e paciente P.C.B.R. (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 45.281)**

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, 3 de maio de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE MANTEVE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO MENOR.

1. Existência de indícios suficientes de autoria e materialidade.

2. Menor que possui passagem anterior pela Vara da Infância e Juventude.

3. Intervenção que garante a segurança do adolescente e a manutenção da ordem pública.

4. Inteligência dos artigos 108, parágrafo único, e 174, parte final, da Lei 8.069/90.

5. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por M.Z.A.L. em favor do menor P.C.B.R. contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz José Claudio Abrahão Rosa da Vara do Plantão da

Comarca de Taubaté, que decretou a internação provisória do paciente em processo que se apura a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Afirma, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores da internação provisória, bem como que não restou demonstrada a necessidade da medida imposta.

Requer a concessão liminar da ordem, com a substituição da medida de internação provisória por outra menos onerosa ao adolescente e, ao final, sua confirmação (fls. 1/9).

Indeferida a liminar (fls. 15/16), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 20/25).

É o relatório.

2. Segundo consta, o menor foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 01/09 dos autos de origem).

A quantidade e qualidade do entorpecente encontrado com o menor (24 porções de cocaína) e as circunstâncias em que foi apreendido, ao ser flagrado por policiais militares em local conhecido pela prática de tráfico de drogas na posse dos entorpecentes e, ainda, o fato de tentar se evadir quando os policiais se aproximaram, indicam a gravidade da infração e a necessidade da firme atuação estatal, a fim de afastar o menor do meio delituoso, revelando ausência de respaldo familiar adequado para evitar novas práticas infracionais pelo adolescente, especialmente, quando se trata de menor que possui passagem anterior pela Vara da Infância e Juventude (fls. 42 dos autos de origem).

A jurisprudência desta Câmara Especial tem admitido a possibilidade de ser determinada a internação do adolescente que pratica ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes (*habeas corpus* nº 2035217-22.2013.8.26.0000, relator Des. Walter de Almeida Guilherme, Decano, julgado em 3.2.2014; *habeas corpus* nº 2063280-57.2013.8.26.0000, relator Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 27.1.2014).

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação provisória imposta busca retirar de imediato o menor do ambiente delitivo, possibilitando sua reestruturação em local adequado, onde poderá iniciar acompanhamento, recebendo orientação psicológica, pedagógica e profissionalizante.

Cumpridos, portanto, todos os requisitos estabelecidos nos artigos 108, parágrafo único, e 174, da Lei nº 8.069/90, dispositivos que regulam a custódia cautelar do menor apreendido.

Dessa forma, presentes os pressupostos legais que recomendam a decretação da internação provisória do paciente, não se reconhece o apontado

Acesso ao Sumário

constrangimento ilegal.

3. Do exposto, **denega-se a ordem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2067614-27.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente D.A.M.A. (MENOR) e impetrante G.S.A.

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 62763)**

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 maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL PROVISÓRIO DE CRIANÇA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE QUE O INFANTE FOI VÍTIMA DE MAUS-TRATOS PELOS GENITORES. LAUDOS DE LESÃO CORPORAL JUNTADOS. TENTATIVA FRUSTRADA DE COLOCAÇÃO DA CRIANÇA NA FAMÍLIA EXTENSA. PREVALÊNCIA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. G.S.A. em favor da criança D.A.M.A., com pedido de medida liminar, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato da MMª. Juíza da Vara de Infância e Juventude do Foro Regional da Lapa da Comarca da Capital, que determinou a busca e apreensão da criança e o seu acolhimento institucional, com fundamento no art. 101, VII, do ECA (fls. 78/80).

Sustenta o impetrante ser nula a decisão que determinou o acolhimento institucional da criança, por carecer de fundamentação idônea, clara e objetiva. Alega haver menção genérica a fatos, com base em representação que descreve suposta prática de maus-tratos, sem que existam nos autos laudos técnicos comprobatórios. Aduz que houve apenas conversa informal entre o Delegado e o perito. Afirma que o acolhimento institucional é medida provisória e excepcional e, por isso, deve prevalecer a manutenção da criança em sua família natural ou extensa. Alega que o paciente tem avó paterna que reside no litoral paulista e teria interesse em cuidar do neto até o julgamento final. Sustenta que não existem indícios suficientes de que a criança tenha sido vítima de maus-tratos e que a versão apresentada pela genitora é admissível. Pretende a concessão da ordem, cassando-se a decisão que determinou o acolhimento institucional do paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 86/88), sobrevindo parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do writ (fls. 93/95).

É o relatório.

É caso de denegação da ordem, porque não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão que, provisoriamente, determinou o acolhimento institucional da criança D.A.M.A.

A decisão a fls. 78/80 está suficientemente fundamentada na existência de indícios de que o infante de apenas dois anos de idade foi vítima de maus-tratos pelos genitores, diante das lesões corporais supostamente causadas por asfixia. Não se trata, portanto, de decisão genérica ou vaga, tal como alegado pelo impetrante. Além disso, a petição inicial está instruída com relatório do Conselho Tutelar do Jaraguá, ao qual foi encaminhada a família, após atendimento da criança em hospital de Pirituba (fls. 23/25). E não se diga que não se tentou colocar a criança na família extensa, visto que, inicialmente, o infante foi entregue à avó materna, mediante recomendação de proteção feita pelo Conselho Tutelar, mas os pais da criança mudaram-se para a casa dela, com seu consentimento, desconsiderando as orientações feitas.

Além do mais, analisados os autos de origem (processo nº (...)), constata-se que já houve a juntada dos laudos de lesão corporal elaborados pelo Instituto Médico-Legal, com a conclusão de que a criança apresenta lesões corporais de natureza leve, causadas por agente contundente e produzidas por asfixia, com a seguinte descrição: *"presença de petéquias difusas em região frontal, palpebral bilateral, dorsonasal, zigomática bilateral, maxilar bilateral, mandibular bilateral, mentoniana e em pavilhões auriculares e retroauriculares. Escoriações com equimoses violácea lineares e paralelas em região cervical posterior, região cervical lateral direita, região cervical lateral esquerda e região cervical anterior, que não se interrompem, mais intensas em região cervical posterior e*

Acesso ao Sumário

região cervical lateral direita e monos intensas na região cervical anterior e cervical esquerda. Escoriação com crostas de cicatrização na região anterior do joelho direito. Escoriação com crostas de cicatrização na região anterior do joelho esquerdo".

De resto, salienta-se que decisão de acolhimento institucional provisório visa a proteger a criança e seus superiores interesses e o presente writ apresenta, em sua maior parte, argumentos em defesa dos interesses dos pais do infante, com o intuito de demonstrar que não praticaram os supostos maus-tratos. Ademais, nota-se que o impetrante é o mesmo advogado que representa os genitores na ação de acolhimento institucional e apresentou a contestação em nome dos réus, a evidenciar a eventual colisão de interesses.

Pelo exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2055519-62.2019.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.H.E.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 45.274)**

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, 3 de maio de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.

1. *Writ* impetrado contra constrangimento ilegal supostamente imposto pelo Juízo de Execuções que, a despeito de inexistir unidade da Fundação CASA na cidade de origem do jovem, manteve sua internação.

2. Inocorrência da ilegalidade apontada. Cautela que atende ao princípio da proteção integral.

3. Liberação de adolescente não é compulsória na hipótese dos autos, sendo necessária a prova inequívoca de sua ressocialização sob pena de ineficácia da medida.

4. Processo de ressocialização do paciente ainda em curso.

5. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente G.H.E.S. contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Rafael Carvalho de Sá Roriz, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Franco da Rocha, que manteve o cumprimento da medida socioeducativa de internação, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, em unidade da Fundação Casa diversa de sua residência.

Sustenta que, por inexistir vaga para a internação do jovem na comarca de sua residência, nos termos do artigo 49, II, da Lei 12.594/12, encontra-se assegurado ao paciente o direito de ser inserido em programa de meio aberto.

Requer a concessão liminar da ordem para autorizar o menor a aguardar o julgamento do *writ* em liberdade e, ao final, a concessão definitiva, substituindo-se a internação por medida em meio aberto (fls. 01/07).

Indeferida a liminar (fls. 88/89), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 96/99).

É o relatório.

2. Segundo consta, o menor foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo recebido, ao final, medida socioeducativa de internação (fls. 12/13 e 32/37).

A prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, revela a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastar o adolescente do meio delituoso, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Além disso, a sentença fundamentou-se não só na gravidade da infração, como também na periculosidade social do jovem, que precisava ser urgentemente retirado do meio deletério em que estava inserido.

Dessa forma, não deve prosperar a pretensão da substituição da medida de internação por outra em meio aberto invocando-se as disposições do artigo

Acesso ao Sumário

49, II, da Lei 12.594/12.

A interpretação literal do dispositivo leva a crer que o menor submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça deve ser colocado em liberdade diante da ausência de unidade de internação na comarca em que reside.

O dispositivo, entretanto, não pode ser levado em conta de forma isolada, sob pena de violação aos princípios da: a) proteção integral, pois o jovem em conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de internação poderia beneficiar-se da medida.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais condizentes com a vida honesta.

Depois, a Fundação CASA, por intermédio da portaria normativa 285/2016, de 11.02.2016, regulamenta a concessão de verba para transporte de familiares para realização de visitas aos menores. De acordo com o 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.

Tal previsão impede a quebra do vínculo afetivo familiar de adolescentes que cumprem medidas fora da comarca de origem.

3. Do exposto, **denega-se a ordem**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2085604-31.2019.8.26.0000, da Comarca de Mairinque, em que é impetrante GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS e paciente K.C.S.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 30.229)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR

MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de maio de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Representação julgada procedente e aplicada medida socioeducativa de internação – Pedido de modificação da medida fixada em r. sentença – Alegação de coação ilegal fundada no descabimento da medida em razão da natureza da infração – Ausência de ilegalidade – Ato infracional que expõe o adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada diante das peculiaridades do caso concreto – Condições pessoais desfavoráveis – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

A Defensora Pública Gisele Ximenes Vieira dos Santos impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **K.C.S.S.**, por entrever constrangimento ilegal parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da comarca de Mairinque.

Sustenta, em apertada síntese, que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e submetido ao cumprimento da medida socioeducativa de *internação*.

Alega, no entanto, que a medida socioeducativa imposta fere o teor da Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e o disposto nos artigos 121 e 122, do ECA, e 227, § 3º, da Constituição Federal, por afronta ao princípio da excepcionalidade e por se tratar de crime destituído de violência ou grave ameaça, além de inexistir reiteração em infrações graves ou descumprimento de medida anteriormente imposta.

Afiança, ainda, que não é o caso de imposição de semiliberdade, por também se tratar de medida privativa de liberdade.

Requer, em caráter liminar, que o paciente aguarde em liberdade assistida

Acesso ao Sumário

o julgamento do presente e, no mérito, seja a medida de internação substituída pela de liberdade assistida.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 19/21).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 30/32, opinou pelo não conhecimento do pedido ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Cumpre anotar, por necessário, que sempre entendi que a via excepcional do *habeas corpus* não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, como, no caso, o de apelação, de modo que o presente *mandamus* não comportaria sequer conhecimento.

Contudo, ressalvado o meu entendimento e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido.

A medida aplicada deve ser conservada, cuja necessidade e adequação para o caso concreto foram bem fundamentadas pelo MM. Juízo *a quo*.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, quando dos fatos foram apreendidas porções de *crack*, substância nociva e de nefastas consequências sociais (fls. 09/10), o que torna a conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Não bastasse, consoante Relatório de Diagnóstico Polidimensional da *Fundação CASA*, o adolescente faz uso diário de *mesclado*, mistura de *crack* com *maconha*, já teve pneumonia em três oportunidades e repetiu o ano letivo três vezes (fls. 65/70, dos autos de origem).

Tais circunstâncias, associadas à gravidade da conduta, permitem concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que o paciente reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto.

Acesso ao Sumário

O certo é que o adolescente, caso colocado em meio aberto, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se encontra profundamente inserido.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais do adolescente, a medida de *internação*, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Como se vê, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2087376-29.2019.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente E.S.A. (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 63845)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 16, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR SENTENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA REAPRECIAÇÃO DE MÉRITO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente E.S.A., com pedido de medida liminar, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Itapecerica da Serra, que julgou procedente representação, reconhecendo que o adolescente praticou infração análoga ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 17/21).

Sustenta a impetrante ser inadequada a medida de internação aplicada, pois a infração não foi cometida mediante violência ou grave ameaça a pessoa e, em que pese o paciente seja reincidente, não cometeu, reiteradamente, outras infrações graves, tal como previsto no rol taxativo do art. 122 do ECA. Alega haver violação à Súmula 492/STJ. Pretende a concessão da ordem, para cassar a decisão que aplicou a medida de internação por prazo indeterminado, substituindo-a por liberdade assistida.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 31), a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do writ ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 40/42).

É o relatório.

O habeas corpus é ação constitucional que visa a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção e, em razão de sua natureza jurídica, sua utilização pressupõe evidente ilegalidade, bem como a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de locomoção.

É por causa disso que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem restringindo as hipóteses de cabimento do habeas corpus às situações excepcionais em que flagrante o constrangimento ilegal, não mais admitindo sua utilização em substituição a recurso, sobretudo quando a apreciação do caso exige o reexame das matérias fáticas e jurídicas. Assim, o habeas corpus não se afigura, na hipótese, como medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação, sujeita a recursos previstos na legislação.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, verbis: *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE.*

Acesso ao Sumário

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 '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."* (H C 222.217/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª 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).

Acesso ao Sumário

Portanto, não está configurado qualquer constrangimento ao paciente decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Pelo exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2087261-08.2019.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente C.G.B. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de junho de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Representação julgada procedente e aplicada medida socioeducativa de internação – Pedido de modificação da medida fixada em r. sentença – Alegação de coação ilegal fundada no descabimento da medida em razão da natureza da infração e na violação aos arts. 49, II e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12 – Ausência de ilegalidade – Ato infracional que expõe a adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada diante das peculiaridades do caso concreto – Inexistência de unidade de internação na comarca de residência da paciente não justifica sua liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família,

Acesso ao Sumário

a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

A Defensora Pública Danielly Salviano Pereira Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **C.G.B.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da comarca de Mairiporã.

Sustenta, em síntese, que a paciente foi responsabilizada pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e submetida ao cumprimento de medida socioeducativa de *internação*, por prazo indeterminado.

Alega, no entanto, que a conduta da paciente não se enquadra em quaisquer das hipóteses taxativas do artigo 122, do ECA, por se tratar de ato infracional destituído de violência ou grave ameaça, além de inexistir reiteração na prática de infrações graves, sendo certo que "... se envolveu em apenas um ato ilícito anterior".

Afiança, ainda, que não há previsão legal para aplicação de medida de internação por prazo indeterminado, não podendo a gravidade do ato infracional imputado à paciente servir de justificativa para a imposição da medida de internação, por afronta à Súmula nº 492, do STJ.

Assegura, também, que a paciente tem direito à adoção de medida em meio aberto, por conta da falta de vaga em unidade próxima à sua residência e de seus familiares, nos termos dos artigos 49, II e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12, e artigo 124, VI, do ECA.

Requer, por conseguinte e em caráter liminar, a imediata liberação da paciente e, no mérito, seja aplicada medida socioeducativa em meio aberto.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 63/65).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 72/74, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A impetração, por dois motivos, objetiva a modificação da medida socioeducativa imposta na r. sentença. O primeiro, em razão de seu descabimento, já que o ato infracional foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. O segundo, porque a infratora foi internada em comarca distante da residência de sua família, estando violados os artigos 49, II, e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12.

Acesso ao Sumário

Porém, a presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Cumpre anotar, por necessário, que sempre entendi que a via excepcional do *habeas corpus* não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, como, no caso, o de apelação, de modo que o presente *mandamus* não comportaria sequer conhecimento pelo primeiro motivo.

Contudo, ressalvado o meu entendimento e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido.

A medida aplicada deve ser conservada, cuja necessidade e adequação para o caso concreto foram bem fundamentadas pelo MM. Juiz *a quo*.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, quando dos fatos foram apreendidas 224 (duzentas e vinte e quatro) porções de *cocaína*, substância nociva e de nefastas consequências sociais, além de R$ 3.699,00 (três mil, seiscentos e noventa e nove reais), o que torna sua conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor (fls. 14/16).

Não bastasse, trata-se de paciente ***reincidente***, que cumpriu medida socioeducativa em meio aberto, constando, além disso, ser usuária de entorpecente e sem respaldo familiar, tanto que se encontrava abrigada (fls. 32, 34/35 e 40/42).

Acesso ao Sumário

Tais circunstâncias, associadas à gravidade da conduta, permitem concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que a paciente reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto.

O certo é que a adolescente, caso colocada em meio aberto, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinha, afastar-se do meio criminoso em que se encontra inserida.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições

pessoais da adolescente, a medida de *internação*, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Inviável, igualmente, a substituição da internação por medida em meio aberto fundada, exclusivamente, no fato do seu cumprimento estar sendo efetivado em estabelecimento localizado em município diverso daquele onde está situado o domicílio da família da adolescente.

É recomendável, como é cediço, que o cumprimento da medida socioeducativa seja efetivado próximo de sua família, a fim de fortalecer os vínculos familiares. Porém, tal circunstância não pode justificar, por si só, a liberação da paciente ou a atenuação da medida, pois vários outros fatores devem ser considerados no caso concreto, como a disponibilidade de vagas, eventual superlotação, idade compatível e a periculosidade da infratora, dentre outros fatores relevantes.

O artigo 49, II, da Lei do SINASE, não pode ser analisado de forma isolada, mormente nos casos em que a manutenção da medida privativa de liberdade revela-se a mais adequada à reeducação da menor, conforme ocorre no caso em exame.

Colocar a paciente em meio aberto, tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima à sua residência significaria condená-la a viver a adolescência nos mesmos moldes que a levaram à grave prática infracional.

Ademais, tanto o SINASE quanto o ECA são regidos pela intenção de possibilitar que a família tenha contato com o paciente, facilitando as visitas e o acompanhamento, de forma sistemática, do seu processo evolutivo, facilitando, assim, o regresso do adolescente ao convívio familiar. Porém, para tanto, não é necessário que a família resida próximo ao local em que se encontra internado.

Importante ressaltar, ainda, que o artigo 35, IX, da Lei nº 12.594/12, não traduz direito absoluto de o adolescente ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto, por não haver vaga para regime de internação na comarca em que residem seus familiares.

O princípio contido no referido dispositivo legal visa garantir a continuidade da convivência entre o adolescente infrator e seus familiares, como medida salutar em seu processo socioeducativo.

E, para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento da família de adolescentes que cumprem medida em unidades de internação da *Fundação* CASA, o que possibilita, ainda que minimamente, a presença dos familiares no processo de ressocialização.

