REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 34 – ANO 6

JULHO E AGOSTO 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) Agravos de Instrumento 21
b) Agravos Internos 115
c) Apelações 120
d) Embargos de Declaração 395
e) Mandados de Segurança 402

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 407
b) Agravos de Instrumento 419
c) Apelações 459
d) Apelações/Remessas Necessárias 580
e) Conflitos de Competência 583
f) Embargos de Declaração 586
g) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 590
h) Remessas Necessárias 594

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos de Instrumento 610
b) Agravos em Execução Penal 613
c) Apelações 639
d) Correições Parciais 710
e) *Habeas Corpus* 720
f) Recursos em Sentido Estrito 773

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 778
b) Agravos Internos 794
c) Agravos Regimentais 805
d) Arguições de Inconstitucionalidade 810
e) Conflitos de Competência 822
f) Mandados de Segurança 883

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 922
b) Agravos Internos 930
c) Apelações 933
d) Conflitos de Competência 945
e) Conflitos de Jurisdição 970
f) *Habeas Corpus* 973
g) Incidentes de Suspeição 977
h) Remessas Necessárias 979

5- Câmara Especial de Presidentes 986
6- Conselho Superior da Magistratura 1019
7- Noticiário 1033

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. 34, jul./ago. 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

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
JAMES Alberto SIANO

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**
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 BARROS PASSARELLI***
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 JAIRO BRAZIL FONTES DE OLIVEIRA**

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 SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MARCOS GOZZO
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 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
Desembargadora MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM**

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

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

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

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

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

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

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 09:30 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 — 11:00 horas — PJ)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA***
Desembargador 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 — 3ª 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 HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA***
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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

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

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

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

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

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

Desembargador 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 (sala 612 — 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 (sala 609 — 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
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
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 QUIN'TA-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
Sulaiman Miguel Neto
Paola Christina Calabró Lorena de 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

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251664-33.2015.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS S/A, são agravados JOÃO PAULO MIRANDA RODRIGUES e LUIZ SERGIO SARTI.

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 28993)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente sem voto), J.L. MÔNACO DA SILVA e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 16 de julho de 2019.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - SEGURO HABITACIONAL - DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA INGRESSAR NA LIDE E DA COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA DEMANDA - TESE FIXADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: NECESSIDADE DE APÓLICES PÚBLICAS, CONTRATADAS ENTRE 02.12.1988 a 29.12.2009, E SEM PREJUIZO DE REQUERIMENTO EXPRESSO DA CEF COM A COMPROVAÇÃO DO COMPROMETIMENTO DO FCVS (RESP nºs. 1091363/SC e 1091393/SC) - UMA DAS APÓLICES PRIVADA - AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DO RISCO EFETIVO DE EXAURIMENTO DA RESERVA TÉCNICA - INTERESSE JURÍDICO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NÃO CONFIGURADO - RESPONSABILIDADE POR EVENTUAIS DANOS

Acesso ao Sumário

OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DO CONTRATO NÃO SE ESGOTA COM A QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES PESSOAIS - DEFEITOS CONTÍNUOS E PERMANENTES - IMPOSSIBILIDADE DE PRECISAR O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 290/295 (deste recurso) que, nos autos da ação de responsabilidade obrigacional securitária, rejeitou as preliminares arguidas e, dentre outras deliberações, não reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Estadual e indeferiu a remessa dos autos à Justiça Federal.

Sustenta a recorrente, em síntese, a tese de ilegitimidade passiva e a competência da Justiça Federal. Argumenta que o contrato fora firmado com os agravados nos moldes do Sistema Financeiro de Habitação - Ramo 66. Ainda, defende que a Caixa Econômica Federal tem a atribuição de administrar o FCVS e ressalta que a cobertura destes aos financiamentos originados no SFH foram determinados por lei, não estando condicionada à manifestação da referida empresa. Entende ser desnecessário comprovar o comprometimento do patrimônio do FCVS, insistindo na tese de que a Caixa tem interesse jurídico na demanda e deve figurar no polo passivo. Ademais, aduz que os vícios na construção são de responsabilidade da alienante, no caso a CDHU, e do agente financeiro, razão pela qual reitera a necessidade de denunciação da lide. Repete o entendimento de inépcia da inicial, carência da ação e ocorrência de prescrição. Pugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, requer o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida.

Acesso ao Sumário

O recurso foi recebido sem a concessão de efeito suspensivo. Com a apresentação de informações do juízo *a quo* e de contraminuta, os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Com efeito, em relação à ilegitimidade de parte passiva, aplica-se à hipótese a tese definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, nos autos dos Recursos Especiais Repetitivos nºs. 1091363/SC e 1091393/SC, nos seguintes termos:

"*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE.*

INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente ***nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09*** *- e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3.* ***O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA****, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexiste interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.*" (EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.091.363 - SC, DJU 14.12.2012) grifos nosso.

Pois bem, examinando os documentos existentes nos autos, e de acordo com as premissas estabelecidas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, é forçoso concluir que a Caixa Econômica Federal não detém interesse jurídico para ingressar na lide, porque uma das apólices é privada, além do que não foi comprovada a presença de risco efetivo de exaurimento da reserva técnica, providências estas necessárias para seu ingresso na lide.

Ressalte-se que a Caixa Econômica Federal foi devidamente intimada no presente recurso, mantendo-se inerte (fls. 943/945).

Sendo assim, analisando a questão com base nas premissas estabelecidas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em regime de recurso repetitivo, era mesmo o caso de indeferir o ingresso da Caixa Econômica Federal no polo passivo e, por consequência, declarar essa Justiça Estadual competente para o processamento e o julgamento do feito.

Acesso ao Sumário

No mais, a agravante é parte legítima para figurar no polo passivo, diante da obrigatoriedade da contratação do seguro, sendo que a questão acerca da cobertura sobre os vícios construtivos refere-se ao mérito.

Além disso, mesmo extinto o contrato de financiamento ou quitado integralmente o débito, prevalece o interesse processual dos autores, uma vez que a causa de pedir está consubstanciada na existência de vícios de construção ocultos e de desenvolvimento gradativo, que embora originados na vigência do contrato, só puderam ser identificados anos após a extinção da apólice. E, se os danos remontam à época da construção do bem prevalece a responsabilidade da seguradora, que recebeu integralmente a contraprestação paga pelos segurados, qual seja o prêmio embutido nas parcelas do financiamento.

Esta Egrégia Corte de Justiça já firmou entendimento sobre a matéria:

"*SEGURO HABITACIONAL. Imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Impossibilidade Jurídica do pedido reconhecida em primeiro grau. Possibilidade jurídica existente, todavia, porque a obrigação do segurador não se extingue com a quitação do contrato de financiamento, se o risco assumido ocorreu e se concretizou na vigência do contrato. Carência afastada*" (TJSP - Apelação nº 187.078-4/5-00 - Rel. Des. João Carlos Saletti - 10ª Câmara de Direito Privado - j. 20/09/2005).

Assim também já decidiu esta Colenda Câmara:

"*SEGURO HABITACIONAL - Quitação do contrato de financiamento - Situação que não afasta a responsabilidade da seguradora pelos riscos assumidos no contrato de seguro - Interesse para agir reconhecido - Prescrição vintenária - Extinção do processo com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, afastada - Recurso provido para anular a sentença, determinando o prosseguimento da ação, com a realização da prova pericial requerida*" (TJSP - Apelação nº 174.405-4/9-00 - Rel. Des. Silvério Ribeiro - j. 21/10/2009 - v.u.).

A ré é parte na relação contratual formada com os mutuários, sendo que a solução da questão posta em juízo não depende da presença da construtora no polo passivo.

É importante lembrar que aplicável, à espécie o Código de Defesa do Consumidor que veda em seu artigo 88 a denunciação à lide.

A respeito de tal entendimento, já decidiu esta Colenda Câmara:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que afasta alegação de ilegitimidade passiva e pedido de denunciação da lide - Pretensão à sua reforma - Inadmissibilidade - Inteligência do art. 88, do CDC - Agravante que pertence ao pool de seguradoras vinculadas ao SFH - Decisão mantida - AGRAVO DESPROVIDO.*" (TJSP, Agravo de Instrumento nº

Acesso ao Sumário

2011611-23.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fábio Podestá, j. 17.04.17 v.u.)

O pedido de indenização foi dirigido contra a agravante, empresa que integra ou integrou o grupo de seguradoras associadas em sistema de *pool* e, portanto, responde por eventuais prejuízos advindos aos segurados.

No que se refere à prescrição, há de se destacar que, dada a natureza dos danos descritos na petição inicial, classificados como contínuos, permanentes e de desenvolvimento gradativo, não há como indicar, com precisão, o momento do seu aparecimento e o marco inicial da contagem do prazo prescricional.

Ademais, é oportuno consignar que os autores, em verdade, não são os estipulantes do contrato de seguro, mas sim os beneficiários, não podendo a expressão "*segurado*", constante do artigo 206, §1º, inciso II, alínea *a*, do Código Civil (correspondente ao artigo 178, §6º, II, do Código Civil de 1916), ser interpretada de maneira extensiva, devendo ser aplicada na espécie a regra de prescrição das ações pessoais (artigo 177 do Código Civil revogado ou artigo 205 do Código Civil atual observando a regra de transição prevista no artigo 2.028 do referido Códex).

Esse entendimento também vem sendo prestigiado por esta Colenda Câmara:

> "*Ação de indenização - Seguro habitacional - Danos que se protraem no tempo - Impossibilidade de fixação do termo inicial do prazo prescricional - Ação ajuizada por terceiro, beneficiário - Prescrição anual - Afastamento - Inteligência dos artigos 178, §6º, II e 177, ambos do Código Civil de 1916 - Recurso provido*" (TJSP Apelação nº 428.049-4/9-00 - Rel. Des. Mathias Coltro - j. 04/02/2009 - v.u.).

Importante mencionar que somente o laudo poderá indicar quando os danos surgiram.

A tese da ilegitimidade ativa também não prospera, posto que os autores, em que pese não sejam os estipulantes do seguro, foram os responsáveis pelo pagamento do prêmio, ainda que na qualidade de herdeiro e de cessionário, à medida que a contraprestação estava embutida nas parcelas do financiamento, ostentando, ainda, a condição de beneficiários e vítimas dos infortúnios narrados na exordial, o que os torna legitimados a demandar em juízo contra a seguradora, ora recorrente.

A falta de notificação do sinistro não traz qualquer consequência adversa aos autores, no caso, pois a citação da seguradora se presta a cumprir o papel da aludida comunicação, porquanto, nesta oportunidade veio a saber, se é que já não tinha plena ciência, dos danos alegados pelos demandantes.

Nessa conformidade, não merece qualquer reparo a r. decisão agravada, que fica mantida em todos os seus termos.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Agravo de Instrumento nº 2125394-22.2019.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que são agravantes Y.R.S. e M.S.R. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado M.M.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.948)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 5 de julho de 2019.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de dissolução de união estável c.c. guarda, regulamentação de visitas e alimentos. Decisão agravada que indeferiu a cumulação de pedidos e determinou que os alimentos em favor da menor sejam formulados em ação específica. Possibilidade de cumulação dos pedidos. Precedentes jurisprudenciais. Fixação dos alimentos provisórios que deve ser realizada pelo d. Juízo de origem, sob pena de supressão de instância. Necessária, porém, a adequação do polo ativo, por não atender à regra do artigo 327 do CPC/15. Recurso parcialmente provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, tirado de ação de dissolução de união estável c.c. guarda, regulamentação de visitas e alimentos, contra r. decisão de pág. 26 dos autos originais, que indeferiu a cumulação de pedidos e determinou que os alimentos em favor da menor sejam formulados em ação específica.

Insurgem-se as Autoras, em síntese, para requerer a reforma da r. decisão agravada, para que seja afastada a determinação de emenda da inicial, ante a desnecessidade de propositura de ação própria para se pleitear alimentos. Argumenta que inexiste impedimento de ordem processual quanto à cumulação

de pedidos tal como formulados, considerado o disposto no artigo 292 do CPC, que tem o escopo de imprimir celeridade na solução dos conflitos. Enunciam que a r. decisão recorrida lhes causa prejuízos, ante a necessidade de fixação dos alimentos provisórios à menor em caráter de urgência. Pugna pelo provimento do recurso, para que a ação prossiga com os pedidos tais como formulados e com a fixação dos alimentos provisórios em caráter de urgência.

Isento de preparo, ante a gratuidade processual concedida às Agravantes (pág. 26 dos autos originais). Foi concedido o efeito suspensivo ao recurso (pág. 13). A douta PGJ manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (págs. 18/19).

É o relatório.

O recurso deve ser parcialmente acolhido, respeitado o convencimento do nobre prolator da r. decisão agravada.

Pelo que se extrai do processo, a presente ação foi proposta por Y. e por sua filha menor, representada por esta e visa o acolhimento dos pedidos de dissolução de união estável, guarda, regulamentação de visitas e alimentos, estes últimos devidos à filha menor das partes, bem como pugnou pela fixação de alimentos provisórios.

Há aqui uma inadequação na cumulação subjetiva ativa, pois esta não poderia ocorrer como indicado.

A cumulação subjetiva só poderia ser admitida se ocorresse a identidade de pedidos, de todos eles, em relação a todos os Autores (artigo 113, inciso I, do Código de Processo Civil/15).

J.J.CALMON DE PASSOS, ao comentar o artigo 292 do Código de Processo Civil/73 (correspondente hoje ao artigo 327 do CPC/15), assim se expressa:

> "*Cumulação de pedidos é como se denomina a figura representada pela formação de mais de um pedido de natureza substancial contra o mesmo réu. Cuida-se da chamada conexão subjetiva, que autoriza a cumulação objetiva. Se as causas têm em comum as partes, elas se relacionam (são conexas) subjetivamente e à conexão subjetiva corresponde a cumulação objetiva (cumulação de pedidos); como, inversamente, à conexão objetiva (relação entre as causas pelo título ou pelo objeto) corresponde a chamada cumulação subjetiva - cumulação de sujeitos como parte ativa ou passiva da relação processual, figura denominada de litisconsórcio. A conexão que o dispositivo dispensa para a cumulação dos pedidos é a conexão objetiva, porquanto só a conexão subjetiva legitima a cumulação de pedidos, como o próprio artigo deixa expresso: contra o mesmo réu*" ("Comentários ao Código de Processo Civil", III vol., ed. Forense, pág.186, item 107 - nosso o sublinhado).

Acesso ao Sumário

Já Candido Rangel Dinamarco, enuncia:

"A admissibilidade do litisconsórcio, por qualquer das hipóteses consideradas no art. 46 do Código de Processo Civil, tem por premissa indispensável a legitimatio ad causam *de cada um dos pretendidos litisconsortes. É indispensável que se trate de sujeitos especificamente legitimados porque, se por falta dessa condição uma demanda não poderia ser julgada isoladamente, muito menos poderia sê-lo em processo no qual haja duas ou várias pessoas lado a lado como autores ou como réus. Quem não pode entrar na porta, por lhe faltar ingresso, não pode entrar indo com outrem (Pontes de Miranda).*

Por isso, antes de saber se dois sujeitos poderão estar juntos no mesmo lado da relação processual é preciso saber se cada um deles poderia de algum modo estar em juízo, naquela posição. Essa regra aplica-se a qualquer espécie de litisconsórcio, seja ele facultativo ou necessário, unitário ou comum, ativo ou passivo, inicial ou ulterior" ("Instituições de Direito Processual Civil", vol II, 6ª ed., Malheiros, fl. 347).

O que se verifica é a indevida inclusão da menor no polo ativo da ação, que busca, em essência, a dissolução da união estável entre seus genitores. Somente a eles cabe a legitimidade para essa ação, na qual se faz de todo possível ocorra a fixação das obrigações em relação à prole, com a fixação do regime de guarda, visitas e alimentos.

Ademais, a cumulação de pedidos em questão, atende aos princípios da economia e celeridade processual, além da instrumentalidade do processo, de modo que desnecessária a propositura de ação de alimentos por via autônoma, embora se faça necessária a adequação do polo ativo processual, com a exclusão da menor.

Nesse sentido:

"*Agravo de instrumento - Reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com alimentos - Possibilidade de cumulação de pedidos. Precedentes - Ausência de incompatibilidade de ritos ou de impossibilidade de adoção do rito ordinário - Decisão reformada - Agravo provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2069553-52.2013.8.26.0000, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, j. 15.04.2014);

"*Agravo de Instrumento - Ação de Separação Judicial Litigiosa c/c Alimentos - Cumulação - Possibilidade - Posicionamento que se coaduna com a economia processual, não havendo óbice legal à cumulação, com prosseguimento do feito pelo rito ordinário - Decisão Reformada - Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 677.118-4/6-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. EGÍDIO GIACOIA, j. 20.10.2009).

Acesso ao Sumário

Desse modo, a insurgência das ora Recorrentes deve ser acolhida, pois desnecessária qualquer determinação de emenda da inicial e de propositura de ação própria para se pleitear os alimentos, considerado que a fixação dos alimentos provisórios ser realizada pelo d. Juízo de origem, sob pena de supressão de instância, como também enunciou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084752-07.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante D.F.P., é agravado A.C.S.G.

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 35066)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente) e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 19 de julho de 2019.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - Busca e apreensão de cão mantida - Mister a coleta de maiores elementos a embasar a pretendida inversão de guarda - Agravada que comprova ter levado o cão no veterinário, constando como proprietária inclusive da carteira de vacinação, não sendo salutar nova modificação da guarda neste momento, mesmo delimitada a análise em razão da dignidade humana de que gozam os recorrentes (pessoas humanas), com a consideração de aspectos objetivos (tempo de convívio com o cão, tempo dedicado aos cuidados, etc.) que possam fazer presumir o maior ou menor afeto que cada um nutre pelo semovente - Solução que é mantida sem prejuízo da colheita de maiores elementos a respeito, inclusive dos aspectos financeiros e patrimoniais - Ainda que

Acesso ao Sumário

por fundamentação não exatamente coincidente com a que ora se apresenta e respeitado o entendimento manifestado pelo Juízo de origem no tocante à valoração da individualidade e dignidade do animal, de se manter a guarda com a autora/agravada até oportuna dilação probatória ou vinda de maiores elementos - Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 197, que em sede de divórcio litigioso, deferiu, em prol da autora/agravada, pedido de justiça gratuita bem como de guarda e busca e apreensão de cão. O Juízo monocrático consignou o que segue:

> *Recebo a emenda à inicial, a fim de incluir pedido de fixação de guarda do cãozinho da raça maltês, Brie. Quanto ao pedido liminar de fixação de sua guarda, passo a decidir. A doutrina conservadora traçou a natureza jurídica dos animais, principalmente de raça, como de semoventes - objetos animados que possuem certo valor monetário, cuja partilha se faz tal como qualquer outro bem, levando-se em consideração apenas sua característica econômica.* ***Ocorre que, com o desenvolvimento da sociedade e com o aumento das relações entre seres humanos e animais domésticos, o tratamento destes como semovente se viu superado****, uma vez que o sentimento de afeto, por vezes, se demonstra inestimável.* ***Paralelamente a isso, o ordenamento jurídico brasileiro vem cada dia que passa traçando normas que garantem e defende o direito dos animais, tanto com vistas ao meio ambiente como um todo (Direito Ambiental), como com vistas à própria individualidade do animal, sempre levando em consideração sua senciência*** *(capacidade de ter sensações e sentimentos sobre algo que lhe acontece ou lhe rodeia, de maneira consciente). Como resultado, temos criações legislativas como crime de abandono ou maus-tratos aos animais.* ***Nas relações familiares, o tratamento com animal de estimação também sofreu evolução. O tratamento emotivo está cada vez mais assemelhado àquele sentimento que se tem por um ente, seja irmão, seja filho. E, conforme regramento da Constituição Federal, é dever do Poder Judiciário aplicar o direito ao caso concreto, ainda que não haja legislação pertinente ao assunto. Daí a relevância das interpretações com base em usos, costumes e no ordenamento analógico já existente. Neste contexto, deverá o Direito seguir os avanços da sociedade, e não impedi-los.*** *Desta forma, não*

Acesso ao Sumário

havendo regulamentação legal para o caso concreto, analogicamente cabe ao Juízo a aplicação de normas jurídicas que resguardem os direitos e deveres das partes com relação aos seus animais de estimação, constituídos na constância da união estável que ora pretende o reconhecimento. E, no entendimento deste Juízo, a guarda é o instituto que melhor se adequa à situação. Dito isso, em análise ao quanto trazido na petição inicial, tem-se que o cão, nascido em 04/06/2015, ou seja, atualmente com três anos de idade, sempre viveu no domicílio em que se encontra a autora. Tem-se, também, que ela é a "proprietária" do animal de estimação, assim como o réu, conforme consta de fls. 24. Ocorre que, no momento em que houve o ingresso irregular do réu (ou de pessoa por ele determinada), conforme consta do Boletim de Ocorrência de fls. 22/23 na residência da autora, para levar consigo o animal de maneira forçosa, caracterizou-se a posse clandestina do cão, razão pela qual a guarda deve ser conferida à autora, para restabelecimento da situação previamente estabelecida, ***inclusive para trazer o animal de volta ao lar que estava acostumado e habituado****. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de guarda provisória do cão maltês de nome Brie, em favor da autora [...]*

Recebo a petição de fls. 110/123 e documentos de fls. 124/163 como emenda à inicial, bem como defiro o pedido de assistência judiciária gratuita à autora. Anote-se. 2) Com relação ao pedido liminar de fixação de alimentos provisionais, mantenho a decisão de fls. 103/104 por seus próprios fundamentos, inclusive porque não logrou a autora demonstrar prova capaz de alterar o convencimento deste Juízo. 3) Considerando-se a liminar deferida às fls. 103/104, defiro o pedido de busca e apreensão do cãozinho Brie, ficando, desde já, autorizado reforço policial para cumprimento do ato. 4) Para audiência prévia de conciliação, designo o dia 16 de maio de 2019, às 14:00 horas. As partes deverão comparecer pessoalmente, acompanhadas de seus patronos, junto ao CEJUSC deste Foro Regional. O não comparecimento injustificado, seja da autora, seja do réu, configurará em ato atentatório à dignidade da Justiça, estando o infrator sujeito às penas previstas em lei. 5) Cite-se e intime-se o réu, com a advertência de que terá o prazo de 15 (quinze) dias para contestar, contados da data da audiência supradesignada, caso não haja composição entre as partes. Deverá o réu ser intimado, inclusive, de que a falta de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a guarda do cão à autora no prazo legal ensejará sua estabilização e consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 304, "caput" e §1º, do Código de Processo Civil. Intime-se. (Destaquei).

2. Irresignado, insurge-se o requerido, sustentando, em apertada síntese,

Acesso ao Sumário

que é proprietário exclusivo do cão, adquirido pela quantia de R$ 2.778,75, em estabelecimento comercial do Shopping Morumbi (fls. 10/11). Ainda, que *desde a aquisição do cão "Brie" em setembro de 2015 até a contrair matrimônio em dezembro de 2016, o mencionado animal morou somente com o Agravante, sendo que eventualmente a Agravada mantinha algum contato com este. Desta feita, improcede a alegação contida na decisão interlocutória que considerou que o cão objeto da guarda tenha sempre vivido no domicílio em que se encontra a Agravada*. (fls. 11).

3. Alega que não houve a alegada retirada forçosa do cão, tendo o Juízo se baseado em boletim de ocorrência unilateralmente produzido, tendo a agravada autorizado sua entrada no apartamento para a retirada (fls. 15).

4. Quanto à justiça gratuita deferida à recorrida, argumenta que:

> [...] é introverso nos autos eletrônicos que a Agravada não possui condição financeira para arcar os gastos inerentes à guarda do cão "Brie", vez que conforme mesmo confessado possuía à época R$ 400,00 (quatrocentos reais) e foi obrigada inclusive a vender bens de propriedade do Agravante, o que será cobrado em momento oportuno, diga-se de passagem.
>
> Assim sendo, além dos argumentos acima aduzidos que, por si só, justificam a revogação da medida liminar que concedeu a guarda provisória ao cão objeto da lide, restou confessado nos autos que a Agravada não possui condições financeira mínima para se sustentar e mais, restou incontroverso a sua impossibilidade manter um animal que exige alto valor para seus cuidados, pelo que se requer expressamente a revogação do decisum combatido.
>
> *Ad argumentandum tantum*, caso os Ilustres Magistrados considerem a Agravada como apta financeiramente para arcar com todos os gastos inerentes ao cuidado e manutenção do cão da raça maltês, o que não se espera e se diz somete por argumentar requer expressamente a revogação da decisão que concedeu os benefícios da justiça gratuita à essa por não se/ enquadrar nos requisitos autorizativos de sua concessão (fls. 18/19).

5. Requer, em decorrência, a antecipação da tutela recursal e o provimento do agravo, ao final.

6. Requer, ainda, lhe seja concedido o benefício da gratuidade.

7. Recebi o agravo e concedi o benefício da gratuidade ao recorrente, sem prejuízo de eventual impugnação e comprovação de situação diversa da alegada oportunamente, se o caso.

8. Em sumária cognição, neguei a liminar requerida. Agravo devidamente processado e respondido.

FUNDAMENTOS.

Acesso ao Sumário

9. O presente agravo não prospera.

10. De fato, não se vislumbra urgência bastante tampouco possibilidade - em vista dos elementos até aqui presentes - de reforma da decisão recorrida neste momento, sem prejuízo de eventual modificação da guarda do animal após a necessária dilação probatória a se realizar no Juízo de origem.

11. Com relação à revogação da justiça gratuita concedida à autora pelo simples fato da pretensão da guarda do cão (que enseja despesas), o argumento do recorrente é, de fato, contraditório, pois também pleiteia o benefício da gratuidade, juntando extrato de conta que comprova não haver saldo positivo em certos períodos (fls. 23 e seguintes), assim como a modificação da guarda do animal em seu prol.

12. Com relação à guarda do animal, é verdade que:

> [...] está claro que os animais não podem ser tratados, em uma partilha, como os demais bens de natureza patrimonial: eles são seres que possuem uma natureza especial, seja porque são ligados aos donos por laços de afetividade, seja porque o próprio bem-estar do animal deve ser preservado no divórcio do casal.
>
> A esse respeito, no seu aprofundado livro "A hora dos direitos dos animais", o doutrinador português Fernando Araújo esclarece que os animais de estimação são precisamente aqueles que estão em contato mais intenso e próximo com os seres humanos, desenvolvendo com eles uma das mais notáveis relações de interdependência já observadas na natureza. Precisamente por isso, os animais de estimação merecem uma atenção ainda maior por parte do ordenamento jurídico e do Poder Judiciário [...] (*Regina Beatriz Tavares da Silva, Presidente da ADFAS (Associação de Direito de Família e das Sucessões). Doutora em Direito pela USP e Advogada*. Publicação original: O Estado de São Paulo Digital - Blog do Fausto Macedo, *link* para acesso (endereço eletrônico constante no texto original).

13. Contudo, e tratando-se de processo afeto ao Direito de Família, referida guarda será (ou deverá ser, no meu entendimento, respeitada eventual divergência), apreciada notadamente **em razão da dignidade humana de que gozam os recorrentes** (pessoas humanas), sem prejuízo da análise e consideração de aspectos objetivos (tempo de convívio com o cão, tempo dedicado aos cuidados, etc.) que possam fazer presumir o maior ou menor afeto que cada um nutre pelo semovente. Além disso, também serão (deverão ser) avaliados aspectos financeiros e patrimoniais (quem pagou pela aquisição do animal, por exemplo).

14. Assim, com a devida vênia ao Juízo monocrático e não ignorando a tendência atual de se considerar a chamada *senciência* do animal (*capacidade*

Acesso ao Sumário

de ter sensações e sentimentos sobre algo que lhe acontece ou lhe rodeia, de maneira consciente), de cuja existência não se discorda aqui, **levar-se-ão em consideração neste recurso os aspectos referidos (propriedade do animal e circunstâncias objetivas que façam presumir maior grau de afeto por parte das partes), voltando-se o olhar para a dignidade humana, que como pilar e fundamento do ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) deve ser prestigiada**, sem prejuízo de serem resguardados evidentemente os direitos básicos do animal (mas que aqui não estão nem sequer sob mínimo risco de violação, ao menos aparentemente) que não deve ser vítima de *maus tratos*, por exemplo, pois também gozam de certa proteção legislativa (vide artigo 225, § 1º, inciso VII da Carta Magna, que veda o tratamento cruel aos animais e a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, chamada de Lei dos Crimes Ambientais).