Sobre o assunto, confira entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS

Acesso ao Sumário

*SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL. CUMPRIMENTO ANTERIOR DE MEDIDA MAIS BRANDA PELO MESMO ATO. MEDIDA JUSTIFICADA. NÚMERO MÍNIMO DE INFRAÇÕES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. AUSÊNCIA DE VAGA NA COMARCA DE RESIDÊNCIA DOS FAMILIARES DO MENOR. INTERNAÇÃO EM LOCALIDADE DIVERSA. POSSIBILIDADE. DIREITO NÃO ABSOLUTO. EXCEPCIONALIDADE JUSTIFICADA. PRECEDENTES. UNIDADE DE INTERNAÇÃO PRÓXIMA. ACOMPANHAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I... III – In casu, a internação do adolescente está fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a incidência da hipótese prevista no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que ao paciente já foi imposta prévia medida socioeducativa mais branda pelo mesmo ato infracional, no ano de 2014. IV – **A jurisprudência deste Tribunal Superior tem-se firmado no sentido de que o direito previsto no art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, a execução da medida socioeducativa de internação em localidade diversa da comarca de residência dos familiares ou responsáveis do menor quando as circunstâncias do caso concreto não recomendarem a substituição da medida imposta por outra a ser cumprida em meio aberto, ainda que o ato infracional tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça. Precedentes.** V – No presente caso, **a reiteração em ato infracional não recomenda a substituição da medida imposta por outra em meio aberto, restando devidamente justificada a execução da medida em localidade diversa. Ademais, a Unidade de internação de Franco da Rocha/SP está situada a apenas 42 Km da cidade de origem do menor e de seus familiares, o que atende aos preceitos estabelecidos no art. 124, VI, do ECA e no art. 35, IX, da Lei n. 12.594/2012.** Habeas corpus não conhecido"* (HC 383.808/SP, Rel. MIN. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 21/03/2017).

Não fosse por isso, insta frisar que o município de Mairiporã está situado na região Metropolitana de São Paulo e dista cerca de 48 quilômetros da Capital, o que viabiliza plenamente o contato da paciente com seus familiares.

Como se vê, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1134581-67.2016.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante XINGU PROJETO RESIDENCIAL LTDA. (TIBÉRIO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S/A.), são agravados ALESSANDRA COSTA GONÇALVES e JOÃO ANDRÉ RIBEIRO DE ALMEIDA.

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 61223)**

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 maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CONTRATO SUBMETIDO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESTITUIÇÃO DE VALORES SOMENTE AO TÉRMINO DA OBRA OU DE FORMA PARCELADA. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E INTEGRAL EM CASO DE CULPA EXCLUSIVA DO PROMITENTE VENDEDOR/ CONSTRUTOR, OU PARCIAL, CASO TENHA SIDO O COMPRADOR QUEM DEU CAUSA AO DESFAZIMENTO (TEMA 577). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Xingu Projeto Residencial Ltda. contra decisão que, em demanda de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que o precedente repetitivo é inaplicável ao caso, já que se restringe à forma e ao tempo de devolução das parcelas, ao passo que o reclamo especial questiona o percentual de restituição. Sustenta que os agravados tinham ciência das condições de desfazimento do negócio e das porcentagens de devolução de valores. Aponta que, em processos com a mesma questão jurídica controvertida, foram conferidas soluções distintas, permitindo a retenção de 25% dos valores pagos em caso de rescisão contratual por culpa dos compradores. Assinala que as matérias relativas aos arts. 104, 110, 418, 421 e 422 do CC não foram analisadas.

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.

Acesso ao Sumário

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, 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. Confira-se a fls. 278/279.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 750/754) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 10% dos valores pagos, para compensar os custos operacionais da vendedora.

Destaca-se trecho do julgado: *"Tampouco prospera o pedido de majoração do percentual de retenção para no mínimo 25% do total pago. Em casos como o dos autos tem sido adotado o percentual de 10% sobre o montante efetivamente pago pelo comprador quando a rescisão não acarreta maiores consequências à promitente vendedora, fato que depende de prova efetiva, inexistente no caso concreto. Noutras palavras, não há qualquer circunstância que autorize a retenção de 75% desejada pela ré"* (fls. 224/225).

O STJ firmou entendimento de que a vendedora pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos na hipótese de resolução por culpa do promitente comprador, de modo que apenas condenações em percentuais que não se amoldem aos aludidos limites justificam a admissão do recurso, o que não é o caso.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, as razões do recurso envolvendo os artigos: 104, 110, 418, 421 e 422 do CC buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, in DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 127.350/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 30.9.2014; QO no Ag nº 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12.5.2011.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0014227-34.2012.8.26.0047/50002, da Comarca de Assis, sendo agravante Ednilson Vilar da Cruz e agravado Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

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 68.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

Acesso ao Sumário

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, 6 de maio de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão que determina o sobrestamento do recurso especial que versa matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos – Hipótese que se amolda ao Tema nº 862 STJ – Suspensão de todos os recursos especiais.

– Em que pese a desafetação do Resp. nº 1.682.628, a matéria continua sendo debatida pelo atual representativo de controvérsia Resp. nº 1.729.555/SP conjuntamente com o Resp. nº 1.729.558/SP, mantido o Tema nº 862/STJ.

– Hipótese que se amolda ao tema.

– Sobrestamento mantido. Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Ednilson Vilar da Cruz (fls. 581/582) contra a decisão desta Presidência, que determinou o sobrestamento do recurso especial conforme disposto no artigo 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, até pronunciamento definitivo da Corte Superior.

Alegou a agravante, em síntese, o tema em questão foi desafetado pelo STJ, por perda superveniente do objeto, uma vez que não estaria vinculado a nenhum processo, devendo ser realizado o exame de admissibilidade do recurso especial interposto.

É o relatório.

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento ao art. 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *"Afetada a questão tratada nos autos – 'Auxílio – Termo – Inicial – Cessação' – Tema nº 862, com supedâneo no artigo 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, delibero suspender o Recurso Especial."*.

A matéria está enquadrada no tema nº 862/STJ, de modo que devem os reclamos especiais permanecer sobrestados até futuro julgamento ou eventual desafetação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, persistindo o debate

sobre a questão no seio daquela Corte.

Dessa forma, mantenho o sobrestamento do feito, pois a matéria debatida nestes autos guarda relação de correspondência com as questões em análise no Resp nº 1.682.628 (desafetado), substituído pelo atual representativo de controvérsia Resp. nº 1.729.555/SP conjuntamente com o Resp. nº 1.729.558/SP.

Assim, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0021356-82.2016.8.26.0554/50001, da Comarca de Santo André, em que são agravantes ANDREA APARECIDA FELICIANO DOS SANTOS e EDMILSON DE JESUS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.983)**

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, 6 de maio de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do

Acesso ao Sumário

contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 620) que, com fundamento no Tema 660, do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 747/764).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 766).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª 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 decisão de fls. 620, ora atacada.

A Defesa dos agravantes aludiu às fls. 541, 549/556 e 558 que:

[...]

II – DA HIPÓTESE DO ARTIGO 102, III, 'a', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Está preenchida a hipótese do art. 102, III, "a", da Constituição Federal

porque a decisão recorrida contrariou o disposto no artigo 5º., LV, da Constituição Federal, violando o princípio da ampla defesa, bem como a Súmula 523, desse E. Tribunal Superior, uma vez que, no caso em apreço, a deficiência da defesa trouxe prejuízo aos Recorrentes, que foram condenados em 1ª. E 2ª. Instâncias, sem que a defesa técnica alegasse a tese formulada em autodefesa, ou seja, o álibi apresentado que, como é cediço, era ônus da defesa a sua comprovação.

[...]

Assim, uma vez que os Recorrentes tinham como tese principal a negativa de autoria, diante de ÁLIBI que, conforme já dito, era ônus da Defesa à época desincumbir-se, a deficiência da defesa técnica se apresenta pelos seguintes aspectos:

1) Desistência da oitiva de testemunhas de defesa, que confirmariam, com maior precisão, conforme exigido pela sentença e acórdãos condenatórios, o álibi dos Recorrentes;

2) Ausência ou quase inexistência de reperguntas às testemunhas de defesa ouvidas, que eram fundamentais para a confirmação dos álibis dos Recorrentes para que o álibi pudesse ser considerado preciso e inquestionável;

3) Apresentação de debates orais em que não há uma palavra mencionando os álibis dos Recorrentes. Mais do que isso. Debates orais apresentados de forma genérica a ambos os Recorrentes, sem qualquer individualização das defesas e que poderiam ser apresentados para qualquer delito e qualquer acusado e, portanto, deficiente;

4) Apresentação de Razões de Apelação, igualmente, deficiente, uma vez que os álibis dos Recorrentes foram mencionado em escassas linhas (7 linhas no total), em que não há cotejo com os interrogatórios e a prova carreada aos autos.

Conforme Súmula 523, STF, a deficiência da defesa só trará nulidade, se comprovado o prejuízo os réus.

No caso em apreço, temos que a sentença condenatória, em fls. 398, concluiu que: "**As testemunhas de defesa, de outro lado, nada socorrem ao Juízo, tendo em vista que não apresentaram relato que possa ser tido como álibi preciso**. Isto é, não se pode precisar o horário em que a ré chegou e saiu da suposta festa, nem mesmo o local exato em que o réu estava".

Assim, temos que a sentença de 1º. Grau considerou que os Recorrentes não apresentaram álibi preciso, sendo que, em relação à Recorrente Andréa ponderou que as testemunhas não puderam afirmar o horário exato em que ela chegou e saiu da festa em que estava no dia dos fatos e, em relação ao Recorrente Edmilson, ponderou que suas testemunhas não puderam precisar o local em que ele se encontrava no dia dos fatos.

O 1º. Acórdão condenatório prolatado, confirmando a sentença de 1º. Grau, em 471/472, concluiu:

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

A testemunha de defesa Daniel (mídia eletrônica), empregador da acusada ANDREA, relatou que a ré trabalhou em seu comércio na manhã do ocorrido e, durante o período da tarde, esteve presente no aniversário de sua esposa. A testemunha de defesa Lucinei (mídia eletrônica) aduziu que a ré esteve em sua festa de aniversário no dia 31 de julho de 2016, até cerca das 23h00.

Neste ponto, observa-se que, ainda que as testemunhas defensivas tenham tentado isentar os apelantes de responsabilidade, não apresentaram álibi acurado e nem puderam precisar com segurança o horário em que ANDREA chegou e saiu da suposta festa, nem mesmo o local exato em que EDMILSON estava quando dos fatos.

Dessa forma, a 3ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, igualmente, considerou que os Recorrentes não apresentaram álibi preciso e acurado, ou seja, a defesa não conseguiu comprovar, devidamente, os álibis apresentados pelos Recorrentes, em interrogatório.

Portanto, o prejuízo aos réus, ora Recorrentes, resta evidenciado, uma vez que as decisões que os condenaram tiveram como fundamentação a questão do álibi impreciso dos Recorrentes.

Os Recorrentes constituíram novos Defensores em fevereiro de 2018, que não foram intimados para a sessão de julgamento e, diante de tal fato, foram opostos embargos de declaração, que foram acolhidos para que novo julgamento fosse proferido com a intimação dos novos patronos dos Recorrentes para realização de sustentação oral: Dra Patrícia Maria Villa Lhacer e Dr Alessandro Gonzaga de Freitas, que realizaram sustentação oral, em 24 de julho de 2018.

Em sustentação oral, além dos argumentos relacionados aos álibis apresentados pelos Recorrentes, a Defesa arguiu a deficiência a defesa técnica, com a comprovação do prejuízo para os acusados, conforme Súmula 523, STF, uma vez que o prejuízo já estava pré-anunciado nos autos, diante do não provimento do recurso de apelação, por ocasião do 1º. Julgamento.

Após realização da sustentação oral e apresentação de memoriais, novamente, não foi dado provimento ao recurso de apelação e, em relação à tese de deficiência da defesa, o 2º. Acórdão proferido pela E. 3ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim entendeu:

Preliminarmente, ainda que a alegação de nulidade do feito por suposta deficiência da defesa técnica tenha sido deduzida extemporaneamente (em sede de memorias – fls. 513/517), aprecio-a nesta oportunidade, por observância ao princípio da ampla defesa. Não há como se acolher pretensa nulidade, eis que os acusados foram devidamente amparados durante a instrução criminal por advogado constituído. O fato de o causídico anteriormente constituído ter desistido da oitiva de testemunhas

Acesso ao Sumário

(fls. 383), bem como supostamente não ter delineado suficientemente seus argumentos em relação ao álibi da apelante ANDREA, não têm o condão, por si só, de caracterizar a defesa como deficiente, na medida em que foram adotadas outras teses defensivas. A análise de todas as peças apresentadas em defesa dos corréus, ao contrário do alegado pela última defensora, indica fiel cumprimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, estritamente observados durante toda a persecução penal, de modo que os apelantes nunca estiveram desamparados. Assim, verifica-se que não ocorreu nenhum prejuízo para os corréus, não havendo que se se cogitar de nulidade. Esta posição, aliás, está consolidada na jurisprudência pátria, conforme Súmula 523 do Colendo Supremo Tribunal Federal, que dispõe: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

S.m.j., não assiste razão os Nobres Desembargadores, razão pela qual, diante da nulidade por deficiência da defesa, se interpõe o presente recurso extraordinário.

II – DO DIREITO

O acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não acolheu a nulidade arguida, entendendo que os Recorrentes foram devidamente amparados ao longo da instrução criminal, aduzindo que o fato do causídico anterior ter desistido da oitiva das testemunhas e não ter delineado, suficientemente, os argumentos em relação ao álibi, não caracterizariam a deficiência da defesa.

[...]

Em relação à desistência das testemunhas, importante ressaltarmos que os recorrentes foram condenados em 1ª e 2ª instâncias, segundo o entendimento de que apresentaram álibis imprecisos e, portanto, a oitiva de todas as testemunhas que estavam com os Recorrentes em local diverso, no dia e horário dos fatos, teria relevância para comprovação do álibi apresentado pelos Recorrentes em seus interrogatórios.

Além disso, em debates orais, o defensor sequer mencionou o álibi dos recorrentes e, portanto, não se trata de 'não ter delineado suficientemente', mas sim de ***não ter delineado qualquer argumento em relação ao álibi*** *dos recorrentes e, ao assim agir, sem que a tese de autodefesa fosse mencionada, os recorrentes tornaram-se indefensáveis, o que macula o processo de forma absoluta.*

Ora, como cediço, o princípio da ampla defesa abarca a ampla defesa e a defesa técnica.

[...]

Dessa forma, a desistência da oitiva das testemunhas prejudicou os Recorrentes, pois, conforme decidido em sentença e acórdão, os Recorrentes não apresentaram álibi preciso.

Além disso, a falta de reperguntas ou a formulação de uma única pergunta

Acesso ao Sumário

às testemunhas ouvidas, igualmente, prejudicou os Recorrentes, uma vez que o entendimento exarado pelas decisões condenatórias, conforme já demonstrado, é a de que os álibis não foram comprovados de maneira cabal.

[...]

Conforme já afirmado acima, em debates orais não ocorreu qualquer menção à tese de autodefesa, ou seja, o álibi. O conteúdo dos debates orais foi genérico e poderia ser utilizado para qualquer processo e qualquer acusado.

Portanto, não se pode afirmar que ocorreu o 'fiel cumprimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório'.

[...]

Diante de toda argumentação esposada, temos que ocorreu clara violação ao princípio da ampla defesa, disposto no artigo 5º., LV, da Constituição Federal, bem como à Súmula, 523, do Supremo Tribunal Federal, estando comprovada a deficiência da defesa e o prejuízo aos recorrentes.

Assim, o agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, tendo aquele Sodalício entendido que não há repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0018402-38.2013.8.26.0564/50001, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante ALEXSANDRO ORNELAS CARDOSO.

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 30.947)**

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, 10 de maio de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. 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 decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 627) que, com fundamento no Tema 339, do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, com base no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do agravo ou pelo desprovimento do recurso (fls. 661/669).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 671).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 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:*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 decisão ora atacada (fls. 627).

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. 598, 599 e 603 que:

[...]

Versa o presente Recurso Extraordinário sobre a legítima pretensão de ter acolhido a presente peça recursal, visto a ilegalidade da condenação do Recorrente, na pena de 17 anos, 4 meses e 20 dias, pela suposta prática dos crimes capitulados nos artigos 148 § 2º, 213 § 1º, 121 § 2º, III e IV c.c. o artigo 14, do Código Penal, contudo sem o exato e cabível exame das provas carreadas aos autos, as quais, se mostraram insuficientes para tal decreto de condenação.

[...]

Inicialmente, cabe ressaltar que, as fundamentações lançadas no sucinto V. Acórdão, Recorrido, foram superficiais, de modo que, se mostram contraditórias, obscuras e omissas, diante de um quadro probatório que se mostrou insuficiente para enquadrar o Réu no crime em que foi denunciado, o que culminou com a condenação do Recorrente, sem o profundo exame das provas carreadas aos autos e que não se coadunam com o decreto condenatório.

[...]

Ainda mais, pela exposição do Voto ora combatido, não é possível reconhecer-se o nexo dos fatos e provas carreados aos autos, ante a tese adotada no julgamento que culminou com a condenação do Réu.

[...]

De outra banda, cumpre enfrentar gravíssimo defeito técnico contido na respeitável decisão, diante da ausência do principal e fundamental pressuposto de validade e eficácia de caráter constitucional (art. 93 – IX, da Constituição da República), tendo em vista a decisão não conter a imprescindível fundamentação, sobretudo com seu conteúdo generalizado.

Já os v. acórdãos (fls. 538/547 e 572/577) registraram que:

Acesso ao Sumário

[...]

Diversamente do alegado no recurso, a decisão dos jurados não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, antes a este se ajustando com perfeição.

A materialidade dos fatos delituosos está comprovada pelo auto de exibição e apreensão do facão (fl. 48), laudo de conjunção carnal, apontando "lesão corporal de natureza leve, produzida por agente contundente" (fl. 104), e laudo de exame de material, atestando resultados positivos para a substância "Aldicarb", popularmente conhecido como "chumbinho" (fls. 108/110).

Ficou igualmente demonstrada a autoria das infrações delituosas atribuídas ao apelante e reconhecidas pelo Tribunal do Júri.

[...]

Entretanto, a versão exculpatória não ficou provada e foi repelida pela prova oral acusatória.

[...]

Como se vê, diante desse quadro de provas era lícito aos jurados optarem por dar prevalência aos elementos probatórios que apontavam a conduta dolosa do réu, mormente o relato seguro da vítima, por entender possuírem eles força de convencimento bem mais expressiva do que os que traduziam a versão da negativa da prática delituosa apresentada pelo apelante, não merecendo censura a decisão tomada nesse sentido.

Neste passo cabe ponderar que, como os jurados decidem por íntima convicção, diante da prova lhes é lícito usar de todos os elementos existentes nos autos, até mesmo circunstanciais e indiciários, daí por que era possível ao Tribunal Popular a opção por uma das linhas plausíveis de interpretação para o fato, decidindo por uma solução com a independência que lhe deve ser reconhecida.

Não sendo a versão acolhida por eles arbitrária e nem dissociada do que foi apurado na instrução, assentando-se em uma das vertentes que, razoavelmente, poderia se formar a partir do conteúdo do processo, é forçoso reconhecer que a respeitável decisão condenatória não se mostra contrária à evidência dos autos.

[...]

Reiteradamente se tem decidido que a decisão do Tribunal do Júri só comporta um juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando tão atentatória da verdade apurada no processo, que represente uma distorção de sua função judicante. (...). Não foi o que ocorreu no caso vertente, em que o veredicto dos jurados se apoiou em suficientes elementos de prova, a bem definir a prática delituosa imputada ao apelante.

Para que não fique sem registro, não prospera a alegação da combativa defesa de que "a ausência das testemunhas da acusação em muito

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

influiu contra o Apelante, Réu, pois prejudicou a adequação aos termos da denúncia" (fl. 491). Caso o douto defensor tivesse de fato o interesse na inquirição da vítima e testemunhas, que a seu ver era imprescindível na busca da verdade real, como sustentou, deveria ter cuidado de manifestar oportuna discordância quanto a não oitiva delas, mas disso não cuidou o nobre advogado, concordando com a desistência do Ministério Público, o que foi homologado pelo magistrado, conforme ata de julgamento (fls. 435/437).

Justa, pois, a condenação, que nem de longe contrariou a evidência dos autos.

[...]

Nada disso existe na douta decisão embargada, que de forma clara e induvidosa, deixou expresso que a decisão dos jurados não se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos, antes a esta se ajustando com perfeição.

Todas as teses invocadas no recurso foram analisadas e repelidas no julgado de forma fundamentada.

Tais r. decisões estão 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.

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 0039639-17.2010.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais.

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 68.535)**

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

Acesso ao Sumário

CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 13 de maio de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisões monocráticas que não conheceram do agravo com fundamento no artigo 932, inciso III do Código de Processo Civil.

Interposição de Agravo – Não cabimento – Previsão legal expressa. Erro grosseiro.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de novo agravo interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 191/194), contra decisão desta Presidência de fls. 186/188 que rejeitou os Embargos de Declaração interpostos após decisão que, em cumprimento ao art. 932, III, do Código de Processo Civil, não conheceu do recurso de fls. 161/173 dada a configuração de erro grosseiro na interposição (fls. 176/177).

Alegou a agravante, em síntese, que, ao contrário do entendimento firmado na r. decisão ora agravada, o recurso interposto não foi o Agravo em Recurso Extraordinário, mas agravo interno.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Não se avista desacerto nas decisões ora agravadas, eis que caracterizado o erro grosseiro na interposição do primeiro agravo de fls. 161/173, como se verifica às fls. 176/177 e 186/188.

Com efeito, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou a existir expressa previsão legal no sentido do não cabimento de agravo contra decisão que inadmite recurso especial ou extraordinário, quando a matéria nele veiculada houver sido decidida pela Corte de origem em conformidade com o recurso repetitivo:

Nesse sentido,

*"O artigo 1.042, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe**, in verbis**: Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, **salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos."*** (Grifo nosso).

Acesso ao Sumário

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, de vez que em perfeita harmonia com o Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1047367-04.2017.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BOA VISTA SERVIÇOS S/A, é agravada MARIA DOS PRAZERES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62466)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 17 de maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NECESSIDADE DE ENVIO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. REQUISITO NÃO CUMPRIDO. DANO MORAL RECONHECIDO (TEMA 40). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ESTABELECIDOS PELO STJ EM JULGAMENTOS REPETITIVOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Boa Vista Serviços S/A contra

decisão que, em demanda cominatória, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que o único dever dos órgãos arquivistas é enviar ao devedor a notificação sobre o apontamento. Destaca ter realizado a notificação prévia, devidamente comprovada nos autos, sendo incabível a indenização por danos morais. Assinala violação ao art. 43, § 2º, do CDC. Sustenta, de resto, que a decisão desrespeitou as Súmulas 359 e 404 do STJ.

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, julgados os Recursos Especiais nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses: *"Orientação 1: 'Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome do devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas'. Orientação 2: 'A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto"*. Confira-se a fls. 268/269.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 171/178) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir ser devida a indenização por danos morais, porque ausente a prévia notificação.

Confira-se trecho do acórdão: *"Na espécie, muito embora a apelante afirme ter realizado prévia notificação à apelada, não se desincumbiu ela do ônus de isso demonstrar. As meras informações constantes da peça de defesa de fl. 46 não servem como elemento de prova. E os documentos trazidos com as razões recursais, aliás tardiamente, não comprovam, em absoluto, que a notificação copiada a fl. 146 tenha sido postada"* (cf. fls. 176).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, as razões do recurso envolvendo a violação ao art. 43, § 2º, do CDC, buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, *in* DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 127.350/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 30.9.2014; QO no Ag nº 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12.5.2011.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0018402-38.2013.8.26.0564/50001, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante ALEXSANDRO ORNELAS CARDOSO.

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 30.947)**

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, 10 de maio de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. 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 decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 627) que, com fundamento no Tema 339, do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, com base no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do agravo ou pelo desprovimento do recurso (fls. 661/669).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 671).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 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 decisão ora atacada (fls. 627).

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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. 598, 599 e 603 que:

[...]

Versa o presente Recurso Extraordinário sobre a legítima pretensão de ter acolhido a presente peça recursal, visto a ilegalidade da condenação do Recorrente, na pena de 17 anos, 4 meses e 20 dias, pela suposta prática dos crimes capitulados nos artigos 148 § 2º, 213 § 1º, 121 § 2º, III e IV c.c. o artigo 14, do Código Penal, contudo sem o exato e cabível exame das provas carreadas aos autos, as quais, se mostraram insuficientes para tal decreto de condenação.

[...]

Inicialmente, cabe ressaltar que, as fundamentações lançadas no sucinto V. Acórdão, Recorrido, foram superficiais, de modo que, se mostram contraditórias, obscuras e omissas, diante de um quadro probatório que se mostrou insuficiente para enquadrar o Réu no crime em que foi denunciado, o que culminou com a condenação do Recorrente, sem o profundo exame das provas carreadas aos autos e que não se coadunam com o decreto condenatório.

[...]

Ainda mais, pela exposição do Voto ora combatido, não é possível reconhecer-se o nexo dos fatos e provas carreados aos autos, ante a tese adotada no julgamento que culminou com a condenação do Réu.

[...]

De outra banda, cumpre enfrentar gravíssimo defeito técnico contido na respeitável decisão, diante da ausência do principal e fundamental pressuposto de validade e eficácia de caráter constitucional (art. 93 – IX, da Constituição da República), tendo em vista a decisão não conter a imprescindível fundamentação, sobretudo com seu conteúdo generalizado.

Já os v. acórdãos (fls. 538/547 e 572/577) registraram que:

[...]

Diversamente do alegado no recurso, a decisão dos jurados não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, antes a este se ajustando com perfeição.

A materialidade dos fatos delituosos está comprovada pelo auto de exibição e apreensão do facão (fl. 48), laudo de conjunção carnal, apontando "lesão corporal de natureza leve, produzida por agente contundente" (fl. 104), e laudo de exame de material, atestando resultados positivos para a substância "Aldicarb", popularmente conhecido como "chumbinho" (fls. 108/110).

Acesso ao Sumário

Ficou igualmente demonstrada a autoria das infrações delituosas atribuídas ao apelante e reconhecidas pelo Tribunal do Júri.

[...]

Entretanto, a versão exculpatória não ficou provada e foi repelida pela prova oral acusatória.

[...]

Como se vê, diante desse quadro de provas era lícito aos jurados optarem por dar prevalência aos elementos probatórios que apontavam a conduta dolosa do réu, mormente o relato seguro da vítima, por entender possuírem eles força de convencimento bem mais expressiva do que os que traduziam a versão da negativa da prática delituosa apresentada pelo apelante, não merecendo censura a decisão tomada nesse sentido.

Neste passo cabe ponderar que, como os jurados decidem por íntima convicção, diante da prova lhes é lícito usar de todos os elementos existentes nos autos, até mesmo circunstanciais e indiciários, daí por que era possível ao Tribunal Popular a opção por uma das linhas plausíveis de interpretação para o fato, decidindo por uma solução com a independência que lhe deve ser reconhecida.

Não sendo a versão acolhida por eles arbitrária e nem dissociada do que foi apurado na instrução, assentando-se em uma das vertentes que, razoavelmente, poderia se formar a partir do conteúdo do processo, é forçoso reconhecer que a respeitável decisão condenatória não se mostra contrária à evidência dos autos.

[...]

Reiteradamente se tem decidido que a decisão do Tribunal do Júri só comporta um juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando tão atentatória da verdade apurada no processo, que represente uma distorção de sua função judicante. (...). Não foi o que ocorreu no caso vertente, em que o veredicto dos jurados se apoiou em suficientes elementos de prova, a bem definir a prática delituosa imputada ao apelante.

Para que não fique sem registro, não prospera a alegação da combativa defesa de que "a ausência das testemunhas da acusação em muito influiu contra o Apelante, Réu, pois prejudicou a adequação aos termos da denúncia" (fl. 491). Caso o douto defensor tivesse de fato o interesse na inquirição da vítima e testemunhas, que a seu ver era imprescindível na busca da verdade real, como sustentou, deveria ter cuidado de manifestar oportuna discordância quanto a não oitiva delas, mas disso não cuidou o nobre advogado, concordando com a desistência do Ministério Público, o que foi homologado pelo magistrado, conforme ata de julgamento (fls. 435/437).

Justa, pois, a condenação, que nem de longe contrariou a evidência dos autos.

Acesso ao Sumário

[...]

Nada disso existe na douta decisão embargada, que de forma clara e induvidosa, deixou expresso que a decisão dos jurados não se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos, antes a esta se ajustando com perfeição.

Todas as teses invocadas no recurso foram analisadas e repelidas no julgado de forma fundamentada.

Tais r. decisões estão 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.

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 1009881-39.2014.8.26.0019/50001, da Comarca de Americana, em que são agravantes PELEGRINI CONSULTORIA IMOBILIÁRIA LTDA. e HM 30 EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA, é agravado BRUNO BOHRER TARDIN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos internos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61829)**

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, 14 de maio de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE

DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. VALIDADE (TEMA 938). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por Pelegrini Consultoria Imobiliária Ltda. e HM 30 Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. contra decisões que, em demanda declaratória, negaram seguimento a recursos especiais, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.599.511/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

A agravante Pelegrini Consultoria Imobiliária Ltda. alega o cumprimento do dever de informação sobre a obrigação do agravado de pagar a comissão de corretagem, conforme comprovam os documentos juntados aos autos.

A agravante HM 30 Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. aduz a validade da cláusula que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem, por ter havido concordância da agravada com os termos do contrato.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado nas decisões recorridas é evidente.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.599.511/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Confira-se a fls. 548/550 e 551/553.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 429/432) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela abusividade da cobrança da comissão de corretagem, por não haver informação no contrato de que o valor do referido encargo estaria incluso no preço total do imóvel.

Destaca-se trecho do julgado: *"No caso, verifica-se que foram cobrados os serviços de corretagem no valor de R$ 5.683,65, contudo é certo que o contrato firmado pelas partes embora mencione na cláusula VI o valor, não esclarece se o valor estaria incluso no preço total do imóvel constante da cláusula IV. 1 (R$ 156.706,35), inferindo-se, assim, que o autor não foi claramente informado acerca da obrigação. (...) Por isso, o reconhecimento da abusividade da cobrança da comissão de corretagem com a consequente condenação das rés à devolução dos valores pagos era mesmo de rigor, não merecendo reparo a r. sentença apelada"* (fls. 431/432).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2058383-10.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados LEONTINA FRANCO DA SILVA SCHNOOR, WILMA PENTEADO MARCATO, MARIA INES SILVEIRA BUENO, RUBENS FRANCO PENTEADO, ALFREDO DE OLIVEIRA PENTEADO, ANTONIO DE OLIVEIRA PENTEADO, OLYMPIO SILVEIRA BUENO, NELSON BUENO SILVEIRA, ISMAEL DE OLIVEIRA PENTEADO e JOSÉ JONAS SILVEIRA.

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 64701)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 11 de junho 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). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). PRESCRIÇÃO. 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

Acesso ao Sumário

civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP 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) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (d) ocorrência da prescrição da pretensão; (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (f) necessidade de aplicação dos entendimentos firmados nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC, 612.043/PR e 885.658/SP e necessidade de suspensão do feito até em razão do decidido em sede do Recurso Extraordinário nº 632.212/SP. Declara, ainda, a existência de precedentes que fixam o termo inicial dos juros de mora na data da citação do cumprimento individual da sentença coletiva.

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).

A propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino,

na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, encaminhou ofício às Cortes do país em outubro de 2017, com a informação de que os temas 947 (REsp nº 1.361.799/SP) e 948 (REsp nº 1.438.263/SP) não foram afetados ao regime dos recursos repetitivos, tendo sido orientada a aplicação da tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo nº 1.391.198/RS (tema 724) *"aos processos que discutem a tese da legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva"*, do que é possível extrair que a Corte não exige que os poupadores ou seus sucessores façam parte dos quadros associativos do IDEC no presente cumprimento individual da sentença coletiva.

Além do mais, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 135/140.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 81/97) 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) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

A superação do entendimento sedimentado nos precedentes qualificados pressupõe procedimento de revisão na forma do art. 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não existente, por ora.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, a matéria referente à prescrição não foi arguida no recurso especial, de modo que coberta pela preclusão e, em consequência não é

Acesso ao Sumário

cognoscível neste agravo interno.

Além disso, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC, 612.043/PR, 632.212/SP 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.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2037420-83.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado THEREZINHA DE CARVALHO SILOS VOLPONI.

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 64774)**

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, 13 de junho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). FORO COMPETENTE. RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO (TEMA 480). NECESSIDADE DE PRÉVIA

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. REQUISITO ATENDIDO (TEMA 482). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. 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, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de suspensão do feito, em conformidade com o decidido no Recurso Extraordinário nº 632.212/SP; (b) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (c) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (d) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (e) 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; (f) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (g) necessidade de trânsito em julgado nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP; (h) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios no cálculo do débito; e (i) 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.

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).

E, ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

Acesso ao Sumário

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 tocante aos juros de mora, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a Corte Superior determinou que eles 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 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). Confira-se a fls. 584/591.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 510/523) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (c) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (d) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (e) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.4.2018).

Saliente-se que o recurso não pode ser conhecido no tocante ao tema dos honorários advocatícios, por não ter havido, no acórdão proferido a fls. 510/523, análise desta questão.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 632.212/SP, 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

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 2058322-57.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada LUCI LEMES DE CARVALHO.

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 64826)**

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, 14 de junho 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). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC

Acesso ao Sumário

(TEMA 724). 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 e 1.391.198/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de suspensão do feito, em conformidade com o decidido no Recurso Extraordinário nº 632.212/SP; (b) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (c) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; e (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.

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

Acesso ao Sumário

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. Confira-se a fls. 317/319.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 246/250) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; e (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 632.212/SP, 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 Embargos de Declaração Cível nº 0252442-47.2009.8.26.0000/50002, da Comarca de São Caetano do Sul, sendo agravante Construtora Norberto Odebrecht S/A e agravada Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes 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 68.169)**

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, 6 de maio de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO INTERNO – CONTRADIÇÃO – ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS

– Constatada contradição na apreciação de tese suscitada pela embargante em agravo interno, impõe-se o acolhimento da via declaratória para a integração do julgado.

– Exame pleno das razões recursais que implica excepcional infringência ao julgado de modo a reconhecer que a tese recursal afigura-se em consonância a aludido precedente da Corte Suprema apreciado em regime de repercussão geral.

Embargos acolhidos para dar provimento ao agravo interno.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Construtora Norberto Odebrecht S/A. contra Acórdão proferido em agravo que manteve decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, por orientação firmada no rito dos recursos repetitivos RE n. 603.497/MG, sob alegação de existência dos vícios apontados no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Aduziu a embargante, em síntese, a ocorrência de contradição na apreciação das questões levantadas em agravo, uma vez que, no precedente RE n. 603.497/MG, o STF entendeu que devem ser excluídos da base de cálculo do ISSQN os valores referentes aos materiais e à subempreitada. Todavia ao contrário do decidido, este Tribunal local afirmou que a base de cálculo do ISSQN é o custo integral dos serviços, incluindo as aludidas rubricas. Assim, argumentou, deve ser determinado o retorno dos autos à Câmara Julgadora para que adeque o acórdão ao que restou decidido pela Suprema Corte em sede de repercussão geral.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Com razão a embargante, padecendo o acórdão recorrido da contradição aventada.

O acórdão prolatado pela Col. 18ª Câmara, em 19/11/2009, quanto ao direito ao abatimento de materiais utilizados e subempreitada contratada, assentou entendimento de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e à subempreitada (fls. 390).

Posteriormente, o Egr. Supremo Tribunal Federal afetou a matéria sob o sistema de repercussão geral, no Tema n. 247/STF, RE 603.497/MG cuja tese extraída foi no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

Por ocasião do juízo de admissibilidade, foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto, aplicado o entendimento derivado do julgamento em repercussão geral do RE n. 603.497/MG.

Todavia, uma vez que a pretensão da embargante afigurava-se em consonância com a tese de aludido paradigma, seria o caso de envio dos autos à Turma Julgadora para eventual juízo de retratação.

Dessa forma, cabe acolher os embargos de declaração para, quanto à matéria objeto de repercussão geral, ante o posicionamento adotado, encaminhar os autos à Turma julgadora para realização do juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, inc. II, do Código de Processo Civil.

Nesses termos, acolhem-se os embargos, com excepcional efeito modificativo para, mercê do suprimento da reconhecida contradição, após manifestação da Turma Julgadora, retornem os autos para o exame de admissibilidade do recurso interposto.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006856-54.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes BANESPREV – FUNDO BANESPA DE SEGURIDADE SOCIAL e SANPREV – SANTANDER ASSOCIAÇÃO DE PREVIDÊNCIA, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.718)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores 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, 30 de abril de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Transferência de Gerenciamento de Plano de Benefícios – Entidade fechada de previdência complementar – Imóveis que integram os ativos garantidores das reservas técnicas registrados em nome de antiga gestora – Patrimônio de afetação – Necessidade de averbação do vínculo no respectivo registro imobiliário, como previsto no art. 28, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001 – Título que, no caso concreto, não se presta à dispensa da lavratura de escritura pública – Dúvida procedente – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SANPREV – SANTANDER

ASSOCIAÇÃO DE PREVIDÊNCIA e BANESPREV – FUNDO BANESPA DE SEGURIDADE SOCIAL contra r. sentença de fls. 570/573 que julgou procedente a dúvida, mantendo os óbices apresentados à transmissão da titularidade dos imóveis matriculados sob os nºs 20.474 e 25.364 do 2º Oficial de Registro de Imóveis e anexos da Comarca de São José do Rio Preto.

Sustentam as apelantes que referidos imóveis, desde sua aquisição, permanecem afetados à garantia de suas reservas matemáticas, fundos e provisões, de forma que não há que se falar em alienação de domínio, mas simples averbação da modificação subjetiva da titularidade, a fim de preservar direitos e garantir o pagamento dos benefícios contratados pelos participantes e assistidos dos fundos envolvidos no negócio jurídico em questão.