15. Note-se que não se vislumbra que a classificação do animal em *semovente* seja incorreta ou esteja superada, como consignou o Juízo de piso, pois de fato um animal é um *ser que anda ou se move por si mesmo* (Definição de *semovente*, segundo o *Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, p. 1568).

16. Não se ignora, ademais, pensamentos relevantes de doutrinadores de peso no sentido de que o tema merece um olhar diverso. Comentando decisão do STJ que concedeu guarda compartilhada de uma cadela (de Relatoria do Eminente Ministro Luis Felipe Salomão), o professor PABLO STOLZE GAGLIANO, mestre em Direito Civil, afirma que:

> [...] Além de servir, sem dúvida, como uma importantíssima referência jurisprudencial, este julgado nos leva a uma reflexão mais profunda, um "repensar" sobre a natureza jurídica dos animais que, até então, na linha do Direito Civil tradicional, eram coisificados. Ou seja: tratados como bens jurídicos semoventes (móveis que têm movimento próprio). O Código Civil segue essa linha, a teor dos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446. Isso de fato, merece um novo olhar.
>
> Estou, inclusive, impondo-me esta reflexão. Invocando as palavras do Ministro Salomão, "nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem ser tidos como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social" [...]

17. Ora, os animais são seres semoventes, não coisas, tampouco humanos (que evidentemente possuem dignidade mais elevada, a qual constituiu fundamento da República, repita-se). O mesmo doutrinador e na mesma entrevista esclarece, aliás, que:

> [...] **Por certo, ninguém está a colocar o animal de estimação em**

Acesso ao Sumário

> **patamar superior aos seres humanos**, mas o que o Poder Judiciário, com sensibilidade, passa a perceber, é que **os nossos pets merecem um tratamento jurídico proporcional ao afeto que a eles dedicamos** [...] (Entrevista disponível no *link* (endereço eletrônico constante no texto original). 9 de outubro de 2018, acesso aos 22.4.2019 - Destaquei).

18. Registre-se que é, aliás e s.m.j., intuitiva tal conclusão (a da superioridade da dignidade humana) e até mesmo consolidada historicamente no seio de nossa sociedade.

19. **A título ilustrativo (e não como fundamento jurídico da decisão, mas quiçá como elemento sociológico[1])** relevante a se ponderar e **reforçar o posicionamento aqui externado para delimitar a discussão já de início (e não como censura à decisão recorrida, que veiculou fundamento outro além do mero bem estar do animal)** mencione-se o que pensa uma das maiores, senão a maior e mais antiga Instituição religiosa ainda em funcionamento do mundo, cuja liderança atualmente é exercida pelo Papa Francisco, alguém que notoriamente defende o respeito ao planeta (a "casa comum" - vide Encíclica Laudato Si - sobre o cuidado da casa comum - (endereço eletrônico constante no texto original), de 24 de maio de 2015) e aos animais:

> **2416.** *Os animais* são criaturas de Deus. Deus envolve-os na sua solicitude providencial (157). Pelo simples facto de existirem, eles O bendizem e Lhe dão glória (158). **Por isso, os homens devem estimá-los**. É de lembrar com que delicadeza os santos, como São Francisco de Assis ou São Filipe de Néri, tratavam os animais.
>
> **2417.** Deus confiou os animais ao governo daquele que foi criado à Sua imagem (159). É, portanto, legítimo servimo-nos dos animais para a alimentação e para a confecção do vestuário. Podemos domesticá-los para que sirvam o homem nos seus trabalhos e lazeres. As experiências médicas e científicas em animais são práticas moralmente admissíveis desde que não ultrapassem os limites do razoável e contribuam para curar ou poupar vidas humanas.
>
> **2418. É contrário à dignidade humana fazer sofrer inutilmente os animais e dispor indiscriminadamente das suas vidas**. É igualmente indigno gastar com eles somas que deveriam, prioritariamente, aliviar a miséria dos homens. **Pode-se amar os animais, mas não deveria desviar-se para eles o afecto só devido às pessoas.** (Doutrina extraída do catecismo da Igreja Católica - Destaquei).

20. Assim, posta a discussão nos limites e termos ora fixados (lembrando

1 E o Direito é fruto da **vida humana em sociedade** - Não se olvide a teoria tridimensional do Direito do Eminente e saudoso Professor Miguel Reale, para quem o Direito é *fato, valor e norma*; e até o momento não há evidências - seja do ponto de vista cultural, seja do ponto de vista sociológico - de que os animais de estimação devam ter seu bem estar colocado acima ou no mesmo patamar em relação aos direitos humanos legal e expressamente previstos pelo ordenamento jurídico.

Acesso ao Sumário

que não se está a perder tempo ou recursos públicos apenas por se discutir a guarda de um animal, como salientou o precedente do E. STJ, mas **priorizando-se a dignidade humana em razão do afeto dispensado ao animal e não exclusivamente ou principalmente a *individualidade* do animal mencionada na decisão recorrida** e negada a liminar para prestigiar-se o contraditório, sobretudo considerando que o recorrente junta documentos, inclusive mensagens trocadas via celular), foi determinada intimação da autora, que respondeu o recurso às fls. 229/243, afirmando que sempre cuidou do animal, levando este ao "pet shop", acompanhando em veterinários e outras necessidades (fls. 232).

21. Assim, o que se conclui é que se faz necessária a dilação probatória a se realizar perante o Juízo de origem, não sendo salutar nova modificação da guarda neste momento, mesmo delimitada a análise **em razão da dignidade humana de que gozam os recorrentes** (pessoas humanas), com a consideração de aspectos objetivos (tempo de convívio com o cão, tempo dedicado aos cuidados, etc.) que possam fazer presumir o maior ou menor afeto que cada um nutre pelo semovente, sem prejuízo da colheita de maiores elementos a respeito, inclusive dos aspectos financeiros e patrimoniais (quem pagou pela aquisição do animal, por exemplo), registrando-se que inobstante o agravante comprove o pagamento pelo animal, a requerida/agravada comprova por sua vez a alegação de que acompanhava o animal no veterinário (tanto é que consta realmente o nome da autora/recorrida como proprietária na carteira de vacinação do cão - fls. 24 dos autos de origem).

22. Noutras palavras, ainda que por fundamentação não exatamente coincidente com a que ora se apresenta e respeitado o entendimento manifestado pelo Juízo de origem no tocante à valoração da individualidade e dignidade do animal (em si mesmo considerado), de se manter a guarda com a autora/agravada até oportuna dilação probatória ou vinda de maiores elementos, inclusive para não ensejar a supressão de instância, registrando-se, também, que o processo de origem ainda aguarda eventual réplica, podendo se adotar solução diversa posteriormente, se o caso.

23. A solução adotada pelo Juízo de piso merece ser mantida, por ora, portanto.

24. Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo, sem prejuízo das observações feitas, tudo nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188089-46.2018.8.26.0000, da Comarca de Conchas, em que são agravantes

ANDRÉ DOS SANTOS e ANTONIO IVAN PEREIRA MONTEBELLO, é agravada APARECIDA DE FÁTIMA SANTOS DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.407)**

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

São Paulo, 2 de julho de 2019.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO COMINATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO DE PRAZO NA ENTREGA DO IMÓVEL CUMULADA COM MULTA DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONFIGURAÇÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO QUE PERMITE A INCLUSÃO DOS SÓCIOS, INCLUSIVE OS MINORITÁRIOS, PARA RESPONDEREM AO PROCESSO COM SEU PATRIMÔNIO PESSOAL, BASTANDO PARA ISSO A MERA PROVA DE INSOLVÊNCIA OU AUSÊNCIA DE BEM PENHORÁVEL LIVRE E DESIMPEDIDO DE ÔNUS PARA CUMPRIMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão digitalizada às fls. 21/25, que acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica para determinar a inclusão dos sócios da executada.

O agravante sustenta, em síntese, ter se retirado da sociedade, em 04/07/2017, na qual era sócio minoritário, com participação mínima e sem poder de gerência.

Acesso ao Sumário

Afirma, ainda, não estar demonstrada a ausência de bens, pois não esgotados todos os meios para satisfação do crédito, nem comprovada a dissolução irregular da sociedade.

Pleiteia o provimento.

Recurso processado, com recolhimento de preparo em dobro (fls. 116/117) e respondido (fls. 725/735).

É o relatório.

A decisão recorrida deixou consignado:

"*(...).Cuida-se de pedido formulado pela exequente APARECIDA DE FÁTIMA SANTOS DE ALMEIDA nos autos do cumprimento de sentença movido em face de SÓLIDA DE PIRACICABA CONSTRUTORA E INCORPORAÇÕES LTDA. para a desconsideração da personalidade jurídica da executada e inclusão no polo passivo da execução dos sócios proprietários da executada ANTONIO IVAN PEREIRA MONTEBELLO; e ANDRÉ DOS SANTOS, ambos devidamente qualificados (fls. 422/424). Referido pedido foi instruído com os documentos de fls. 425/430. Às fls. 431, foi autorizado o processamento do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, determinando-se a suspensão da execução e a citação dos sócios da executada.*

Devidamente citado, o sócio ANTONIO IVAN PEREIRA MONTEBELLO apresentou impugnação às fls. 493/499 aduzindo, em suma, ausência de comprovação de dissolução irregular da empresa, fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica. Juntou os documentos de fls. 500/502.

Igualmente citado, o sócio ANDRÉ DOS SANTOS apresentou impugnação às fls. 503/511 alegando, em síntese, ilegitimidade, diante da ausência de poderes de gerência e ausência de comprovação de dissolução irregular da empresa, fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica. Juntou os documentos de fls. 512/514.

A exequente se manifestou às fls. 523/525, tendo juntado os documentos de fls. 526/528.

Instados a especificarem provas (fls. 537), a exequente pugnou pelo imediato julgamento (fls. 539), enquanto os sócios da executada permaneceram inertes (fls. 540).

É o relatório do essencial. Passo a fundamentar e decidir.

Julgo o feito de forma antecipada, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, ante a desnecessidade de dilação probatória.

Inicialmente, REJEITO a preliminar de ilegitimidade arguida pelo sócio da executada ANDRÉ DOS SANTOS, eis que a matéria ali versada refere-se, em verdade, ao próprio mérito do incidente de desconsideração da

personalidade jurídica.

Com efeito, a discussão acerca do exercício, ou não, por parte de referido sócio de poderes de gerência sobre a pessoa jurídica executada diz respeito propriamente ao mérito do incidente ora analisado, não havendo, portanto, que se cogitar na alegada ilegitimidade.

Dessa forma, superada a preliminar arguida, passo ao mérito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Em breves linhas, a personalidade jurídica pode ser definida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil (artigo 1º, do Código Civil).

Diante da aparente adoção da teoria da realidade técnica da pessoa jurídica pelo ordenamento brasileiro (artigo 45, do Código Civil), reconhece-se a atuação social da pessoa jurídica, admitindo ainda que sua personalidade é fruto da técnica jurídica.

Nesse contexto, percebe-se que, com a criação de uma pessoa jurídica, há uma separação entre as personalidades dos sócios que a integram e o da própria pessoa jurídica.

Conclui-se, portanto, que, a princípio, não se deve haver confusão entre os direitos e os deveres adquiridos e contraídos pela pessoa jurídica com aqueles adquiridos e contraídos pelos seus respectivos sócios. Há, portanto, uma separação entre as obrigações e deveres de cada pessoa (jurídica ou natural).

Não obstante o quanto resumidamente discorrido, a legislação pátria, em determinadas situações, admite o afastamento episódico da personalidade jurídica de uma pessoa (v. g. jurídica) para que seus respectivos deveres recaiam sobre terceiros (v. g. os respectivos sócios). É o que se conhece por desconsideração da personalidade jurídica, cujo procedimento passou a ser regulamentado no Código de Processo Civil, nos artigos 133 a 137.

A partir de tais situações, portanto, admite-se, a título de exemplo, que um sócio de uma pessoa jurídica venha a ser responsabilizado em seu patrimônio por dívidas inicialmente contraídas pela própria pessoa jurídica.

Existem duas teorias distintas para a desconsideração da personalidade jurídica adotadas no ordenamento brasileiro: a maior e a menor.

Na teoria maior, adotada pelo Código Civil, no artigo 50, para que seja admitida a desconsideração da personalidade jurídica exige-se, além da falta de bens suficientes para responder pela obrigação, a demonstração de abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, ou confusão patrimonial.

Acesso ao Sumário

Já na teoria menor, por sua vez, adotada, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, § 5º, para que seja admitida a desconsideração da personalidade jurídica, mostra-se suficiente a ausência de bens suficientes para responder pela obrigação.

Diante da disparidade das teorias ora analisadas, faz-se essencial constatar-se qual seria a aplicável ao caso ora em exame.

Pois bem.

A demanda original ajuizada pela autora APARECIDA DE FÁTIMA SANTOS DE ALMEIDA em face de CONSTRUTORA INCORPORAÇÃO E IMOBILIÁRIA MONTEBELO LTDA. Se referia a problemas enfrentados pela requerente na aquisição e entrega de um apartamento residencial ofertado pela requerida.

Como se percebe, a relação original entre as partes era notoriamente de consumo, o que, aliás, foi reconhecido na sentença (fls. 287/291) e no acórdão (fls. 325/329) proferidos na fase de conhecimento.

Diante dessa relação de consumo, portanto, aplica-se ao caso a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual, como já destacado, contenta-se com a ausência por parte da pessoa jurídica de bens suficientes para responder pela obrigação.

É o que se extrai do artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. 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.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (g. n.) Diante desse cenário, as alegações dos sócios de ausência de comprovação de dissolução irregular da empresa, fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica se mostram irrelevantes ao caso, ante a aplicação no caso da teoria menor

Acesso ao Sumário

da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, para se acolher o pedido de desconsideração formulado pela exequente, basta a demonstração de insuficiência de bens da pessoa jurídica executada.

E, com efeito, referido requisito foi amplamente demonstrado nos autos.

Isso porque todas as tentativas de satisfação do crédito exequendo se mostraram infrutíferas, tendo a execução se arrastado desde 2015 até a presente data, o que evidencia o notório obstáculo ao ressarcimento do prejuízo causado à exequente consumidora.

No mais, a alegação do sócio ANDRÉ DOS SANTOS no sentido de que não exercia a gerência da pessoa jurídica e que, por esse motivo, não deveria ser responsabilizado pelas respectivas dívidas deve ser rejeitado.

Afinal, ainda que sua participação fosse minoritária, é inegável que pertencia ele aos quadros societários da pessoa jurídica, devendo, portanto, ser igualmente responsabilizado pelas dívidas. A questão acerca da ausência de atuação por parte dele na gerência da empresa ou da ausência de prática de qualquer ato em nome da executada se mostra, mais uma vez, irrelevante ao caso, diante da aplicação in casu da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, como já explicitado. Ante todo o exposto, ACOLHO o pedido de desconsideração da personalidade jurídica para DETERMINAR a inclusão no polo passivo do cumprimento de sentença os sócios da executada ANTONIO IVAN PEREIRA MONTEBELLO e ANDRÉ DOS SANTOS.

Providencie-se o necessário com a adequação da autuação. (...)."

O recurso não comporta provimento.

É certo que a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus sócios ou administradores.

Todavia, muitas vezes seus integrantes, agindo contrariamente às finalidades estatutárias ou abusando da personalidade jurídica, pratica desvios de finalidade, confusão patrimonial e até fraudes, tudo isso, objetivando provocar prejuízos a terceiros, quer em detrimento de interesses particulares, quer por má gestão dos negócios com encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

A fim de inibir tais desvios surgiu a doutrina conhecida como "disregard of legal entity" também conhecida de doutrina da penetração, com atingimento dos bens particulares dos sócios, ou simplesmente desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica é medida que busca atingir o patrimônio pessoal dos sócios quando a sociedade utiliza-se de expedientes fraudulentos, com abuso de direito, obstaculizando o ressarcimento de prejuízos

Acesso ao Sumário

causados a outrem, como no caso em questão.

Para aplicação dessa medida, a lei não exige que o credor busque a exaustão os ativos do devedor. Até porque as novas diretrizes da Lei Processual Civil valorizam o cumprimento espontâneo da obrigação, situação não verificada nos autos.

Saliente-se ademais, que, no caso dos autos, estamos diante de uma nítida relação de consumo, em que a agravada comprovou que as diligências empregadas à procura de bens foram infrutíferas, sendo, assim, perfeitamente cabível o disposto no artigo 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor que, cuida da desconsideração da personalidade jurídica dentro da teoria menor.

Sobre o tema destaco decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"*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).

Outrossim, o fato de o agravante ser sócio minoritário não altera em nada sua situação, uma vez que, desconsiderada a personalidade jurídica, todos os sócios são solidariamente responsáveis.

Ao enfrentar o tema o TJSP já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Encerramento irregular das atividades - Abuso da personalidade jurídica caracterizado - Execução a ser realizada no interesse do credor - Presença dos requisitos do art. 50 do Código Civil - Condição de sócio minoritário que não afasta os efeitos da desconsideração. Agravo de instrumento não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2023328-61.2019.8.26.0000; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019).

Acesso ao Sumário

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Relação de consumo. Aplicação do artigo 28 do CDC ("teoria menor") e não do artigo 50 do CC ("teoria maior"), pelo qual o mero inadimplemento do fornecedor basta à desconsideração, pois a existência da pessoa jurídica tornou-se um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Precedentes do STJ. Pedido subsidiário de limitação dos efeitos da desconsideração ao sócio majoritário. Rejeição. Desconsideração alcança todos os sócios, sejam eles administradores ou quotistas minoritários. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2086135-54.2018.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votorantim - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/12/2018; Data de Registro: 11/12/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Fase de cumprimento de sentença - Inconformismo contra a decisão que decretou a desconsideração da personalidade jurídica da devedora e incluiu os sócios no pólo passivo da demanda - Teoria Menor da Desconsideração aplicável ao caso - Relação de consumo - Evidências de frustração à efetivação da execução - Art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor - Alegação de participação minoritária do sócio na empresa - Irrelevância - Decisão mantida - Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2086633-53.2018.8.26.0000; Relator (a): José Roberto Furquim Cabella; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2018; Data de Registro: 25/06/2018).

Portanto, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148294- 96.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes LUIZ VITOR ZOIA e MARIA AMALIA CAMARGO DE ANDRADE ZOIA, é agravada MAUREN MANTOAN SYLLOS.

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 18790)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 29 de julho de 2019.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Agravo - Ação de imissão com pedido de antecipação de tutela - Insurgência em relação ao deferimento de liminar para desocupação e de posterior determinação de expedição de mandado de desocupação forçada - Decisão combatida que não determinou a imissão, mas sim a expedição de mandado de desocupação forçada, ante a inércia em relação a decisão anterior - Em relação à antecipação da tutela para imissão, a discussão que se limita à existência dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela do art. 300 do CPC que, no caso concreto, estão presentes - Esbulho possessório caracterizado - Autora que comprova a propriedade por intermédio da arrematação do imóvel, pelo agente fiduciante que, após a notificação judicial para quitação do débito não atendida, consolidou a propriedade em seu nome - A imissão de posse é ação real, baseada no título de propriedade, que está devidamente comprovada pela agravada - Cabimento da liminar - Ausência de intimação pessoal dos devedores para o leilão que não torna o processo nulo e que mesmo assim, foi feita - Decisão mantida - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de ação de imissão de posse, e contra a decisão reproduzida nas págs. 1210 que determinou a expedição de mandado para desocupação do imóvel objeto da lide (conforme decisão de fls. 54/55 - aqui 67/68)

Inconformados agravam os réus, pugnando pela atribuição do efeito suspensivo da decisão e, ao final, a sua reforma.

Alegam, em síntese, que há vício insanável no leilão extrajudicial que vendeu o imóvel, já que não foram devidamente notificados para purgação da mora.

Falam em preço vil do leilão e que deve haver suspensão do feito até

julgamento do tema 982 pelo STF, ante a existência de repercussão geral, não sendo possível a imissão antes do trânsito em julgado do Recurso extraordinário e de Recurso especial em ações por eles propostos.

Processado o agravo sem atribuição do efeito pretendido.

É o relatório.

MAUREN MANTOAN SYLLOS ingressou com ação de imissão na posse c/c pedido de tutela antecipada, contra **LUIZ VITOR ZOIA** e **MARIA AMALIA CAMAOGO DE ANDRADE ZOIA** e pleitearam que o juízo, liminarmente, determinasse a imissão na posse no imóvel localizado na Rua Comendador Irineu Chechia, 163 Vila Carlito - na Cidade de Campinas, matriculado sob o nº 2.026 perante o 3º Cartório de Registro de Imóveis daquela cidade.

Relatou que arrematou o imóvel em leilão extrajudicial realizado pelo BANCO BRADESCO S/A, nos moldes da Lei 9.514/97, art. 26, parágrafo 7º e 27, pela quantia de R$ 198.000,00.

O juízo deferiu o pedido de tutela antecipada para que os réus desocupassem o imóvel em 15 dias - págs. 66/68.

A fundamentação foi a seguinte:

> "Diante dos documentos apresentados pela parte autora (fls. 30/50), que demonstram que o imóvel foi adquirido e quitado pela parte autora, em hasta pública, a demonstrar o direito pleiteado na inicial, por presentes os requisitos previstos pelo artigo 300, do CPC, concedo a tutela de urgência para determinar a imissão na posse do imóvel descrito na inicial à parte autora."

Denunciada a não desocupação o juízo determinou a expedição de mandado de desocupação forçada.

Em que pese a argumentação dos agravantes, a decisão deve ser mantida.

De início, a decisão agravada não determinou a imissão, mas sim a expedição de mandado de desocupação forçada.

A decisão que determinou a imissão está copiada nas págs. 67/68 e foi proferida em 03/12/2018.

Não há no agravo a data da intimação dos agravantes acerca da intimação, sendo certo de que nas págs. 80/ 90 ingressaram nos autos e contestaram a ação, o que torna inequívoca a ciência da decisão.

Sendo a contestação protocolada em 28/05/2019, o agravo apresentado em 05/07/2019 é intempestivo em relação a decisão que determinou a imissão da autora.

Assim, de rigor, seria o caso de não se conhecer o agravo, já que a decisão aqui copiada na pág. 1210 não deferiu o pedido de tutela antecipada para imissão

Acesso ao Sumário

mas somente determinou a expedição do mandado para desocupação forçada.

Mas mesmo que se entenda possível a discussão acerca do deferimento da antecipação da tutela para imissão não há como se acolher o pedido dos agravados.

Cumpre observar que a imissão é ação dominial, que leva em conta a propriedade de quem a pretende, e o título devidamente registrado.

É ação baseada em direito, não em fato, porque não é ação possessória, mas sim ação real.

"O autor pede domínio e posse, e o réu pode opor-lhe toda e qualquer defesa sobre um e outra, inclusive pedir seja ele, réu, reconhecido como dono. Na imissão, o autor não pretende discutir a propriedade, que tem como certa e como tal tem que prová-la *initio litis*; nem admitirá qualquer discussão sobre o *iuspossessionis*. Pretende, apenas, a consolidação em concreto do *ius possidendi* que adquiriu, e o réu pode opor-lhe somente a nulidade da aquisição, ou justa causa para retenção da coisa." (BORGES *apud* GONÇALVES, C. R. *Op. cit.*, p. 214.)

A certidão de matrícula juntada às págs. 53/63, comprova a intimação sem atendimento para purgar a mora e a consolidação da propriedade da agravada (pág. 62), que arrematou o imóvel em leilão (págs. 44/45). Assim, a autora tem direito à imissão liminar, já que é assente na jurisprudência a desnecessidade de intimação dos devedores acerca do leilão.

Neste sentido, acórdão desta relatoria;

> Agravo de Instrumento. Imissão de posse. Tutela liminar para desocupação em 60 dias, pena de expedição do mandado de imissão. Insurgência do réu ocupante, devedor fiduciante. Tutela de urgência que prescinde de caução no caso em comento. Eventuais prejuízos decorrentes da desocupação do imóvel não podem ser opostos aos agravantes, titulares do domínio. Desnecessária a notificação prévia do ocupante acerca da alienação do bem pela CEF aos agravados. Devedor que, notificado, não purgou a mora, tendo a propriedade se consolidado em nome da CEF, que alienou o imóvel aos agravados. A imissão de posse é ação real, baseada no título de propriedade, que foi comprovada pelos agravados. Cabimento da liminar (Súmula 4 do TJ). Recurso desprovido. Agravo nº 2141395-53.20147.8.26.0000.

Veja que mesmo em caso de alienação fiduciária a imissão liminar é cabível, nos termos da Súmula 4 deste Tribunal:

"É cabível liminar em ação de imissão de posse, mesmo em se tratando de imóvel objeto de arrematação com base no Decreto-lei nº 70/66."

O art. 300 do CPC afirma que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano

Acesso ao Sumário

ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim é que há verossimilhança, ou probabilidade do direito, na medida em que não há controvérsia acerca do fato de que o imóvel foi arrematado pela autora e segundo consta na matricula é de sua propriedade.

E sendo a ocupação injusta, caracterizado o esbulho possessório.

A não intimação acerca do leilão não o torna anulável.

Este Egrégio Tribunal vem entendendo ser desnecessária a intimação sobre as datas dos leilões, sendo suficiente a constituição em mora prevista pelo art. 26, § 3º, da Lei n. 9.514/97. Confira-se:

> "Agravo de instrumento. Alienação fiduciária de imóvel. Decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada para suspender o leilão de imóvel ou de seus efeitos. Insurgência. Devedor que foi intimado para purgar a mora nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/97 deixando, porém, de fazê-lo. Efetivação da consolidação da propriedade do bem no nome do credor. **Desnecessidade de intimação pessoal do devedor das datas do leilão extrajudicial do bem.** Decisão agravada mantida. Agravo não provido." (Agravo de Instrumento n. 2129384-94.2014.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Morais Pucci, julgado em 02/9/2014).
>
> "Alienação fiduciária de imóvel. Ação de reintegração de posse. A Lei 9.514/97 exige a intimação pessoal do fiduciante apenas para purgar a mora, mas não para os atos de alienação posteriores à consolidação da propriedade em favor da credora, conforme disposto no art. 27. **Assim, a ausência de comunicação pessoal aos devedores sobre as datas do leilão extrajudicial não acarreta nulidade do procedimento**. Levando em conta os parâmetros que têm sido adotados por esta Col. Câmara e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, alienado o imóvel por valor correspondente a cerca de 62% da avaliação oficial, não há falar em venda por preço vil. O art. 30 da Lei 9.514/97 assegura expressamente ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, e ao adquirente do imóvel por força do leilão, o direito à reintegração liminar na posse do imóvel, razão pela qual a agravada tem legitimidade para postular a medida, sobretudo porque não foi demonstrada a transmissão da propriedade ao arrematante, por meio do registro do título aquisitivo na matrícula imobiliária. Recurso improvido." (Agravo de Instrumento n. 2029161-36.2014.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, rel. Gomes Varjão, julgado em 28/4/2014).
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE - Ação promovida por adquirente de imóvel em leilão público extrajudicial. Irresignação ré, devedora fiduciante, que já desocupou o bem por força da tutela antecipada concedida. Irresignação contra a decisão saneadora que não reconheceu as nulidades arguidas. Desprovimento.

Acesso ao Sumário

Via recursal através da qual a devedora recoloca em parte as objeções ventiladas em defesa. Hipótese em que é incontroverso o recebimento de notificação extrajudicial para fins de cumprimento do disposto no artigo 26, §1º, da Lei nº 9.514/97. Ato que teria se dado mediante coação. Não demonstração. Consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. **Intimação pessoal da devedora fiduciante acerca da data e hora do leilão extrajudicial. Desnecessidade. Intimação por edital que se entende suficiente**. Precedentes desta Corte. Nulidade da citação realizada por hora certa para fins de cumprimento da liminar de imissão na posse. Inocorrência. Ato que obedeceu aos preceitos legais ante a fundada suspeita de ocultação. Inexistência de prejuízo com a apresentação de defesa no prazo legal - AGRAVO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento n. 2002765-22.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Ramon Mateo Júnior, julgado em 26/3/2014).

"ANULATÓRIA DE ARREMATAÇÃO - Leilão extrajudicial - Hipótese em que a serventia imobiliária certificou o cumprimento do art. 26 da constitucional Lei nº 9.514/97 - Presunção de legitimidade e fé pública do ato - Suficiência - Imóvel gravado com alienação fiduciária - Inércia da adquirente, que não purgou a mora no local e na forma devidos - Propriedade consolidada de modo regular - **Desnecessidade de intimação pessoal para o leilão e de avaliação** - Precedentes da Corte - Alegação de pacto verbal que não convence - Preço vil não comprovado - Cerceamento de defesa que não se identifica na espécie - Honorários de sucumbência reduzidos - Recurso provido em parte." (Apelação nº 0018588-85.2011.8.26.0320. - 5ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Ferreira da Cruz, julgado em 22/10/2014.)

Desnecessária, em razão disso, a notificação pessoal do devedor acerca do sistema de alienação de bens, mediante praceamento ou leilão, pois o ônus de tornar público o ato se aperfeiçoa com a mera veiculação de editais.

Mesmo assim, há nos autos petição dos agravantes pleiteando a suspensão do leilão pág. 382/383, o que demonstra a ciência acerca do leilão, assim como correspondência do banco aos agravantes acerca do leilão, inclusive com alerta sobre a imissão após a consolidação da propriedade, 384/386.

Quanto as alegações de que não houve a notificação, porque a averbação na matrícula não corresponda à verdade dos fatos, não foi demonstrada, o que não autoriza a revogação da tutela que somente verifica os requisitos exigidos no art. 300 do CPC, que estão presentes na ação de imissão proposta pela agravada.

Quanto ao pedido de suspensão ante o enquadramento aos processos alcançados pela repercussão geral tratada no tem 982 do STF, importante ressaltar que não há determinação de suspensão dos feitos afetados.

Acesso ao Sumário

Por fim, vale ressaltar que em momento algum os agravantes demonstram intenção de efetuar o pagamento do valor da arrematação ou mesmo de purgar a mora.

Assim, o que se observa é que a tutela foi corretamente deferida, ante a demonstração da propriedade ficando a decisão fica mantida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2145340-14.2018.8.26.0000, da Comarca de Pirajuí, em que é agravante ESTELA TEREZINHA GARCIA GOES, é agravada FÁTIMA REGINA DE FREITAS COTAIT.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.544)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: PENHORA - Pequena propriedade rural - Penhora sobre imóvel onde reside a executada - Inadmissibilidade - Bem de família - Proteção legal que só pode ser mitigada nas hipóteses legais ou se evidenciados elementos que desfaçam a presunção de que o bem constrito não seja, de fato, a residência do devedor - Elementos de convicção que, ao contrário, demonstram destinar-se o imóvel penhorado à residência da família da devedora - Reconhecimento - Ausência, ademais, de demonstração de que disponha ela de outro imóvel para residir - Exegese do artigo 4º, § 2º, Lei 8.009/90 - Decisão que afasta a penhora, mantida. Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Em ação indenizatória, na fase de cumprimento de sentença, o Juízo

indeferiu a penhora sobre o imóvel, por se tratar de bem de família (fls. 162/163 dos autos principais).

Insurge-se a exequente. Alega: **a)** a penhora recaída sobre 50% do imóvel é possível porque se trata de bem de imóvel rural não explorado por agricultor e sua família, sendo destinada somente à moradia; **b)** a r. decisão, ao livrar a propriedade toda da constrição, contrariou o art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.008/1990, que disciplina a impenhorabilidade do bem de família, pondo a salvo de eventual contrição judicial a sede da moradia apenas; **c)** a r. decisão não propiciou o contraditório e a ampla defesa a contento, com regular e completa instrução do processo, ao não apreciar o pedido de fls. 146/153, já que as informações da agravada são frágeis para dar solidez à impenhorabilidade da área total; **d)** a área de 1-80-50 hectares corresponde a 18.500 metros quadrados em terra, sendo possível, portanto, o fracionamento do imóvel com restrição da sede; **e)** a jurisprudência atual permite a penhora de parte ideal de imóvel rural, com restrição da sede de moradia, quando o mesmo for divisível, como é o caso em análise.

Requereu o efeito suspensivo ao recurso "para evitar que o imóvel seja objeto de venda pela agravada, diante da possibilidade de cancelamento da penhora de fl. 90", e o seu provimento "*para permitir a PENHORA DE 50% do imóvel objeto da matrícula nº. 8.928 do CRI de Pirajuí/SP, incidente sobre a área que salva a moradia da Agravada*."

A liminar recursal indeferida pelo Desembargador ÉLCIO TRUJILLO, no impedimento do signatário (fls. 11/13).

A agravada não respondeu (certidão de fls.16).

É o relatório.

1. Trata-se de agravo tirado contra r. decisão que acolheu impugnação apresentada pela executada, em que arguida a condição de bem de família do imóvel penhorado no procedimento de cumprimento de sentença que julgou procedente ação de indenização por danos morais (fls. 97/99 e 162/163 dos autos principais).

Acesso ao Sumário

A agravante alega que a executada "*na qualidade de viúva, não reside sozinha na chácara e sim no centro da cidade de Pirajuí, à Rua Campos Sales, 651, de modo que nestas circunstâncias não se enquadram em bem de família*", e que a certidão do Oficial de Justiça (fls. 142) foi incompleta ao aceitar a informação dada por ela.

O Juízo assim resolveu a questão:

> "(...)
>
> A fim de aferir a alegada impenhorabilidade, foi determinada a expedição de mandado de constatação, tendo sido verificado pelo senhor oficial de justiça que no referido imóvel residem a própria executada, seu

sobrinho e seu neto (fl. 142).

Nesse contexto, mais não é preciso para se concluir que a executada efetivamente reside no imóvel penhorado, não havendo elementos nos autos que infirmem tal conclusão.

Note-se ainda que a demonstração de que a executada eventualmente não reside no imóvel cabia à exequente, eis que se trata de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da devedora (art. 333, inciso II, CPC).

Ante o exposto, revogo a decisão de fl. 89 e indefiro a penhora sobre o imóvel objeto da matrícula nº 8.928 do Cartório de Registro de Imóveis de Pirajuí, por se tratar de bem de família.

(...)"

2. Não obstante o evidente direito da agravante de buscar a satisfação de seu crédito e do igualmente evidente desinteresse da devedora para com o cumprimento de sua obrigação, nada há nos autos a desautorizar a assertiva de que a agravada reside no imóvel em discussão. Colacionou comprovante de despesa como luz (fls. 100), bem como a certidão do Oficial de Justiça que reforça a ideia de que o bem é usado como sua residência (fls. 142).

De fato, na escritura pública de inventário e partilha dos bens do espólio, consta como residência e domicílio da agravada o mesmo endereço (fls. 101/103) o que revela que o imóvel sempre foi referido como endereço residencial do casal, não logrando a agravante desfazer a presunção do uso residencial, o que seria fundamental para que fosse afastada a impenhorabilidade.

Ademais, a própria recorrente, ao propor a demanda em 2008 já apontava o imóvel em apreço como o endereço de domicílio e residência da requerida (fls. 4 dos autos principais), o que ainda uma vez confere a estes a proteção do bem de família, sobretudo se não lograram comprovar a existência de outro bem, em nome dela, passível de ser utilizado como residência.

Desse modo, a princípio, se o imóvel constitui bem de família, não pode ser objeto de penhora. O objetivo da lei é preservar o bem da entidade familiar, porque lhe dá abrigo e proteção.

2. A Lei 8.009/90 estabelece, em seu artigo 1º, que "*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 ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei*".

Por outro lado, o artigo 4º, § 2º, da lei 8.009/90 dispõe que: "*Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, XXVI, da CF, à área limitada como pequena propriedade rural*".

Acesso ao Sumário

A agravante diz que, por tratar-se de imóvel rural, deveria a agravada comprovar atividade produtiva, para obtenção de renda mínima à sua subsistência e de sua família, como determina o art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 8.009/90. Argumentou que a área de 1-80-50 hectares corresponde a 18.500 metros quadrados em terra, afasta qualquer alegação de bem de família, e que é possível fracionamento do imóvel, com restrição da sede (fls. 4).

A agravada, de sua vez afirma que se trata de um imóvel rural pequeno, 1,8000 ha e que "*foram edificados sobre o imóvel uma residência para moradia da família da Executada, uma área de lazer com piscina e edícula, um canil e possui um pomar e horta. Não há como dividir o imóvel sem a demolição dessas edificações*" (fls. 99).

3. De fato, no caso em tela, a área total do bem penhorado (1,8000 ha) sequer supera um módulo fiscal (0,04), demonstrando ser o imóvel de pequena propriedade, enquadrando-se na proteção legal.

Ademais, não seria possível a exclusão da moradia da executada e da área limitada à pequena propriedade rural, pois tal hipótese esbarraria na indivisibilidade do imóvel em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural.

Nesse sentido:

> "PENHORA - Imóvel rural - Definições de pequena propriedade rural contidas nas Leis 8.629/93 e 9.393/96 que não se aplicam para garantir a impenhorabilidade do bem por dívida civil (TAPR) RT 752/360".

Assim, não há como manter a penhora sobre o imóvel como pleiteado pela agravante, como bem decidiu o digno Magistrado.

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148691-58.2019.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante ITAMAR DONIZETTI LUIZ, são agravados ANTONIO ALVES FILHO e SINDICATO DOS CONDUTORES DE OSASCO E REGIÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente), PAULO ALCIDES e MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES.

São Paulo, 16 de agosto de 2019.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. PEDIDO DE TUTELA ANTECEDENTE. DEMANDA QUE OBJETIVA A PROCLAMAÇÃO DE NULIDADE DE EDITAL DE CONVOCAÇÃO DE ELEIÇÕES PARA A DIRETORIA DE SINDICATO PROFISSIONAL. DETERMINADA A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO, POR SE TRATAR DE AÇÃO QUE VERSA SOBRE REPRESENTAÇÃO SINDICAL, COM FUNDAMENTO NO ART. 114, INC. III, DA CF. INADMISSIBILIDADE. QUESTÃO QUE NÃO DIZ SOBRE A ABRANGÊNCIA DA CATEGORIA ECONÔMICA OU PROFISSIONAL REPRESENTADA OU, AINDA, DA BASE TERRITORIAL SOBRE A QUAL ATUA A ENTIDADE SINDICAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA, AO REVÉS, DE ÍNDOLE MERAMENTE INTERNA E ADMINISTRATIVA, RELATIVA À GESTÃO DO SINDICATO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto nos autos de pedido de tutela antecedente ajuizado por Itamar Donizetti Luiz em face de Sindicato dos Motoristas de Veículos Rodoviários e Trabalhadores em Empresas de Transportes Rodoviários de Osasco e Região (Sincovero) e de Antônio Alves Filho, contra decisão que concluiu pela competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da ação, que busca o reconhecimento de nulidade de edital de convocação de eleição da entidade sindical.

O agravante pugna a reforma da decisão. Sustenta que a demanda tem por objeto a proclamação da nulidade de edital de convocação de eleições para a diretoria do sindicato requerido, uma vez que tal se deu de maneira ilícita, e com abuso de poder, por ato do corréu Antônio. Acrescenta que, concedida a liminar para suspender a realização do pleito eleitoral, o Juízo *a quo* declinou

Acesso ao Sumário

de sua competência em favor da Justiça do Trabalho, entendendo tratar-se de demanda sobre representação sindical, com fundamento no inciso III, do artigo 114, da Constituição Federal. Aduz, todavia, que a matéria não diz sobre a abrangência representativa da entidade sobre a categoria profissional ou sobre a base territorial, mas sim sobre questão administrativa interna do sindicato, diante de seus representados. Assim, entende que a competência para o exame e julgamento da matéria é exclusivamente da Justiça comum Estadual, não havendo, pois, que se falar em declinação para aquela Especializada. Conclui, pois, pela reforma.

Foi concedido o efeito suspensivo (fl. 88).

Processado o recurso, sobrevieram as contraminutas (fls. 92/104 e 1198/1204).

É o relatório.

2. Razão assiste ao reclamo, ressalvados embora os fundamentos da decisão recorrida.

O Magistrado declinou de sua competência sob o argumento de que aplicável no caso a regra inserta no artigo 144, III, da Constituição da República, que prevê a competência da Justiça do Trabalho para julgamento '*das ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre trabalhadores e empregados*'.

Nenhuma das hipóteses aventadas, todavia, traduz o discutido na presente ação.

Verifica-se, pelo contrário, que embora figurem como partes na ação o sindicato, nada se discute sobre a base de representação sindical em si - na perspectiva da abrangência da categoria econômica ou profissional ou, ainda, da base territorial de sua atuação -, a justificar seu encaminhamento para aquela justiça especializada.

Discute-se, ao revés, mera questão interna atinente aos rumos da gestão e direção da entidade.

Acesso ao Sumário

Tal entendimento, aliás, vem sendo há bom tempo sufragada pela jurisprudência desta Corte de Justiça. Assim:

> "***COMPETÊNCIA. Anulação de assembleia realizada por sindicato. Cumprimento do estatuto sindical. Ausência de interesse da União. Competência da Justiça Estadual. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Pretensão de anulação de assembleia instalada e dirigida pelo sindicato réu. Alegação de ilegitimidade passiva afastada. ANULAÇÃO DE ASSEMBLEIA. Sindicato Nacional dos Auditores da Receita Federal do Brasil. Alegação de irregularidades na assembleia e de votação de medidas que ferem o direito constitucional de paridade das autoras. Irregularidades na realização da assembleia não comprovadas.***

Descontentamento das autoras com o conteúdo votado que não implica em invalidade do ato assemblear. Eventual medida implementada pela União que deverá ser discutida em ação própria. Honorários advocatícios. Fixação na sentença em R$1.000,00, ante o baixo valor da causa. Valor adequado à remuneração do advogado do réu. Art. 85, §8º, CPC. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados na fase recursal para R$1.500,00. Recurso não provido, com observação." (TJSP - 5ª Câm. Dir. Privado - Ap. nº 1043191-16.2016.8.26.0100 - Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho - j. 07/06/2017).

"***ASSOCIAÇÃO. ASSEMBLEIA GERAL. Anulação de assembleia de sindicato que resultou no afastamento do autor do cargo de tesoureiro e indenização por dano moral. Sentença de procedência. 1. Agravo retido desprovido. Preliminar de incompetência da Justiça Estadual afastada. Ação que versa sobre validade de deliberação tomada em assembleia de associação, não envolvendo questões inseridas no rol de competências da Justiça do Trabalho. 2. Litigância de má-fé não caracterizada. Autor que não omitiu nem alterou a verdade dos fatos. 3. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Sindicato que é responsável pelos danos causados por deliberações tomadas em suas assembleias e por informações veiculadas em meios oficiais de comunicação interna entre seus membros, bem como pelos atos de seus prepostos e dirigentes. 4. Afastamento do autor do cargo de tesoureiro-geral em assembleia geral. Matéria não inserida na pauta de convocação da assembleia. Irregularidade. Alegação de que o afastamento do autor representa vontade dos membros que não se presta a sanar o vício. 5. Autor que foi afastado de suas funções por deliberação tomada em assembleia irregular e acusado de praticar 'golpes' em informativo do réu. Excesso no exercício do direito de informação, com ofensa à honra do autor. Dano moral caracterizado. Quantum indenizatório mantido. 6. Verba honorária que remunera condignamente o patrono do autor, não comportando majoração. 7. Recursos desprovidos.***" (TJSP - Apelação Cível 0161576-81.2009.8.26.0100 - Relator(a): Mary Grün - Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado - Foro Central Cível - 19ª Vara Cível - Data do Julgamento: 23/08/2018 - Data de Registro: 23/08/2018).

Daí, pois, o acolhimento do reclamo, a fim de que a causa tenha prosseguimento perante o Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Osasco/SP.

Nada mais é preciso dizer.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2090635-32.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PALHANO FOMENTO COMERCIAL LTDA., é agravado GALÁXIA MARÍTIMA S/A.

ACORDAM, em 20ª 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 33489)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: PROCESSO - Rejeitada a preliminar de preclusão - Pedido de desbloqueio dos valores oriundos de créditos que a agravada possui junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A encontra-se lastreado em novos documentos apresentados pela parte devedora, sendo certo que o seu deferimento, em parte, pelas rr. decisões agravadas, caracteriza novo pronunciamento do MM Juízo sobre a matéria de não deliberada anteriormente, com natureza jurídica de decisão interlocutória sobre questão nova, porquanto, frise-se, não decidida anteriormente - Não bastasse isto, é admissível a revisão do percentual da penhora, que se tornou excessiva ou insuficiente, de acordo com a situação de fato vivida pelo devedor, durante a execução, caso se mostre adequada essa providência.

EXECUÇÃO - Decisão que deferiu o desbloqueio parcial de créditos da agravada junto à Petrobrás, limitando a penhora a 20% de tal valor, mensalmente, até o limite do débito e determinou a expedição de mandado de levantamento em favor da agravada, no valor de R$3.132.099,01, em cumprimento à determinação de limitação da penhora de créditos recebidos pela devedora ao percentual de 20% - A ordem de preferência de bens penhoráveis constante do art. 835, do CPC/2015 não é absoluta, podendo

ser alterada de acordo com as particularidades do caso concreto, interesse das partes e a potencialidade de satisfazer o crédito - A penhora sobre créditos ou outros direitos patrimoniais, dentre os quais se incluem os referentes a valores a serem recebidos a título de contraprestação de contratos específicos, como acontece com contratos de prestação de serviços e de cartões de crédito e/ou débito, encontra previsão nos arts. 835, XIII e 855, CPC/2015, não exige a nomeação de administrador, uma vez que não se confunde com a penhora de faturamento prevista no art. 835, X, do CPC/2015, embora, assim como esta, deve ser efetivada: (a) somente após terem sido esgotados os demais meios na satisfação do crédito, e (b) de forma a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial da parte devedora - No caso dos autos: (a) é de se manter a r. decisão agravada, no que concerne à deliberação de penhora de crédito, sem nomeação de administrador judicial, porque: (a.1) é admitida pelo ordenamento jurídico a penhora de créditos a serem recebidos pela agravada pelo cumprimento de contrato firmado com Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A; (a.2) nas pesquisas realizadas pelo Sistema Bacenjud foram localizados bens insuficientes para o pagamento do débito, fixado em R$3.981.235,94, para fevereiro de 2019; (a.3) muito embora não se tenha notícia nos autos de que foram realizadas pesquisas de outros bens de ordem preferencial de penhora, nos termos do art. 835, CPC, e nem mesmo foram indicados outros bens passíveis de constrição, reconhece-se que a ordem de preferência não é absoluta, ainda mais quando a penhora dos créditos alcançou a quantia de R$3.915.011,26; (a.4) os documentos acostados aos autos não comprovam que a penhora incidiu sobre a única fonte de renda da devedora; (b) sendo, de rigor, a manutenção do percentual de 20% do valor dos créditos a serem recebidos pela devedora junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A, uma vez que: (b.1) a execução está prosseguindo por débito de elevado valor absoluto - R$3.981.235,94, para fevereiro de 2019; (b.2) embora alegue que a referida constrição

Acesso ao Sumário

atinge 100% de seu faturamento bruto, tendo em vista que os contratos com a Petrobrás são os únicos vigentes e que a manutenção da constrição tornará impossível o exercício de suas atividades empresariais, a parte devedora continua em atividade, sem ter se valido da recuperação judicial ou extrajudicial; (b.3) ausente prejuízo para a credora agravante no recebimento do pagamento limitado a 20% dos valores recebidos pela agravada, pois: (b.3.1) segundo afirmação da agravada, não impugnada pela agravante, o termo final de vigência dos contratos dar-se-á em 2024 e 2026, de forma que, mantida a constrição de 20%, possível o pagamento do débito antes do término da vigência dos contratos e em prazo razoável; (b.3.2) os valores devidos sofrerão a incidência de correção monetária, que visa recompor o valor da moeda corroído pela inflação; (b.4) o emprego do percentual em questão deve ser havido como adequado, considerando critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para garantir à parte credora o direito à satisfação de seu crédito, sem inviabilizar a atividade empresarial da devedora, tendo em vista que a execução deve ser feita da forma menos onerosa para o devedor e deve ser processada para satisfação do direito do credor (CPC, arts. 789, 797 e 824) e (b.5) não se vislumbra que a constrição, neste percentual, venha a prejudicar os termos do contrato de cessão de crédito entabulado com a terceira FIDC Sifra Star.

RECURSO - Agravo de instrumento tem seu conhecimento limitado ao pronunciamento judicial recorrido, e às matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício - Pedido de quebra do sigilo bancário da agravada com expedição de ofício para bancos "para que informem a movimentação financeira nos últimos 90 (noventa) dias" não foi apreciado, nem envolve questão resolvida pela r. decisão agravada, nem matéria de ordem pública, apreciável, na espécie, de ofício, visto que estranha ao r. ato judicial impugnado.

PROCESSO - Independentemente do resultado do julgamento do presente recurso, anota-se que nenhum

Acesso ao Sumário

juiz deve se considerar o titular exclusivo da melhor interpretação do Direito, mas todos têm o dever de se revestirem de uma dose maior de paciência, com superioridade de alma, a fim de evitar confrontos desnecessários, porque quem tem razão não precisa demonstrá-la de modo grosseiro, até mesmo porque a descortesia do trato denuncia a penúria de razões para o debate forense - Inadmissível a responsabilidade pessoal do magistrado pelas deliberações feitas no curso de um processo, sob pena de tolher-lhe a liberdade de decisão, conforme o seu próprio convencimento, devendo esta ser limitada aos casos de comprovado dolo ou fraude - Não se vislumbra que a MM Juíza de Direito prolatora das rr. decisões agravadas tenha agido com dolo ou fraude ao limitar a penhora a 20% do valor do crédito recebido pela devedora, após ter indeferido sucessivos pedidos de desbloqueio destes valores, de forma que descabido aventar sobre a sua responsabilidade pessoal.

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

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento oferecido contra as rr. decisões, cujas cópias se encontram a fls. 2714 e 2753, que, respectivamente, deferiu o desbloqueio parcial de créditos da agravada junto à Petrobrás, limitando a penhora a 20% de tal valor, mensalmente, até o limite do débito e determinou a expedição de mandado de levantamento em favor da agravada, no valor de R$3.132.099,01, em cumprimento à determinação de limitação da penhora de créditos recebidos pela devedora ao percentual de 20%.

A agravante sustenta que: (a) "(…) os valores já estavam depositados judicialmente nos autos, quando, se extraí do despacho proferido que, ela determina um 'desbloqueio' junto a PETROBRÁS"; (b) "(…) a magistrada caiu no conto da Agravada, alegando 'calamidade financeira', quando isso, não passa de um enredo fictício, arquitetando uma tentativa de furtar-se de sua dívida e desbloquear os valores penhorados, sendo refutados facilmente"; (c) "(…) a Agravada sempre alegou que o dinheiro penhorado não era mais seu. E, aponta uma dívida de outubro de 2018, sem nenhuma relação com a penhora aqui realizada, para sustentar sua 'calamidade financeira'"; (d) "Em

Acesso ao Sumário

consulta realizada junto ao BOA VISTA/SCPC, em face da Agravada, como se verá abaixo, não demonstra a chamada 'calamidade financeira'"; (e) "A decisão aqui agravada, já estava PRECLUSA, porque já fora objeto de análise por três oportunidades" e (f) "Ao permitir o levantamento dos valores penhorados e alegar que 'a Agravante receberá em meses' como se isso fosse simples, verifica-se a responsabilidade pessoal do magistrado, e, desde já, adverte e requer que, em caso de dano processual, deverá o magistrado de primeiro grau restituir ao ora embargante, pelo risco assumido".

O presente recurso foi distribuído por prevenção ao Agravo de Instrumento nº 2109405-10.2018 (fls. 2757).

O recurso foi processado com atribuição de efeito suspensivo, apenas e tão somente para obstar o levantamento de quantias determinado pela r. decisão agravada (fls. 2758).

Petição da agravante a fls. 2762/2765, instruída com documentos (fls. 2766/2845).

A agravada ofereceu resposta (fls. 2847/2860), aduzindo que: (a) "é necessária a revogação do efeito suspensivo concedido ao recurso"; (b) "A premissa do mérito da Decisão Agravada se assenta no seguinte fato: a Agravada possui apenas 1 (um) único cliente, de modo que os pagamentos feitos por ele correspondem à totalidade dos rendimentos auferidos por ela. Foi por isso que a Decisão Agravada determinou a limitação da penhora sobre 20% do faturamento da GALÁXIA e o consequente levantamento dos valores excedentes que haviam sido anteriormente bloqueados"; (c) "(…) em razão da crise financeira atualmente enfrentada, a GALÁXIA teve de realizar a antecipação de recebíveis no valor de R$ 4.657.346,84 por meio de operações de cessão de crédito com o SIFRA. Por consequência, recebeu antecipadamente, em 04-07/fevereiro/2019, o valor de R$4.594.675,50"; (d) "(…) em um cenário ideal em que a GALÁXIA estivesse operando sem a necessidade de antecipação do seu faturamento, a ordem de penhora determinada no valor de R$ 3.915.011,26 representaria a penhora de 72% do faturamento da GALÁXIA no mês de fevereiro/2019"; (e) "(…) a GALÁXIA é necessariamente a única parte legítima para requerer esse levantamento, uma vez que (i) o saldo da operação de fevereiro/2019 foi efetivamente quitado em 25/março/2019 conforme já confirmado pelo próprio SIFRA, e (ii) o bloqueio de R$3.915.011,26 restringiu em 74% o faturamento líquido de março/2019 causando grave prejuízo à continuidade das atividades empresariais da GALÁXIA"; (f) "O Art. 866, § 1º do CPC possui aplicação mandatória, estabelecendo que o percentual da penhora deve ser fixado com base em dois critérios cumulativos: (a) propiciar a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável; e (b) em proteção ao princípio da preservação da empresa, não tornar inviável o exercício da atividade empresarial"; (g) "Com base na média do faturamento líquido mensal da GALÁXIA apurada nos 15 meses

Acesso ao Sumário

entre janeiro/2018 e março/2019 no valor de R$ 4.284.518,19, verifica-se que a penhora de 20% dos créditos futuros PETROBRÁS 'conforme determinado pela Decisão Agravada' permitirá que o saldo remanescente do crédito exequendo esteja completamente satisfeito nos próximos 04 (quatro) meses"; (h) "(…) e a restrição ao levantamento do valor excedente da penhora tem resultado na paralisação das atividades empresariais da GALÁXIA, incluindo (i) a descontinuidade de serviços básicos de alimentação e hospedagem da tripulação, (ii) o corte do sinal de internet nas embarcações para comunicação com a PETROBRÁS, e (iii) a suspensão de serviços de satélite para estabilização das embarcações (vide Documento 1 anexo a esta Resposta)" e (i) quanto ao pedido de quebra do sigilo bancário, "A Agravada apresentou perante o Juízo todos os balancetes patrimoniais levantados no período relevante, bem como juntou extensa documentação comprovando, de forma detalhada, toda sua dinâmica operacional - especialmente quanto aos mecanismos de financiamento a curto-prazo que vem adotando para garantir sua sobrevivência empresarial. Assim, o pedido é não só improcedente, como também absolutamente desnecessário. Todas as informações a respeito da situação financeira da Agravada estão contidas nos autos".

Petição da agravante a fls. 2873/2886.

O pedido de revogação do efeito suspensivo concedido ao recurso foi indeferido.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de execução promovida pela agravante contra a agravada, lastreada em notas fiscais, objetivando o recebimento do valor de R$4.301.601,40, para agosto de 2017 (fls. 42/56).

Após diligências parcialmente frutíferas na busca de bens passíveis de penhora (fls. 555/558 e 699/702), a agravante requereu, no que interessa ao presente recurso, a penhora *on line* e de créditos recebidos pela agravada junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A (fls. 711/717 e 765/769), o que foi deferido pelo MM. Juízo da causa (fls. 771).

A Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A informou o cadastro do bloqueio do valor de R$3.915.011,26 (fls. 778), bem como comprovou o depósito judicial (fls. 1127/1142).

O pedido formulado pela agravada de desbloqueio dos valores depositados pela Petrobrás (fls. 1051/1056 e 1158/1161) foi indeferido (fls. 1166 e 1187).

A agravada renovou o pedido de liberação da penhora sobre os créditos recebidos junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A, requerendo, subsidiariamente a sua limitação em 10% sobre o faturamento líquido, com liberação de 90% do valor (fls. 1230/1241).

Após manifestação da parte agravante (fls. 2706/2711), o MM. Juízo da

Acesso ao Sumário

causa deliberou que (fls. 2714):

"Vistos.

Fls. 1204/1216 e 2680/2685: diante dos documentos juntados, que demonstram que os valores recebidos da Petrobras são o único ativo financeiro da executada, que vem sendo cedidos ao SIFRA sucessivamente, ao longo dos anos, para financiamento e preservação da executada Galáxia, e havendo indícios que o bloqueio total determinado poderá prejudicar a própria continuidade da empresa, reconsidero a decisão de fls.1140 para deferir o desbloqueio parcial de seus créditos junto à Petrobrás, limitando a penhora a 20% de tal faturamento, mensalmente, até o limite do débito no valor de R$ 3.981.235,94 (atualizado até fevereiro de 2019).