Aduzem que houve mera sucessão entre entidades gestoras, na forma permitida pelo regime jurídico peculiar estabelecido nas diretrizes regulatórias da matéria relativa à previdência complementar, sendo dispensável, pois, a lavratura de escritura pública.

Afirmam, ainda, ser desnecessária a averbação exigida pelo registrador, eis que são entidades fechadas de previdência complementar, de âmbito mais restrito.

Por fim, asseveram que a sucessão na gestão dos Planos de Benefícios, em virtude da qual o Patrocinador BANCO SANTANDER S/A, valendo-se de prerrogativa legal, promove deliberação ratificada pelo órgão regulador, no sentido de que a SANPREV – SANTANDER ASSOCIAÇÃO DE PREVIDÊNCIA seja substituída nesse mister pela BANESPREV – FUNDO BANESPA DE SEGURIDADE SOCIAL, não implica propriamente a alteração de titularidade da propriedade dos imóveis, mas apenas uma modificação consentida pela lei da entidade gestora e, portanto, do titular da denominada propriedade aparente.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 636/638).

É o relatório.

Presentes pressupostos administrativos e processuais, conheço do recurso, mas, no mérito, a insurgência não procede.

Relativamente ao patrimônio das entidades fechadas de previdência complementar, importa dizer que não se desconhece a particular regulação da matéria instituída pelas Leis Complementares nºs 108 e 109/2001, e pelas diretrizes normativas trazidas pela PREVIC – Superintendência Nacional da Previdência Complementar, CNPC – Conselho Nacional de Previdência Complementar e pelo Conselho Monetário Nacional.

Como é sabido, o principal desafio do sistema previdenciário é garantir que todos os benefícios e serviços previstos por lei ou por contrato, prometidos

aos segurados e seus dependentes, sejam efetivamente fornecidos a seus beneficiários.

Bem por isso, existem instrumentos jurídicos de proteção patrimonial dos recursos destinados ao pagamento dos benefícios e promoção de medidas, visando a garantia de recursos disponíveis para integral cobertura dos compromissos previdenciários assumidos pelo plano, o que seria a chamada *independência patrimonial dos planos de benefício*.

A doutrina clássica, representada por Orlando Gomes, há tempos reconhece a possibilidade da existência de um patrimônio especial afetado a uma finalidade específica, sobre o qual se estabelecerão relações jurídicas (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1995. p. 203).

A ideia de afetação leva à possibilidade da existência de patrimônios especiais e consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem a servir a um fim desejado, limitando-se, desse modo, a ação de credores.

No caso específico das entidades gestoras de planos de benefícios de previdência complementar fechada, o titular final do direito de propriedade desses bens que integram o patrimônio de afetação é a pessoa física (participante, beneficiário ou assistido) e não o plano de benefícios, universalidade de direito criada para reunir os interesses dos indivíduos que se encontram ligados a uma relação jurídica comum, disciplinada por seu regulamento.

Alegam as apelantes que a sucessão na gestão dos planos de benefício, com aprovação do órgão regulador, enseja mera alteração formal na situação descrita na matrícula, na medida em que a entidade que ali figura como proprietária deixou de ostentar tal posição, de natureza cogente e aparente, sendo substituída por outra.

Entendem, pois, desnecessária a averbação anterior com a finalidade de distinguir o patrimônio de afetação, assim como a apresentação do instrumento de transmissão de domínio legalmente formalizado, como exigido pelo Oficial registrador.

Ora, em que pese tratar o título prenotado da transferência de gestão de planos de benefícios previdenciários, não se sustenta a tese das apelantes no sentido de que a modificação da entidade gestora do plano de benefícios deve resultar automaticamente na prática do ato registral reclamado, para adequado espelhamento da nova realidade dos imóveis junto ao fólio real no tocante à titularidade formal da situação de proprietária.

Isso porque, nas matrículas nºs 20.474 e 25.364 do 2º Oficial de Registro de Imóveis e anexos da Comarca de São José do Rio Preto, consta como titular de domínio dos imóveis a pessoa jurídica SANPREV – SANTANDER ASSOCIAÇÃO DE PREVIDÊNCIA (fls. 533/537), sem inscrição do vínculo a

Acesso ao Sumário

que se refere o art. 28, § 1º, da Lei Complementar nº 109/01.

E se assim é, a despeito do entendimento defendido pelas apelantes no sentido de que os imóveis pertencem, em última análise, aos próprios participantes do plano de benefícios, cabendo à entidade fechada, que figura na tábua registral como proprietária aparente, tão somente a administração e execução desse plano, o fato é que, em respeito aos princípios registrais, faz-se mesmo necessária a prévia averbação exigida pelo Oficial, para que os bens em questão se vinculem ao propósito específico a que se destinam.

Ausente a averbação do vínculo, a sucessão na gestão dos planos de benefício, com aprovação do órgão regulador, não implica a alteração formal na situação descrita na matrícula, ainda que a entidade que ali figura como proprietária tenha deixado de ostentar tal posição, de natureza cogente e aparente, sendo substituída por outra.

Ademais, no Termo de Rescisão de Convênio de Adesão e Transferência de Gerenciamento do Plano de Benefícios II constou que a SANPREV tem obrigação de transferir à BANESPREV, como parte do ativo do Plano II, os bens imóveis que estão em seu nome (cláusula 13, fl. 347).

Ocorre que, além da não averbação do vínculo dos imóveis matriculados acima referidos, ao ativo garantidor do plano de previdência complementar gerido pelas apelantes, os imóveis a serem transferidos à titularidade, ainda que formal, da nova gestora também não se encontram individualizados no instrumento subscrito pelas entidades interessadas.

Nesse contexto, para cumprimento da obrigação assumida no caso concreto, a SANPREV deverá mesmo se valer da lavratura de escritura pública, cumprindo ressaltar que a mera alteração da indicação da gestora do plano de benefícios não serve à modificação da titularidade dominial dos imóveis, ainda que se trate de propriedade aparente.

Esse C. Conselho Superior da Magistratura possui precedente recente neste sentido:

> "REGISTRO DE IMÓVEIS – Transferência de Gerenciamento de Plano de Benefícios – Entidade fechada de previdência complementar – Imóveis que integram os ativos garantidores das reservas técnicas registrados em nome de antiga gestora – Patrimônio de afetação – Necessidade de averbação do vínculo no respectivo registro imobiliário, como previsto no art. 28, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 – Título que, no caso concreto, não se presta à dispensa da lavratura de escritura pública – Dúvida procedente – Recurso desprovido." (Apelação nº 1001717-94.2018.8.26.0100, Des. PINHEIRO FRANCO).

Como se vê, assiste razão ao Oficial registrador quanto aos óbices levantados.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1117163-82.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO RYODI MATSUI, é apelado 10º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, determinando o registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.716)**

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, 30 de abril de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Qualificação negativa – Imposto sobre transmissão de bens imóveis – Qualificação feita pelo oficial registrador, na matéria concernente ao imposto de transmissão, que deve se ater ao seu recolhimento – Parcelamento do débito com base em Lei Municipal – Exigibilidade do débito tributário suspensa – Princípio da legalidade tributária – Afastada a exigência, para ingresso do título no fólio real – Apelação provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Fabio Ryodi Matsui* contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 10º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que manteve o óbice imposto pelo registrador referente à exigência de recolhimento integral do valor de ITBI para ingresso do título junto ao fólio real[1]. Alega o apelante, em síntese, que ao registrador compete verificar o efetivo recolhimento do imposto, sem que, com isso, possa substituir por completo a função fiscalizatória da Fazenda Pública. Aduz que a conferência do valor do tributo recolhido ou seu parcelamento não são de competência do

1 Fls. 114/118 e embargos de declaração a fls. 132/133.

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

registrador, certo que a própria Municipalidade autorizou o parcelamento de ITBI, o que suspende a exigibilidade do tributo nos termos do art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional. Acrescenta que o parcelamento foi realizado em conformidade com o disposto na Lei Municipal nº 16.680/2017, de forma que as restrições impostas pela Lei nº 14.256/2006 não se aplicam à hipótese concreta, ressaltando a necessidade de observância, em matéria registral, do princípio da legalidade estrita. Pugna, assim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença e determinação de registro do título[2].

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso interposto[3].

É o relatório.

O dissenso versa sobre a possibilidade de registro do instrumento particular de financiamento para aquisição de imóvel, venda e compra e constituição de alienação fiduciária, entre outras avenças, firmado em 26 de maio de 2017, tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 142.274 junto ao 10º Oficial de Registro de Imóvel da Capital. Na nota de devolução expedida, exigiu o registrador a apresentação da guia de recolhimento do ITBI devidamente quitada[4], entendendo que as cópias de extratos de PPI – Programa de Parcelamento Incentivado não substituem a necessária prova de pagamento do tributo, sobretudo porque não trazem elementos que permitam identificar o imóvel e a transação a que se referem[5].

O apelante optou por aderir ao programa de parcelamento instituído pelo Município, nos termos da Lei Municipal nº 16.680/17[6], com o fim de promover a quitação integral do tributo, mas de forma parcelada. Os documentos apresentados ao Sr. Oficial confirmam a homologação do pedido de parcelamento, bem como a quitação das parcelas vencidas até a apresentação do título a registro.

E nem se alegue que há dúvidas sobre o imóvel a que se refere o tributo parcelado, na medida em que o imóvel descrito na matrícula nº 142.274 corresponde àquele mencionado nos documentos referentes ao PPI formalizado. E a despeito da alegada divergência quanto ao ano do débito, a própria Municipalidade reconhece que os registros da Secretaria da Fazenda confirmam que o contribuinte aderiu ao PPI nº 3.043.021-6, na data de 18.09.2017, para pagamento do ITBI referente à transação do apartamento 72 T C 2 VG do Condomínio Bosque Jequitibá, localizado na Rua Isaac Krasilchik, s/nº[7].

Veja-se, ademais, que o expresso reconhecimento da homologação do PPI para pagamento em 120 parcelas e a confirmação do recebimento dos

Acesso ao Sumário

2 Fls. 141/152.
3 Fls. 186/190.
4 Fls. 10/11.
5 Fls. 28.
6 (Endereço eletrônico constante do texto original)
7 Fls. 111/113.

valores vencidos até então equivalem, no caso concreto, à expedição de certidão positiva com efeito negativo.

Por outro lado, tal como já consignado pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente, o parcelamento do débito é causa suspensiva da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional.

Destarte, independentemente da discussão sobre a legalidade de se exigir a comprovação do pagamento do ITBI desde a transação imobiliária, e não apenas por ocasião do registro do título, o óbice apresentado pelo Oficial não se sustenta.

Assim se afirma, pois este C. Conselho Superior da Magistratura vem decidindo que ao registrador compete verificar tão somente o recolhimento dos tributos relativos aos atos cuja prática lhe é atribuída, pois não lhe cabe discutir o valor recolhido, matéria de interesse exclusivo da Fazenda Pública, a quem a lei reserva os meios próprios para haver do contribuinte diferenças de recolhimento de impostos que entenda devidas. Sobre o tema:

> *"Assentou-se orientação, neste Conselho Superior, no sentido de que o elastério conferido ao artigo 289 da Lei 6.015/73, e agora ao artigo 30, XI, da Lei 8.935, é o de que ao serventuário compete verificar tão só a ocorrência do pagamento do imposto relativo aos atos cuja prática lhe é acometida. Ou seja, no caso, em que se busca a prática de ato registrário, a qualificação do Oficial, na matéria concernente ao imposto de transmissão, não vai além da aferição sobre seu recolhimento, e não sobre a integralidade de seu valor. Com efeito, qualquer diferença de imposto deve ser reclamada pela Fazenda na esfera própria."* [8]

Na mesma linha, foi decidido no julgamento da Apelação nº 0002604-73.2011.8.26.0025, em voto da lavra do então Excelentíssimo Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini, que:

> *"A falha apontada pelo Oficial envolve questão de questionamento no âmbito do direito material. Não foi atacada a regularidade formal do título nem mesmo a temporalidade do recolhimento ou o ato em si. Ao contrário, a exigência envolve exame substancial do montante do pagamento do imposto devido, que é atribuição dos órgãos fazendários competentes, sendo que seu questionamento mereceria a participação da Fazenda Pública, principal Interessada. Ao Oficial cabe fiscalizar, sob pena de responsabilização pessoal, a existência da arrecadação do imposto previsto e a oportunidade em que foi efetuada. O montante, desde que não seja flagrantemente equivocado, extrapola a sua função. Neste sentido é o parecer da D. Procuradora de Justiça, citando precedente deste E. Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível 996-6/6, de 09/12/2008)."*

8 *CSMSP – APELAÇÃO CÍVEL: 28.382-0/7. LOCALIDADE: São Paulo. DATA JULGAMENTO: 28/09/1995. DATA DJ: 07/12/1995. Relator: Antônio Carlos Alves Braga.* No mesmo sentido: *Apelação Cível n.º 22.679-0/9.*

Acesso ao Sumário

Desse modo, em que pese a cautela empregada, a atitude do registrador vai além de suas atribuições normais, pois não lhe cabe fazer exigências quanto ao pagamento integral do montante devido se a própria Municipalidade concordou em receber o tributo de forma parcelada.

Com isso, não se afasta a possibilidade de, caso venha a ocorrer inadimplemento das parcelas ou o recolhimento a menor, vir o Município a se valer dos meios necessários para exigir o montante devido, na forma da lei. Por ora, apenas está sendo reiterado o entendimento segundo o qual não cabe ao registrador atuar como agente fiscal, exigindo a integralidade do tributo.

No mais, importa observar que a Lei Municipal nº 16.680/2017, em que se funda o parcelamento de ITBI deferido ao apelante, não reproduz o art. 14 da Lei Municipal nº 14.256/06. Ou seja, embora o PPI e o PAT sejam programas similares, divergem quanto à sua abrangência e seus benefícios, de forma que as restrições referentes à impossibilidade de lavratura de atos e registros relacionados à transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos, previstas no PAT (Lei Municipal nº 14.256/06), não podem ser estendidas ao PPI (Lei Municipal nº 16.680/2017), sob pena de afronta ao princípio da legalidade tributária.

E se assim é, há que ser afastado o óbice ao registro.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso, determinando o registro do título.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043342-11.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SK REALTY EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE

Acesso ao Sumário

DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 28 de maio de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INCORPORAÇÃO EMPRESARIAL. TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA SUJEITA AO SISTEMA DE TÍTULO E MODO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA SEM APTIDÃO CAUSAL. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA AVERBAÇÃO DA INCORPORAÇÃO PARA O REGISTRO DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. ITBI. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA QUE NECESSITA DE ANÁLISE PRÉVIA DO TITULAR DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SK Realty Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra a r. sentença de fls. 207/211, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registros de Imóveis da Comarca da Capital, mantendo a recusa do ingresso de escritura pública de compra e venda de imóvel em razão da violação do princípio da continuidade.

Sustenta a apelante o cabimento do registro, sem a incidência de impostos de transmissão imobiliária, por ser sucessora da vendedora em razão de incorporação, quanto a negócio jurídico ocorrido em data anterior à incorporação da empresa Salto Empreendimentos Imobiliários SE Ltda. pela recorrente (fls. 223/232).

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 258/262).

É o relatório.

O título apresentado a registro encerra escritura pública de compra e venda do imóvel matriculado sob o n. 111.082, no qual a vendedora SK Realty Empreendimentos Imobiliários Ltda. menciona atuar na condição de sucessora de direitos e obrigações de Salto Empreendimentos Imobiliários SE Ltda., em razão de incorporação.

Na matrícula do imóvel consta a empresa Salto Empreendimentos

Acesso ao Sumário

Imobiliários SE Ltda. como proprietária, não havendo qualquer registro atinente ao compromisso de compra e venda celebrado e tampouco a incorporação empresarial (a fls. 161/163).

O artigo 1.116 do Código Civil estabelece:

> *Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.*

Desse modo, a empresa incorporadora sucede em todos os direitos e obrigações da empresa incorporada em decorrência de sucessão universal.

A sucessão na incorporação de sociedades empresariais decorre de ato *inter vivos*, portanto, é regida pelo direito das obrigações e empresarial, não se aplicando as disposições do direito das sucessões, notadamente, o disposto no artigo 1.784 que estabelece a transmissão independentemente de outra providência (*droit de saisine*).

Essa situação, com aplicação por analogia à sociedade limitada, é prevista no artigo 234 da Lei n. 6.404/76 que dispõe:

> *Art. 234. A certidão, passada pelo registro do comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão, decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.*

Diante disso, a aquisição imobiliária em razão de atos de incorporação empresarial segue o disposto no artigo 1.245 do Código Civil, o qual encerra opção legislativa pelo sistema do título e do modo.

Conforme Mónica Jardim (Efeitos substantivos do registro predial. Almedina: Coimbra, 2013, p. 51):

> *No sistema de título e modo a aquisição, modificação ou extinção dos direitos reais dependem de um título – fundamento jurídico ou causa que justifica a mutação jurídico-real – e de um modo: acto pelo qual se realiza efectivamente a aquisição, modificação ou extinção do direito real, acto através do qual se executa o prévio acordo de vontades.*

Acesso ao Sumário

Nessa linha, o parágrafo primeiro do artigo 1.245 do Código Civil refere – *Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.*

De outra parte, o contrato de promessa ou compromisso de compra e venda, ainda que em situação excepcional, não presente neste julgamento, possa encerrar título de transmissão da propriedade (artigo 26, p. 6º, da Lei n. 6.766/79), regra geral tem por objeto a celebração do contrato de compra e venda, inclusive, nesse caso, o direito real decorrente de seu registro envolve direito real de aquisição e não transmissão da propriedade (Código Civil, artigos 1.417 e 1.418).

Nessa perspectiva, a apelante celebrou contrato de compra e venda em cumprimento ao compromisso de compra e venda (a fls. 141/146).

Ocorre, todavia, a necessidade da transmissão da propriedade entre as empresas incorporadora e absorvida para cumprimento do contrato de compromisso de compra e venda, o qual é causa para celebração do contrato de compra e venda (já celebrado) e não título de translativo do direito de propriedade.

Portanto, a titular do direito de propriedade do imóvel registrado sob o n. 111.082 é a empresa incorporada (de Salto Empreendimentos Imobiliários SE Ltda.).

A transmissão da propriedade para a apelante dependerá da averbação no registro imobiliário do ato de incorporação, seguido do registro da transferência da propriedade em cumprimento à obrigação assumida pela empresa incorporada no contrato preliminar firmado anteriormente à incorporação.

O Princípio da Continuidade, previsto no artigo 195 da Lei de Registros Públicos, com aplicação no caso em exame por força da aquisição derivada da propriedade imobiliária, impede o ingresso do título sem o registro da aquisição da propriedade em nome da recorrente (alienante constante do título apresentado).

Não encerrando o compromisso de compra e venda título bastante (causa) para a transmissão dominial e não sendo a alienante constante do título (escritura pública de compra e venda) proprietária do imóvel, não cabe o ingresso no registro imobiliário.