Oficie-se à Petrobrás, para que proceda mensalmente ao bloqueio determinado, desbloqueando o valor remanescente, e expeça-se carta para intimação de FIDC Sifra Star da penhora determinada.

Servirá cópia desta decisão, assinada digitalmente, como ofício, que deverá ser encaminhado pelo autor, comprovando-se nos autos em 10 dias.

Intime-se".

Contra referida decisão, a agravante ofereceu embargos de declaração (fls. 2716/2719), sendo proferida a r. decisão agravada de fls. 2753, que segue:

"Vistos.

I) Fls. 2690/2693: Acolho os embargos de declaração para determinar a expedição de mandado de levantamento eletrônico no valor de R$ 3.132.009,01 em favor da executada Galáxia Marítima S/A (depósito de fls. 1100), a fim de garantir a preservação de suas atividades empresariais.

II) Comprove a executada o protocolo do ofício de fls. 2688.

III) Fls. 2712/2719: Desnecessária a quebra do sigilo bancário da executada, pois a obrigação será satisfeita de forma integral brevemente.

Intime-se".

Acesso ao Sumário

2. A pretensão recursal da agravante é de reforma das rr. decisões agravadas para: (a) "manutenção da integralidade da penhora"; (b) "responsabilização pessoal da magistrada de primeiro grau, Tamara Hochgreb Matos, pelo risco assumido, caso ela permita o levantamento dos valores e não ocorra o pagamento na forma parcelada como determinado"; (c) "A quebra de sigilo bancário da Agravada, sendo expedido ofícios aos bancos para que informem a sua movimentação financeira nos últimos 90 (noventa) dias" ou (d) "caso não seja mantida a penhora integral, sejam estabelecidos patamares majorados e mais benéficos a Agravante".

3. Na espécie, muito embora o MM. Juízo da causa tenha feito menção à

"penhora sobre o faturamento", verifica-se que a hipótese dos autos se trata de valor alcançado pela constrição da penhora de crédito, deferida por rr. decisões anteriores, que a agravada possui junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A.

Isto porque: **(a)** é o que consta dos pedidos formulados pela credora (fls. 711/717 e 765/769); **(b)** é o que restou deferido pelo MM Juízo da causa, nos termos da decisão de fls. 771, mantida no julgamento do Agravo de Instrumento 2109405-10.2018.8.26.0000 (fls. 738/752); e **(c)** é o objeto da impugnação à penhora oferecida pela agravada (fls. 1051/1056, 1158/1161 e 1230/1241).

4. Mantém-se a r. decisão agravada.

4.1. Rejeita-se a preliminar de preclusão.

Na espécie, é de se reconhecer que o pedido de desbloqueio dos valores oriundos de créditos que a agravada possui junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A encontra-se lastreado em novos documentos apresentados pela parte devedora, sendo certo que o seu deferimento, em parte, pelas rr. decisões agravadas, caracteriza novo pronunciamento do MM. Juízo sobre a matéria não deliberada anteriormente, com natureza jurídica de decisão interlocutória sobre questão nova, porquanto, frise-se, não decidida anteriormente.

Destarte, como o fundamento da r. decisão agravada envolve tema que não havia sido apreciado anteriormente, de rigor, o reconhecimento de que a questão referente ao desbloqueio dos valores oriundos de créditos que a agravada possui junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A, nos termos em que formulado, não se encontrava preclusa.

Não bastasse isto, é admissível a revisão do percentual da penhora, que se tornou excessiva ou insuficiente, de acordo com a situação de fato vivida pelo devedor, durante a execução, caso se mostre adequada essa providência.

Nesse sentido, para casos análogos, com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos dos sites: **(a)** do Eg. STJ: **(a.1)** "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1042 DO NCPC) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECONSIDEROU DELIBERAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ PARA CONHECER EM PARTE DO RECLAMO ESPECIAL E, NA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA. **1.** A impugnação, no agravo interno, de capítulos autônomos da decisão recorrida induz a preclusão das matérias não impugnadas. Precedentes. **2.** Incidência do óbice da súmula 283/STF, pois a insurgente não impugnou o fundamento do julgado acerca da inexistência de novidade dos documentos, limitando-se a aduzir ofensa aos artigos 398 e 552 do CPC/73, sob a premissa de que violado o princípio do contraditório ante a não oitiva da parte contrária acerca de documentação importante para o desfecho da lide. **2.1** Os argumentos

Acesso ao Sumário

apresentados apenas no agravo interno não são passíveis de conhecimento por importar inovação recursal indevida em virtude da preclusão consumativa. **3.** Não obtido êxito na constrição de outros bens consoante a ordem legal estabelecida, viável é a penhora sobre o faturamento líquido da empresa, não servindo a alegação da parte de que ofereceu bens aptos a garantir o juízo, pois consoante referido pelo Tribunal *a quo*, esses foram rejeitados pelo credor em virtude de não serem de propriedade dos executados, bem ainda de não se mostrarem hígidos para o fim pretendido em virtude de sua iliquidez. **4. Inviável, na via estreita do especial, ante o óbice da súmula 7/STJ, o exame da pretensão de redução do percentual estabelecido para a penhora - fixado em 30% sobre o faturamento líquido da sociedade executada -, uma vez que arbitrado pelo Tribunal de origem com base na apreciação dos fatos da causa. A revisão do percentual da penhora poderá ser feita pelas próprias instâncias ordinárias, caso se mostre adequada essa providência, durante a execução**. **5.** Diversamente do referido pela parte insurgente, o Tribunal *a quo* não promoveu a mera equiparação de penhora sobre faturamento com a penhora em dinheiro, tanto que a constrição judicial sobre o faturamento somente foi deferida após o esgotamento das diligências para a averiguação de outros bens preferenciais que pudessem ser objeto de constrição, o que afasta a alegada inadequação do julgado no ponto. **6.** Agravo interno desprovido" (STJ-4ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1110783/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 10/04/2018, DJe 17/04/2018, o destaque não consta do original); e **(a.2)** "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM PARTICIPAÇÃO NA EMPRESA EXECUTADA. COINCIDÊNCIA ENTRE OS SÓCIOS. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS EM RAZÃO DA CITAÇÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA ATINGIDA. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (CPC/1973, ART. 249, § 1º). TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE (CC/2002, ART. 50). REQUISITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL RECONHECIDA. MATÉRIA DE PROVA (SÚMULA 7/STJ). **PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. REDUÇÃO. PERCENTUAL FIXADO COM BASE NA APRECIAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA. INVIABILIDADE NESTA ESTREITA VIA POSSIBILIDADE DE POSTERIOR ALTERAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DURANTE A EXECUÇÃO, CASO SE MOSTRE ADEQUADA A PROVIDÊNCIA.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (CPC/1973, ARTS. 17, 18 E 538, PARÁGRAFO ÚNICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Acesso ao Sumário

PENALIDADES AFASTADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da disregard doctrine, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: 'A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade' (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015). 2. Hipótese em que, ademais, não foi demonstrada a existência de prejuízo à defesa, uma vez que, reconhecida a coincidência entre os quadros societários das empresas envolvidas, verificou-se que os sócios administradores da sociedade recorrente já figuravam no polo passivo da execução, o que lhes possibilitou o exercício do contraditório acerca da aplicação da disregard doctrine antes de proferida qualquer decisão a respeito. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (CPC/1973, art. 249, § 1º). 3. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência dos requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária executada, decretada nos termos do art. 50 do CC/2002, a revisão das conclusões contidas no acórdão recorrido, fundamentado no exame aprofundado das provas produzidas, exigiria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a penhora sobre o faturamento de empresa é admitida em casos em que se mostre necessária e adequada, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC/73, art. 655-A, § 3º); e III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial. Precedentes. 5. **Inviável, na via estreita do especial, o exame da pretensão de redução do percentual estabelecido para a penhora - fixado em 30% sobre o faturamento bruto mensal da sociedade executada -, uma vez que fixado pelo Tribunal de origem com base na apreciação dos fatos da causa. A revisão do percentual da penhora poderá ser feita pelas próprias instâncias ordinárias, caso se mostre adequada essa providência, durante a execução.** 6. Tratando-se de embargos de declaração opostos com o intuito de prequestionar matéria infraconstitucional trazida no recurso especial, não há por que inquiná-los de protelatórios, tampouco para considerar a parte como litigante de má-fé, uma vez que esta não pode ser presumida, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil. Penalidades afastadas. 7. Recurso especial provido em parte." (STJ-4ª Turma, REsp 1545817/SP, rel. Min. Raul

Acesso ao Sumário

Araújo, j. 19/04/2016, DJe 27/05/2016, o destaque não consta do original); e **(b)** deste Eg. Tribunal de Justiça: **EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Executada que se encontra em recuperação judicial - Questões atinentes ao prosseguimento da execução individual apesar da recuperação judicial em trâmite e à possibilidade de penhora do faturamento da empresa agravada que já foram definitivamente decididas nos autos - Preclusão - Art. 473 do Código de Processo Civil - Não conhecimento - Redução do percentual do faturamento penhorado - Meio de assegurar a manutenção da empresa, especialmente no caso dos autos, em que se encontra em notória dificuldade financeira - Autorização para que a constrição recaia sobre 5% (cinco por cento) do faturamento. Agravo parcialmente conhecido e, na parte em que conhecido, parcialmente provido**" (33ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2106839-93.2015.8.26.0000, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 27/07/2015, o destaque não consta do original).

4.2. A ordem de preferência de bens penhoráveis constante do art. 835, do CPC/2015 não é absoluta, podendo ser alterada de acordo com as particularidades do caso concreto, interesse das partes e a potencialidade de satisfazer o crédito.

Nesse sentido, a orientação do Eg. STJ: **(a)** "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO - SOCIEDADE COOPERATIVA - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE NUMERÁRIO EM CAIXA, SUFICIENTE PARA A GARANTIA DO DÉBITO - CONSTRIÇÃO QUE NÃO AFETA O FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO - PRECEDENTES. 1. Esta Corte, ante a interpretação sistemática dos arts. 620 e 655 da Lei Processual Civil, manifestou-se pela possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento sem que haja afronta ao princípio da menor onerosidade da execução. 2. **A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender, não apenas à forma menos onerosa para o devedor, mas também às circunstâncias do caso concreto e à potencialidade de satisfazer o crédito**. 3. In casu, observa-se que, apesar de citada, a recorrente não pagou o débito, muito menos logrou êxito em apresentar outros bens passíveis de penhora, o que possibilitou a adoção de medida extrema. 4. Diante da inércia da recorrente em solver o débito ou disponibilizar bens para realização de penhora, conclui-se a única via para satisfação do direito do credor é a penhora sobre o faturamento da empresa, no percentual de 10%, que não afeta o livre desempenho das atividades econômicas da instituição. Agravo regimental improvido" (2ªT, AgRg no REsp 771549/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 21/10/2008, DJe 21/11/2008, o destaque não consta do original) e **(b)** "1. Cuida-se de agravo interposto por CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, fundamentado no art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, em face de

Acesso ao Sumário

acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, assim ementado (fls. 193): AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PENHORA DE IMÓVEL. MEDIDA CONTRÁRIA À CELERIDADE E À MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO. PENHORA PREFERENCIAL DE DINHEIRO. ART. 655 DO CPC.!. Tendo havido apenas uma tentativa de penhora de dinheiro e tratando-se de executada com reconhecida capacidade financeira, deve haver uma nova pesquisa de ativos, e não a penhora de imóvel em valor muito superior à dívida, sob pena de ofensa à celeridade e à menor onerosidade que devem nortear a execução. 2. Deu-se provimento ao agravo de instrumento. Nas razões do recurso especial, o recorrente aponta ofensa aos arts. 535, I, e 620, do Código de Processo Civil. Sustenta que a execução deverá ser realizada de maneira menos gravosa para o devedor. Postula a reforma do aresto estadual, a fim de afastar penhora sobre o imóvel. Crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 243-245) Decido. 2. Inicialmente não conheço da alegada vulneração do art. 535, I, do CPC. Nas razões do especial o recorrente deduz argumentação de que as questões postas nos aclaratórios interpostos na origem não foram respondidas, sem pontuar, de forma específica, quais seriam e qual a sua relevância para solução da controvérsia, o que atrai, de forma inarredável, a exegese da Súmula 284/STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.' 3. Outrossim, verifica-se que o Tribunal estadual ao analisar a demanda, asseverou: 'Embora já tenha havido uma tentativa sem êxito de bloqueio de ativos (fls. 107/113) e a ordem de penhora prevista no art. 655 do CPC não seja absoluta, a penhora de imóvel em valor muito superior à dívida, sem ao menos uma nova tentativa de penhora de dinheiro, vai de encontro celeridade e à menor onerosidade que devem nortear a execução. Além disso, a executada/agravada em reconhecida solidez financeira e, conforme consignado pelos exequentes/agravantes às fls. 118/120, em diversas outras ações foram realizados bloqueios em suas contas. Assim, não se justifica deferir desde logo a penhora sobre o imóvel em detrimento da possibilidade concreta de satisfação rápida da parte incontroversa do débito por meio de uma nova pesquisa de ativos.' (fl. 196-197) **Nesse sentido, destaco que com relação à ordem preferencial dos bens penhoráveis, a orientação desta Corte é no sentido de que a gradação prevista no artigo 655 do CPC, e seus incisos, não é absoluta, podendo ser relativizada, observadas as peculiaridades do caso e o interesse das partes**. Verificar, contudo, se a mitigação da ordem legal da penhora no caso concreto era justificável, demanda, necessariamente, a incursão na seara fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial a teor da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. GRADAÇÃO LEGAL. ART. 11 DA LEI Nº 6.830/80 E ART. 655 DO CPC. CARÁTER RELATIVO.

Acesso ao Sumário

CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ. I - **Esta Corte tem entendido que a gradação estabelecida no artigo 11 da Lei nº 6.830/80 e no artigo 655 do Código de Processo Civil têm caráter relativo, por força das circunstâncias e do interesse das partes de cada caso concreto.** II - A análise da pretensão da recorrente ensejaria o reexame de matéria fática, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça. (...) IV - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 466873/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 05/05/2003, p. 233). AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. GRADAÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA RECONHECIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. 1. **A gradação estabelecida no Art. 655 do CPC pode ceder para que a execução seja garantida de forma satisfatória aos interesses do credor ou para que o devedor não seja onerado em demasia.** 2. O Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, concluiu que a penhora de dinheiro em conta-corrente não prejudica ou compromete o funcionamento da executada. Afastou, portanto, a alegada onerosidade excessiva. (...) (AgRg no Ag 558864/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 07/11/2005 p. 261). PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO. DECISÃO RECORRIDA DE ACORDO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA. GRADAÇÃO (ART. 655, CPC). RELATIVIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE (ART. 620, CPC). (...) 3. **O princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) pode, em determinadas situações específicas, ser invocado para relativizar o rigorismo da ordem legal da nomeação dos bens à penhora estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil, amoldando-se às peculiaridades do caso concreto, conforme assentado em já antiga jurisprudência do STJ. Todavia, tal princípio não tem força para comprometer a gradação legal, que, salvo situações justificadas e que não provoquem prejuízo à efetividade da execução, deve ser observada.** 4. Averiguar se a aplicação do princípio, em cada caso, se fez adequadamente ou não, e se a relativização da ordem da penhora era justificável ou não em face daquele princípio, são investigações que exigem o exame da situação de fato, incabível no âmbito do recurso especial. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 594947 / RS, Primeira Turma, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 07/03/2005, p. 150) PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. GRADAÇÃO. SÚMULA 7. CAUÇÃO. DISPENSA. 1 - **A gradação estabelecida para efetivação da penhora (Art. 655) não tem**

Acesso ao Sumário

caráter absoluto, podendo ser alterada de acordo com as peculiaridades do caso e ante o interesse das partes. 2 - Apurar em recurso especial se a penhora efetivou-se, ou não, da maneira menos gravosa para o executado seria desafiar a Súmula 7. (...)' (AgRg no Ag 596145/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 04/12/2006, p. 296). 4. Ademais, pacífico o entendimento no âmbito desta Corte Superior de Justiça de que com a edição da Lei n. 11.382/2006, dando nova redação dos artigos 655 e 655-A, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. Desse modo, a penhora on line deve ser mantida sempre que necessária à efetividade da execução. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA - EMBARGOS INTEMPESTIVOS - MANDADO INJUNTIVO CONVERTIDO EM TÍTULO EXECUTIVO - PROSSEGUIMENTO PELO PROCEDIMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA ELETRÔNICA - COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DA BUSCA POR OUTROS BENS - PRESCINDIBILIDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.382/2006 - EXEGESE DOS ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A apresentação intempestiva de embargos, no bojo dos autos da ação monitória, autoriza a conversão do mandado injuntivo em mandado executivo, a ser processado nos termos previstos para o cumprimento de sentença. 2. Conquanto este Tribunal já tenha decidido que o deferimento da penhora on line de quantias depositadas em instituição financeira esteja condicionado à comprovação do exaurimento da busca por outros bens livres e desembaraçados sobre os quais possa recair a constrição, a Lei n. 11.382/2006 deu nova conotação ao instituto e, a partir de então, equiparou, para fins do estabelecimento na ordem preferencial da penhora o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira (artigo 655, I, do CPC), a qual pode ser deferida por meio eletrônico (artigo 655-A, do CPC). 3. Da interpretação dos artigos 655, I, e 655-A, ambos do CPC, a conclusão a que se chega é no sentido de não mais se exigir que o credor comprove que procurou outros bens penhoráveis para, só então, requerer a penhora on line. 4. Se por um lado, a penhora eletrônica atende a um interesse do credor, por outro não pode consistir em violação dos direitos e garantias do devedor. 5. Recurso especial provido. (REsp 1033820/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 19/03/2009) Confiram-se também: AgRg no Ag 801.582/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 17/08/2009; AgRg no Ag 1050772/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 05/06/2009; AgRg no Ag 1013193/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 15/10/2008. 5. Ante o exposto, nos termos do art. 544, § 4º, II, 'a', do Código de Processo Civil, NEGO PROVIMENTO ao agravo em recurso especial. Publique-

Acesso ao Sumário

se. Intimem-se" (AREsp 662587, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 20/03/2015, o destaque não consta do original).

4.3. A penhora sobre créditos ou outros direitos patrimoniais, dentre os quais se incluem os referentes a valores a serem recebidos a título de contraprestação de contratos específicos, como acontece com contratos de prestação de serviços e de cartões de crédito e/ou débito, encontra previsão nos arts. 835, XIII e 855, CPC/2015, não exige a nomeação de administrador, uma vez que não se confunde com a penhora de faturamento prevista no art. 835, X, do CPC/2015, embora, assim como esta, deve ser efetivada: **(a)** somente após terem sido esgotados os demais meios na satisfação do crédito, e **(b)** de forma a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial da parte devedora.

Nesse sentido, a orientação dos julgados extraídos dos sites: **(a)** do Eg. STJ: **(a.1)** "**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REVISÃO DO JULGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL**. DECISÃO - Trata-se de agravo desafiando decisão que não admitiu o recurso especial interposto por Pluma Conforto e Turismo S.A., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 635): PENHORA DE CRÉDITOS ADVINDOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO OU DÉBITO - Possibilidade - Esgotamento das tentativas de localização de bens da devedora, passíveis de constrição - Hipótese em que a executada não indicou outros bens penhoráveis, de fácil liquidez - Penhora que se assemelha à de faturamento de empresa - Desnecessidade, no entanto, de nomeação de administrador judicial ou de fixação de percentual - Valores bloqueados deverão ser diretamente remetidos ao Juízo - Penhora que pode recair sobre valores até a satisfação integral do crédito em execução - Inexistência de prejuízo à empresa - Ação que tramita há dez anos, sem solução - Valores provenientes das transações realizadas com cartões de crédito ou débito que não representam a exclusividade dos recursos que ingressam no caixa - Documentos acostados que demonstram possuir a empresa recursos para solver a divida, bem como a existência de amplo grupo econômico - Recurso não provido." No caso, a recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que, em ação de indenização em fase de cumprimento de sentença, determinou a penhora de créditos de sua empresa junto às administradoras de cartão de crédito Mastercard e Visa. Nas razões do apelo excepcional, a parte recorrente alegou, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 620, 655-A e 677 do Código de Processo Civil de 1973. Argumentou, em síntese, que, para deferimento da penhora sobre recebíveis decorrentes de cartões de crédito, é necessário que todas as medidas constritivas

Acesso ao Sumário

sejam devidamente esgotadas por se tratar de medida excepcional, situação que não ocorreu no caso dos autos, tendo em vista os variados veículos que possuem de facilidade de venda e que poderiam ter sido objetos de execução forçada. O Tribunal de origem negou seguimento ao inconformismo (e-STJ, fls. 704-705). Daí o presente agravo, cujas razões veiculam argumentos pela admissibilidade do apelo extremo. Contraminuta não apresentada (e-STJ, fl. 731). **Brevemente relatado, decido. Ao analisar a questão referente à penhora de créditos advindos de operações com cartões de crédito ou débito, o Tribunal a quo manteve a penhora determinada pelo Juízo de primeiro grau, deixando registrado o seguinte** (e-STJ, fls. 636-637 - sem grifo no original): 2.- Verifica-se dos autos que a agravada ingressou com ação de indenização em face da agravante, ora em fase de cumprimento de sentença, e que o único bem indicado à penhora pela devedora consiste em imóvel sobre o qual já recai constrição, conforme fls. 355/358. Houve a tentativa de bloqueio on line de ativos da agravada, em diversas ocasiões, restando todas infrutíferas (fls. 288/293, 297/300, 321/324), além da inexistência de bens passíveis de penhora pela informação prestada pela Receita Federal (fls. 312). A ação foi proposta no ano de 2003, portanto tramita há dez anos. Aplicando-se as regras atinentes ao procedimento executivo atual, tem-se que, não obstante tenha sido transferido ao credor o ônus de localizar bens livres e desembaraçados do devedor para a satisfação da execução , segundo a ordem descrita no artigo 655 do CPC, tal fato não retira a obrigação do devedor de boa-fé de indicar bens de fácil liquidez para o pagamento da quantia exequenda ou mesmo propor o pagamento parcelado do débito, conforme preconizam os artigos 600, § 4º 652, § 3º, 656, § 1º. e 745-A do CPC, o que, no entanto, não se evidenciou nestes autos. Fato é que a execução não pode se arrastar por anos, sem que haja a satisfação do crédito exequendo. Destarte, a alegação de que não se esgotaram as buscas por bens da executada não infirma os fundamentos da decisão combatida, mormente frente ao comportamento da devedora evidenciado nestes autos. Assim, diante do caso concreto, é perfeitamente possível a penhora de créditos advindos de operações com cartões de crédito ou débito, entendendo este relator que tal medida assemelha-se à penhora sobre o faturamento de empresa, que é admitida desde que comprovados os seguintes requisitos'. inexistência de outros bens aptos a garantir a execução ou a difícil alienação daqueles indicados; nomeação de depositário (conforme art. 655-A, §3º, do CPC), que deverá prestar contas, entregando ao exequente as quantias recebidas como pagamento e fixação de percentual de forma a não inviabilizar a atividade da empresa. Recomendável que sejam observados requisitos semelhantes para o caso dos autos, revelando-se desnecessária, no entanto, a nomeação de depositário, pois os valores constritos serão remetidos diretamente ao Juízo. Nem se alegue que a medida pode inviabilizar as atividades da empresa, ou que os valores bloqueados não

Acesso ao Sumário

devem atingir o total do débito em execução, uma vez que, pelos documentos trazidos pela agravante (fls. 470/572), a empresa possui capital social de monta, faz ampla divulgação de seus serviços nos meios de comunicação, além de seus sócios terem constituído diversas outras empresas com mesmo objeto social, com significativo capital social. Além disso, é certo que os receáveis dos cartões de crédito e débito não representam a única entrada de recursos ao caixa da empresa. Ademais, esgotaram-se as tentativas de localização de bens passíveis de constrição, o que autoriza a medida ora impugnada. Dessa forma, as assertivas da recorrente de que a penhora tal como foi realizada é prejudicial às atividades de sua empresa, de que não foram esgotados todos os meios para a satisfação creditícia, nos termos em que foram postas, atraem o óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, pois o Tribunal estadual, diante do conjunto fático-probatório dos autos, entendeu de forma diversa. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA ON-LINE. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DE VIAS EXTRAJUDICIAIS NA BUSCA DE BENS A SEREM PENHORADOS. ENTENDIMENTO FIRMADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. (...). 2. Diante do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, é inviável, na via estreita do recurso especial, discutir-se acerca da menor onerosidade da penhora para o executado, bem como da existência de outros bens passíveis de constrição, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 404.016/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 25/2/2014); PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático- probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem, tendo em vista a ordem legal prevista no art. 655 do CPC e os princípios da menor onerosidade e da efetividade da execução, examinou os elementos fáticos dos autos para indeferir o pedido de substituição da penhora. Dessa forma, para alterar o acórdão recorrido, seria necessário o reexame da prova dos autos, inviável em recurso especial ante o óbice da mencionada súmula. 3. Agravo regimental a que nega provimento. (AgRg no AREsp 577.992RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 21/10/2014). Assim, não há como concluir pela onerosidade da execução da forma como foi conduzida sem adentrar em aspectos fáticos e probatórios dispostos nos autos, insuscetíveis de revisão na

Acesso ao Sumário

via estreita do especial, por expressa disposição da Súmula n. 7/STJ. **Ante o exposto, conheço do agravo para negar provimento ao recurso**" (AREsp 914945/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, data da publicação: 29/08/2016, o destaque não consta do original); e **(a.2)** "DECISÃO - Trata-se de agravo nos próprios autos, interposto contra decisão que não admitiu recurso especial, este fundamentado no art. 105, III, 'a' e c, da Constituição Federal. O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ficou assim ementado (fl. 464 e-STJ): AGRAVOS INTERNOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DAS PARTES COM O JULGADO MONOCRÁTICO DE FLS. 221/225, INTEGRADO PELOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE FLS. 320/323. MODIFICAÇÃO PELO COLEGIADO DO DECISUM CONTIDO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE Nº. 2008.002.28478 A FIM DE QUE HAJA UMA IMEDIATA SOLUÇÃO DA LIDE. CASO O JUÍZO A QUO NÃO CONSIGA SENTENCIAR E SE ENTENDER NECESSÁRIO, DEVERÁ NOMEAR PERITO DE SUA CONFIANÇA COM O FITO DE FAZER UM LEVANTAMENTO DO VALOR ATUALIZADO DO DÉBITO, CASO EXISTA, VERIFICANDO AINDA QUANTO JÁ FOI PAGO, DEIXANDO CLARO QUE AS PENHORAS SERÃO MANTIDAS E O VALOR DEPOSITADO FICARÁ À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO, NÃO PODENDO SER LEVANTADO. CASO ENTENDA PELA PERÍCIA, ESTA DEVERÁ SER ENCERRADA NO PRAZO DE 30 DIAS. RECURSOS CONHECIDOS. PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO AGRAVO, CONSIDERANDO PREJUDICADO EM VIRTUDE DISTO, O 1º AGRAVO. Os embargos de declaração opostos pelas partes foram rejeitados (fls. 546/555 e-STJ). No recurso especial, apontou-se contrariedade aos artigos 2º, 128, 165, 245, 458, II, 460, 467, 471, 473, 503, 509, 515, 535, I e II, 618, 620, 655-A, § 3º, 677 e 719, do CPC. Inicialmente, historiou o recorrente os atos processuais que deram origem ao anterior AI n. 2008.002.28478, o qual foi parcialmente provido pelo TJRJ para reduzir a 10% o percentual da penhora sobre as rendas de contratos televisivos e venda de ingressos em estádios, bem como determinou a nomeação de administrador judicial. Combateu o provimento do agravo interno da parte contrária, que dispensou a nomeação de administrador judicial, e facultou ao juízo a nomeação e perito, em caso de dúvida que impedisse a sentenciar o feito, mantendo-se as penhoras e impedindo-se o levantamento de valores. Entendeu que o acórdão recorrido, dessa forma, ofendeu a coisa julgada, a preclusão lógica e o princípio da proibição da reforma para pior, além de proferir julgamento extra petita. Em continuidade, arguiu o recorrente a nulidade do acórdão recorrido por falta de fundamentação e omissão. Ressaltou o aduzido pelo Desembargador Jaime Dias, no julgamento do embargos de declaração, sobre a impossibilidade de apreciar-se o já decidido no agravo de instrumento mencionado. Afirmou que houve violação ao princípio da ne reformatio em