Esse ponto foi tratado de forma precisa pela MM. Juíza Corregedora Permanente, como segue:

> *No presente caso, o imóvel encontra-se registrado em nome de Salto Empreendimentos Imobiliários SE Ltda. (fls. 161/163). Por outro lado, o título que se pretende registrar (fls. 141/146) tem como outorgante SK Realty Empreendimentos. Portanto, não há identidade entre proprietário e outorgante, o que inviabiliza o registro, nos termos do Art. 195 da Lei 6.015/73.*
>
> *Assim, para possibilitar o registro do título, deve ser averbado/registrado ato em que se noticie que o bem passou a pertencer a SK Realty, ou ser apresentado título em que a proprietária Salto conste como outorgante.*

Nestes termos, a primeira exigência deve ser mantida.

O artigo 156, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal, estabelece a seguinte imunidade com relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis:

> *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*

Acesso ao Sumário

II – transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Nestes termos, a imunidade tributária não ocorre, nos termos da norma constitucional, *se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.*

Não compete ao Oficial do Registro Imobiliário examinar a não incidência, mas sim ao titular da competência tributária.

A manifestação do Município de São Paulo confirma essa compreensão (a fls. 235/241).

Ante a necessidade da transferência da propriedade imóvel, bem como da análise da imunidade pela municipalidade, igualmente, compete manter a exigência nesse sentido.

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001801-53.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante JOSÉ EDUARDO DE MARCO SIMÃO, é apelado 1° OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e determinaram o bloqueio da matrícula nº 13.380 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP, com recomendação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.715)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO

Acesso ao Sumário

(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, 28 de maio de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis. Titulares de domínio que preservam a qualidade de comunheiros. Hipótese que não se equipara à situação em que há condomínio de bens. Escritura pública que, independentemente da nomenclatura atribuída, instrumenta ato de partilha de bens do casal após o divórcio. Necessidade de observância dos requisitos da Resolução nº 35 do CNJ e das disposições trazidas pelas NSCGJ. Dúvida julgada procedente. Recurso não provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *José Eduardo de Marco Simão* contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP, que julgou procedente a dúvida suscitada em virtude de qualificação negativa do título apresentado a registro[1].

Alega o apelante, preliminarmente, que o mesmo título foi registrado perante o 2º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP, sem que fosse feita qualquer exigência. No que diz respeito ao óbice apresentado, aduz que, na ação de divórcio, efetivou-se a partilha de bens do casal, de forma que inexiste estado de mancomunhão do patrimônio. Passando os ex-cônjuges ao estado de condôminos, sustenta que não há necessidade de retificação do título para constar os requisitos da partilha de bens. Ainda, afirma que não há ofensa ao princípio da continuidade, pois a permuta realizada depois do divórcio, mas antes de registrada a partilha, em nada se diferencia de uma alienação feita por ambos os cônjuges durante a constância do casamento. Por fim, argumenta que o prévio registro da partilha dos bens do casal ensejaria custos desnecessários aos interessados[2].

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[3].

1 Fls. 90/92.
2 Fls. 100/109.
3 Fls. 152/154.

É o relatório.

O dissenso versa sobre a registrabilidade da escritura de permuta para extinção de condomínio, lavrada em 24 de novembro de 2017, tendo por objeto, dentro outros, os imóveis matriculados sob nºs 35.306, 35.307 junto ao 1º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP. O registrador entendeu que a escritura representa verdadeira partilha de bens em virtude de divórcio, razão pela qual, em respeito ao princípio da continuidade, seria necessária a retificação do título para constar os requisitos da Resolução CNJ nº 35 e das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Em que pese haver decisão judicial, na ação de divórcio, sobre a partilha dos bens do casal, o fato é que essa partilha não foi registrada junto ao fólio real. Seus efeitos, portanto, são meramente obrigacionais, não podendo a situação ser equiparada àquela em que, eventualmente registrada a carta de sentença expedida na ação de divórcio, passariam os ex-cônjuges à condição de condôminos dos bens.

Nesse cenário, é possível afirmar que os titulares de domínio permanecem nas matrículas imobiliárias na condição de comunheiros. A propósito, ensina Orlando Gomes que a comunhão é *"situação jurídica em que o mesmo direito sobre determinada coisa compete a diferentes sujeitos"*[4].

E se assim é, a despeito da nomenclatura constante da escritura levada a registro, o ato praticado pelas partes representa verdadeira partilha de bens. Por conseguinte, ou se registra a carta de sentença expedida na ação de divórcio, ou, optando os interessados por realizar a partilha extrajudicial de bens, há que se alterar a escritura lavrada e cumprir o disposto na Resolução nº 35 do CNJ, assim como nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Correto, pois, o óbice imposto pelo legislador, sendo de rigor a manutenção da procedência da dúvida suscitada.

E nem se alegue que o ingresso do título em outra serventia imobiliária ensejaria, automaticamente, o registro pretendido no caso concreto. De fato, erros pretéritos não justificam nem legitimam outros, na justa e histórica compreensão deste C. Conselho Superior da Magistratura[5].

A propósito, ante os fundamentos ora apresentados, mostra-se necessário o bloqueio da matrícula nº 13.380 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP[6], em que registrada a permuta entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, sem prévio registro da partilha decorrente do divórcio.

Acesso ao Sumário

4 *In* "Direitos Reais"; Ed. Forense; 12ª Edição, p. 211.

5 Apelação Cível nº 20.603-0/9, Rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga, j. 9.12.1994; Apelação Cível nº 19.492-0/8, Rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga, j. 17.02.95; Apelação Cível nº 024606-0/1, Rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga, j. 30.10.1995; Apelação Cível 1006203-25.2018.8.26.0100; Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 18/12/2018.

6 Fls. 113/117.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso e determino o bloqueio da matrícula nº 13.380 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP.

Deverá o MM. Juiz Corregedor Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas/SP extrair cópias dos autos e formar expediente para imediato cumprimento da ordem de bloqueio da matrícula nº 13.380 e oportuna comunicação à Corregedoria Geral da Justiça a respeito, bem como para que sejam tomadas as providências necessárias ao cancelamento administrativo do registro, mediante procedimento próprio em que deverão ser ouvidos todos os interessados.

Sem prejuízo, extraiam-se cópias, encaminhando-as à DICOGE 5.1 para acompanhamento do expediente a ser instaurado, como determinado, perante a Corregedoria Permanente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1055799-04.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante TV ÔMEGA LTDA. (REDE TV!), é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.757)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 7 de junho de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – REGISTRO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. ESPECIALIDADE OBJETIVA. LOCAÇÃO QUE TEM POR OBJETO IMÓVEL COM CONSTRUÇÃO. MATRÍCULA

Acesso ao Sumário

QUE REFERE LOTE. IMPOSSIBILIDADE DE INGRESSO SEM A INSCRIÇÃO DA CONSTRUÇÃO. CABIMENTO DA AVERBAÇÃO DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO ANTERIORMENTE REGISTRADO PARA O REGISTRO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO POSTERIOR – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por TV Ômega Ltda. contra a r. sentença de fls. 92/93 que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do registro de contrato de locação por violação ao princípio da especialidade objetiva e necessidade da averbação prévia na matrícula do contrato anterior.

A apelante sustenta a inviabilidade das exigências em virtude da prorrogação do contrato e de caber ao proprietário a averbação da construção, competindo o registro (a fls. 101/107).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 127/129).

É o relatório.

O contrato de locação apresentado a registro tem por objeto o *"imóvel situado à Avenida Engenheiro Francisco de Paula Souza, 199, Jardim São Gabriel, Campinas, Estado de São Paulo, incluindo torre e demais acessões"* (a fls. 33, grifos meus), portanto, encerra uma edificação.

De outra banda, na matrícula não houve averbação de qualquer construção, havendo a descrição de um lote de terreno (a fls. 48/50).

O Princípio da Especialidade Objetiva, contido no art. 176 da lei n. 6.015/73, exige a identificação do imóvel como um corpo certo, inconfundível com qualquer outro, passível de compreensão desde o exame do título frente à matrícula.

A descrição contida no título é desconforme ao constante no registro imobiliário em virtude da ausência da inscrição de construção, assim, o ingresso do título violaria o referido princípio.

O fato da averbação da construção competir à proprietária/locadora em razão da documentação a ser apresentada, não modifica a situação existente. Se o caso, caberá à interessada buscar o modo adequado para a solução dessa questão em conformidade ao contrato de locação celebrado.

Há precedente administrativo deste Conselho Superior da Magistratura, como segue:

Registro de imóveis – Contrato de locação – Pedido de registro de

cláusula de vigência e averbação do direito de preferência – Princípio da especialidade objetiva, porém, que não foi respeitado em razão da divergência existente entre a descrição dos imóveis locados no título e aquela existente no registro – Impossibilidade, neste caso concreto, de cisão do título para registro da locação dos terrenos, deixando-se para momento posterior a averbação da construção, porque o contrato diz respeito à locação de "loja" cujo faturamento servirá como base de cálculo do aluguel – Recurso desprovido (CSM, Rel. Des. Pinheiro Franco, Apelação nº 1042486-34.2016.8.26.0224, j. 31/08/2018).

O registro de novo contrato de locação depende da prévia averbação da extinção do contrato de locação anteriormente registrado.

Extrapolam os limites desta apelação o exame da forma de efetivação, o relevante é a necessidade da averbação da extinção do contrato de locação, para o acesso do título objeto desta dúvida.

Nesse sentido, confira-se:

Registro de Imóveis – dúvida -- registro de contrato de locação de bem imóvel -- inexistência de cláusula de vigência -- inadmissibilidade – art. 167, I, 3, da lei nº 6.015/73 – eventual possibilidade de averbação, a fim de assegurar o direito de preferência da locatária, nos termos do art. 167, II, 16, da lei nº 6.015/73 – necessidade, entretanto, de prévio cancelamento do registro de anterior contrato de locação constante da matrícula do imóvel -- elementos suficientes à autorizá-lo, o que, contudo, deverá ser providenciado em requerimento autônomo ao registrador e não nestes autos – recurso não provido (CSM, Rel. Des. Elliot Akel, Apelação nº 0012529-40.2013.8.26.0602, j. 07/07/2014).

Desse modo, as duas exigências foram pertinentes e merecem ser mantidas.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1094800-67.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DELFIN RIO S/A CRÉDITO IMOBILIÁRIO, é apelado PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 7 de junho de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INCORPORAÇÃO EMPRESARIAL. TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA SUJEITA AO SISTEMA DE TÍTULO E MODO. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA EM QUE FIGURA COMO ALIENANTE QUEM NÃO É TITULAR DE DOMÍNIO JUNTO AO FÓLIO REAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA AVERBAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE UMA PESSOA JURÍDICA PELA OUTRA E TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. ITBI. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA QUE NECESSITA DE ANÁLISE PRÉVIA DO TITULAR DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente, que manteve a recusa ao registro de escritura de compra e venda tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 13.822 junto ao 1º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, ao argumento de ser necessária a averbação da incorporação da proprietária, Delfin S/A Crédito Imobiliário, pela empresa Delfin Rio S/A Crédito Imobiliário, bem como o recolhimento do imposto devido pela transação, ou comprovação de sua isenção[1].

Sustenta a apelante, em síntese, que não há ofensa ao princípio da continuidade, pois, na condição de incorporadora da promitente vendedora, outorgou escritura aos titulares de direito do imóvel. Aduz que, tendo havido a incorporação de uma pessoa jurídica por outra, foi então constituída uma única pessoa jurídica com a consequente extinção da sociedade incorporada e absorção de seus direitos e obrigações pela incorporadora. Afirma que o exame

Acesso ao Sumário

1 Fls. 412/416.

da exigibilidade, ou não, do recolhimento do ITBI cabe ao órgão fazendário competente. Sustenta, assim, ser descabida a exigência de apresentação de guia de recolhimento de ITBI, ressalvando que o correto seria apenas a averbação da incorporação noticiada, sem valor declarado[2].

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[3].

É o relatório.

Na matrícula nº 13.822 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Capital consta como titular de domínio a empresa Delfin S/A Crédito Imobiliário, que se comprometeu a vender o imóvel a Coríntio Mariani Neto e outros[4].

Posteriormente, foi lavrada escritura pública de compra e venda, em que figurou como outorgada vendedora do referido imóvel a empresa Delfin Rio S/A Crédito Imobiliário, na qualidade de sucessora por incorporação da Delfin S/A Crédito Imobiliário[5].

A questão é simples do ponto de vista registrário, o único que importa no procedimento de dúvida, de natureza administrativa. O título não pode ser registrado, pois isso representaria ofensa ao princípio da continuidade, explicado por Afrânio de Carvalho da seguinte forma: *"em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente"* (Registro de Imóveis, Editora Forense, 4ª ed., p. 254).

Na medida em que, na matrícula do imóvel, consta como promitente vendedora a empresa Delfin S/A Crédito Imobiliário (R. 4[6]) e que, na escritura de compra e venda, consta como outorgante vendedora a empresa Delfin Rio S/A Crédito Imobiliário, sucessora por incorporação, não há como o título ser registrado, certo que não há qualquer registro junto ao fólio real atinente à incorporação empresarial.

A propósito, estabelece o art. 1.116 do Código Civil:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Como se vê, a empresa incorporadora sucede a empresa incorporada em todos os direitos e obrigações, em decorrência de sucessão universal.

Ocorre que a sucessão na incorporação de sociedades empresariais decorre de ato *inter vivos* e, portanto, é regida pelo direito das obrigações e empresarial,

2 Fls. 423/437.
3 Fls. 461/465.
4 Fls. 09/13.
5 Fls. 14/17.
6 Fls. 10/11

Acesso ao Sumário

o que afasta a aplicação das disposições do direito das sucessões, notadamente o art. 1.784 que estabelece a transmissão do patrimônio independentemente de outra providência (*droit de saisine*).

Assim, a aquisição imobiliária em virtude de atos de incorporação empresarial segue o disposto no art. 1.245 do Código Civil, que encerra opção legislativa pelo sistema do título e do modo. Conforme Mónica Jardim (Efeitos substantivos do registro predial. Almedina: Coimbra, 2013, p. 51): *"No sistema de título e modo a aquisição, modificação ou extinção dos direitos reais dependem de um título – fundamento jurídico ou causa que justifica a mutação jurídico-real – e de um modo: acto pelo qual se realiza efectivamente a aquisição, modificação ou extinção do direito real, acto através do qual se executa o prévio acordo de vontades.*

Nessa linha, o § 1º do art. 1.245 do Código Civil assim prevê:

Art. 1.245. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Ora, a titular do direito de propriedade do imóvel registrado sob nº 13.822 é a empresa incorporada (Delfin S/A Crédito Imobiliário) e não, a incorporadora, ora apelante (Delfin Rio S/A Crédito Imobiliário). Logo, a transmissão da propriedade para a apelante dependerá da averbação no registro imobiliário do ato de incorporação, seguido do registro da transferência da propriedade em cumprimento à obrigação assumida pela empresa incorporada.

O Princípio da Continuidade, previsto no art. 195 da Lei de Registros Públicos, com aplicação na hipótese em exame por força da aquisição derivada da propriedade imobiliária, impede o ingresso do título sem o registro da aquisição da propriedade em nome da incorporadora (outorgante vendedora constante da escritura de compra e venda negativamente qualificada).

Isso porque a continuidade, *in casu*, diz respeito ao domínio do imóvel e não, aos direitos da incorporação. Em outros termos, a alegada sub-rogação nos deveres da empresa incorporada não autoriza, por si só, o registro de escritura de compra e venda lavrada em nome de quem não figura como titular de domínio do imóvel.

Não sendo a alienante constante do título proprietária do imóvel, não cabe o ingresso no registro imobiliário.

No mais, o art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal estabelece a seguinte imunidade com relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II – transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis,

exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil".

É dizer, a imunidade tributária não ocorre se, nesses casos referidos pela norma constitucional, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Contudo, não compete ao Oficial do Registro Imobiliário examinar a não incidência, mas sim ao titular da competência tributária.

Daí porque, ante a necessidade da transferência da propriedade imóvel à incorporadora, ora apelante, bem como da análise da não incidência, da imunidade ou da concessão de isenção pela Municipalidade, mostram-se corretas as exigências formuladas pelo Oficial registrador.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO (Desembargador)

Orador em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse de Hamid Charaf Bdine Júnior no cargo de Desembargador. (Solenidade realizada em 24.04.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças, na pessoa de quem, me permita, saúdo os demais colegas, autoridades, convidados e familiares do ilustre Doutor Hamid Charaf Bdine Júnior.

Saudar em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, meu colega e amigo, Doutor Hamid Bdine, é uma grande distinção, mas acima de tudo traz o imenso orgulho em face da história da vida que juntos cultivamos nesses 31 anos de Magistratura.

Ingressos no mesmo concurso público, em março de 1988, Hamid e eu estreitamos laços de amizade, e aos poucos passei a admirá-lo por sua alegria, seu caráter, sua capacidade jurídica, amor e respeito por sua família. Quis o destino que eu percorresse antes os caminhos longos da carreira, para poder hoje recepcioná-lo no maior e melhor Tribunal de Justiça do País. Missão árdua, mas prazerosa.

Assumindo o cargo de Juiz Substituto da Comarca de São Carlos, o Doutor Hamid Bdine foi promovido ao cargo de Juiz de Direito da Comarca de Mirandópolis. De Andradina, acompanhei de perto a sua vida e seu trabalho na região. Em Mirandópolis, casado com Winifred Mary Carvalho e Silva Bdine, sua companheira há mais de 32 anos, dedicada, paciente e verdadeiro baluarte de sua família, enfrentaram juntos as dificuldades normais de uma cidade com poucos recursos, época em que já contavam com dois filhos menores, Thais Bdine com dois anos de idade, e Hamid Neto com meses de vida.

Acesso ao Sumário

Promoveu-se em outubro de 1989 para a Comarca de Tupi Paulista onde permaneceu por dois anos e meio. O Doutor Hamid Bdine sempre foi incansável no desejo de estudar e aprender, e não o agradava proferir decisões sem estudo aprofundado, sem doutrina e jurisprudência. Sempre se dedicou à leitura e quis ministrar aulas. Em Tupi Paulista teve tempo para aprimorar o conhecimento e ainda para auxiliar comarcas vizinhas em que havia excessivo trabalho.

Em razão da amizade que manteve com o Doutor Reinaldo Cintra Torres de Carvalho, que conheceu na Alta Paulista, comigo e nossas famílias, aguardou para que pudesse ser promovido para a Comarca de Piracicaba, o que ocorreu

em 1992, cidade que adotou até hoje.

Assim como feito com o Doutor Hamid, a comarca e cidade de Piracicaba encantaram-nos a todos.

Cidade próspera, de muita beleza e povo receptivo, atraiu o Desembargador Hamid Bdine a comarca de grande tradição e de Juízes renomados como os Doutores Francisco Alberto Marciano da Fonseca, Newton de Oliveira Neves, Reinaldo Cintra Torres de Carvalho e Mauro Antonini, com quem nutre verdadeira amizade fraterna. A tradição da comarca, aliás, se mantém até os dias de hoje com excelente corpo de magistrados que a compõe.

O convívio amistoso e alegre em Piracicaba consolidou-se com o nascimento do seu caçula, Gabriel Bdine.

Judicou na comarca por quase 13 anos, alcançando o reconhecimento do povo da cidade como um Magistrado probo, inteligente, respeitoso e dedicado. Encantou a todos com sua simpatia, alegria, refinado senso de humor e conhecimento jurídico. Ministrou aulas em cursos e faculdade, com total sucesso, até chegar às entrâncias especial e final na Comarca da Capital em 2004. Alcançou a Segunda Instância, como Juiz Substituto em segundo grau, em 2012.

Com simplicidade e competência, cônscio da importância de sua função, o Doutor Hamid Bdine ocupou os cargos de assessoria na Corregedoria Geral da Justiça e na Presidência do Tribunal de Justiça, contribuindo efetivamente para o melhor desempenho da atividade jurisdicional e, sobretudo, do Poder Judiciário.

Estudioso e formado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, tornou-se Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica em 2006 e Doutor pela mesma instituição de ensino no ano seguinte. É Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie há mais de 11 anos, onde tem o amplo reconhecimento dos alunos por sua simpatia e saber jurídico. Participa ativamente de cursos, seminários e atividades desenvolvidas pela Escola Paulista da Magistratura. Sua dedicação aos estudos resultou na autoria de inúmeras obras de Direito Civil e de Direito Processual Civil.

O esforço e a dedicação do nosso novo colega, Doutor Hamid Bdine, no entanto, não prescindiram do berço e formação moral, social e religiosa que trouxe de sua família e que consolidou após o seu casamento com a senhora Winifred, com o nascimento dos seus três filhos e de seus netos Leonardo, Bel e Samuel.

Viúva e com dois filhos de tenra idade, sua genitora, Senhora Neide Aparecida Lopes de Oliveira Bdine, trabalhou e dedicou sua vida à formação dos filhos Hamid e Marco, e com muito sacrifício conferiu-lhes boa educação, o que lhes garantiu sucesso profissional. A grandiosidade de seu amor pelos

filhos, entre outras tantas demonstrações, evidenciou-se quando, com o filho mais velho, dirigiu-se à casa do então conhecido Juiz de Direito da cidade de São José do Rio Preto, hoje Presidente desse egrégio Tribunal de Justiça, a fim de solicitar a sua indicação para ingresso na carreira, fato contado pelo nosso Presidente no ato da posse administrativa. Antes disso, o Doutor Hamid já havia trabalhado no escritório de Advocacia do Doutor Fued Miguel Temer que, além de estimular e incutir nele a paixão pelo Direito, por vezes desempenhou papel de genitor ausente, o que gerou grande respeito e admiração pelo amigo e advogado que muito lhe ensinou e ajudou.

O Doutor Hamid Bdine alcança hoje o mais alto cargo da Magistratura após uma vida dedicada à profissão, com muito trabalho, estudo e sacrifício.

Magistrado atencioso, sempre recebeu a todos com muito carinho. Nunca deixou de manifestar sua posição jurídica sobre determinado questionamento, com a humildade de quem está disposto a ouvir o entendimento contrário. Com a finalidade de melhorar a qualidade do trabalho produzido por seu gabinete, que rege com maestria, sob a sua orientadora lucidez, provoca e estimula o pensamento de seus funcionários para que seus votos sejam fruto de reflexão e estudo. Com isso, ganhou o respeito e admiração de todos eles. Aliás, o tratamento que durante toda a sua jornada dedicou aos funcionários e servidores com quem trabalhou, rendeu-lhe o reconhecimento de um magistrado bondoso e paciente.

É procurado constantemente por todos os colegas para que dê sua valorosa opinião sobre certo caso, sabedores de que irão encontrar uma resposta fundamentada, com indicação de uma obra para que o estudo seja aprofundado, e quando isso raramente não ocorre, no mínimo o que se obtém é uma enorme manifestação de alegria, de descontração que decorre do seu humor fino e inteligente, fruto de um raciocínio rápido de que poucos desfrutam.

O Doutor Hamid sempre se preocupou com os assuntos envolvendo o Poder Judiciário como instituição e atividades da Magistratura. Por isso desenvolveu o seu trabalho com ética, eficiência, celeridade, bom-senso e discrição, sempre com a consciência do fim a que se destina a solução do conflito, com profunda atenção e respeito ao jurisdicionado.

É de Magistrados como o Doutor Hamid que o Poder Judiciário necessita hoje em dia. Muitos buscam o enfraquecimento das instituições e, dentre elas, do Tribunal de Justiça de São Paulo. A desvalorização do trabalho incessante prestado pelos Magistrados paulistas e adoção de medidas inibidoras das atividades administrativas de seus comandantes, são alguns pontos relevantes que carecem discussão e solução, com debates entre aqueles mais capacitados como o nosso novo Desembargador, que sempre pautou por exaltar a relevância da função jurisdicional perante a sociedade. Não se pode deixar ações que as

severas críticas que hoje são dirigidas à mais alta Corte do Poder Judiciário reflitam no trabalho que abnegados Magistrados desempenham diuturnamente e com muito sacrifício nesse nosso Tribunal de Justiça de São Paulo. Daí a importância de contarmos com esse mais novo integrante do segundo grau.

Agradecendo a tolerância de todos, tenho certeza que o Tribunal de Justiça de São Paulo engrandece-se e enriquece-se ainda mais a partir do dia de hoje, com a posse do insigne Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior.

Obrigado.

HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR (Desembargador)

Agradecimento de sua posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 24.04.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, ilustre Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem me permito cumprimentar as demais autoridades presentes.

Ilustres Membros do Ministério Público, Senhores Advogados, Servidores do Poder Judiciário de São Paulo, meus caríssimos familiares, amigos e amigas.

Inicio, Senhor Presidente, com o agradecimento especial a Vossa Excelência, que gentilmente abriu espaço em sua concorrida agenda para que a minha posse solene se concluísse nessa data, logo após a posse administrativa, a fim de que ela coincidisse com o período em que minha filha estivesse no Brasil.

Nesses últimos dias refleti detidamente sobre o que se passou nos últimos 31 anos, desde que tomei posse no cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E de tudo que se passou, a primeira impressão que tive foi a de que era o momento de manifestar gratidão e reconhecimento.

Concluí que foram excelentes anos.

Em todo esse tempo, desde que Vossa Excelência, Senhor Presidente, teve a bondade de prestar informações a meu respeito para a Comissão de Concurso – arriscando seu grande prestígio – devo dizer, foram poucos dissabores e aborrecimentos. O exercício da judicatura ofereceu-me tudo que se pode desejar numa vida de trabalho árduo é intenso. Por isso a gratidão.

Acesso ao Sumário

A Magistratura exige de todos nós dedicação plena: muito estudo, muitas horas extras, muita superação de dúvidas insuperáveis e preocupação infinita com a sorte do jurisdicionado.

Nada disso, porém, supera a satisfação de olhar o que se passou e verificar que valeu a pena.

A essa altura, a satisfação pela vida que escolhi se sobrepõe às dificuldades que, por acaso, tenham aparecido.

Lembro-me que foi doloroso deixar o escritório de Advocacia em que atuei por oito anos – como estagiário desde os 18 e outros três como advogado.

Aprovado no concurso, foi custoso deixar a agradabilíssima companhia de Fued Temer e Edgard Silveira Bueno Filho, com os quais convivi fraternalmente e aprendi a respeitar e admirar a nobre classe dos Advogados.

Na companhia desses dois amigos com os quais, entre várias outras coisas, também aprendi Direito, convenci-me de que meu mundo havia de ser o mundo jurídico.

Na pessoa de ambos, cumprimento os Senhores Advogados, a quem agradeço pela convivência que me proporcionaram sempre.

A Magistratura, felizmente, me fez igualmente feliz.

Contei sempre, ao longo dos anos, com a experiência dos Juízes mais antigos para me aconselhar e guiar; e, agora, conto também com a experiência dos jovens para fazer a vida mais feliz.

Como substituto em São Carlos, nunca estive sozinho. Grandes Juízes aqui representados pelo Antonio Benedito Morello, nunca me faltaram.

Era suficiente confiar nos colegas nas horas em que as surpresas constantes sempre aparecem.

Inesquecível, por exemplo, lembrar que fiz o meu primeiro júri monitorado por telefone pelo Morello, Juiz criminal de primeiríssimo time, que me ditou os quesitos.

Nas distantes Mirandópolis e Tupi Paulista, fui aprendendo a ser Juiz e a compreender os reflexos sociais de nossas decisões. Nas pequenas cidades é possível ver de perto o que uma sentença pode significar.

Mas mais do que isso, naqueles municípios estreitei minha amizade com os hoje Desembargadores, muito mais velhos do que eu, Milton Paulo de Carvalho Filho e Reinaldo Cintra Torres de Carvalho. Amizade que, como tantas de tantos nós, convenço de que ser Juiz vale a pena.

Ao Milton, meus mais sinceros agradecimentos.

31 anos de amizade. Proximidade e praticamente todos os momentos da vida adulta. Contei sempre com sua generosidade e caráter, inteligência e lealdade.

Acesso ao Sumário

Em Tupi Paulista permaneci por dois anos.

Se o ritmo da carreira se atrasou, valeu a pena.

Jamais me arrependi de esperar pela vaga de Piracicaba onde já estava Milton Paulo e Reinaldo.

Na companhia deles, do Beto Marciano, do Newton e de vários Juízes que vieram em seguida, passei os melhores anos da minha vida.

A experiência do Beto e do Milton fez a vida de todos nós mais fácil e muito mais divertida.

Aprendi muito com ambos.

E o Beto, com uma sabedoria especial, conhecia como poucos a arte de viver em sociedade. Não havia desentendimento que ele não corrigisse, e não havia momento em que ele não transformasse, com o seu bom humor, o que era problema em solução negociada.

Piracicaba, além de Milton, há o Mauro Antonini.

Juiz completo, amigo leal, de invejável cultura, cuja convivência é gratificante.

Não fosse o conhecimento jurídico de ambos, do qual eu sempre me vali, bastaria tê-los ao meu lado como uma família formada pelo mero querer. Ao lado de suas esposas e filhos, somaram-se à minha família.

Muito obrigado meus queridos amigos. A vida seria mais difícil sem vocês.

Devo agradecer, ainda, a vida em Piracicaba. Agradecer a companhia dos colegas e igualmente a dos amigos.

Rio-pretense de nascimento – vejo aqui amigos de infância que, para minha imensa alegria, viajaram 430 quilômetros para dividir esse momento comigo – acabei fazendo de Piracicaba a minha terra de coração, porque lá está a vida que a minha família construiu.

Doze anos em Piracicaba marcaram definitivamente a minha vida e devo isso à Magistratura. Marcaram tanto que está aqui, Senhor Presidente, meu querido grupo de amigos piracicabanos. Amizade de que tenho imenso orgulho e espero que me acompanhe por muitos anos.

Vejo aqui, Senhor Presidente, alguns dos funcionários com os quais trabalhei diariamente durante 12 anos. E vários Advogados piracicabanos, grandes Advogados com os quais sempre tive uma convivência cordial e de grande e marcante amizade. Agradeço a todos eles pelo bem que me fizeram e pelo muito que me ensinaram.

Saúdo aos funcionários de Piracicaba na pessoa da Jane Caldana Frigato e do Marinho Medeiros.

Ao me promover para o Foro Regional do Tatuapé, em 2004, imaginei

que jamais encontraria ambiente melhor do que o cafezinho da uma hora em Piracicaba, mas acabei por encontrar a mesma alegria do Tatuapé, na Corregedoria e na Presidência – onde fui privilegiado em trabalhar como assessor do Eminente Desembargador José Roberto Bedran, Digníssimo Presidente desta Corte em 2010/2011, a quem devo muito da experiência administrativa que constituí neste Tribunal.

Também tenho, e levarei sempre, a saudade dos meus queridos amigos de almoço do DP3, onde sempre fui muito bem recebido, tanto na mesa dos Jardins quanto na mesa do Itaquerão.

Gostaria de nomear cada um dos Magistrados com os quais convivi em todos esses anos em São Paulo. O tempo não permite, mas registro, de todo modo, a minha admiração e apreço por cada um deles.

Orgulho-me enormemente da Magistratura de São Paulo, da qual tenho a honra de fazer parte. Meu compromisso sempre foi, e o renovo agora, o de dedicar o melhor de mim ao Judiciário de São Paulo.

A busca do acerto é que norteia a vida de todos nós.

Com essa convicção, estarei ao lado dos novos colegas da 19ª Câmara de Direito Privado – que tão bem me receberam –, certo de que também serei feliz na convivência deles.

Agradeço ainda, aos Professores, funcionários e alunos do Mackenzie, onde pude desenvolver minha vida acadêmica. Vida acadêmica que contou com a condução fundamental do Professor Renan Lotufo, a quem atribuo a aptidão, a capacidade de me mostrar o caminho a trilhar nos meus estudos.

Registro ainda a alegria da convivência com os Desembargadores com os quais tive a satisfação de trabalhar nas Câmaras desse Tribunal pelas quais passei até agora: 4ª, 8ª, 29ª, da 31ª à 35ª e, mais recentemente, na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

Lendo agora, Senhor Presidente, tenho a impressão que eles se revezaram para dividir a árdua tarefa de me suportar no trabalho, mas eu prefiro pensar que é pela necessidade do serviço.

Acesso ao Sumário

Não posso esquecer o muito que os colegas me ensinaram nesses últimos sete anos como substituto em segundo grau.

Aos funcionários que compõem e compuseram o meu gabinete, o meu muito obrigado pela paciência e dedicação.

À família Carvalho e Silva, a satisfação de ter me unido a ela.

A Magistratura deu-me muito mais do que pude dar a ela.

Obrigado a todos pelo que me proporcionaram até que eu pudesse alcançar com orgulho – que imagino seja um orgulho justo e bom –, o último degrau na nossa carreira.

Finalmente, não posso deixar de registrar minha gratidão à minha mãe, Neide Bdine.

Viúva aos 29 anos, educou a mim e ao meu querido irmão, Marco Aurélio – com quem tenho a honra de compartilhar essa família.

Alcançou o que sempre desejou: preparou-nos, a ambos, para enfrentar com dignidade a vida que se apresentou. Minha mãe pode, agora, se despreocupar: a essa altura já vivemos da integridade e da formação que ela nos deu. Meu pai certamente está feliz por nós.

Obrigado meus queridos filhos: Thais, Hamid e Gabriel; meus netos: Leonardo, Bel e Samuel; minha nora Rosane e meu genro Rafael, pela família que formaram. E pela amizade que, adultos, me proporcionam.

Esteve comigo a minha esposa Winnie, meus amigos, aquela responsável por meus momentos de maior felicidade. Esteve comigo sempre e muito.

Espírito seguro e firme, sua sabedoria e grandeza de alma foram sempre a razão e o esteio da minha vida.

Encerro, meus amigos, com o registro de que tudo isso é que me faz extremamente grato à Magistratura de São Paulo.

Muito obrigado.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da posse de Hamid Charaf Bdine Júnior no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 24.04.2019).

(Cumprimentos às Autoridades).

Quero saudar de uma forma especial o Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior, que hoje toma posse neste Augusto Tribunal de Justiça. E, ao saudá-lo, tenho que homenagear seu saudoso pai, Hamid Charaf Bdine, e sua mãe, dona Neide Lopes de Oliveira Bdine, aqui presente, que foi responsável, em primeiro lugar, por tudo isso que acontece nesta tarde tão bonita em São Paulo.

Quero cumprimentar com todo carinho a Winifred Mary Carvalho e Silva Bdine, a esposa do queridíssimo Desembargador Hamid. Quero saudar em especial a Thais, o Hamid, e o Gabriel, e as netinhas lindas que tive a honra de acompanhar no elevador.

Acesso ao Sumário

Tudo aquilo que o Desembargador Milton Carvalho falou, somado àquilo que o Desembargador Hamid, de uma forma extremamente emocionada, relatou a esse seleto auditório, é ainda pouco perante o que representa a história do Desembargador Hamid para esta Corte de Justiça.

Para mim, há um sentido muito especial porque é o primeiro dos muitos Magistrados que apresentei, ao longo dos meus 43 anos de Magistratura, que chega ao último cargo da carreira. Então, essa noite se reveste de um significado extremamente importante. Lembro-me claramente quando Dona Neide, tão jovem (conhecia a minha esposa, Maria Amélia), foi à minha casa e relatou que o Hamid havia sido aprovado nas provas do concurso, iria se submeter ao exame oral, e me solicitava que o apresentasse à Banca que presidiu o concurso.

Eu conhecia muito bem a família do Hamid, família tradicionalíssima em São José do Rio Preto, conhecia também o seu padrasto, extremamente importante na história de Rio Preto, e conhecia a saga de Dona Neide. Sabia da história do Hamid, jovem, estudioso, formado pelas Arcadas de São Francisco e vocacionado para a Magistratura. Fiquei extremamente satisfeito e honrado de ter sido chamado para realizar aquela apresentação, que se exige para o concurso da Magistratura paulista, e que, agora, culmina neste que é o momento mais desejado daqueles que ingressam.

O depoimento testemunhal, no qual consistiu o discurso de posse do Desembargador Hamid Bdine Júnior, retrata tudo o que ele foi. Primeiramente um homem vocacionado para a Magistratura e que, ao longo da carreira, se mostrou comprometido com o juramento feito quando aqui foi empossado.

Um Juiz com estofo ético e moral imenso, conhecido de todos que estão aqui, operoso, bom no sentido mais completo da palavra, afável, simples e humano. Além disso, inteligente e culto. Preparadíssimo. Marido, filho e pai exemplares. O que dizer mais de um homem? É o clássico modelo do *bonus pater familias*.

Mas, além disso tudo, Hamid é um amigo – e é tão amigo de todos que há muito tempo eu não via este glorioso Salão do Júri com tantas pessoas reunidas para uma posse de Desembargador paulista. Só isso já representa o quão querido, respeitado e amado ele é por servidores e colegas.

Não posso deixar de dar este testemunho de quem acompanhou a vida do Doutor Hamid, desde que ele estava se submetendo ao concurso da Magistratura de nossa terra. Isso me dá a sensação e certeza de que a secular história desta Corte, formada por uma falange heroica de grandes Magistrados, prosseguirá – cada um levando as bandeiras que fazem da Magistratura de São Paulo, a Magistratura mais importante desse país. Protagonista do Judiciário, e por isso mesmo, Doutor Anafe, Doutor Fernando, Doutor Gastão, Doutor Milton, Doutor Geraldo, Doutor Bedran, Doutor Paulo Dimas, Doutor Ruy, Doutor Cláudio,

Doutor Waldir e Doutor Aliende, por isso mesmo, vejo tantos aí... Poderia falar o nome de todos, Paulo Campos Toledo e tantos outros Desembargadores, Pezarini, e por isso mesmo, São Paulo sempre tem sido enaltecido no seu atuar como protagonista do Judiciário brasileiro.

A certeza de que o Tribunal de Justiça de São Paulo continuará a escrever com pena de ouro a história da Magistratura bandeirante reside na posse de um Desembargador desse quilate, que honra todas as tradições de São Paulo. É o Juiz completo, é o Juiz vocacionado, é o Juiz paradigmático. Digo isto com a certeza de quem já está no ocaso de sua carreira.