Acesso ao Sumário

pejus, pois somente a agremiação recorreu de decisão de primeiro grau que nomeou administrador e indeferiu a suspensão das penhoras, conformando-se a parte contrária. Esta somente com o provimento monocrático do agravo do ora recorrente, é que interpôs agravo interno, o qual foi provido para facultar ao juízo a nomeação de perito, sem que tal matéria tenha sido ventilada em seu recurso, ou seja, em julgamento extra petita, levando o processo executivo a uma situação pior do que antes, segundo disserta. Questionou a determinação do prosseguimento das penhoras, mesmo reconhecendo o Tribunal estadual a ausência de liquidez e certeza quanto ao débito remanescente. Ratificou a necessidade de se observar os dispositivos legais que impõe a nomeação de um administrador judicial para gerenciar a penhora sobre o faturamento da empresa, e não de um perito ou contador judiciais. Colacionou acórdãos desta Corte para demonstração do conflito jurisprudencial. O Tribunal de origem não admitiu o recurso, por entender não configuradas as contrariedades alegadas, e por importar em revisão do contexto probatório, de acordo com a jurisprudência desta Corte. No agravo, o recorrente ratifica as violações indicadas no especial, combate todos os fundamentos da decisão agravada e pleiteia a sua reforma. Quanto aos pontos impugnados no recurso, não assiste razão ao recorrente. Acerca da alegada violação aos artigos 165, 458, II, 535, I e II, do CPC, sem razão o recorrente, haja vista que enfrentadas de forma fundamentada todas as questões levantadas pela parte, porém em sentido contrário ao pretendido, o que afasta a invocada declaração de nulidade (EDcl no Ag 1296255/SC, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 26.9.2013; AgRg no AREsp 39428/RJ, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 4.10.2013). Quanto à assertiva de violação aos artigos 2º, 128, 245, 460, 467, 471, 473, 503, 509 e 515, do CPC, sem razão o recorrente. A obediência ao princípio processual da congruência, ou adstrição, espelhado nos artigos citados, não se desnatura quando se acolheu parte do pedido do ora agravado, ainda que implicitamente veiculado no agravo interno (fl. 390 e-STJ), em razão da natureza da relação processual executiva, em que determinadas penhoras de rendas auferidas pelo agravado-devedor pagas por terceiros, amortizando o débito judicial em parcelas diferidas no tempo. **Como realçado pelo acórdão recorrido, a penhora sobre a renda do devedor em contratos específicos, conta com regramento específico na lei processual civil - artigos 671 a 675 - no qual não há previsão da figura do depositário-administrador, contrariamente com o que se dá com a penhora sobre a própria empresa, ou seu faturamento global, suporte fático aqui inexistente. A solução implementada pelo acórdão recorrido para dirimir a controvérsia, mediante a provocação das partes interessadas, como aludido, verificou-se diante dos aspectos fatuais do processo executivo em curso, em que houve descumprimento do comando da Câmara julgadora prolatado no AI n.**

Acesso ao Sumário

2008.002.28478, que determinara a nomeação de administrador judicial, há mais de cinco anos, o que levou o Tribunal estadual a adotar medidas saneadoras, de adequação do processo às normas de regência - artigos 671 a 675, do CPC, como se dessome do seguinte excerto: (...) caso não consiga sentenciar (juízo primeiro grau) e se entender necessário, nomeie um perito de sua confiança com o objetivo de fazer um levantamento do valor atualizado do débito, caso exista, verificando ainda, quanto já foi pago, deixando claro que serão mantidas todas as penhoras, cujos valores não poderão ser levantados, ficando o quantum penhorado à disposição do Juízo e dispensado o administrador judicial. Deste modo, caso o Juízo entenda que deverá haver uma perícia, esta deverá ser encerrada no prazo de 30 dias, sendo apontado o saldo devedor, se houver. (fl. 467 e-STJ). Afastar as conclusões do acórdão, que confluem para a mais célere e eficaz satisfação do credor, preservando o princípio de menor onerosidade do processo na visão do Tribunal de origem, demandaria revolvimento de aspectos fáticos e probatórios na esfera do recurso especial, tentame impossível conforme pacificado no enunciado 7 da Súmula/STJ. **A jurisprudência desta Corte, como o faz a legislação, distingue claramente a penhora sobre créditos do devedor, e aquela que abrange o faturamento da empresa, e reconhece dispensada a primeira da figura do administrador judicial na hipótese de penhora de crédito específico, nos termos dos artigos 671 a 675, do CPC. Nesse sentido: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE CRÉDITO QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE ADMINISTRADOR. - A verificação dos motivos que justificaram a rejeição dos bens oferecidos à penhora demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado nos termos da Súmula 7 do STJ. Precedentes. - A penhora sobre crédito recai sobre direitos certos ou determináveis do devedor, efetivando-se mediante a simples intimação do terceiro, que fica obrigado a depositar em juízo as prestações ou juros por si devidos à medida que forem vencendo. Com esta simples medida, evita-se que o próprio executado receba a importância penhorada, frustrando a satisfação do crédito exeqüendo. Dispensa-se, nesta circunstância, a nomeação de administrador, figura necessária e indispensável para a penhora sobre o faturamento, que exige rigoroso controle sobre a boca do caixa, o que não é, evidentemente, a hipótese.** - Ainda que se admitisse que se está diante de penhora do faturamento, é certo que esta Corte admite esta modalidade de constrição patrimonial, sem que isso, por si só, represente ofensa ao princípio da menor onerosidade ao devedor, preconizado no art. 620, CPC. **Recurso Especial não conhecido. (REsp 1035510/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 16/9/2008)** Sobre a tese

Acesso ao Sumário

de onerosidade excessiva das medidas, não prevalecem as alegações. O fato do Tribunal estadual determinar a elaboração por perito judicial de cálculos para certificar-se do valor exequendo, por si só, não traz prejuízo às partes. Já a manutenção das penhoras e a vedação do levantamento de valores até que apurado pelo perito o quanto ainda devido, se deu em face dos elementos coligidos nos autos, e do poder cautelar geral atribuído ao magistrado, de difícil apuração por meio do recurso especial, também em razão do impedimento de incursão em elementos probatórios, consoante o óbice sumular acima declinado. Em face do exposto, nego provimento ao agravo (art. 544, § 4º, II, "a", do CPC). Por conseguinte, fica prejudicada a Medida Cautelar n. 22.520/RJ, e o agravo regimental que se seguiu contra o seu indeferimento, com a qual o agravante visava a atribuir efeito suspensivo ao recurso, em virtude da ausência da plausibilidade do pedido. Traslade-se cópia desta decisão para aqueles autos." (AREsp 503360/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, data da publicação: 27/11/2014, o destaque não consta do original); e

(b) deste Eg. Tribunal de Justiça: **(b.1)** "AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. DEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PENHORA DE CRÉDITOS. PLEITO POSTERIOR DA EXECUTADA DE REDUÇÃO DA PENHORA ACOLHIDO. ALEGAÇÃO DE PRECLUSÃO PELA EXEQUENTE. NÃO ACOLHIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 668, 'CAPUT', DO CPC. RECURSO NESSA PARTE IMPROVIDO. Embora sem recurso da r.decisão que deferiu a realização de penhora de crédito da executada, três dias depois de sua efetivação manejou pedido de substituição (pedido sucessivo de redução), atendendo, com isso, o prazo de dez dias previsto no art. 668, 'caput', do CPC. Em consequência, afasta-se a pretensão do exequente de impossibilidade do pedido pela preclusão, ante a falta de recurso da decisão que deferiu a modalidade da penhora, porque o prazo inicia-se após a constrição e não da autorização de sua realização. AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. PENHORA DE CRÉDITO DEFERIDA. PEDIDO DA EXECUTADA DE SUA REDUÇÃO PELA METADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXCESSO DA PENHORA E AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DA EXEQUENTE. RECURSO NESSA PARTE PROVIDO. Sendo o débito executado muito superior à penhora de crédito consolidada, não é de ser atendido pleito da executada de sua redução pela metade, sobretudo pela não oitiva prévia da exequente sobre o pedido. AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. PENHORA DE CRÉDITO DEFERIDA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. ORDEM DE APRESENTAÇÃO DOS BENS A SEREM SUBSTITUÍDOS QUE POSTERGARÁ A DECISÃO. REJEIÇÃO DO PEDIDO PREMATURA. RECURSO NESSA PARTE NÃO PROVIDO, COM RESSALVA. A decisão agravada ainda não contém comando de deferimento de substituição da penhora de crédito por outros bens do

Acesso ao Sumário

patrimônio da executada, mas ordem de apresentação dos mesmos, razão pela qual ainda não retirados os efeitos jurídicos da penhora de crédito. Ressalva-se que, se apresentados, e com a oitiva da exequente, o juiz decidirá a respeito, nos termos do art. 668, 'caput', do CPC. AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. **PENHORA DE CRÉDITO DEFERIDA. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENHORA DE FATURAMENTO DA EMPRESA. Não se confundem a penhora de crédito com a de faturamento da empresa. A primeira atinge direitos certos ou determináveis do devedor, efetivando-se mediante a simples intimação do terceiro devedor para que não pague a seu credor (executado) ou ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição de seu crédito (art. 671 do CPC); a segunda alcança dinheiro da própria executada, com exigência de nomeação de administrador e repasses em datas certas ao processo. Observa-se que, no caso, ocorreu a primeira espécie de constrição**" (31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0149326-20.2012.8.26.0000, rel. Des. Adilson de Araujo, j. 28/08/2012, o destaque do original); e **(b.2)** "SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO - Execução - Suspensão - Devedor solidário - Massa Falida - Prosseguimento contra os demais devedores - Possibilidade: É faculdade do credor promover a ação de execução contra qualquer um dos devedores solidários. A suspensão da execução em face da empresa devedora, em virtude de falência, não pode ser estendida aos demais coobrigados. **PENHORA DE CRÉDITO - Determinação judicial para penhora de créditos devidos pelos planos de saúde aos hospitais executados - Direitos certos e determináveis dos executados - Desnecessidade de nomeação de administrador judicial - Possibilidade - Precedentes do STJ: De acordo com entendimento do STJ, a penhora de créditos não se confunde com a penhora de faturamentos e pode ser determinada, sem a necessidade de nomeação de administrador judicial.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (17ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0058737-79.2012.8.26.0000, rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 27/06/2012, o destaque não consta do original);

4.4. Aplicando-se as premissas supra, no caso dos autos: **(a)** é de se manter a r. decisão agravada, no que concerne à deliberação de penhora de crédito, sem nomeação de administrador judicial, porque: **(a.1)** é admitida pelo ordenamento jurídico a penhora de créditos a serem recebidos pela agravada pelo cumprimento de contrato firmado com Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A; **(a.2)** nas pesquisas realizadas pelo Sistema Bacenjud (fls. 555/558, 699/702 e 1046/1049) foram localizados bens insuficientes para o pagamento do débito, fixado em R$3.981.235,94, para fevereiro de 2019 (fls. 794); **(a.3)** muito embora não se tenha notícia nos autos de que foram realizadas pesquisas de outros bens de ordem preferencial de penhora, nos termos do art. 835, CPC, e nem mesmo foram indicados outros bens passíveis de constrição, reconhece-se

Acesso ao Sumário

que a ordem de preferência não é absoluta, ainda mais quando a penhora dos créditos alcançou a quantia de R$3.915.011,26 (fls. 1142); **(a.4)** os documentos acostados aos autos não comprovam que a penhora incidiu sobre a única fonte de renda da devedora; **(b)** sendo, de rigor, a manutenção do percentual de 20% do valor dos créditos a serem recebidos pela devedora junto à Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A, uma vez que: **(b.1)** a execução está prosseguindo por débito de elevado valor absoluto - R$3.981.235,94, para fevereiro de 2019; **(b.2)** embora alegue que a referida constrição atinge 100% de seu faturamento bruto, tendo em vista que os contratos com a Petrobrás são os únicos vigentes e que a manutenção da constrição tornará impossível o exercício de suas atividades empresariais, a parte devedora continua em atividade, sem ter se valido da recuperação judicial ou extrajudicial; **(b.3)** ausente prejuízo para a credora agravante no recebimento do pagamento limitado a 20% dos valores recebidos pela agravada, pois: **(b.3.1)** segundo afirmação da agravada (item 32 - fls. 1237), não impugnada pela agravante, o termo final de vigência dos contratos dar-se-á em 2024 e 2026, conforme contratos de fls. 2367/2521 e 2523/2678 dos autos de origem, de forma que, mantida a constrição de 20%, possível o pagamento do débito antes do término da vigência dos contratos e em prazo razoável; **(b.3.2)** os valores devidos sofrerão a incidência de correção monetária, que visa recompor o valor da moeda corroído pela inflação; **(b.4)** o emprego do percentual em questão deve ser havido como adequado, considerando critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para garantir à parte credora o direito à satisfação de seu crédito, sem inviabilizar a atividade empresarial da devedora, tendo em vista que a execução deve ser feita da forma menos onerosa para o devedor e deve ser processada para satisfação do direito do credor (CPC, arts. 789, 797 e 824) e **(b.5)** não se vislumbra que a constrição, neste percentual, venha a prejudicar os termos do contrato de cessão de crédito entabulado com a terceira FIDC Sifra Star.

Nesse sentido, quanto à manutenção da penhora de crédito, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "DECISÃO - Trata-se de agravo manifestado por Têxtil Quebec LTDA e outro contra decisão que negou seguimento a recurso especial, interposto pelo artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, no qual se alegou violação dos artigos 165, 535, 620 e 655 do revogado Código de Processo Civil, associada a dissídio jurisprudencial, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a seguinte ementa: RECURSO - Agravo de Instrumento - Rejeitada preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de prova inequívoca do alegado descumprimento do disposto no art. 526, do CPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Penhora - Indicação de bens, substituição e ampliação (CPC, arts. 652, § 2º, 656, 668 e 685, II) - Penhora sobre o faturamento, prevista nos arts. 655, VII, e 655-A, § 3º,

Acesso ao Sumário

do CPC, na qual é necessária a nomeação de administrador e prestação mensal de contas, não se confunde com a penhora de créditos, a qual recai sobre direitos certos e determináveis do devedor, hipótese prevista no art. 655, XI, do CPC, caso dos autos - Admissível a penhora sobre crédito a ser recebido pelo devedor quando comprovada a sua certeza e existência e ausente prova de que referida penhora torne impossível o exercício da atividade empresarial do executado, observando que a penhora de crédito se enquadra na hipótese de 'outros direitos', com previsão legal no inciso IX, do art. 655, do CPC - Não se vislumbrando situação de suficiência dos bens já penhorados para garantir a execução, nem de que a penhora do crédito da sociedade empresária devedora junto às Lojas Americanas, até o limite do débito exequendo, torne impossível o exercício da atividade empresarial dessa executada e reconhecendo que a penhora de crédito se enquadra na hipótese de 'outros direitos', com previsão legal no inciso IX, do art. 655, do CPC, e não na de 'faturamento de empresa devedora', objeto do inciso VII, do mesmo art. 655, como alegado pelos devedores, é de se manter a r. decisão agravada, que determinou o reforço de penhora sobre os créditos em questão, como autoriza o art. 685, II, do CPC, indeferindo pedido de substituição da penhora formulado pelos executados, que não encontra amparo nos arts. 656 e 668, do CPC. Recurso desprovido. Afirmaram que o acórdão estadual é omisso e que a determinação de penhora sobre o seu faturamento não obedece à ordem legal nem atende ao princípio da menor onerosidade. **É o relatório**. O inconformismo não merece acolhida. Nenhuma omissão, contradição ou obscuridade há no acórdão recorrido, tampouco carece de fundamentação idônea, senão apresenta julgamento contrário à pretensão da parte, o que não importa, por si só, em violação à norma de regência dos embargos de declaração ou em ausência de prestação jurisdicional. Não se pode confundir, ademais, ausência de fundamentação com fundamentação sucinta ou contrária aos interesses do recorrente. (...) As questões ditas omissas, ao contrário do que alegam os recorrentes, foram examinadas pelo Tribunal estadual. Quanto ao mais, esta Corte firmou entendimento de que a ordem de penhora estabelecida no artigo 655 do revogado Código de Processo Civil não é absoluta, a teor do enunciado n. 417 da Súmula. **Não fosse isso, concluiu a Corte local que 'as agravantes não comprovaram que: (a) a penhora sobre o crédito a ser recebido pela venda das mercadorias elencadas na nota fiscal de saída de fls. 119 torne impossível o exercício da atividade empresarial do devedor; (b) referido crédito possa ser havido como única fonte de renda da empresa executada; e (c) a Lojas Americanas S/A constitui a única empresa compradora das mercadorias produzidas pela agravante pessoa jurídica'** (e-STJ, fl. 170), de modo que o reexame da questão também encontra o óbice de que trata o enunciado n. 7 da Súmula desta Casa. Diante do exposto, nego provimento ao agravo." (AREsp 239471/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, data da publicação:

Acesso ao Sumário

01/08/2016, o destaque não consta do original).

Nesse sentido, para casos análogos, mas com inteira aplicação á espécie, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** "**PENHORA - Pretensão do exequente de constrição dos recebíveis de cartão de crédito e débito da executada - Admissibilidade - Constrição, porém, que pode equivaler à penhora sobre faturamento - Medida excepcional que só tem lugar quando não localizados bens, aqueles encontrados são de difícil execução ou insuficientes - Necessidade de fixação de percentual dentro dos limites fixados pela jurisprudência - Fixação em 20% dos créditos a serem recebidos - Decisão reformada** - Recurso parcialmente provido" (20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2039370-25.2018.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 13/08/2018, o destaque não consta do original); **(b)** "EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORIAS (FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA) - **Penhora de recebíveis (valores junto a operadoras de cartões de crédito) das executadas - Indeferimento - Cabimento, em parte - Providência que não se confunde com bloqueio ou penhora sobre limite de cartões de crédito, mas de valores que serão recebidos pelas devedoras junto às empresas operadoras de cartão de crédito) - Execução que sofre óbice em seu andamento - Credor que há mais de cinco anos busca receber seu crédito, sem êxito - Cabível a penhora sobre 20% (e não 30%) sobre o recebimento de valores de operadoras de cartões de crédito em favor das executadas, viabilizando a continuidade de suas atividades - Inteligência do art. 855, I e X, do CPC - Precedentes, inclusive desta Câmara** - Recurso parcialmente provido" (8ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2165482-39.2018.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. 17/10/2018, o destaque não consta do original); **(c)** "**Execução - Requerimento de penhora de recebíveis oriundos de cartões de crédito e débito - Possibilidade, porém, reduzido o percentual - Limite de 20% sobre o montante apurado** - Recurso provido, em parte" (11ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2035708-53.2018.8.26.0000, rel. Des. Gil Coelho, j. 26/04/2018, o destaque não consta do original); **(d)** "**Prestação de serviços - Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos - Cumprimento de sentença - Penhora sobre recebíveis de cartão de crédito - Possibilidade - Limitação a 20%** - Agravo provido" (26ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2240463-10.2016.8.26.0000, rel. Des. Vianna Contrim, j. 27/07/2017, o destaque não consta do original); **(e)** "RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE BENS MÓVEIS À PENHORA. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. Embora não se entenda que a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei nº 6.834/80 seja absoluta, forçoso reconhecer a legalidade da recusa, tendo em vista que o oferecimento de bens móveis deve

Acesso ao Sumário

atender não só à conveniência do devedor, como também à conveniência do credor. 2. **PENHORA DE CRÉDITOS. A determinação de penhora de 50% dos créditos recebíveis, das empresas administradoras de pagamento, pode se revelar medida demasiadamente excessiva e prejudicial à manutenção da atividade empresarial. Redução do limite da penhora em 20% dos créditos recebíveis que se revela adequado a obstar eventual agravamento da condição econômico-financeira da executada**. Recurso parcialmente provido" (5ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 2028732-64.2017.8.26.0000, rel. Des. Marcelo Berthe, j. 06/04/2017, o destaque não consta do original); e **(f)** "Abstenção do uso de marca em fase de cumprimento de sentença. **Penhora de recebíveis de operadoras de cartão de crédito. Possibilidade. Bens móveis penhorados que são de fácil deterioração, o que torna duvidosa a eficácia da garantia da execução. Penhora on line que foi infrutífera. Princípio da menor onerosidade, no entanto, que deve ser observado. Impossibilidade de penhora da totalidade dos recebíveis até o limite do valor do débito executado, sob pena de prejudicar as atividades da agravante. Penhora que deve recair sobre 20% dos recebíveis até a satisfação do débito. Recurso provido em parte**" (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 2074829- 93.2015.8.26.0000, rel. Des. Maia da Cunha, j. 29/07/2015, o destaque não consta do original).

5. Quanto ao pedido de quebra do sigilo bancário da agravada com expedição de ofício para bancos "para que informem a movimentação financeira nos últimos 90 (noventa) dias", o recurso não pode ser conhecido.

5.1. O agravo de instrumento tem seu conhecimento limitado ao pronunciamento judicial recorrido, e às matérias de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício.

Neste sentido, a orientação de: **(a)** de Araken de Assis: "**Em síntese, o efeito devolutivo do agravo remeterá ao órgão *ad quem*, no mínimo, a questão impugnada e, talvez, as questões que, haja ou não controvérsia das partes, ao órgão judiciário seja dado conhecer de ofício**. Também no agravo, portanto, o efeito devolutivo se desenvolve através de duas perspectivas diferentes, mas complementares: quanto à extensão, **cumpre definir se o pronunciamento o órgão *ad quem* cobrirá área idêntica àquela decidida no órgão** *a quo*; quanto à profundidade, urge estabelecer as questões que, haja ou não impugnação do agravante, devem ser examinadas e julgadas pelo órgão *ad quem*. (...) **A cognição do órgão *ad quem* ficará, em princípio, limitada à questão impugnada, vedada a reformatio in pejus, com as ressalvas decorrentes do conhecimento da matéria de ordem pública.**" ("Manual dos Recursos", RT, 2007, SP, p. 533/534, itens 53.1 e 53.1.1, o destaque não consta do original); e **(b)** o julgado do Eg. STJ extraído do respectivo site, que se reproduz: "**EMENTA. Processo civil. Recurso especial. Ilegitimidade e**

Acesso ao Sumário

inépcia da petição inicial. Matéria de ordem pública. Preliminar de agravo de instrumento. Possibilidade de apreciação pelo Tribunal. - Não importa em supressão de instância a análise pelo Tribunal de matéria de ordem pública invocada em preliminar de agravo de instrumento. - As questões de ordem pública devem ser reconhecidas, inclusive de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Recurso provido. DECISÃO (...) Relatado o processo, decide-se. (...) b) Da apreciação de matéria de ordem pública - art. 267, § 3º do CPC O STJ já pacificou entendimento no sentido de reconhecer a possibilidade de apreciação, de ofício, das matérias de ordem pública, tanto no primeiro grau como no segundo grau de jurisdição. Confira-se, neste sentido, o Resp 598200, da relatoria do i. Min. Castro Filho, pub. no DJ de 01.07.2004; o AGA 446135, de minha relatoria, pub. no DJ de 16.12.2002 e o Resp 285402, da relatoria do i. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub. no DJ de 07.05.2001. **Assim, o efeito devolutivo do agravo de instrumento não se restringe aos fundamentos da decisão impugnada, como entendeu o Tribunal de origem. Ademais, na hipótese em exame, nem se cogita de conhecimento de ofício de matéria de ordem pública pelo Tribunal de origem, pois o recorrente provocou a prestação jurisdicional ao argüir a ilegitimidade de parte e a inépcia da petição inicial como preliminares do agravo de instrumento interposto. Quanto ao argumento apresentado no acórdão recorrido de que a apreciação das questões em segundo grau de jurisdição implicaria em supressão de instância, este não deve subsistir, pois, ao deferir a antecipação de tutela, o i. juiz ultrapassou qualquer óbice processual, tendo, portanto, implicitamente entendido que não havia inépcia da inicial ou ilegitimidade de parte.** Com isso, fica prejudicada a discussão das demais questões suscitadas no presente recurso especial. Forte em tais razões, nos termos do art. 557 do CPC, conheço em parte do recurso especial e nesta parte lhe dou provimento para anular o acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que analise as preliminares argüidas pelo recorrente no agravo de instrumento." (REsp 575862/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05.10.2004, o destaque não consta do original).

5.2. O pedido de quebra do sigilo bancário da agravada com expedição de ofício para bancos "para que informem a movimentação financeira nos últimos 90 (noventa) dias" não foi apreciado, nem envolve questão resolvida pela r. decisão agravada, nem matéria de ordem pública, apreciável, na espécie, de ofício, visto que estranha ao r. ato judicial impugnado.

6. O pedido de "responsabilização pessoal da magistrada de primeiro grau, Tamara Hochgreb Matos, pelo risco assumido, caso ela permita o levantamento dos valores e não ocorra o pagamento na forma parcelada como determinado" deve ser indeferido.

6.1. Independentemente do resultado do julgamento do presente recurso,

Acesso ao Sumário

anota-se que nenhum juiz deve se considerar o titular exclusivo da melhor interpretação do Direito, mas todos têm o dever de se revestirem de uma dose maior de paciência, com superioridade de alma, a fim de evitar confrontos desnecessários, porque quem tem razão não precisa demonstrá-la de modo grosseiro, até mesmo porque a descortesia do trato denuncia a penúria de razões para o debate forense.

Consoante bem salientado pela Eg. Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em v. Acórdão relatado pelo Desembargador Laerte Nordi, *in* JTJ - LEX 246/70 (trecho transcrito na página 72), "Nenhum juiz, no exercício da função jurisdicional, terá a veleidade de ser titular exclusivo da melhor interpretação, devendo tão-somente, decidir consoante seu convencimento".

Como explica Ruy de Azevedo Sodré: "Quem tem razão não precisa demonstrá-la de modo grosseiro. É evidente que a violência de linguagem, a descortesia do trato para com as partes, denunciam a penúria de razões para o debate forense. O estilo desabrido, a fúria de adjetivos, o desforço verbal, representam ausência de justiça e de verdade" ("A Ética Profissional do Advogado", LTR, 1975, SP, p. 163).

Quanto à necessidade do magistrado revestir-se de uma dose maior de paciência, com superioridade de alma, a fim de evitar confrontos desnecessários em razão de extravasamento de peticionários, tem inteira aplicação à espécie o seguinte trecho do v. Acórdão relatado pelo Juiz Abreu Oliveira: "Todavia, se eles (*refere-se a incidentes em processo*) por acaso surgirem ou não puderem ser atalhados, é do magistrado que se espera um maior sacrifício, uma dose mais generosa de bonomia e compreensão para evitar-se o confronto, por vezes desnecessariamente desafiado. O julgador, de si amável, mesmo para com aquele que o provoca, não se irrita, nem se exacerba; não encrenca nem permuta o mal por mal. "*O juiz é que tem de se revestir de couraça e de insensibilidade profissional para não perder a calma e não cometer excessos*" (cf. Mário Guimarães, *in* "O Advogado", pág. 261)" (in Bol. AASP nº 2106, 10 a 16.05.99, p. 984-j).

6.2. Inadmissível a responsabilidade pessoal do magistrado pelas deliberações feitas no curso de um processo, sob pena de tolher-lhe a liberdade de decisão, conforme o seu próprio convencimento, devendo esta ser limitada aos casos de comprovado dolo ou fraude.

Nesse sentido, a orientação do Eg. STJ: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO CONTRA O ESTADO POR ATO DE MAGISTRADO. RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO MAGISTRADO POR DECISÕES TOMADASNA CONDUÇÃO DE PROCESSOJUDICIAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NECESSIDADE DE FACULTAR DILAÇÃO PROBATÓRIA E DE

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO CLARA DA DECISÃO. RECURSO ESPECIAL DE ARMANDO JIMENES DA SILVA PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA DE 1º GRAU E O ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSOS ESPECIAIS DO ESTADO DO AMAZONAS E RODOVIÁRIO SÃO LUCAS JULGADOS PREJUDICADOS. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Na origem, trata-se de ação movida pela Petrobras Distribuidora pleiteando indenização dos prejuízos que lhe teriam sido causados por atos supostamente ilícitos praticados pelo magistrado Armando Jimenes da Silva em processo anterior. A ação apontou como réus o Estado do Amazonas, a cujo Poder Judiciário se vinculava o juiz responsável pela condução do feito anterior, e a empresa Rodoviário São Lucas, que nele teria se beneficiado indevidamente. 2. A ação antecedente foi uma Ação Ordinária movida pela Rodoviário São Lucas contra a Petrobras Distribuidora, visando ao cumprimento de contrato de transporte de combustíveis, com pedido indenizatório, em razão de alegado descumprimento de suposta cláusula de exclusividade. Essa ação foi julgada procedente pelo Juiz de Direito Armando Jimenes da Silva, com fixação de astreintes no valor de R$ 100 mil diários para a hipótese de não restabelecimento do contrato, com obediência à exclusividade. 3. A Petrobras Distribuidora indica os seguintes fatos relevantes havidos na antecedente e que justificariam o seu pleito indenizatório: a) o juiz de primeiro grau deferiu extração de carta de sentença pedida por advogado sem procuração nos autos e a despeito do efeito suspensivo da Apelação; b) não se conheceu dos Embargos à Execução por suposta inépcia da exordial; c) os fatos foram denunciados no processo de conhecimento, ensejando interposição de Agravo Retido que só foi remetido ao Tribunal cinco meses após o protocolo; d) no afã de dar cumprimento à execução, houve ameaça de prisão por desobediência de funcionários; e) o juiz determinou o bloqueio de R$ 6 milhões das contas da Petrobras, para garantia do pagamento da multa cominatória, quantia levantada pela Rodoviário São Lucas, sem caução. Ao final, a sentença foi revertida pelo Tribunal de origem. 4. Proposta a Ação Indenizatória pela Petrobras Distribuidora contra a empresa Rodoviário São Lucas e o Estado do Amazonas, este último denunciou a lide ao Juiz Armando Jimenes da Silva, responsável pela condução do processo anterior. A ação e a denunciação foram julgadas procedentes pela sentença de 1º Grau, e o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas confirmou a decisão. 5. Tendo a indenização sido fixada em R$ 6.000.000,00 a partir da data em que teria ocorrido o levantamento indevido, ou seja, 14/3/1996 'com correção monetária e juros de 1% ao mês, mais honorários de 10% e utilizando o sistema disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios', o valor total em 16/10/2017 seria de R$ 92.644.206,01. 6. Foram apresentados Recursos Especiais pelo Juiz Armando Jimenes da Silva, pelo Estado do Amazonas e pela Rodoviário São Lucas. 7. O Estado do Amazonas interpôs Recurso Especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional, por

Acesso ao Sumário

violação do art. 267, VI, do CPC/1973. Sustenta a irresponsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário, exceto nos casos previstos em lei, ausentes na hipótese dos autos. Pede que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, diante da impossibilidade jurídica do pedido e sua ilegitimidade passiva. 8. A empresa Rodoviário São Lucas interpôs seu recurso pelas alíneas 'a' e 'c' do art. 105, III, da CF. Afirma, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 295 e 330 do CPC/1973. Alega que a petição inicial era inepta e que o julgamento antecipado da lide acarretou cerceamento de sua defesa. Pleiteia seja decretada a inépcia da inicial ou, após emenda, seja regularmente instruído o processo, com a produção das provas requeridas em 1ª instância. 9. Armando Jimenes da Silva assevera que o acórdão recorrido violou os arts. 131, 133, 333, I, e 535 do CPC/1973, por se referir superficialmente ao cerceamento de defesa, à denunciação à lide e ao erro judiciário. Aduz ainda a ausência de provas para sua condenação. Requer anulação ou reforma do acórdão recorrido. RECURSO ESPECIAL DE ARMANDO JIMENES DA SILVA - **CARÁTER SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO JUIZ POR SUAS DECISÕES 10. Em benefício da própria sociedade, não se pode cogitar de responsabilidade objetiva do juiz pelas decisões tomadas no curso de um processo judicial. Se os juízes tivessem de decidir sob uma espada ameaçando-os de responsabilidade pessoal em caso de erro, as decisões não seriam tomadas com liberdade para aplicar o Direito aos fatos**. 11. O art. 133, I, do CPC/1973, em norma reproduzida pelo art. 143, I, do CPC/2015, e, em especial, o art. 49, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman (LC 35/79), estabelecem a responsabilidade pessoal do magistrado apenas quando ele proceder com dolo ou fraude. 12. '**A independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter, para julgar sem receio, estariam irremediavelmente postas em xeque se eles houvessem de ressarcir os danos provenientes de seus erros. E mais: ficariam os juízes permanentemente expostos ao descontentamento da parte vencida e o foro se transformaria no repositório de ações civis contra eles. Para corrigir sentença errada bastam recursos; o prejuízo por ela causado é conseqüência natural da falibilidade humana; essa possibilidade de erro é fato da Natureza, não é ato do juiz**' (Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Editora Forense, pág. 409, citado no RE 219.117, STF, relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 29.10.99). 13. **O proceder doloso ou fraudulento do juiz deverá estar devidamente provado nos autos, de maneira a convencer o julgador de que houve não simplesmente decisões equivocadas, mas conduta impregnada de elemento subjetivo negativo. Se a decisão é errada, teratológica até, mas o juiz não agiu com dolo ou fraude, não pode ser responsabilizado pessoalmente**. Em benefício dos jurisdicionados, que não podem ter seus casos decididos por julgadores tolhidos pelo medo. Para decisões

Acesso ao Sumário

simplesmente erradas, o sistema prevê múltiplos recursos. 14. **No caso concreto, sem examinar a prova dos autos, com a simples leitura do acórdão recorrido, verifica-se que não foi produzida prova da existência de dolo ou fraude do então Juiz de Direito Armando Jimenes da Silva**. 15. Ao examinar a alegação do recorrente Armando Jimenes da Silva de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, afirma o acórdão recorrido que 'a cópia dos autos da ação n° 012.95.03934-3, juntada às fls. 27/963, torna induvidosa a parcialidade com que foi conduzido o processo pelo Primeiro Apelante, de forma a beneficiar uma parte detrimento da outra. Assim sendo, tenho que o Juiz a quo, acertadamente considerou a prova documental carreada aos autos suficiente a demonstrar a conduta lesiva e dolosa daquele, de forma a justificar o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil'. 16. A essa fundamentação poderia se acrescentar, também, o trecho do acórdão em que este rejeita a alegação de que teria havido apenas erro judiciário: 'Da análise dos autos, depreende-se, entretanto, que não se pode considerar mero erro judiciário a seqüência de absurdos processuais ocorridos, não se podendo olvidar, ainda, que o Apelado se insurgiu, de todas as formas, contra tais atos, mas recebeu como resposta, na maioria das vezes, outro ato arbitrário, ilegal e abusivo do Primeiro Apelante'. 17. A alegação de existência de conduta dolosa ou fraudulenta já sugeriria a necessidade de facultar a produção de prova em audiência, tendo esta sido expressamente requerida pelo réu, que recebeu o apoio do Ministério Público para o pedido, mas a lide foi julgada antecipadamente. 18. O antigo Juiz do processo foi condenado com base em alegação absolutamente genérica de que 'cópia dos autos da ação n° 012.95.03934-3 ... torna induvidosa a parcialidade com que foi conduzido o processo pelo Primeiro Apelante, de forma a beneficiar uma parte em detrimento da outra'. Não se indicaram os elementos dos autos da ação conduzida pelo recorrente dos quais o Tribunal de Justiça do Amazonas extraiu a conclusão de parcialidade, de ação deliberada para beneficiar uma parte em detrimento da outra. Da mesma forma, não foram apontados os 'absurdos processuais' respondidos com 'ato arbitrário, ilegal e abusivo do juiz'. 19. Dizer genericamente que a prova dos autos leva a uma conclusão não é fundamentar uma decisão. Tal decisão é pseudofundamentada. Foi violado o art. 131 do CPC/1973, que estabelecia o dever do juiz 'indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento'. 20. Em suas contrarrazões ao Recurso Especial, a Petrobras Distribuidora aponta os atos que a levam a concluir pela existência de conduta dolosa, mas o acórdão recorrido nem sequer fez isso. 21. Registro que, embora não seja possível fazer na instância especial a análise de elementos de prova, por força da Súmula 7/STJ, alguns atos arrolados pela Petrobras Distribuidora em suas contrarrazões nem parecem tão absurdos. De fato, numa análise muito superficial e precária, sem qualquer caráter vinculante, a tão combatida execução provisória parece ter equivalido ao

Acesso ao Sumário

cumprimento de antecipação de tutela concedida na sentença para restabelecimento do contrato de exclusividade, com cominação de astreintes. Embora não tenha falado em antecipação de tutela, a sentença do processo conduzido pelo recorrente se referiu à 'restauração imediatamente dos serviços de transporte'. 22. Apenas o pagamento da multa por descumprimento da obrigação de fazer sem que fosse aguardado o trânsito e sem oferecimento de caução parece ter sido uma decisão manifestamente errada, mas, repita-se, o Juiz não responde por decisões meramente erradas, se não agiu com dolo ou má- fé. 23. Por outro lado, é de se registrar que todas as decisões tomadas na referida execução provisória estariam sujeitas a Agravo de Instrumento a ser protocolizado diretamente no Tribunal de Justiça e, para sua interposição, as partes não dependiam em nada do Juiz de 1º grau. **24. Assim, deve ser provido o Recurso Especial de Armando Jimenes da Silva, sucedido pelo seu espólio, para que os autos retornem ao 1º Grau e lhe seja facultada a produção de prova em audiência. Em seguida, deverá ser proferida nova sentença, como se entender de direito, uma vez que no presente julgamento está sendo reconhecida apenas a ausência de fundamentação, não se concluindo pela existência ou não de dolo ou fraude por parte do recorrente na condução do processo antecedente**. RECURSOS ESPECIAIS DO ESTADO DO AMAZONAS E RODOVIÁRIO SÃO LUCAS 25. Os Recursos Especiais do Estado do Amazonas e Rodoviário São Lucas ficam prejudicados, uma vez que, sendo reaberta a instrução, deverão ser proferidas nova sentença e, eventualmente, novo acórdão pelo Tribunal de Justiça do Amazonas e contra esses é que, quiçá, poderão ser interpostos novos Recursos Especiais para o STJ. CONCLUSÃO 26. **Recurso Especial de Armando Jimenes da Silva conhecido e provido para anular o acórdão recorrido e a sentença, devendo os autos retornarem ao 1º grau para, após facultar às partes a produção de provas, ser proferida nova sentença, como se entender de direito**. Recursos Especiais do Estado do Amazonas e de Rodoviário São Lucas julgados prejudicados" (2ªT, REsp 1221997/AM, rel. Herman Benjamin, j.19/10/2017, DJe 05/02/2018, o destaque não consta do original).

6.3. Na espécie, não se vislumbra que a MMª. Juíza de Direito prolatora das rr. decisões agravadas tenha agido com dolo ou fraude ao limitar a penhora a 20% do valor do crédito recebido pela devedora, após ter indeferido sucessivos pedidos de desbloqueio destes valores, de forma que descabido aventar sobre a sua responsabilidade pessoal.

Anota-se que a deliberação de redução do percentual de execução, além de não alcançada pela preclusão, por não ter sido objeto decisão anterior, é admissível quando se tornar excessiva, durante a execução, em razão da situação vivida pelo devedor, conforme orientação dos julgados do Eg. STJ supra especificados, e já foi adotada, inclusive por esta Eg. 20ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado, em outros casos análogos.

7. Em resumo, o recurso deve ser conhecido, em parte, e negado provimento, na parte conhecida.

Ante o exposto e para os fins acima, **conhece-se, em parte, do recurso e nega-se provimento, na parte conhecida**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115392-90.2019.8.26.0000, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é agravado PRENHACA & LUZ CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.045)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de julho de 2019.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C PEDIDO COMINATÓRIO - SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA E INTERNET POR INADIMPLEMENTO - ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO PADRÃO DE GASTOS DA AUTORA A PARTIR DA INCLUSÃO DE SERVIÇO ADICIONAL, SEGUNDO ELA, NÃO CONTRATADO - CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO - ADEQUAÇÃO - REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC PREENCHIDOS - MANUTENÇÃO DO PRAZO FIXADO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM DADA A AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA PELA RECORRENTE - ASTREINTE FIXADA EM PATAMAR ADEQUADO, ANTE

Acesso ao Sumário

A SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES E A NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

1) Trata-se de tempestivo e preparado agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 77/78 do processo de origem, que deferiu a tutela provisória de urgência e determinou que a requerida restabelecesse os serviços de telefonia e *internet* à autora, no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de multa diária de R$ 200,00, limitada a R$ 20.00,00. Além disso, determinou a abstenção de inserção do nome da autora, em relação aos débitos questionados, nos cadastros restritivos ou de eventual apontamento nos Cartórios de Protestos.

Irresignada, a agravante aduz que não há verossimilhança nas alegações da parte agravada e, portanto, entende que não foram preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória. Pugna pela dilação do prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, por considerar ser demasiado exíguo e desarrazoado. Requer, além disso, a redução da multa cominatória.

O recurso foi processado no ordinário efeito devolutivo.

Contraminuta a fls. 44/50.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

2) Admito o recurso, pois a decisão recorrida versa sobre tutela provisória de urgência, matéria prevista no rol de decisões interlocutórias impugnáveis em separado, por agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, inc. I).

3) O recurso foi tirado de ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c pedido cominatório, em que a pessoa jurídica autora alega que o contrato de prestação de serviços telefônicos e de *internet* mantido com a ré há anos foi unilateralmente alterado, com inclusão de serviço não solicitado, o que acarretou aumento expressivo do valor mensal cobrado. Ante a recusa ao pagamento da fatura, o serviço foi interrompido. Diante disso, foi requerida a concessão de tutela provisória de urgência, visando ao restabelecimento do serviço de telefonia e *internet*, bem como a declaração de inexigibilidade dos débitos relacionados ao serviço denominado "Soluciona TI".

A r. decisão recorrida deferiu a tutela provisória de urgência "*(...) para determinar que a requerida (i) restabeleça os serviços de telefonia e internet à autora no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de multa diária de R$ 200,00, limitada a R$ 20.000,00; (ii) se abstenha de inserir, em razão unicamente dos débitos aqui em discussão, o nome da autora nos cadastros de inadimplentes e tampouco aponte eventuais títulos no Cartório de Protestos.*"

Acesso ao Sumário

4) Para a concessão da tutela provisória de urgência o Magistrado precisa avaliar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado na petição inicial e quais as chances de êxito do demandante. Ou seja, faz-se um juízo de probabilidade e não de certeza, razão pela qual a cognição é sumária. Devem estar presentes (i) a *verossimilhança fática* - há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor, independentemente da produção de prova; e (ii) a *plausibilidade jurídica* - verificação de que é provável a subsunção dos fatos narrados à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Além disso, como visto, deve-se verificar a ausência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Trata-se de um requisito negativo. Essa irreversibilidade é basicamente uma irreversibilidade fática, que seria incompatível com um juízo de cognição sumária.

No caso concreto, a autora juntou faturas de consumo vencidas entre janeiro e novembro de 2018, em que se constata que o gasto médio era de R$ 150,00 (fls. 21/62 - autos da origem), substancialmente majorado a partir de dezembro de 2018, quando passou a ser cobrado um serviço denominado Soluciona TI, cuja contratação não é reconhecida pela autora (fls. 63/71 - autos da origem). Por não reconhecer tal débito, a autora não efetuou o pagamento das faturas e, por isso, a prestação do serviço foi interrompido.

Disso se dessume a verossimilhança das alegações, ante o expressivo aumento do valor da futura decorrente da cobrança de serviço que não teria sido contratado, fato, inclusive, não esclarecido pela agravante em suas razões recursais, bem como o risco de dano grave, decorrente da interrupção do serviço essencial.

Acrescente-se que a ordem de restabelecimento do serviço não é irreversível, de modo que se constatado o cabimento da cobrança o serviço poderá ser novamente interrompido e a cobrança respectiva, efetuada.

Assim, estão preenchidos os requisitos que autorizam a concessão da tutela provisória de urgência.

O prazo concedido pelo Juízo *a quo* foi genericamente impugnado pela recorrente, que não apresentou razões concretas que impossibilitariam o atendimento da ordem em 24 horas. Afirmou que, eventualmente, poderia encontrar óbices ao cumprimento da obrigação de fazer, pois vários são os departamentos da empresa envolvidos no cumprimento, e requereu a concessão de prazo de 20 a 30 dias. Ora, desarrazoada seria a concessão do prazo de um mês para que seja promovido o restabelecimento de um serviço essencial, que já era prestado à autora, mas interrompido pelo inadimplemento.

Por fim, a multa cominatória não comporta alteração.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, as *astreintes* buscam evitar

a conduta desidiosa e renitente do devedor, que posterga o cumprimento da obrigação, tendo a finalidade de "*criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo.*"[1] Visam, portanto, a conferir coercibilidade às decisões judiciais e garantir o respeito à autoridade estatal.

Para tanto, necessário que a multa seja fixada em valor apto a influir no ânimo da parte, para quebrar eventual resistência ao cumprimento da ordem.

Assim, a multa diária arbitrada em R$ 200,00, limitada a R$ 20.000,00, não pode ser considerada excessiva, tendo em vista a situação financeira das partes e a natureza da decisão proferida.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2156381-80.2015.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado SIDELE SENCIATI.

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 85.179)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2019.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - Matérias aduzidas em sede de impugnação, previamente decididas - Recurso em que se apresentam nas razões recursais as mesmas matérias anteriormente debatidas e solucionadas - Decisão anterior que se apresenta irrecorrível - Impossibilidade de retroceder no tempo para ver a argumentação reapreciada - Preclusão - Reconhecimento. Recurso improvido.

1 Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 535.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que rejeitou a impugnação e homologou o cálculo da contadoria do juízo.

Insurge-se o executado, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, preliminarmente, prescrição; incompetência do juízo; ilegitimidade de parte ativa; necessidade de realização de provas; e necessidade de prévia liquidação. No mérito, aduz que os juros moratórios devem ter como termo inicial a data da citação realizada nesta ação; os juros remuneratórios devem ter incidência única em fevereiro de 1989; a correção monetária deve se dar pelos índices de poupança. Por fim, aponta dispositivos para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

Sem razão o recorrente.

Primeiramente, deixe-se assentado que o agravante ao apresentar razões recursais o faz para reeditar matérias que foram aduzidas em impugnação e foram decididas a fls. 137/141 dos autos principais, decisão esta, aliás, da qual não houve interposição de recurso.

Havia sido afastadas as preliminares, observando que a parte autor é legítima para propor a presente ação; o juízo é competente e não ocorreu prescrição, bem como determinado a realização de conferência dos cálculos pela contadoria do juízo, pelos índices lá estabelecidos.

Após a realização dos mencionados cálculos, aqueles foram homologados pela magistrada *a quo*.

Vem, então, o recorrente se insurgir contra a decisão efetivamente impugnada (fls. 57/58), trazendo-se, como acima destacado, as mesmas matérias debatidas e solucionadas em primeiro grau, solução esta, remarque-se, apresentada em decisão irrecorrível.

Ora, como ocorreu exatamente desta forma, não pode agora o agravante pretender retroceder no tempo para ver sua argumentação, oportuna e regularmente afastada, reapreciada, pelo simples fato que sobreveio sobre os temas decididos, preclusão.

Em virtude disto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2241510-48.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HYPERMARCAS S.A., são agravados TECNICARE INDÚSTRIA E

COMÉRCIO LTDA., LUCIANO GHILARDI e LUIZ ANGELO GHILARDI.

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 23364)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HIPÓTESE APENAS DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 68/70 dos autos principais, que indeferiu pedido para a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, diante da ausência dos requisitos legais específicos.

Insurge-se a agravante, afirmando ter dado início ao cumprimento de sentença para compelir a agravada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Relata que mesmo após intimada, deixou de adimplir a sua prestação, e a localização por ativos financeiros via BacenJud, InfoJud e RenaJud, restaram infrutíferas.

Ademais, a agravada está ativa mas encerrou de modo irregular as suas atividades, não constando protesto ou ação de falência proposta contra ela em andamento. Alega que os seus sócios se apropriaram dos ativos que guarneciam seu estabelecimento e zeraram o saldo bancário da empresa, o que configura desvio de patrimonial e autoriza o acolhimento do pedido para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada.

Recurso distribuído em razão de prevenção gerada pelo Processo 1055302-37.2013.8.26.0100, com trânsito em julgado, em 01/02/2016, e regularmente processado.

Não houve apresentação de contraminuta (certidão - fl. 26).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

I) Respeitado o entendimento do MM. Juízo de origem, é o caso de acolhimento do presente agravo de instrumento para se admitir a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

No requerimento, demonstrou a agravante, além da ausência de bens penhoráveis, o preenchimento dos pressupostos legais específicos, consubstanciado na alegação de abuso da personalidade jurídica devido ao encerramento irregular da empresa executada. Assim, se ainda não é o caso de imediatamente proceder à desconsideração, está configurada hipótese a **autorizar a instauração do incidente legalmente previsto pelos arts. 133 a 137 do CPC/2015** para a devida **apuração do quanto alegado, se hipótese ou não de desconsideração**, tudo à luz do contraditório e da ampla defesa.

II) Nesse sentido, a jurisprudência deste E. TJSP:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança - Fase de cumprimento de sentença - Decisão que indefere pedido da exequente de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada - Necessária é a instauração do procedimento como previsto nos artigos 133 e seguintes do NCPC, de obediência obrigatória, inclusive por encerrar preservação do contraditório e da ampla defesa, notadamente em relação aos terceiros objetados na pretensão - Decisão reformada - Recurso provido." (AI n.º 2200848-76.2017.8.26.0000, Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, 15ª Câmara de Direito Privado, j. em 30/10/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Pleito de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Artigo 134 e seus parágrafos do NCPC - Preenchimento dos pressupostos legais específicos para que se instaure o incidente - Recurso parcialmente provido somente para determinar a instauração do incidente em que será apurada a hipótese ou não da requerida desconsideração." (AI n.º 2212475-14.2016.8.26.0000, Rel. Des. Silveira Paulilo, 21ª Câmara de Direito Privado, j. em 25/04/2017)

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - O Código de Processo Civil de 2015 prevê a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 e art. 795, § 4º), para que os bens do responsável da empresa executada sejam atingidos - Impossibilidade de apreciação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica no presente recurso - RECURSO PREJUDICADO, COM DETERMINAÇÃO." (AI n.º 2141858-29.2016.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado, j. em 14.09.2016)

"Sentença - Cumprimento - Desconsideração da personalidade jurídica - Necessidade de instauração de procedimento próprio - Artigos 133 e 795, § 4º do CPC de 2015 - Decisão mantida - Recurso desprovido." (AI n.º 2141710-18.2016.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, 29ª Câmara de Direito Privado, j. em 14/09/2016)

Acesso ao Sumário

III) Concluindo, é o caso de acolher a pretensão da agravante, para a instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, a ser apreciado pelo Magistrado de origem, nos termos dos arts. 133 a 137 do CPC/2015.

IV) Nesses termos, dou provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104056-89.2019.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante FREDERICO REQUENA NETO, são agravados WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA. e MUNICÍPIO DE BARUERI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43362)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e CAUDURO PADIN.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - Defeito no cilindro de oxigênio que causou a explosão do produto e a perda da visão no olho esquerdo do autor - Pleito de justiça gratuita - Indeferimento - Inconformismo - Competência Recursal - Responsabilidade Civil do Estado - Competência fixada pelo art. 3º, I.7, "a" e "b" da Resolução nº 623/2013, deste E. Tribunal de Justiça - Competência recursal das Câmaras de Direito Público - Recurso não conhecido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls.08 (***Vistos. Indefiro a gratuidade da justiça. Recolha a custas de ingresso***

e cumpra as demais determinações no prazo de 15 dias, ficando ciente do disposto no art. 290 do CPC. Intime-se.), que indeferiu os benefícios da justiça em favor do autor e determinou o recolhimento das custas processuais no prazo de 15 dias, ciente do disposto no art.290 do CPC.

Sustenta que não possui condições de arcar com as custas processuais, pois além de passar por dificuldades financeiras, também sofre com problemas de saúde, conforme descrito nos autos. Alega que sua condição financeira se modificou após a decisão agravada, pois veio a se separar. Aduz que o indeferimento impede o acesso à justiça e que tem direito ao diferimento das custas processuais. Afirma que a Constituição Federal em seu art. 5º, LXXIV, assegura o acesso à justiça aos necessitados e que tem vivido do auxílio de familiares para sua manutenção e de sua família. Esclarece que as normas legais não exigem que os requerentes da gratuidade sejam miseráveis, bastando que comprovem a insuficiência de recursos para custear o processo. Requer provimento ao recurso.

É o relatório.

O autor propôs a presente ação, alegando que em virtude de doença respiratória, seu pai era dependente de oxigênio medicinal desde 2011, sendo que tal medicamento é fornecido pelo órgão de saúde do Município de Barueri, que é responsável pela compra e solicitação do produto junto ao corréu White Martins que entrega e repõe o produto quando necessário.

Sustenta que em 17.06.17, ao manusear o cilindro para trocar o medicamento de seu pai, o barômetro do cilindro de oxigênio estourou e a peça se soltou vindo a perfurar seu olho esquerdo.

Afirma que teve que se afastar de seu emprego e passou a receber auxílio doença do INSS até 13.12.17, embora considerado inapto a exercer suas funções.

Pleiteou os benefícios da justiça gratuita, por não possuir condições de arcar com as custas processuais.

O magistrado indeferiu o pedido e concedeu o prazo de 15 dias para o recolhimento das custas processuais, sob pena de cancelamento da distribuição.

É contra essa r. decisão que o autor demonstra seu inconformismo.

A ação na qual se interpôs o presente recurso trata de matéria afeta à competência recursal das C. Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Isso porque o direito discutido na demanda versa sobre a responsabilidade civil da Prefeitura e de empresa que presta serviços à Prefeitura de Barueri.

Neste sentido, consigna o art. 3º, I.7, "a" e "b", da Resolução 623/2013, deste E. Tribunal:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos,

Acesso ao Sumário

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.7 - Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

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;

Nesse sentido:

APELAÇÃO - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PREFEITURA E CONCESSIONÁRIA, RÉS - COMPETÊNCIA RECURSAL DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO - Matéria que versa sobre falha do Serviço Único de Saúde - Competência fixada pelo art. 3º, I.7, "a" e "b" da Resolução nº 623/2013, deste E. Tribunal de Justiça - Recurso não conhecido, determinada a redistribuição. (Apelação Cível nº 0001721-81.2010.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, São Paulo, 18 de julho de 2019. COSTA NETTO RELATOR).

Assim sendo, pela inclusão do ente público no polo passivo, cumpre remeter o recurso à seção competente.

Ante o exposto, não conheço do presente recurso e determino a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085787-02.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é agravada CLAUDINÉIA FERNANDES PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.741)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de julho de 2019.
BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Telefonia. Ação cominatória, cumulada com indenização por danos moral e material. Cumprimento de sentença. Execução de multa diária, que atinge o limite fixado pelo MM. Juízo. Descumprimento da obrigação. Alegação de obrigação impossível. Ausência de prova, pela devedora. Pedido de exclusão ou diminuição. Descabimento. Cominação em valor proporcional e razoável, diante do ato da Concessionária, sem respaldo para revogação ou redução. Recurso não provido.

VOTO

Agravo Instrumental interposto por Nextel Telecomunicações Ltda., contra decisão de fls. 37/41, na origem, declarada às fls. 44, que, nos autos do incidente de cumprimento de sentença, instaurado em ação cominatória, cumulada com indenização por danos moral e material, ajuizada por Claudinéia Fernandes Pereira, rejeitou a impugnação à execução de multa diária, mantendo a aplicação das 'astreintes', no patamar máximo de R$ 15.000,00, com correção monetária, de acordo com a Tabela Prática do TJSP, a partir de 25/03/2019.

Na minuta recursal, pleiteia a reforma da r. decisão. Diz que a obrigação de fazer é impossível e desproporcional e que, por isso, deve ser convertida em perdas e danos, ou, ainda, reduzida. Defende que o montante alcançado a título de multa diária (R$ 15.000,00, com acréscimo de correção monetária) afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Relata que não comercializa mais o aparelho objeto da obrigação e que todos os débitos foram baixados, para que a agravada possa adquirir outro aparelho. Afirma que a multa diária é mais vantajosa para a autora, que teve os débitos baixados e ainda promove a execução de valor superior ao aparelho. Defende que "*a imposição de execução no valor de R$ 15.000,00, de simples análise do feito, mostra-se totalmente em descompasso com a situação carreada nos autos, revelando-se como verdadeira oportunidade de enriquecimento ilícito*", da agravada. Discorre acerca do caráter coercitivo da multa diária. Invoca o artigo 537, § 1º, do CPC, para a exclusão ou a redução do valor devido a título de multa.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado (fls. 14/15), processado sem efeito suspensivo e respondido (fls. 46/53).

Distribuído o recurso nos termos da Resolução nº 772/2017, do OETJSP,

não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 43/44).

É o relatório.