Eu sinto muito orgulho de, na presença de seus filhos, netos e mãe – três gerações –, de sua esposa e de seus amigos, dizer que continue a ser somente o nosso amigo e leve essa bandeira do Tribunal de Justiça para frente, como sempre fez. E, apenas com isso, aquele juramento proferido no Salão Ministro Costa Manso, estará resguardado e perenizado na história da Justiça de São Paulo.

Seja bem-vindo ao cargo de Desembargador e continue no cargo de Juiz, que é o cargo mais importante que nós temos a honra e a alegria de exercer com dignidade.

Parabéns, que Deus abençoe ao Desembargador Hamid Bdine e a sua linda família.

Muito obrigado a todos.

Declaro encerrada a sessão solene.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Orador em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse de Décio Luiz José Rodrigues e Afonso de Barros Faro Filho no cargo de Desembargadores. (Solenidade realizada em 13.06.2019).

Excelentíssimo Senhor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças, DD. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja erudição e cultura, somadas à sua eficiente capacidade de gestão, são de conhecimento público e que muito dignifica a tradição da Justiça Bandeirante. Em nome de Vossa Excelência, permito-me, com a devida licença, cumprimentar as autoridades presentes e representadas, os eminentes Desembargadores e Juízes, os Ilustres membros do Ministério Público, da Procuradoria Geral de

Justiça, da Defensoria Pública, advogados e nossos servidores.

Saúdo especialmente aos Excelentíssimos Desembargadores AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR e DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES, seus queridos familiares e diletos amigos.

Senhoras e senhores:

Quero, desde logo, consignar minha gratidão pela honraria que me diferiram os colegas, ora homenageados, por escolherem a mim para falar, com anuência do ilustre Presidente, em nome do nosso Tribunal.

Para a nossa alegria e para o engrandecimento do Poder Judiciário Bandeirante, os insignes doutores AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR e DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES hoje tomam posse solene neste Tribunal de Justiça, passando a integrar o Tribunal Pleno, órgão de cúpula da nossa Justiça.

Estas expressões, "posse solene" e "órgão de cúpula" merecem ser lembradas e, por transmitirem imagens grandiosas, cabe aqui uma breve digressão.

Posse solene, porque a administrativa já se realizou e ambos estão exercendo as suas atividades. Assim, esta solenidade tem por objetivo principal a outorga do "Colar do Mérito Judiciário", como reconhecimento pelo trabalho de ambos, durante quase trinta anos, em benefício da causa do direito, contribuindo pelo êxito da justiça, de modo a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Há, também, nesta reunião festiva, um aspecto afetivo. Aqui se acham os integrantes de nosso Tribunal e todos os demais participantes do sistema de justiça, familiares e amigos, para homenagear nossos queridos doutores Afonso e Décio, que passam a integrar a cúpula de nosso mais que centenário Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

De fato, na longa tradição da nossa cultura acidental, a imagem da cúpula logo evoca as ideias de poder e de altura, de elevação ao céu. Quem não se impressiona ao ver a cúpula do Panteão, o *Duomo* de Florença, a cúpula de Michelangelo em São Pedro no Vaticano, ou mesmo aquele que culmina o imponente edifício desta nossa vizinha, a Catedral da Sé?

Porém, ao ver esses dois grandes amigos adentrarem agora este órgão de cúpula, a ideia que predomina em meu espírito é outra. Permitam-me essa confissão.

A cúpula também é o símbolo do ***encontro***: numa construção de harmonia perfeita. A cúpula é o equilíbrio exato de vários arcos que se unem e formam um todo grandioso.

E, neste local, Tribunal do Júri, foram julgados os crimes dolosos contra a vida, a partir de 1927, início de suas atividades, até 1988, quando os Tribunais do Júri, na Capital, passaram para outros prédios.

Acesso ao Sumário

No entanto, a primeira sessão solene ocorreu exatamente há 90 (noventa) anos, em 14/04/1929, com a entronização ao centro e ao alto, da imagem de Nosso Senhor Jesus Cristo, para a lembrança de todos, em particular os sete jurados que compunham o conselho de sentença, do erro judiciário cometido.

Todos os vitrais que circundam o salão trazem evocações da cultura greco-romana-germânica, que inspiram nosso direito.

Com efeito, à direita de Cristo, Themis, a deusa grega da Justiça; à esquerda, um personagem romano com as 12 Tábuas e, assim, outros vitrais simbolizando a disciplina, a retidão e a prudência.

E é o que vemos aqui hoje.

Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR e Desembargador DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES, mais que tudo, hoje tenho a satisfação de ver que, no ápice de nossa carreira da justiça bandeirante, encontram-se dois homens que tenho a graça de chamar de amigos, e cujas trajetórias, diferentes aqui e ali (como todas!) se entrecruzam na história de nosso Judiciário, para fazê-lo maior e melhor.

O Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR fez sua carreira de magistrado por Caraguatatuba, Cananeia, Praia Grande, São Vicente, Santos e Capital. O desembargador DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES percorreu o *cursus honorum* por Sorocaba, Auriflama, Cruzeiro, São Caetano e também pela Capital.

Essas diferenças geográficas, porém, não encobrem os paralelismos, as coincidências, os ***encontros*** das brilhantes carreiras de ambos.

Nascidos em **1965**, iniciaram nas Ciências Jurídicas e Sociais da mesma forma, pois fazem parte da turma de **1988** da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Obtido e bacharelado, rapidamente ingressaram, juntos, na Magistratura de São Paulo, em outubro de **1989**.

Durante as relativas carreiras, voltaram a se encontrar, de certa forma, no campo do direito público: o desembargador AFONSO FARO concluiu sua passagem pela primeira instância na vara da Fazenda Pública, e o desembargador DÉCIO RODRIGUES, na de Acidentes do Trabalho. Não bastasse, serviram, juntos, neste mesmo prédio, como Assessores, em **2014** e **2015**: o desembargador AFONSO, na Assessoria da egrégia Presidência; o desembargador DÉCIO, prestando a honra de auxiliar-me na Presidência da Seção de Direito Privado.

Também se encontram no plano de seu aprimoramento pessoal e cultural: o desembargador AFONSO FARO é especialista em Direito Processual Civil e tem fluência em várias línguas, e sempre se dedicou à docência; o desembargador DÉCIO RODRIGUES, por sua vez, além de haver-se dedicado ao ensino, é autor de livros jurídicos, espraiados sobre os diversos ramos de ciência jurídica,

Acesso ao Sumário

sem contar inúmeros artigos nas mais prestigiosas publicações da área jurídica.

E mais do que isso!

Antes da Faculdade de Direito e da Magistratura, AFONSO FARO JÚNIOR e DÉCIO RODRIGUES tiveram percursos de vida diferentes, é verdade, mas com pontos que podemos chamar comuns.

Desde cedo, graças à influência benéfica de seus lares, ambos aprenderam o valor dos estudos e do trabalho, através das lições familiares.

O desembargador AFONSO FARO JÚNIOR teve em casa o exemplo de seu ilustre pai, o também desembargador AFONSO DE BARROS FARO, que judicou nesta Corte entre 1995 e 2005, data de seu pensamento em pleno exercício do cargo.

Da mesma forma, demonstrando o que é uma família honrada e valorosa é capaz, o desembargador DÉCIO RODRIGUES foi galgando, com segurança, posições novas e melhores, na iniciativa privada e no serviço público, em particular como agente legislativo na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, até ingressar nos quadros da Justiça Bandeirante.

Em suma: hoje, em junho de **2019**, depois de uma vida inteira de trabalho e dedicação, e passados trinta anos de serviços bem prestados, voltam os dois a se encontrar e, juntos, tomam posse como desembargadores deste Tribunal.

Comecei estas palavras evocando a ideia de encontro de dois nobres juristas na cúpula da Justiça de São Paulo. Vou agora encerrando com a ideia de partida.

As cúpulas costumam ser todas encimadas por lanternas, que miram o céu. Esse é o meu desejo sincero, caros amigos AFONSO e DÉCIO: que partam agora mirando rumos ainda mais altos. Partam confiantes para esta nova etapa de suas carreiras e levem consigo, sobretudo, aquela que é a "mais fiel de todas as companheiras da alma"[1]: a esperança!

Essa esperança não é vã. Ao vermos a renovação deste Tribunal, unindo-se à força de suas tradições – sobretudo! – contando com pessoas de bem, como Vossas Excelências, podemos ter a certeza, meus caros AFONSO e DÉCIO, que a sociedade e a nossa Justiça saberão encontrar os rumos para a realização do bem comum, da pacificação social e o consolo dos que sofrem.

Essa é a minha certeza, e essa é a missão de vocês, meus nobres desembargadores.

E peço, ao finalizar, cultivem nossas mais caras tradições.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

1 Padre Antonio Vieira, Sermão do Santíssimo Sacramento (1669). Cap. II.

AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador. (Solenidade realizada em 13.06.2019).

SAUDAÇÕES

Uma das Particularidades do Tribunal de Justiça de São Paulo é a sua grandiosidade. Talvez seja o maior tribunal do mundo, e seu orçamento corresponde a tal, pois de bilhões. Temos também um elevado número de julgamentos, que a cada contagem aumenta. Possui dezena de milhares de funcionários em seus quadros e computa centenas de edifícios por todo o estado. Dados Superlativos.

Entretanto, maior que estes números são seu nome e tradição que juízes construíram ao longo de sua centenária história. Personalidades que dão a real dimensão do que é a justiça e o magistrado. É na figura de seus membros que a população identifica a figura do juiz ideal que almeja para si.

Por esta razão, o orgulho e a emoção não cabem em mim neste momento em que passo à integrar o distinto e seleto grupo de desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

É, sem dúvida, momento imaginado por todo colega que um dia ingressou na Magistratura após o êxito em árduo concurso público.

Tudo isto, associado às altas e distintas atribuições da Corte, talvez sejam os pilares que motivam vários colegas a permanecer no cargo mesmo já tendo obtido os requisitos para a aposentadoria.

Portanto, é motivo de intenso júbilo para mim este momento de assunção ao cargo de desembargador, após nada menos que 29 anos de carreira!

Em razão de tanto tempo transcorrido, inexoravelmente aparamos para refletir e relembrar algumas passagens, ou ao menos as mais relevantes de nosso percurso.

Dentro deste contexto, algo curioso me veio à mente: se para mim já é muito especial, como seria para minha genitora, aqui presente? Do alto de seus 83 anos muito bem vividos e trabalhados, como enxergar o filme dos acontecimentos?

Muito se alterou o Brasil. Após sentir as consequências da 2ª Grande Guerra Mundial, cresceu, estudo, cursou duas faculdades (Letras e Direito), vivenciou os obscuros anos pós-64 que antecederam a reabertura política e desde seu início acompanhou o que talvez seja uma das maiores transformações da humanidade: a tecnologia da informação.

Paralelamente, acompanhou, igualmente, parte substancial da história

desta Corte. Por seus olhos viu meu pai, Des. Afonso de Barros Faro, ingressar na Magistratura em dezembro de 1969.

Acompanhou-o, assim como seus filhos, pelas comarcas do interior até chegar à Capital. Detalhe: era a máquina de datilografia que usava em casa e no fórum. O Tribunal de Justiça era pequeno e não havia a avalanche de processos de hoje. Nesta época, o nosso Presidente sequer assinava atos de promoção dos juízes, porque era atribuição do Governador!

Foi testemunha ocular da retidão, honra, responsabilidade e trabalho duro que pautou toda a sua vida. Antes de chegar a esta Corte, integrou o extinto e eficiente Tribunal de Alçada Criminal.

Minha mãe também testemunhou minha tentativa de ser engenheiro, do que desisti assim que experimentei o doce sabor do curso das Arcadas.

Enfim, seus olhos viram tantas coisas boas e ruins! Mas depois da minha formatura uma forte emoção a esperava: meu ingresso na mesma carreira de seu marido, já na primeira tentativa, tornando-me, assim, a quarta geração de magistrados na família, depois de meu pai, meu tio-avô, Des. Alcides da Silveira Faro, e seu pai, meu bisavô, Evangelino José de Faro, do Tribunal de Justiça de Sergipe.

A escolha de minha mãe Vilma para auxiliar Vossa Excelência, Sr. Presidente, na colocação do Colar do Mérito tem muito significado para mim, para ela e para toda família, e parecia ser o mais justo e correto a fazer. Ouso afirmar que poucas pessoas já tiveram a oportunidade de fazê-lo mais de uma vez.

Que Deus me conceda a graça de um dia poder prestar este depoimento em relação aos meus filhos Enrique e Tiago, aqui presentes. Quem sabe colocar o Colar no Enrique.

Antes de encerrar, sinto-me no dever de prestar algumas homenagens e agradecimentos.

Primeiramente a Vossa Excelência pelo muito cortês e gentil com que me recepcionou na Corte, o que me deixou mais tranquilo nesta fase de transformações.

Ao Des. Artur Marques, um amigo com quem pude contar desde meu ingresso na carreira, inclusive na Apamagis, pela homenagem exagerada em seu discurso. Muito obrigado.

Aos colegas da Colenda 17ª Câmara de Direito Público pelos 4 anos de amizade e companheirismo, e aos que agora me acolhem como um irmão na 11ª Câmara de Direito Público, desembargadores Aroldo Viotti, Ricardo Dip, Jarbas Gomes, Oscild Lima Jr. E Marcelo Theodósio. Composição de altíssimo nível, tranquilizando-me o fato de contar com uma equipe de funcionários digna, competente e unida.

Referência especial devo fazer a amigos que pessoalmente tiveram algum tipo de interferência para o êxito nesta conturbada fase da promoção, Antonio Carlos Malheiros, Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Ricardo Mair Anafe, Moacir Peres e Renato Nalini.

Por fim, como se dis popularmente, ter muitos amigos é não ter nenhum, mas por certo com com a amizade dela, a representar uma verdadeira amizade, daquelas muito raras. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, magistrada exemplar, culta, inteligente, sensível, bondosa, fina e atenciosa. Companheira para todas as horas. Minha justa homenagem a você e meu muito obrigado pelo amor e companheirismo.

Assim, Sr. Presidente, encerro minha fala agradecendo a atenção e prestigiosa presença de todos.

DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador (Solenidade realizada em 13.06.2019).

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Artur Marques da Silva Filho.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal, Desembargador Gastão Toledo de Campos Mello Filho.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público deste E. Tribunal, Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos Neto.

Excelentíssimo Senhor Decano deste E. Tribunal, Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino.

Eminentes Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Advogados, Servidores deste Egrégio Tribunal, Amigos e demais presentes.

Meus familiares, minha esposa Cristina e meus filhos Marianna e Pedro Luiz.

É com muita alegria, satisfação e humildade que, neste momento, após

quase trinta anos, posso dizer que consegui alcançar a mais alta posição na carreira da Magistratura do Estado de São Paulo.

E a hora é de recordar mementos e acontecimentos da Carreira, sempre com muito trabalho, com muita dedicação, com muito convívio com pessoas amigas e até, quiçá, com inimigos, embora eu não os conheça e espero que não existam.

E nosso pensamento remonta às causas das comarcas do interior do nosso Estado, que iam desde a disputa por um papagaio até o afastamento, por improbidade, do exercício do cargo público, de pessoas importantes no local e, na Capital, às audiências noturnas do então Juizado de Pequenas Causas até o julgamento, pela prática de crimes hediondos, de personalidades por todos conhecidas.

Mas o que sempre interessou foi o exercício da judicatura com dedicação, interesse e boa vontade e, o mais importante, a certeza de se estar fazendo a tão almejada Justiça.

Agora, no topo da Carreira, eu só tenho a agradecer a Deus e a todos, familiares e amigos, pelo auxílio até chegarmos aqui e peço a Deus que continue nos abençoando, a fim de que possamos continuar, sempre e sempre, trabalhar com a mesma dedicação, com o mesmo interesse e com a mesma boa vontade de quase trinta anos atrás.

E não poderia deixar der agradecer aquele que sempre foi um incentivador nosso, um amigo, um conselheiro, quem tive o privilégio de assessorar não só na Presidência da Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal, mas também, até pouco tempo, na Egrégia Vice-Presidência do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Desembargador Artur Marques da Silva Filho, a quem peço que permita a continuidade de nossa amizade e de nossa convivência.

Também aproveito para agradecer os Doutos componentes da Colenda 21ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal, Desembargadores Ademir de Carvalho Benedito, Itamar Gaino, Virgílio de Oliveira Júnior e Wellington Maia da Rocha, pela recepção, aprendizado e convívio ímpares, bem como o nobre Desembargador Silveira Paulilo, pelo privilégio a nós concedido quanto a ser membro da Colenda Câmara referida, bem como todas as funcionários do nosso gabinete, a saber: Carolina, Débora, Isabella, Juliana, Maria Aparecida e Raquel, todas competentes ao extremo e com simpatia louvável.

E como em toda solenidade de posse em que estive sempre torcia pela brevidade dos discursos, encerro por aqui minhas palavras e agradeço a presença de todos.

Muito obrigado e **quid multa?**

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da posse de Décio Luiz José Rodrigues e Afonso de Barros Faro Filho no cargo de Desembargadores. (Solenidade realizada em 13.06.2019).

(Cumprimentos às autoridades).

Toda vez que se repete esta cerimônia tão referta de significados, todos os Magistrados que aqui se encontram (e vejo tantos) sentem bater o coração mais forte. Na verdade, estamos no altar da Justiça Bandeirante fazendo e repetindo algo que há mais de 145 anos se repete ordinariamente nesta Corte, desde aqueles sete primeiros Desembargadores que compuseram o Tribunal da Relação de São Paulo, com competência territorial pela Província de São Paulo e Província do Paraná. Nós todos sabemos que este ritual compõe as mais caras tradições da Justiça Bandeirante. É um renovar. De tempos em tempos ocorre a despedida de um colega, de um Magistrado paulista, que passa o bastão para aquele que o substituirá. Isso ocorre em primeiro grau e em segundo grau. Mas este é o momento de reflexão em que, solenemente, mostramos ao povo paulista a força das tradições desta Corte de história tão maravilhosa. Receber esses dois eminentes Magistrados, após a belíssima oração aqui proferida pelo Vice-Presidente desta Corte, Desembargador Artur Marques da Silva Filho, que, de forma primorosa, descreveu a carreira de cada um dos que aqui se encontram para serem homenageados e receberem o Colar do Mérito Judiciário.

As coincidências das vidas de Vossas Excelências, que eu já havia mencionado na posse administrativa, remarcam a verdadeira história do juízo paulista. Vossas Excelências são o retrato do Juiz paradigma de São Paulo. Doutor Décio, Doutor Afonso, tem tantas similitudes na vida profissional, na vida pessoal e na carreira mesmo, propriamente dita. A singularidade de terem nascido no mesmo ano, sendo formados na mesma turma das Arcadas de São Francisco, ingressarem no mesmo concurso da Magistratura, tomarem posse como Juiz substituto na mesma data, serem promovidos para Entrância Especial na mesma data, e depois promovidos ao último cargo da nossa carreira tão amada e agora, coroando essas coincidências tão maravilhosas, tomam posse solenemente neste solene altar da Justiça Bandeirante.