Inicialmente, é necessário considerar que, em razão de os autos tramitarem integralmente de forma eletrônica, na origem (artigo 1.017, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015), a menção às páginas processuais observará à numeração em primeira instância.

Trata-se de ação cominatória, em fase de cumprimento de sentença (fls. 20/22), para a execução da multa diária, no seu limite fixado na Origem (R$ 15.000,00), aplicada à base de R$500,00 por dia de descumprimento, para a satisfação da obrigação de autorizar o crédito em favor da autora e providenciar a aquisição do aparelho descrito na inicial, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado da sentença.

As 'astreintes' foram fixadas em sentença, confirmada pelo v. Acórdão transitado em julgado, no dia 07/01/2019 (Certidão do STJ de fls. 25), de sorte que incide a preclusão sobre a matéria (pedido de exclusão da multa diária).

Iniciado o cumprimento de sentença, para a cobrança da multa diária, certo é que a penalidade alcançou, em março de 2019, o montante de R$ 18.630,17 (fls. 02).

A impugnação ao cumprimento de sentença, oferecida pela agravante, foi rejeitada na origem, pelos seguintes fundamentos, na passagem que importa ao desfecho do recurso:

> "*Vistos. Cuida-se de execução de multa cominatória por descumprimento de tutela antecipada concedida nos autos principais em que a exequente pleiteia o recebimento da quantia de R$ 18.630,17 (fls. 2), porquanto a executada teria descumprido a obrigação imposta a ela no prazo estipulado por este juízo.*
>
> *Intimada, a executada manifestou-se nos autos e pugnou pela conversão da obrigação em perdas e danos, conforme requerimentos de fls.107 e 155/156 dos autos principais (fls. 31/32).*
>
> *Réplica a fls. 35/36, na qual a exequente majorou o cálculo da multa para R$ 22.542,50.*
>
> *É a síntese. Decido.*
>
> *A impugnação deve ser rejeitada.*
>
> *É incontroverso nos autos que a exequente promoveu em face da executada ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, cujo pedido liminar foi deferido em sentença, fixando-se multa de R$ 500,00 até o limite de R$ 15.000,00 para que a executada autorizasse o crédito e providenciasse aquisição do aparelho descrito na inicial (sentença de fls. 74/76 dos autos principais).*

Acesso ao Sumário

Contra esta decisão, foi interposto recurso de apelação, ao qual foi negado provimento (fls. 113/119; 134/138 e 183/222 dos autos principais).

Nesta esteira, o trânsito em julgado se deu em 22/01/2019 (fls. 222 dos autos principais).

Pela análise dos autos, verifica-se que, devidamente intimada, a executada não diligenciou para o efetivo cumprimento da determinação judicial transitada em julgado.

Muito pelo contrário, atravessou petição a fls. 107 dos autos principais e informou que a obrigação não poderia ser cumprida, pugnando pela sua conversão em perdas e danos, requerimento, este, reiterado a fls. 155/156, sob os mesmos argumentos.

Portanto, incontroverso nos autos que a executada não cumpriu a obrigação que lhe foi imposta judicialmente.

Não há outra hipótese a não ser o reconhecimento do descumprimento da obrigação pela executada.

Com efeito, depreende-se dos autos, que não foram tomadas quaisquer providências pela executada para a devida autorização do crédito e aquisição do aparelho descrito na inicial.

Outrossim, não há que se falar em conversão da multa em perdas e danos como argumentado pela executada nas referidas petições.

Primeiro, porque as astreintes são fixadas com a finalidade de compelir o devedor a cumprir a determinação dentro do prazo estabelecido, de modo que, havendo obrigação a ser cumprida, não há que ensejar da sua conversão em perdas e danos.

Nem se diga que a alegada impossibilidade de cumprir a decisão ensejaria sua conversão, pelo simples fato de que não houve qualquer comprovação cabal de que há impossibilidade no cumprimento da obrigação.

Anote-se que a executada não juntou um documento sequer a comprovar eventual impossibilidade em cumprir a obrigação.

Portanto, mantém-se a aplicação das astreintes, sem falar em sua conversão em perdas e danos.

Resta, portanto, a análise do quantum.

E, neste, ponto, hei por bem manter a multa fixada no patamar de R$ 15.000,00 na forma como lançada na sentença.

No entender deste juízo 'A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que

Acesso ao Sumário

possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento.' (Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, Podivm, 2007, p. 349).

Ora, pelo exposto e verificando-se ausência de quaisquer diligências que poderiam ter sido realizadas pela executada, nota-se que o seu comportamento foi injustificável e, portanto, merece reprimenda"

Assim, foi interposto o presente recurso, sob o argumento de que a multa diária foi imposta de forma excessiva, sem observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, porque a obrigação seria de impossível cumprimento, por ausência de comercialização do aparelho objeto da lide.

Em que pese o inconformismo, a pretensão recursal não comporta acolhida.

Ora, a agravante foi devidamente intimada para cumprir a obrigação de fazer, a que foi condenada na sentença, confirmada por v. Acórdão, para a satisfação da obrigação de autorizar o crédito em favor da autora e providenciar a aquisição do aparelho descrito na inicial, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado da sentença.

A tese da recorrente não convenceu no Apelo, de sorte que o v. Aresto manteve a sentença e, ainda inconformada, recorreu ao C. STJ, e, de igual modo, não teve melhor sorte, ocorrendo o trânsito em julgado, em janeiro do corrente ano.

Logo, no tocante ao pedido de exclusão da multa diária, certo é que seu recurso afronta a coisa julgada.

Não há como se rediscutir, pois, a incidência da multa, tampouco revisar o seu valor, porquanto operou-se, no caso, a preclusão consumativa (art. 507, CPC), que impede a reapreciação da matéria.

Diz o art. 507, do Código de Processo Civil: "*Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão*".

Ainda, conforme se extrai dos autos, não logrou a agravante comprovar que se trata de obrigação impossível, porque nada comprovou nesse sentido.

Bastava a juntada de algum documento para a agravante comprovar a impossibilidade de cumprimento da obrigação, o que daria ensejo à análise da assertiva, com base em provas, mas nada fez a recorrente nesse sentido.

Alegar sem provar é o mesmo que nada dizer, de sorte que a agravante não se desincumbiu de tal ônus, o que impede o acolhimento de seu pedido de conversão da obrigação em perdas e danos.

A recalcitrância da agravante não permite, assim, a redução da multa, porquanto descumpriu deliberadamente os comandos judiciais, contando com a

Acesso ao Sumário

benevolência do Poder Judiciário para a sua redução, o que, aqui, não encontrará amparo.

Não há nos autos elementos suficientes para excluir a multa ou mesmo reduzir o seu valor, fixado em primeiro grau.

A cominação de multa diária é plenamente cabível e visa a estimular o cumprimento do preceito condenatório, no prazo determinado judicialmente (art. 537, 'caput', do CPC), razão pela qual não se depara com ilicitude na sua imposição.

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

Ao contrário do sustentando pela agravante, impõe-se observar que a multa diária foi arbitrada em quantia módica e adequada (R$ 500,00), diante da capacidade econômico-financeira da recorrente, tendo alcançado o seu limite, no montante de R$ 15.000,00, apenas por desobediência da empresa, destacando-se que, para a sua não incidência, bastaria a agravante cumprir a determinação imposta judicialmente e, nesse caso, não haveria que temer a sua imposição, nem mesmo a sua limitação.

Noutra quadra, facilmente se conclui que o valor fixado na origem não é apto a gerar o enriquecimento indevido da parte autora ou desproporcional lesão financeira à agravante, porque descumpriu deliberadamente a ordem judicial que ensejou o cumprimento de sentença, em ato que demonstra desrespeito ao consumidor e ao Poder Judiciário, na certeza da diminuição do valor da multa imposta e, consequentemente, na impunidade.

Assim, considerando injustificável a espera da parte autora e, por fim, a necessidade de preservar o caráter coercitivo da multa diária aplicada, é certo que os valores arbitrados em sentença não se afiguram excessivos e merecem ser mantidos.

A propósito, as razões enunciadas no precedente desta C. Câmara, de que foi Relator o Des. RENATO SARTORELLI, merecem ser reproduzidas: "A finalidade da *astreinte* é compelir o devedor a cumprir a obrigação. É medida cominatória de constrição contra o devedor de obrigação de fazer ou não fazer, operando a discricionariedade do julgador em verificar se houve ou não descumprimento. Portanto, deve ser fixada em patamar que exerça um poder coercitivo e ao mesmo tempo não configure enriquecimento indevido da parte adversa, o que aqui não restou evidenciado. (...) Logo, o valor da multa diária fixado pelo digno magistrado *a quo*, que teve por objetivo o efetivo cumprimento da decisão, deve permanecer inalterado, respeitado o limite imposto." (Agravo de Instrumento nº 0027092-02.2013.8.26.0000, julgado em 17/04/2013).

Acesso ao Sumário

Concretamente, demonstra a agravante ter conhecimento da função das *astreintes*, qual seja, compelir o devedor a satisfazer a obrigação imposta, de forma que, sendo efetivamente cumprida a determinação judicial, tal ônus não recairia sobre a parte.

Convém esclarecer, neste aspecto, que a agravante é uma empresa de telefonia conhecida e de grande porte, daí porque o cumprimento da determinação judicial consiste em ato corriqueiro, atinente às suas atividades rotineiras, sendo abusiva eventual recusa, nada justificando o seu descumprimento. Sobreleva destacar, ainda, que, provavelmente, não age com tanta benevolência com seus clientes, em caso de descumprimento, justificado ou não, das obrigações com elas firmadas, o que a lide revela.

Desse modo, considerando que a agravante não ofereceu nenhum argumento capaz de modificar a r. decisão impugnada, no capítulo atinente à rejeição da impugnação, não há espaço para sua reforma, mantendo-se a multa atingida no patamar máximo.

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107432-83.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALEX PFEIFFER, é agravado CLARO 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 11957)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2019.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO E DANOS MORAIS - TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA - EXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E RISCO DE DANO IRREPARÁVEL

Acesso ao Sumário

OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - LÍCITA A SUSPENSÃO DAS COBRANÇAS ENQUANTO SE DISCUTE EM JUÍZO A VALIDADE DOS DÉBITOS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE CONTRÁRIA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto com pedido de efeito suspensivo ativo contra a r. decisão a 43 dos autos originários que, em ação de obrigação de fazer c.c. repetição de indébito em dobro e danos morais, indeferiu tutela de urgência pleiteada.

O requerente, ora agravante, sustenta, em síntese, que as partes firmaram contrato de prestação de serviços de TV, telefonia e internet em 2013, o qual sempre pagou sem qualquer atraso; contatou a agravada em razão de problemas técnicos no "decoder" de gravação e recebeu ligação de técnico da agravada informando estar em frente à sua residência para efetuar a entrega de um "chip" de celular que supostamente teria sido contratado por ele; noticiou que não havia solicitado "chip", mas visita técnica em relação aos problemas de sua TV; no entanto, no mês seguinte, recebeu por "e-mail" a fatura mensal constando a cobrança indevida do valor de R$85,97 relativo a contratação de um plano telefônico ("chip") cujo telefone seria o de número 11-94052-5765; entrou em contato com a requerida, que informou que a contratação ocorreu em 21/02; recebeu por "e-mail" o áudio da contratação e verificou tratar-se de estelionatário que possuía seu nome, RG e CPF; a atendente forneceu os demais dados do agravante para o estelionatário como "e-mail", endereço e telefone, que simplesmente os confirmou; após ouvir o áudio, noticiou para a agravada que contratação foi realizada por terceiro, mas o atendente simplesmente reiterou que o pedido havia sido julgado improcedente; entrou em contato com a ouvidoria, mas não obteve êxito em suas reclamações; demonstrou a necessidade da suspensão das cobranças, uma vez que os serviços não foram contratados por ele; é advogado e passa por dificuldades financeiras, sendo que o débito automático em sua conta ocasiona prejuízos em seu orçamento; o serviço contratado por terceiro estelionatário não está sendo utilizado, uma vez que recusou a entrega do "chip" em sua residência, motivo pelo qual a agravada não terá qualquer prejuízo com a suspensão das cobranças; há fundado receio de que haja ineficácia do provimento apenas ao final.

Espera que seja decretada a suspensão das cobranças dos serviços não contratados por ele.

O efeito pretendido foi deferido.

Contraminuta a fls. 24/27.

Acesso ao Sumário

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, observo que o recurso merece provimento.

Com efeito, o requerente afirma que apesar de ser cliente da requerida, não contratou a linha telefônica "sub judice".

No caso em tela, respeitado o entendimento do D. Juízo *a quo*, é certo que a referida cobrança pode causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, razão suficiente para autorizar a concessão da tutela de urgência, mormente porque ele nega a respectiva contratação com a requerida, não podendo lhe ser exigida prova negativa.

Ressalta-se, ainda, que enquanto se discute a validade ou não da dívida em tela, não é lícito que o autor permaneça pagando as mensalidades de linha telefônica que nega ter contrato até o julgamento do processo.

Além da probabilidade do direito em debate, saliento que é imperioso o deferimento da medida antecipada porque existe, no caso em tela, fundando receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, já que eventual restrição indevida registrada em desfavor do requerente ocasionaria significativos transtornos.

Ademais, há de se reconhecer que a atribuição da medida não traz qualquer prejuízo à agravada, sem contar que não há perigo de irreversibilidade, pois no caso de a ação ser julgada improcedente, as cobranças poderão ser restabelecidas.

Nesse sentido, já decidiu esta 28ª Câmara de Direito Privado:

A declaração da própria pobreza basta ao litigante para a obtenção da assistência judiciária gratuita, correspondendo à prova a que alude preceito da Constituição Federal, ausentes, na espécie, "fundadas razões" para o indeferimento. 2. Porque a autora não tem como comprovar que não contratou com a ré e que nada deve e porque experimenta evidente prejuízo com a inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito, defere-se o pedido de tutela antecipada e se ordena a exclusão do apontamento (grifei). *sic* (Agravo de Instrumento nº 2016923-14.2016.8.26.0000 - Desembargador Relator CELSO PIMENTEL - j. 11/03/2016)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. TELEFONIA. Manutenção de linha telefônica em nome da agravada; abstenção de cobrança dos valores referentes aos serviços não contratados e exclusão do nome da agravada do cadastro de contas pendentes. Deferimento da tutela de urgência que se mostra admissível, tendo em vista a presença dos

Acesso ao Sumário

requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil/2015. Acervo probatório suficiente, a este tempo, para a formação da convicção. Alteração da decisão que só é possível se houver causa justificadora superveniente, o que não ocorreu. Cominação de multa diária que tem por fim dar efetividade ao comando judicial afigura-se regular, com exigência apenas em caso de descumprimento da ordem. Redução que não se mostra necessária. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 2071336-40.2017.8.26.0000 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator DIMAS RUBENS FONSECA - j. 30/05/2017 - v.u.). ***Sic***

Também é relevante ponderar que esta demanda consiste em relação de consumo com regras atinentes à distribuição do ônus da prova e responsabilização objetiva, cabendo à requerida agravada, oportunamente, comprovar que a dívida é de responsabilidade do autor, ante a impossibilidade de produção de prova negativa por parte dele.

Para garantir a efetividade da ordem imposta à requerida, de rigor a estipulação de multa diária para o caso de eventual inobservância da obrigação.

De acordo com as peculiaridades do caso, fixo *astreintes* no importe de R$ 500,00 por dia de descumprimento, limitando a penalidade ao montante de R$ 10.000,00.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para conceder a tutela de urgência, para que a requerida se abstenha de efetuar cobranças referentes à linha telefônica em discussão, até decisão final.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140071-57.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MIRIAM PIZZI TIRELLI, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14662)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2019.

ACHILE ALESINA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DECLARATÓRIA - r. despacho que deixou de aplicar os efeitos da revelia - insurgência da autora - o simples decreto de revelia não significa dizer que os seus efeitos sejam absolutos - a revelia não produz efeito quando as alegações de fato formuladas pela autora estiverem em contradição com prova constante dos autos - exegese do artigo 345, IV do NCPC - r. despacho que determinou a realização de provas no sentido de averiguar a existência de vício social quando da assinatura do contrato - necessidade de se aguardar o contraditório e ampla defesa para averiguar quem tem razão - despacho mantido recurso não provido.

VOTO

Recurso à r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Rodolfo Cesar Milano, de fls. 445/447, que, nos autos da ação anulatória ajuizada pela agravante, deixou de aplicar os efeitos da revelia. Busca a recorrente a reforma do decidido.

Recurso remetido diretamente a julgamento, sendo desnecessária a intimação da parte adversa, pois não há prejuízo, conforme abaixo será explanado.

É o relatório.

Trata-se de ação anulatória ajuizada pela agravante em face do banco agravado.

Citado, o banco apresentou a contestação, porém intempestivamente.

Em despacho saneador, foi proferida a seguinte decisão:

"**Vistos.**

Preliminarmente alega a autora a ocorrência da revelia e pede a aplicação de seus efeitos.

O prazo para resposta teve início em 17/04/2018 com a juntada do AR aos autos (fl. 309), encerrando-se em 10/05/2018. De fato a contestação apresentada às fls. 310/344 somente em 14/05/2018 é intempestiva, entretanto, não cabe a aplicação de seus efeitos neste caso.

Entretanto, cabe lembrar que, em que pese a revelia do réu, o Juiz não está obrigado a reconhecer a procedência da ação, total ou em parte, se do contrário estiver convencido pela análise dos documentos acostados.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

Se o réu não contestar a ação, devem ser reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Todavia, o juiz, apreciando as provas dos autos, poderá mitigar a aplicação do artigo 344 do Código de Processo Civil, julgando a causa de acordo com o seu livre convencimento. (RF 293/244).

Na presente demanda, diante de toda a narrativa dos fatos não há como se aplicar os pretendidos efeitos da revelia, entendendo este Juízo para formação de seu convencimento ser necessária a instrução do feito.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade do válido julgamento do mérito (condições da ação legitimidade ad causam e interesse processual - e pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo), declaro o feito saneado.

II. Delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e especificação dos meios de prova admitidos Para deslinde da demanda as provas deverão esclarecer se houve a coação alegada para que fosse firmado o acordo homologado judicialmente.

Nos termos do artigo 370 do Código de Processo Civil, para o julgamento do mérito, determino a produção de prova oral, consistente na oitiva das partes.

III. Definição da distribuição do ônus da prova, conforme o preceituado no artigo 373 do Código de Processo Civil.

Caberá à autora comprovar o ônus da prova da ocorrência de vício do consentimento, que retire a validade do acordo ao qual anuiu.

IV. Delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito Feitas todas as considerações anteriores, a demanda deverá abranger a análise dos fatos para verificação da ocorrência ou não de vício do consentimento, e, consequentemente, se o acordo homologado é ou não válido, o que permitirá ou não a continuidade de sua execução.

V. Designação da audiência de instrução e julgamento

Deferida, de ofício, a produção de prova oral para a tomada de depoimento pessoal das partes, designo audiência de instrução e julgamento para o dia 16 de julho de 2019, às 14h30min, a ser realizada na sala 1404 deste Fórum.

Intime-se pessoalmente as partes para prestar depoimento pessoal, advertindo-o da possibilidade de aplicação da pena de confesso (CPC, artigo 389), caso não compareça ou, comparecendo, se recusar a depor (CPC, artigo 385, § 1º)

Nos termos do § 4º do artigo 357 do CPC, fixo o prazo comum de 15 (quinze) dias para que as partes, caso queiram, apresentem

Acesso ao Sumário

rol de testemunhas, sob pena de preclusão, com os requisitos estabelecidos no artigo 450 do CPC (nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho) e observado o limite quantitativo disposto no § 6º do citado artigo 357 também do CPC.

(...)

Intime-se."

Recorre a autora.

Afirma que a decisão negou vigência ao art. 344 do CPC, pois não reconheceu como verdadeiros os fatos alegados na exordial.

E que não se trata de uma das hipóteses previstas pelo art. 345 do mesmo *codex*.

Salienta que as questões de fato foram superadas pela revelia, sendo desnecessária produção de outras provas.

Relembra que os fatos narrados na inicial são verossímeis, pois que ninguém desconsideraria o pagamento realizado de R$ 939.411,63 se não tivesse sendo coagida a tanto.

E que o acordo que estava em vias de ser quitado estava pendente de pagamento de R$ 209.552,57. E para isso afirma a autora que foi coagida a assinar outra confissão de dívida para pagamento de R$ 1.148.964,20, valor que representa mais de 400% do valor em aberto.

Destaca que a nova composição não trouxe benefício à autora, pois que foi coagida a entregar seu único imóvel em garantia de pagamento.

E não se trata de direito indisponível.

Requer a reforma da decisão hostilizada para o fim de se reconhecer a incidência dos efeitos da revelia e serem considerados verdadeiros os fatos alegados pela autora, em especial a ocorrência de vício de consentimento, os pagamentos realizados em composição anterior e a característica de bem de família do imóvel dado em garantia.

É a síntese do necessário.

De início, cumpre assinalar o cabimento do recurso, ante o permissivo do art. 1.015, incisos II e XI, do CPC.

O recurso não deve ser provido.

Pese a revelia constatada nos autos, por si só, não enseja os efeitos que busca a autora.

Como bem anotado pelo saudoso Theotonio Negrão "*O Efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do Juiz (RSTJ 146/396)*" (Código de Processo Civil e legislação

Acesso ao Sumário

processual em vigor, 47ª edição, 2016, Editora Saraiva, nota de rodapé nº 4 ao artigo 344, pág. 422).

A regra de proteção ao revel, impõe que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor somente ocorra se houver verossimilhança de suas alegações.

No presente caso, a autora alegou o vício social da coação quando da assinatura do contrato.

E, tal verossimilhança não se faz presente nos autos, a *ictu oculi*.

A alegação é unilateral.

Não bastasse isso, a autora é comerciante, o que denota, por si só, ser pessoa capaz e de vasto conhecimento em sua área - o que faz presumir, em tese, a plena ciência de seus atos.

A propósito, o artigo 345, IV do NCPC que estabelece:

"Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos." (g.n.)

Prova cabal do alegado não há.

É de se lembrar, outrossim, que no mesmo despacho saneador, ora hostilizado, também foi determinada a realização de provas justamente para averiguar a ocorrência do propalado vício social.

Correta, portanto, a decisão combatida que deve ser mantida em seus exatos termos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125244-41.2019.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é agravante ANA MARIA DE ARRUDA PINHEIRO, é agravado NOEL RODRIGUES DE CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 20.616)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 5 de agosto de 2019.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO QUE REJEITA A IMPUGNAÇÃO À PENHORA SOBRE O VEÍCULO - Preliminar de não conhecimento afastada - Ausência de demonstração de sua essencialidade ao trabalho - Condição de deficiente que não justifica concessões de forma indiscriminada - Decisão mantida - Recurso desprovido, rejeitada a preliminar.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANA MARIA DE ARRUDA PINHEIRO, nos autos da execução por título extrajudicial que lhe move NOEL RODRIGUES DE CAMPOS, também ajuizada em face de DANIEL PIRES FONSECA e FÁTIMA REGINA DE ALVES ARRUDA, contra a decisão de primeiro grau que rejeitou a impugnação à penhora sobre o veículo, ante a ausência de demonstração de sua essencialidade ao trabalho.

Aduz a agravante, em síntese, que o veículo penhorado é instrumento indispensável ao exercício de sua atividade laboral de vendedora autônoma. Ressalva que trabalhava como cozinheira em um rotisseria e por conta de um acidente de trabalho teve sua mão esquerda amputada, obrigando-a a mudar de ramo de atividade, reinserindo-se no mercado, após muita dificuldade, como vendedora autônoma, adquirindo o veículo com a indenização do acidente sofrido.

Destaca que o bem é adaptado à sua deficiência e com ele exerce a profissão que sustenta sua família.

Sustenta afronta ao artigo 833, V, do CPC e acrescenta que a lei não exige que o bem seja indispensável, bastando que seja útil ao trabalho. Pugna por um tratamento isonômico e pela preservação de sua dignidade devendo a execução se dar do modo menos gravoso.

Insiste para que seja considerada sua condição e a dificuldade de reinserção no mercado, se caso mantida a penhora.

Requer a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Indeferido o efeito suspensivo, veio contraminuta, com preliminar de não conhecimento.

É o relatório.

Trata-se de execução de título extrajudicial fundada em débito no valor de R$ 4.124,57, oriundo de relação locatícia do imóvel situado à rua das Hortências, 62, bairro Povo Feliz - Tietê/SP, figurando a agravante como locatária e os demais executados como fiadores.

A agravante foi citada e, sem efetuar o pagamento do débito, teve penhorado seu veículo GM Prisma, placa GGE 3535, ano 2016/2017 (fls. 123). A constrição foi mantida na decisão que rejeitou a impugnação da recorrente. Daí o inconformismo.

A insurgência não prospera.

A *princípio*, rejeita-se a preliminar de não conhecimento fundada no princípio da unirrecorribilidade. Inobstante tenha a agravante interposto anteriormente recurso de apelação, este não foi processado, porque inadequado para discutir a decisão hostilizada. Logo, não tendo havido apreciação do mérito, melhor que se analise a questão porque envolve matéria de ordem pública.

Ao que se colhe dos autos, a impugnação veio acompanhada de documentos que demonstram a deficiência que acomete a recorrente e que se trata de veículo adaptado. Nada indica que o bem seja utilizado no trabalho.

Na verdade, nem prova de que a agravante exerce alguma atividade laborativa há nos autos. No mais, alegar proteção à dignidade da pessoa humana, em decorrência da condição de deficiente, para liberação da penhora não se sustenta. O princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada, gerando proteção patrimonial se a circunstância, embora lamentável, não acarreta efetivamente uma situação extrema de difícil subsistência à pessoa do executado.

A regra é que os bens do devedor respondam por suas dívidas e para que seja considerado impenhorável, deve-se fazer prova. Na hipótese dos autos, a agravante nada provou no sentido de que o veículo está abrangido pela proteção prevista no artigo 833, V, do CPC.

Sem essa comprovação, por ora, não há como atender ao pedido formulado.

Consequentemente, de rigor a manutenção da decisão agravada.

Posto isso, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento

nº 2093069-91.2019.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante KAREN CONEGERO CASTILHO, é agravado NELSON ZENE JUNIOR.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.423)**

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

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Locação de imóvel não residencial - Ação de reparação de danos - Demanda de locador em face de locatários e de fiadores - Fase de cumprimento de sentença - Decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio da quantia existente na conta corrente da agravante - Manutenção - Cabimento - Arguição de que a quantia penhorada envolve depósito de pensão alimentícia e montantes destinados ao seu sustento - Inconsistência - Valores que foram objeto de aplicação financeira e não utilizados para suprimento das necessidades básicas - Princípio da efetividade do processo - Precedentes. Recurso desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão proferida nos autos da ação de reparação de danos fundada em contrato de locação de imóvel não residencial, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada por Nelson Zeni Júnior em face de Augusto Cesar Castilhos e outros, que indeferiu o pedido de desbloqueio da quantia existente na conta corrente da coexecutada/agravante Karen Conegero Castilho.

Aduziu, em síntese, que os valores bloqueados são decorrentes de pensão alimentícia, bem como dos rendimentos que aufere como autônoma e, portanto, impenhoráveis, ao que requereu a antecipação dos efeitos da tutela e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Recebido o recurso no efeito suspensivo apenas para impedir eventual levantamento de valores.

Contraminuta às fls. 22/25.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Consta dos autos que a demanda foi julgada procedente e, na fase de cumprimento de sentença, ante a ausência de pagamento espontâneo do débito, restou determinada a penhora "on line" dos ativos financeiros dos executados.

Em 23.03.2019 foram bloqueados R$ 3.779,09 localizados em conta corrente de titularidade da ora agravante no Banco Itaú S/A (fls. 282 dos autos de origem).

De acordo com a recorrente, a conta foi objeto de depósito de pensão alimentícia de R$ 6.000,00, ocorrido em 11.03.2019, além de entradas decorrentes de vendas que viabilizam seu sustento, tudo a viabilizar o respectivo desbloqueio.

Sem razão, no entanto.

Os valores recebidos pela agravante decorrem do exercício de sua atividade empresarial de comerciante de roupas e, portanto, não caracterizam verba salarial a ponto de justificar a pretendida impenhorabilidade.

Com relação ao montante recebido a título de pensão alimentícia, tem-se que se a quantia permaneceu disponível sem que tenha sido consumida integralmente para suprimento de necessidades básicas. Assim, a importância perdeu seu caráter alimentar, tornando-se penhorável, **mormente porque tão logo recebida foi objeto de aplicação financeira** - vide fls. 303 dos autos de origem.