O discurso de cada um dos empossados demonstra uma vida de comprometimento, de trabalho, de estudo, de amor à ética, à família e aos ideais. A história de cada um reflete aquilo que receberam do berço, por seus pais, e que aprenderam e praticaram.

Acesso ao Sumário

Portanto, para nós, Juízes mais antigos, é uma tranquilidade saber que a continuidade do trabalho da Justiça paulista e do Tribunal de Justiça de São Paulo está firmemente concretizada. Por isso, examinando a história dos Juízes de ontem, dos Juízes de hoje e dos Juízes de sempre, com esta figura retórica, nós vemos a história do Tribunal de São Paulo. E estas cerimônias têm o condão de comprovar que continuamos a seguir os mesmos ideais daqueles que nos precederam, aqueles sete primeiros Desembargadores do Tribunal da Relação de São Paulo, que atingia São Paulo e Paraná.

Hoje, convolados em 360 Desembargadores, em 2.600 Juízes de primeiro grau, em 43 mil servidores da ativa, mais 15 mil estagiários, mais 15 mil terceirizados e mais 21 mil inativos. 320 comarcas. Mais de 800 prédios são administrados pela Corte paulista e a par do culto da tradição e da história de cada um de nós, São Paulo não se esquece de prosseguir no seu protagonismo do Judiciário nacional.

Como foi bem lembrado pelo Doutor Afonso, ao falar da história da sua mãe, formada em Letras e em Direito, esposa de saudoso Desembargador desta Corte, com mais de oito décadas, que viu as grandes inovações do pós-guerra, do pós-regime militar, da democratização e agora da tecnologia. Estamos trabalhando todos, o Conselho Superior da Magistratura, aqui presente na sua composição total, que tem dado a esta Corte condições de prosseguir no cumprimento daquela função sagrada de dar a cada um o que é seu e de fornecer uma prestação jurisdicional rápida e eficiente ao jurisdicionado que aqui bate às portas, pedindo e clamando por Justiça.

Cada vez mais o Tribunal se torna eficiente e isso se deve ao trabalho de todos os Presidentes que me antecederam e daqueles que irão nos suceder. Porque exatamente a função dos gestores desta Corte é dar continuidade, olhando para o passado, arvorando-se nos exemplos dos nossos antecessores, e abrindo espaço para novas conquistas desta Corte, que é, como foi dito aqui, a maior em número de processos do mundo. Não é a maior Corte em número de Juízes – na China há quatro tribunais com mais de quatrocentos Juízes de segundo grau – mas é a maior em número de processos e reduzimos o nosso acervo – e vejo aqui ex-Presidentes da Corte, como o Doutor Paulo Dimas, e os demais Desembargadores – de uma forma fantástica. Isso nos enche o peito de orgulho ao dizermos: “Somos Juízes paulistas, cumprimos o nosso dever e aquele juramento que fizemos quando aqui ingressamos como Juízes substitutos”.

Hoje, renovados solenemente pelos eminentes desembargadores que acabam de tomar posse, juramentos esses que serão cumpridos por todos os Juízes que estão no dia a dia cumprindo o dever constitucional. Temos certeza, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Desembargador

Acesso ao Sumário

Artur Marques da Silva Filho, demais componentes do Conselho Superior da Magistratura, que a continuidade da glória do Judiciário paulista está assegurada pela integridade moral e pelo compromisso com o trabalho e com o dever que todos os Desembargadores, hoje aqui representados pelos nossos Desembargadores mais modernos, que passam a integrar essa falange heroica de Desembargadores ou de Magistrados do Tribunal de São Paulo.

Quero agradecer a presença de todos os amigos, de todos os familiares, porque todos que aqui se encontram. Foi bem ressalvado, nos dois discursos, são grandes amigos dos Desembargadores empossados e, também, amigos dos componentes dessa Corte. Antes de declarar encerrada a cerimônia, o nosso muito obrigado. O Tribunal de Justiça de São Paulo se engalana e se sente honrado de receber um auditório tão seleto que contribui ainda mais para a beleza de uma solenidade como essa.

Muito obrigado a todos.

Declaro encerrado este ato solene.

PAULO ALCIDES AMARAL SALLES (Desembargador)

Orador em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse de Júlio Caio Farto Salles no cargo de Desembargador (Solenidade realizada em 17.06.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Desembargador Artur Marques da Silva Filho, DD. Vice Presidente.

Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, DD. Corregedor Geral de Justiça, em nome de quem saúdo todas as autoridades e personalidades presentes.

Prezados colegas magistrados, membros do Ministério Público, senhores advogados, servidores, amigos e familiares do empossado.

Hoje é um dia festivo para esse Tribunal e, para a minha alegria, coube-me a honra de, em nome desta C. Corte, fazer a saudação de boas vindas ao novo membros deste colegiado, eminente Magistrado, Dr. Júlio Caio Farto Salles.

Amigo Júlio Caio, sinta-se muito bem vindo entre nós.

Com esforço pessoal e a experiência adquirida através dos tempos, que são elementos chaves para permitir a realização de desejos e de sonhos, tenho

Acesso ao Sumário

certeza de que Vossa Excelência deve estar realizando um sonho há muito acalentado neste momento.

Sei que é forte sua emoção, mesmo porque já a experimentei há 10 (dez) anos também neste Plenário, igualmente cercado de colegas magistrados, de familiares e de muitos amigos queridos.

Permitam-me discorrer sobre o currículo do nobre colega.

Paulistano, nasceu em setembro de 1962. É filho de Plínio de Oliveira Salles, *in memorian*, e de Sebastiana Farto Salles, *in memorian*, ambos da mais alta envergadura moral; e que não mediram esforços e sacrifícios para criar e educar seus filhos, sempre com a preocupação de transmitir-lhes os valores fundamentais para seu crescimento ético e intelectual.

Sua Excelência formou-se pela faculdade de direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, turma de 1985. Ingressou na magistratura em 1989, tendo assumido a 22ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Itapetininga. Posteriormente, removeu-se para a 2ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de São Bernardo do Campo. Foi promovido para o Foro Distrital de São Miguel Arcanjo em junho de 1990, Comarca de Itapetininga e, pouco depois, para a 3ª Vara da Comarca de Tatuí. Em 1992, tornou-se Juiz de Direito Auxiliar da Capital e, no ano de 2004, assumiu a 31ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo. Ao cargo de Juiz de Direito Substituto em 2º grau foi alçado em 2012. Finalmente, por ato sodalício, em abril do corrente ano foi promovido a desembargador.

O ilustre homenageado, ao longo dos anos, esteve integrado nas diversas áreas do direito, sendo amplos os seus conhecimentos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, órgão pioneiro da justiça brasileira, de onde saíram ilustres e notáveis juristas que já engalanaram a Suprema Corte do País, hoje se engrandece ao receber o ilustre colega.

O trabalho do juiz, como sabemos, é gigantesco. Os processos e recursos são muitos; e é preciso julgá-los em tempo razoável, sem descuidar da necessária maturação e segurança na análise de cada caso.

Mas, como já dizia o poeta mato-grossense Manoel de Barros, "*a importância de uma coisa não se mede com fita métrica nem com balanças nem barômetros etc. Que a importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa produza em nós.*" (M. Memórias Inventadas: A Segunda Infância. São Paulo: Planeta, 2006).

Inegavelmente, a despeito das dificuldades inerentes ao cargo, casa um de nós se encantou pela Magistratura em algum momento de sua vida: alguns na faculdade, uns no estágio, outros durante os estudos para concursos; há aqueles que foram inspirados pelos próprios familiares, outros pelos amigos, professores, etc. No entanto, daquele momento até o dia de hoje, passaram-se

anos de muito estudo e dedicação. Uma jornada difícil, mas fomos vitoriosos.

O colega, que hoje assume a toga de segundo grau, já passou por inúmeros problemas e dificuldades em sua vida, no âmbito pessoal ou no profissional. Quantas vezes a complexidade de um julgamento leva a noites não dormidas, a discussões consigo próprio, porque nesse aspecto o juiz é sozinho. Não tem o espírito de coletividade, nem pode se comprometer em adiantar um julgamento a que quer que seja. É o pensamento consigo mesmo.

Temos, todos, em nossa vida esse fardo terrível que é o de não poder dialogar. Enquanto no legislativo a busca é sempre coletiva, questionada e acordada, e no executivo há o anteparo de técnicos, conselheiros, ministros e assessores, o Magistrado está só. Sua decisão espargirá seus efeitos sobre o autor, o réu ou sobre a coletividade, num exame solitário das provas apresentadas, buscando a solução das causas mais intricadas no interior de sua experiência e cultura.

Auxiliam-no, por certo, os livros, os grandes autores, os peritos, mas ninguém decidirá por ele. Sua sentença é soberana e reinará no mundo da interpretação. Mesmo nos Tribunais, onde o julgamento é colegiado, continuará sendo individual sua convicção.

De tudo isso, primordial o papel da lei, a qual lhe fornecerá os parâmetros para a sua decisão. No entanto, a letra fria da lei não conhece a realidade dos fatos, os quais advêm das paixões humanas, daí a importância de olhar para as pessoas que estão por trás dos processos, refletindo a respeito da essência da função de magistrado.

Não se pode perder de vista que a judicatura exige dedicação e comprometimento para resolver os problemas das pessoas, da sociedade, porque sentenciar é o ato em que o juiz expressa os seus sentimentos sobre a causa posta em sua mesa.

É uma forma de arte, talvez uma das mais belas; e ao mesmo tempo um ato jurídico, capaz de resolver conflitos pessoais, porque cada processo não é somente folhas e pilhas de documentos, mas os sofrimentos e anseios de uma pessoa que acredita no juiz, na sua imparcialidade.

A sociedade, caros colegas, espera muito de um juiz: que seja correto, discreto e justo, o que tem se tornado particularmente difícil, pois o Judiciário tem vivido um período de intensas e profundas transformações nos últimos anos. Nem por isso, devemos nos deixar abater pela mídia e o sensacionalismo, agindo sempre com racionalidade na solução do caso concreto.

Os desafios são muitos e para enfrenta-los é preciso compreender em profundidade, separando, sem confundir, causas e efeitos, verdade e mentiras, e coibindo os excessos.

A um comportamento hostil à ordem jurídica cabe uma reação.

Hans Kelsen, notável jurista, estabeleceu que sempre há um preceito, e seu descumprimento impõe, como consequência, uma sanção.

Este é o mundo em que vivemos. O mundo das leis e das normas, mas jamais desapegados da realidade dos sentimentos humanos.

Com certeza absoluta, o Magistrado que hoje assume o cargo de desembargador da mais alta Corte de Justiça do estado de São Paulo tem as lições dos grandes mestres como seu consultor de cabeceira. Daí porque, temos certeza que honrará as mais legítimas tradições de nosso Estadi e de nosso Tribunal.

É o que se espera do eminente Magistrado.

Antes de encerrar, gostaria de prestar uma homenagem aos familiares do ilustre colega.

Felicidade maior, num momento como esse, é repercutir o sentimento de orgulho, de satisfação, que projetamos em nossos pais, em nossos filhos e em nossos amigos pelo caminho percorrido e pelo sucesso alcançado. Interessa-nos deixar como legado, para esses entes queridos, um nome honrado, um exemplo de trabalho profícuo, honesto e digno. Com certeza, seus filhos Caio André F. Salles e Victor Augusto F. Salles devem estar orgulhosos da conquista que o pai ora alcança.

Prezado e estimado colega, bem vindo! Que sua trajetória seja repleta de felicidade.

Que o Senhor o guarde e a todos os seus.

Obrigado.

JÚLIO CAIO FARTO SALLES (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador (Solenidade realizada em 17.06.2019).

Acesso ao Sumário

- Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças;

- Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Artur Marques da Silva Filho;

- Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral de Justiça deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco;

- Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Privado deste

Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Gastão Toledo de Campos Mello Filho;

- Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Fernando Antônio torres Garcia;

- Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos Neto;

- Excelentíssimo Senhor Decano deste Egrégio Tribunal de Justiça, José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino.

A maior parte, amigos de longa data, assim como o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, ex-presidente desta Corte e atual Secretário de Justiça do Governo do Estado de São Paulo, aqui representando o Excelentíssimo Senhor Governador João Agripino da Costa Doria Júnior;

- Também saúdo o Desembargador Alcides Amaral Salles, meu primo e pai do Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles.

- Demais Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Advogados, Servidores deste Egrégio Tribunal de Justiça, amigos e presentes;

- Meus familiares, especialmente meus filhos Caio André Facco Salles e Victor Augusto Facco Salles.

Inicialmente, agradeço as palavras do orador, Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, meu primo e filho do também Desembargador Alcides Amaral Salles, primo e amigo de meu pai, que muito me orgulham e sempre me incentivaram, tendo-os como exemplo a seguir.

Neste momento especial de minha vida, sinto o prazer inigualável de, decorridos mais de 30 anos de ingresso na magistratura Bandeirante, galgar o cargo de Desembargador desta Egrégia, tradicional e secular Corte de Justiça, lembrados os tempos do Império e sua história por Vossa Excelência, Senhor Presidente, na última solenidade de posse havida dia 13 deste mês.

Esta solenidade representa muito. Parecia um marco inatingível. Percalços próprios da vida foram vários, todos superados graças à companhia de inúmeros colegas, parentes e amigos, especialmente meus filhos Caio André e Victor Augusto, que me motivaram e se tornaram minha razão de viver, o primeiro, hoje atuando como assistente do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal e, o segundo, já no 3º ano de Direito, ambos sempre me orgulhando como pai. Aqui novamente, peço-lhes desculpa pelo tempo que deixei o convívio próximo em razão das muitas horas semanais dedicadas ao exercício de tão importante missão, algo sempre compreendido por vocês, meus filhos. Contem sempre comigo.

Acesso ao Sumário

Como disse no início, já lá se vão trinta anos, com a sensação de haver ingressado na carreira ainda ontem; lembro-me dos primeiros processos julgados nas Circunscrições de São Bernardo do Campo e Itapetininga, onde atuei como Juiz Substituto nas mais variadas causas cíveis, criminais, época das Varas cumulativas, abrangendo também feitos de interesse da União, sem contar as questões Trabalhistas.

Sensação de haver cumprido meus deveres, dentro de minha capacidade, sempre procurando oferecer a todos os jurisdicionados a melhor Justiça, num tempo reduzido.

Passam-me na mente segundos que abarcam inúmeros acontecimentos, não só atrelados à carreira, como, também, de nossas vidas.

Especial destaque àqueles envolvendo o sempre alegre convívio que me foi proporcionado por Deus: a proximidade com meus pais, o saudoso e amado Plínio de Oliveira Salles, Procurador Federal que, depois de aposentado, passou a exercer a não menos dignificante Advocacia, sempre pautado na lisura e eficiência, bem como de minha venerada mãe, Tany Farto Salles, que, pela idade avançada (95 anos), não pôde aqui comparecer, estando agora representada por minha querida tia Maria Helena.

Tive a sorte de contar com o apoio e incentivo irrestritos deles, com exemplo de vida e, sem o que, tenho certeza, não conseguiria chegar à judicatura.

São estes exemplos que procuro passar aos meus filhos.

Também fui agraciado pelo destino, deparando-me com a presença de tão queridas autoridades a esta Solenidade, muitas das quais compartilhei cada momento da carreira. São tantas pessoas especiais que me permito não declinar nomes, para não ser injusto com aquelas por ventura não citadas nominalmente em face das limitações de minha memória.

Aproveito o ensejo para agradecer a atenção e paciência daqueles que me receberam desde minha chegada à Segunda Instância como Juiz Substituto em Segundo Grau.

Estendo o agradecimento aos meus pares e amigos da Oitava Câmara da Seção de Direito Criminal, os Desembargadores Sérgio Ribas, Marco Antônio Cogan, Maurício Valala e Xavier de Aquino, bem como à querida magistrada Ely Amioka, todos me recebendo de forma calorosa.

Registro aqui, ainda, sincero agradecimento às funcionárias de meu Gabinete de Trabalho, Bruna, Sílvia, Tatiana, Valentina, Erica e Renata, todas de ímpar dedicação e notável eficiência.

Muito obrigo a todos!

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da posse de Júlio Caio Farto Salles no cargo de Desembargador (Solenidade realizada em 17.06.2019).

(Cumprimentos às autoridades e público)

Doutor Júlio Caio Farto Salles, já foi bem delineado no belo discurso do Doutor Paulo Alcides Amaral Salles, é paulistano da gema, de tradicional família desta cidade. Advogou durante longo tempo no jurídico do Banco Itaú, onde começou como estagiário. É Juiz desde 1989, portanto há mais de três décadas. Iniciou-se como Juiz Substituto em Itapetininga e passou, como acontecia com as carreiras dos Magistrados, por diversas comarcas. Foi Juiz Titular da 21ª Vara Criminal, atuou no Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo) e depois se tornou Juiz Substituto de 2º grau, atuando na 9ª Câmara Criminal.

Conheço a história do Doutor Julio Caio, tanto no campo pessoal, como no campo profissional. Sei do pai extremoso, dedicado, que cuidou dos seus filhos pela vida toda, ao lado de quem hoje tem a honra de receber o Colar do Mérito Judiciário, os quais, junto com a Presidência da Corte, deram este galardão a Vossa Excelência. Honraria que conquistou depois de longo e meritório trabalho na carreira da Magistratura do Estado de São Paulo, sendo Juiz exemplar, Juiz completo, com postura paradigmática, conduta exemplar, e que, portanto, pode sentir orgulho de transmitir aos filhos, que hoje estão assentados ao seu lado, a certeza de que o pai, desde a juventude, quando ingressou na Magistratura de São Paulo, foi um grande Juiz e engrandeceu a Magistratura de São Paulo.

Não posso deixar de lembrar o trabalho magnífico: julgador severo, julgador firme, mas ao mesmo tempo justo e humano. Essas qualidades de severidade, de firmeza na aplicação do Código Penal, da legislação penal, mas ao mesmo tempo com os olhos voltados para a Justiça, dão a Vossa Excelência a certeza de que cumpriu o juramento proferido quando ingressou na Magistratura bandeirante.

Isto que estou dizendo a Vossa Excelência, tenho certeza, é abalizado por todos os colegas, notadamente os colegas da Seção de Direito Criminal, em cuja área Vossa Excelência se dedicou longamente, sendo extremamente respeitado por todos os seus pares pelo trabalho magnífico realizado como Juiz criminal. Portanto, Vossa Excelência continuará na Seção Criminal, presidida pelo nosso queridíssimo e estimado Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, e com certeza prosseguirá executando esse trabalho magnífico, que deixa o Tribunal de Justiça certo de que nós temos juízes do seu estilo, do seu gabarito, da sua proficiência, da sua inteligência e da sua cultura.

Acesso ao Sumário

Muito obrigado, que Vossa Excelência seja feliz, agora nessa nova etapa da carreira, ao lado dos filhos e dos demais familiares que aqui se encontram.

Meus parabéns e que Deus o abençoe.

Acesso ao Sumário