Portanto, o saldo que possuía na conta corrente era perfeitamente penhorável, posto tratar-se de valor que deve ser considerado disponível.

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

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

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

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2200870-03.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RRG CONSTRUTORA LTDA., é agravado EXMO. SR. DESEMBARGADOR DA 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.808)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), SÉRGIO SHIMURA, ALEXANDRE LAZZARINI, MAURÍCIO PESSOA, AZUMA NISHI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 18 de julho de 2019.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - Interposição contra decisão monocrática que indeferiu liminarmente mandado de segurança por não admiti-lo como sucedâneo de agravo interno - Pertinência da decisão agravada - Argumentos apresentados em agravo interno que não se prestam a afastar a inadmissibilidade verificada - Hipótese, ademais, em que pode ser caracterizada a preclusão lógica - Posterior ajuizamento do recurso considerado como o correto na hipótese torna prejudicada a apreciação deste agravo - Agravo interno não provido. DISPOSITIVO: Negaram provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo interno interposto por **RRG Construtora Ltda.**, contra r. decisão monocrática registrada em fl. 254-258, que indeferiu liminarmente o mandado de segurança por não admiti-lo como sucedâneo de agravo interno.

Inconformada, a recorrente argumenta que, ao afirmar que a decisão impetrada não se mostrava teratológica ou flagrantemente ilegal, o Relator

apreciou o mérito, o que tornaria ilegal o indeferimento liminar do *mandamus*.

No mais, reitera sua defesa para obter a reforma da decisão que deferiu o efeito suspensivo ao recurso de apelação, argumentando que a decisão do Exmo. Desembargador impetrado é nula ante à deficiência de sua fundamentação, bem como que a ação anulatória promovida não tem o condão de obstar o cumprimento de sentença arbitral.

Ao final, pugna pelo processamento do mandado de segurança, e a procedência de suas razões para revogar o efeito suspensivo concedido no âmbito da Apel. n. 1124227-46.2017.8.26.0100 (fl. 1-15 do incidente recursal cadastrado com sequência numérica final 50001).

É o relatório.

No agravo interno em apreciação, a recorrente pretende a revogação de entendimento monocrático que indeferiu liminarmente o mandado de segurança.

O caso, entretanto, é de manutenção do posicionamento expresso na decisão de fl. 254-258, cujos fundamentos são reiterados:

> Mandado de segurança impetrado pela empresa RRG Construtora Ltda., dirigido a ato do eminente Des. José Araldo da Costa Telles da E. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar pedido de atribuição de efeito ativo a recurso de apelação, realizado no incidente de petição, extraído dos autos de ação anulação de sentença arbitral, promovido pela empresa AK19 Empreendimentos Imobiliários Ltda.
>
> O ilustre Relator, aplicando a regra geral do caput do art. 1012 do CPC, e com fundamento no § 3º, inc. I, do mesmo dispositivo, deferiu o efeito suspensivo pleiteado (fl. 247).
>
> Insurge-se a empresa ré, em apertada síntese, alegando o cabimento do writ, nos termos do art. 5º, inc. LXIX da CF e nas disposições da Lei n. 12.016/2009, pois a decisão combatida foi proferida de maneira manifestamente ilegal, teratológica e abusiva.
>
> Alega que é titular de direito de créditos decorrente de decisão arbitral condenatória para pagamento de valor certo em moeda corrente. Informa que em 18 de dezembro de 2017, a devedora AK19 ajuizou ação anulatória de sentença arbitral, cuja tutela de urgência foi indeferida, sobrevindo a interposição de agravo de instrumento (Agrv. n. 2012357-51.2018) perante a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, tendo figurado como Relator o Des. Araldo Telles, que concedeu o efeito suspensivo para suspender os efeitos da sentença arbitral.
>
> Diz que sobreveio a r. sentença da demanda anulatória, e por isso o agravo de instrumento mencionado restou prejudicado, e por isso ajuizou ação de cumprimento de sentença arbitral. Aduz que a devedora AK19 interpôs recurso de apelação dirigido à r. sentença que julgou improcedente a ação anulatória, e apresentou ao Relator Araldo Telles,

Acesso ao Sumário

em razão de sua prevenção, petição pleiteando a atribuição de efeito ativo à apelação, para obstar os efeitos da sentença, e consequentemente, da sentença arbitral.

Proferida a decisão combatida, indica que a devedora AK19 se manifestou na ação de cumprimento de sentença, requerendo a suspensão do trâmite da demanda, o que ocorreu. Alega que a decisão combatida é flagrantemente ilegal e abusiva porque viola a disposição do art. 784, § 1º do CPC, sendo pacífico o entendimento de que a existência de ações relativas a débito não inibem o credor de promover a execução do título, inclusive havendo decisões da E. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial neste sentido.

Assevera que a decisão combatida afronta disposição constitucional prevista no art. 93, inc. IX, a disposição prevista no art. 11 e no art. 489, § 1º do CPC, de modo que a falta de fundamentação acarreta em sua nulidade.

Aponta a urgência na concessão da medida, pois a execução está suspensa, envolvendo valores da ordem de dezenove milhões, enquanto a empresa devedora está com caminho livre para promover as medidas que entender viáveis a dificultar o recebimento do valor pela RRG em moeda corrente nacional, de modo que deve ser concedida a medida liminar para a suspender a eficácia da decisão atacada (fl. 1-14).

É o relatório.

Indefiro de plano a inicial do mandamus, com fundamento no artigo 5º, II, da nova 'Lei do Mandado de Segurança' (Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009), por não ser o ato impugnado pelo impetrante passível do remédio manejado.

Nota-se no caso concreto que a impetrante integra regularmente a relação processual em primeiro grau e faz uso da via mandamental para questionar a legalidade e acerto de decisão proferida em segunda instância acerca da atribuição de efeito ao recurso de apelação, de processo sincrético em que já participa efetivamente e os patronos que a representam foram devidamente intimados da decisão tida como teratológica, disponibilizada em 30 de agosto de 2018 (endereço eletrônico constante no texto original).

Ao assim agir, evidentemente emprega o writ como sucedâneo de recurso de agravo interno que, ao teor do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015 é o meio de impugnação adequado a combater o r. decisório dito ilegal.

A lei mencionada assim dispõe:

Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

Acesso ao Sumário

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Portanto, por uma análise realizada somente pela leitura do inciso II supramencionado, pode-se concluir pela impossibilidade de ajuizamento de mandado de segurança para impugnar decisões interlocutórias ou sentenças.

Ademais, o entendimento da lei anterior se encontra sumulado na Corte Suprema ("Súmula 267 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".), corroborado por diversos arestos do Superior Tribunal de Justiça (REsp 334.779/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.04.2003, DJ 12.05.2003 p. 253; RMS 16.781/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.09.2004, DJ 25.10.2004 p. 213; RMS 11.544/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 06.04.2004, DJ 17.05.2004 p. 287; RMS 15.846/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.04.2004, DJ 17.05.2004 p. 211).

O entendimento anotado recebeu uma flexibilização para admitir o writ quando a decisão for teratológica ou de flagrante ilegalidade e se vislumbrar a irreparabilidade do dano (STJ-RT 673/165).

O Dicionário Eletrônico Houaiss indica o sentido etimológico da expressão teratologia: "narração de fatos espantosos, relato de coisas monstruosas, estudo de monstruosidades".

No caso concreto a empresa insurge-se contra a decisão, sob a justificativa de ausência de fundamentação, e ainda porque indevida a determinação de suspensão da demanda de cumprimento de sentença arbitral.

Conforme informado pelo próprio impetrante, a decisão que terminou a suspensão da demanda de cumprimento de sentença arbitral foi proferida em primeira instância, de modo que, se não concordava com a mesma, a busca por alteração da mesma deve ser realizada nos próprios autos em que proferida (fl. 5).

O ato judicial atacado não se mostra teratológico ou de flagrante ilegalidade porque, se não interposto recurso por nenhuma das partes, o trânsito em julgado já terá ocorrido, restando discussão apenas sobre a suficiência dos motivos expostos pelo Juízo impetrado, que entendeu que estavam presentes os requisitos para a concessão do efeito pleiteado.

Tampouco se vislumbra a irreparabilidade do dano, pois a impetrante pode interpor o recurso adequado, o que permitiria, portanto, a análise, em 2ª instância, dos motivos pelos quais não concordam com a concessão do efeito, bem como o porque que tal fato lhe traz prejuízo. Cumpre salientar também que também que poderiam ter apresentado embargos declaratórios para que fosse aclarada a fundamentação a respeito da concessão do efeito concedido.

Reconhecida a ausência dos pressupostos que autorizariam a

Acesso ao Sumário

flexibilização do entendimento sumular, resta concluir pela inadequação da via processual para questionamento de violação de preceitos constitucionais, em razão de haver recurso adequado, qual seja, o agravo interno, sendo possível ainda, que tivessem apresentado embargos declaratórios.

Em razão do exposto, indefiro a petição inicial, extinguindo o feito sem julgamento de mérito com fulcro no disposto no art. 10 da Lei n. 12.016/2009.

Em que pese o esforço argumentativo empreendido pela agravante, não lhe socorre nenhuma das teses articuladas.

Ao contrário do que argumenta a recorrente, de fato não houve apreciação do mérito das razões articuladas no mandado de segurança, houve apenas sua rejeição liminar, pois corretamente considerou o Relator que o *writ* era inadmissível como sucedâneo de agravo interno.

Conforme fartamente esclarecido na decisão agravada, o que pretendia o impetrante era que fosse revogado o efeito suspensivo concedido pelo Exmo. Desembargador Araldo Telles no âmbito da apreciação da Petição n. 2181450-12.2018.8.26.0000, relacionada ao recurso de Apel. n. 2181450-12.2018.8.26.0000.

Concedido o efeito suspensivo, naquele contexto socorria a recorrente a interposição de agravo interno para que o posicionamento do Relator pudesse ser avaliado pelo Órgão Colegiado, não sendo oportuno o ajuizamento de mandado de segurança.

Nada há o que corrigir neste entendimento, devendo ser pontuado que, inclusive, a pretensão repetida neste agravo interno pode ser considerada prejudicada por inafastável caracterização de preclusão lógica.

Veja-se que a decisão monocrática agravada foi proferida aos 21 de setembro de 2018, e aos 24 de setembro do mesmo ano a suplicante interpôs o agravo interno que indicou o Relator que deveria ter sido interposto desde a primeira oportunidade (Aint. n. 2181450-12.2018.8.26.0000/50000).

Só depois do ajuizamento do agravo interno no âmbito da Petição n. 2181450-12.2018.8.26.0000, já em 18 outubro de 2018, é que veio a recorrente a também ajuizar o recurso em apreciação neste acórdão, praticando ato claramente prejudicado pela preclusão lógica, pois tacitamente admitido como correto o procedimento indicado na decisão monocrática agravada.

Nada a reformar, portanto, no conteúdo recorrido.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000779-81.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SERTIN COMÉRCIO E SERVIÇOS TÉCNICOS DE INSTRUMENTAÇÃO LTDA. EPP, é apelada BIANCA CIORLIA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30877)**

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

São Paulo, 2 de julho de 2019.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reparação por dano em razão de publicações ofensivas em rede social. Pleito ajuizado por pessoa jurídica. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Inconsistência. Direito à livre manifestação do pensamento. Pessoa jurídica que deve demonstrar ofensa à sua honra objetiva. Ausência de demonstração de que a boa-fama da autora foi atingida. Orientação do Colendo STJ. Manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

SERTIN COMÉRCIO E SERVIÇOS TÉCNICOS DE INSTRUMENTAÇÃO LTDA. EPP ingressou com "ação de reparação por dano em razão de publicações ofensivas em rede social" contra **BIANCA CIORLIA DE OLIVEIRA**, a qual foi julgada **improcedente** (fls. 156/160 - data da prolação: 01/04/2019). A autora foi condenada a suportar os ônus da sucumbência, restando a verba honorária arbitrada em 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

Inconformada, apela a **AUTORA**, sustentando, em síntese, que a publicação postada pela requerida em rede social configura dano moral, o qual deve ser exemplarmente indenizado, posto que houve desbordamento do direito à livre manifestação do pensamento e intuito difamatório (fls. 162/179).

Efetuado o preparo, o recurso foi contrariado (fls. 185/193).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

O recurso não é provido.

Consigne-se, à partida, que o pleito da autora-apelante, consoante a r. sentença, funda-se nos seguintes fatos:

> "*(...) a requerida postou na página da requerente na internet, de acesso público irrestrito, um comentário que, além de infeliz, transmite uma imagem negativa e depreciativa acerca da lisura das suas posturas comerciais. Afirma que o comentário já repercutiu em outros grupos da internet, e que a requerida nunca participou de processo seletivo junto à requerente que, aliás, não se obriga na contratação de quem a procura para fazer parte de seu quadro de colaboradores. Assim, requer tutela para retirada do comentário; no mérito, confirmação da tutela e danos morais no valor de 40 salários mínimos e lucros cessantes....*" (fls. 156).

A r. sentença não acolheu os pedidos da autora.

Com efeito, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

O art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Na Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação 99406023739-8, Rel. Des. **ELLIOT AKEL**, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. **LUIZ ANTONIO DE GODOY**, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. **PAULO EDUARDO RAZUK**, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. **NEVES AMORIM**, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. **JOSÉ ROBERTO BEDRAN**, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. **JAMES SIANO**, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. **JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS,** em 27/05/2010; Apelação nº 99404080827-

Acesso ao Sumário

0, Rel. Des. **ALVARO PASSOS**, em 17/09/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. **PAULO ALCIDES**, em 01/07/2010; AI nº 99010271130-7, Rel. Des. **CAETANO LAGRASTA**, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. **MOURA RIBEIRO**, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. **LUIZ ROBERTO SABBATO**, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. **EDGARD JORGE LAUAND**, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. **SIMÕES DE VERGUEIRO**, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. **PAULO ROBERTO DE SANTANA**, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. **RENATO SARTORELLI**, em 01/09/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. **CESAR LACERDA**, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. **EDGARD ROSA**, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. **PAULO AYROSA**, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. **MENDES GOMES**, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. **ROMEU RICUPERO**, em 15/09/2010.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum" (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, j . de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. **CASTRO MEIRA**, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. **ELIANA CALMON**, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. **FERNANDO GONÇALVES**, j de 1.12.2003).

E também o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido correntemente que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro **DIAS TOFFOLI**, nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: "*Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator*" (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro **CARLOS BRITTO**, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro **NÉRI DA SILVEIRA**, DJ 01/08/2000).

Nos termos da r. sentença:

> "*(...) a requerida comprovou que sua irmã participou de processo seletivo da autora conforme fls 112/114 e 116 e recebeu e-mail de que teria sido escolhida para a vaga. É certo que embora a autora não tenha a priori o dever de contratar; a requerida pode expressar sua indignação em redes sociais, desde que não haja abuso de direito.*

Acesso ao Sumário

Assim, a realização da publicação na rede social é fato incontroverso e, ademais, está comprovada nos autos com as referidas imagens, não havendo dúvida ainda quanto ao seu conteúdo. No entanto, para a responsabilidade civil, exige-se a prática de ato ilícito, além do dano e do nexo de causalidade e, no caso em tela, não se verificam nas postagens em debate os elementos exigidos.

No tocante à postagem realizada pela requerida não se verifica o dolo de ofender indevidamente a requerente, a ponto de configurar o ato ilícito. Nos dias de hoje, as redes sociais se apresentam como um livro aberto, nos quais as pessoas expõem sentimentos, desabafos e angústias, sendo certo que numa análise da publicação dita como de autoria da parte ré, definitivamente não pode ser considerada apta a causar danos de monta, capazes de abalar o psicológico com a intensidade descrita na petição inicial. Ademais, não se vislumbra a intenção dolosa de denegrir a imagem da autora, mas apenas expressar sua indignação.. Ademais, dada a situação vivenciada pelas partes, um desabafo pode despertar uma suscetibilidade exacerbada, sem que seu conteúdo cause dano moral.

Se não bastasse, as publicações da ré em rede social Facebook contra a qual a autora ora se insurge está limitada ao campo da liberdade de manifestação do pensamento e opinião, constitucionalmente assegurada, conforme artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. Não há elementos que comprovem exercício abusivo desse direito, para justificar a responsabilização da parte ré pela indenização pretendida pela autora.

Assim, ainda que se possa vislumbrar tom mais firme, o conteúdo, em si, não ultrapassa a liberdade de expressão, não justificando a pretendida indenização por não representar excesso. Nesse sentido, já decidiu o E. TJSP: Apelação. Ação de indenização por danos morais.

Os direitos da personalidade, constitucionalmente previstos, encontram limitação na própria Constituição da República. Crítica que não extrapolou os limites do direito de manifestação, mas tratou de insatisfação acerca do serviço prestado pela empresa franqueadora do apelante. A Constituição Federal assegura a livre expressão intelectual, bem como a plena liberdade de manifestação. Não se olvida que a Constituição Federal também assegura os direitos à honra e à imagem como invioláveis, sustentáculos da dignidade da pessoa humana, mas o caso é de se reconhecer a ausência de ofensa a qualquer atributo da personalidade do autor. Primeiro porque as informações cadastrais veiculadas à JUCESP são públicas e permanecem à disposição do público em geral mediante simples acesso ao site da Junta Comercial de São Paulo. E, em segundo lugar, porque se destaca a expressão da opinião.

Acesso ao Sumário

Site 'Reclame aqui'. Ferramenta que possibilita, inclusive, o direito de resposta da apelante. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1122522-18.2014.8.26.0100; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/07/2017; Data de Registro: 19/07/2017) Obrigação de fazer. Indenização. Alegação de postagem ofensiva em rede social, em página do bairro, contra a escola autora. Incontroversa a existência e conteúdo da mensagem, não se verifica grau de ofensividade a justificar indenização. Mensagem postada com o fim de informar os demais pais. Demandante que não comprovou ser o reclamo desarrazoado. Mera reclamação que não enseja indenização. Precedentes do Tribunal. Dificuldade de cumprimento, sem a precisa indicação da URL, que não se pode confundir com impossibilidade técnica. Suficiência, ademais, da especificação constante nos autos para atendimento do comando judicial. Inteligência do art. 19, § 1º, da Lei 12.965/14.. Sentença revista em parte. Recurso da ré provido e desprovido o do corréu. (TJSP; Apelação 1034120-24.2015.8.26.0100; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/05/2017; Data de Registro: 17/05/2017)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO COMINATÓRIO RELACIONADO À EXCLUSÃO DE REDE SOCIAL DE VÍDEO SUPOSTAMENTE OFENSIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. Não há, em princípio, inconstitucionalidade e tampouco ilegalidade na manutenção de página na rede mundial de computadores para reclamar ou informar, mesmo que negativamente, sobre fatos do cotidiano ou sobre produtos disponibilizados no mercado, como no caso em exame. O direito funda-se na garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de expressão, asseguradas pela democracia e pelo Estado constitucional plenamente aclamado após 1988. Respeitar a liberdade não é permitir que se faça uso do poderoso meio de comunicação que é a internet para promover a prática de ilícitos e ofensas à honra e dignidade das pessoas. No caso em exame, embora a autora insista que houve abuso do réu no exercício do direito constitucional à manifestação do pensamento, não é o que se vê do exame do vídeo juntado aos autos. Diante disso, exerceu o réu regularmente o direito constitucional à manifestação do pensamento, exatamente como considerou a sentença. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 0008649- 94.2013.8.26.0196; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/06/2015; Data de

Acesso ao Sumário

Registro: 01/07/2015)

Ainda que se aceite a possibilidade de proteção da honra objetiva da pessoa jurídica, os comentários em questão foram voltados ao processo seletivo prestados e a existência de comentários negativos de candidatos é inerente à atividade empresarial. Não se verifica, portanto, excesso do direito à liberdade de expressão e de crítica na rede mundial de computadores..." (fls. 157/160).

Mister se faz frisar que na "Jurisprudência em teses" do Colendo **Superior Tribunal de Justiça** indica-se a seguinte orientação: "A pessoa jurídica pode sofre dano moral, desde que demonstrada a ofensa à sua honra objetiva".

No caso específico dos autos, as alegações da autora para amparar seu pleito de indenização por dano moral dizem muito mais respeito à honra subjetiva. Não houve demonstração que a sua boa fama foi atingida pela reclamação postada pela ré em rede social.

Demais disso, depreende-se dos autos que houve um motivo para que a ré reclamasse do comportamento da requerida, sem entrar no mérito do cabimento desse inconformismo, o que consubstancia tão somente exercício de seu direito à livre manifestação do pensamento.

Mister se faz frisar que não há se determinar a retirada do comentário efetuado pela requerida em rede social, até mesmo porque agiu acobertada por direito fundamental.

Por fim, majora-se a verba honorária para 15% do valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0010610-72.2009.8.26.0079, da Comarca de Conchas, em que é apelante/apelado LUIZ GERALDO BENFICA, são apelados/apelantes FIRMINO FLORINDO GONZALES DE AZEVEDO e MARIA CRISTINA BAUMER AZEVEDO.

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 do réu, e deram provimento em parte ao

Acesso ao Sumário

recurso do autor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7102)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), RODOLFO PELLIZARI e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSIBILIDADE - Notificação por telegrama que cumpriu com sua finalidade - Purga da mora que poderia ter ocorrido no curso do processo, suprido o vício formal da constituição - Obrigação substancialmente inadimplida - Venda ad corpus que não autoriza abatimento proporcional do valor, muito menos a falta de pagamento de mais de metade da obrigação - Menção presumivelmente indicativa, até pela diferença insignificante entre a área declarada e a real - Recurso do réu desprovido e do autor provido, em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 611/615 que, em ação visando à resolução contratual com pedido de reintegração de posse, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

"*Diante de todo o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar os requeridos ao pagamento do valor remanescente da compra e venda, no prazo de 30 dias, atualizados monetariamente pelos índices da tabela prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir do inadimplemento (30.05.2009 - fls. 04) e juros moratórios (em razão das perdas e danos) e remuneratórios de 1% ao mês desde a citação. Diante da sucumbência recíproca na ação principal, cada parte arcará com metade das custas processuais e com honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa atualizado. Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção. Pela sucumbência, arcarão os réus-reconvintes com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre*

Acesso ao Sumário

o valor da causa atualizado. Para fins de cálculos das custas recursais, deverá ser considerado o valor atribuído à causa. P. I..."

O autor então apelou às fls. 636/652, alegando que as prestações não lhe são mais úteis, que o descumprimento prolongado das obrigações justifica a resolução contratual, que a notificação para pagamento foi realizada validamente, e que o réu poderia ter purgado a mora, ainda que discutisse abatimento por avaliação de supressão de pequena parcela da área. Requer a resolução e a reintegração na posse do imóvel, como consequência.

O réu, por sua vez, recorreu às fls. 658/669, por reputar que a venda era *ad mensuram*, e não *ad corpus*, como decidido em sentença, pois o contrato expressamente mencionou o tamanho da área. Pleiteia o abatimento proporcional do preço.

Apenas o autor apresentou contrarrazões (fls. 676/680).

É o relatório.

Primeiramente, cumpre afastar as preliminares suscitadas pelo réu, ora apelante, quanto à sentença *extra petita*.

A inicial realmente não é clara a respeito da amplitude dos pedidos.

Porém, é possível inferir com segurança do contexto da demanda, bem como da contestação e da reconvenção apresentadas, os pedidos de condenação pelas parcelas inadimplidas, e pelas perdas e danos.

Dois aspectos jurídicos permitem o conhecimento dessas matérias.

Por primeiro, foram trazidos os elementos de fato, discutidos durante a instrução, consistentes no atraso de pagamento.

A partir de tais fatos, é possível avaliar que pretendia o autor as consequências do descumprimento. Fosse reconhecido o inadimplemento, a pretensão seria concedida, com a resolução do contrato e retorno ao *status quo ante*; fosse a mora, com a condenação no pagamento da contraprestação.

Outro ponto é que, no decorrer do processo, a questão foi formada, e o contraditório alcançou tal objeto (vide alegação em contestação à fls. 63).

De outra maneira, não haveria pedido reconvencional, eis que consistente no abatimento do preço. Se o pagamento em si não fosse discutido, não haveria a identidade de causas de pedir que autorizasse a reconvenção.

Para sua apreciação, portanto, não há impedimento, e por isso mantida a sentença com relação aos juros remuneratórios, arbitrados a título de perdas e danos.

Porém, o pedido de desfazimento do negócio deve ser acolhido, porquanto há elementos bastantes nos autos para realizá-lo.

De fato, pouco fala a sentença sobre a impossibilidade de o autor, ora apelante, desconstituir o contrato.

Acesso ao Sumário

Conforme a cláusula V, do contrato (fls. 94), avençaram as partes que a constituição em mora se daria, quando extrajudicial, por notificação em Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Fato que não foi realizada da maneira como acordado, porém o réu foi constituído de outras maneiras em mora, sem prejuízo de sua ciência inequívoca do atraso.

Primeiro, prova o autor que realizou notificações por telegrama (fls. 43/44), cautela de praxe em casos como este.

Pelo que tudo indica, a notificação não foi atendida, sequer com contranotificação aventando nulidade da notificação, pagamento, ou mesmo a necessidade de abater-se do preço o valor suprimido da área.

A forma da notificação visa à certeza da ciência pelo devedor, algo incontroverso nos autos.

Portanto, descabida a discussão, puramente formal, sobre a validade da notificação, à luz do contrato, pois inquestionável o atingimento da sua finalidade.

Ainda que assim não fosse, a constituição de mora seria dada com a citação válida neste processo, fato sobre o qual a vontade das partes não tem qualquer ingerência, por ser norma cogente.

Daí decorre a exigência ao devedor em mora, nos próprios autos, de purgar a mora, consignando o valor em comento para evitar as consequências da mora e do inadimplemento até o final julgamento.

Essa possibilidade, já mais flexível, é reconhecida por paradigmas jurisprudenciais:

> Ação de rescisão contratual - Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito - Insurgência dos autores - Decreto de extinção em razão da ausência de notificação válida ao devedor para purgar a mora - Verificada a presença de cláusula resolutória expressa no contrato - Desnecessidade de interpelação - Recurso que não comporta julgamento imediato, pois a causa não está madura - Sentença reformada - Recurso provido. Dá-se provimento ao recurso.
>
> (TJSP; Apelação Cível 1007338-05.2017.8.26.0554; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2018; Data de Registro: 12/12/2018)
>
> Apelação. Compra e venda de bem imóvel. Ação de resolução contratual com pedido de reintegração de posse. **Ausência de notificação premonitória suprida pela citação válida da compradora. Desinteresse da adquirente em purgar a mora. Hipótese que autoriza a superação do requisito formal previsto nos arts. 1º, caput, do Decreto-Lei n. 745/69 e 32 da Lei n. 6.766/79**. Cláusula de resolução expressa que

> não se opera automaticamente. Necessidade de prévia manifestação judicial. Impossibilidade de aquisição do bem por usucapião. Posse precária que não gera direito à prescrição aquisitiva. Inexistência de alteração do caráter da posse. Inadimplemento do preço pela promitente compradora. Ausência de depósito das parcelas remanescentes em juízo até a regularização do lote, conforme determinado nos autos da ação civil pública. Mora incontroversa. Resolução do negócio jurídico por culpa exclusiva da ré. Possibilidade de retenção dos valores pagos como indenização pelo uso do imóvel durante o período, sem prejuízo de indenização suplementar, a ser discutida em ação própria. Recurso dos autores provido e recurso adesivo da ré improvido.
>
> (TJSP; Apelação Cível 0003702-61.2012.8.26.0477; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/08/2017; Data de Registro: 01/09/2017) (***destacamos***)

O depósito nos autos, ademais, não prejudicaria a defesa, porque teria o único intuito de obstar um dos efeitos do atraso na prestação, sobre o qual tinha plena ciência.

Conquanto pudesse purgar a mora nos autos, não o fez, e nunca indicou que o faria.

E de fato, o inadimplemento se circunstancia pela vontade do credor, que reputa inútil a prestação, salvo se o devedor puder pagar para impedir o desfazimento do negócio. Neste sentido:

> Igualmente, há o reconhecimento da mora, sem embargo de haver verificado a recusa formal do devedor, quando a mora converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor. É justamente o que decorre do art. 395, parágrafo único do Código Civil que permite ao credor, em casos dessa natureza, enjeitar a prestação e exigir a satisfação por perdas e danos.
>
> (...) Agostinho Alvim pondera, "todavia, que a transformação da mora em inadimplemento absoluto não dependerá unicamente do seu arbítrio, porque o devedor poder insurgir-se contra a opção do credor, prontificando-se a purgar a mora quando seja o caso, isto é desde que a prestação não se tenha tornado inútil ao credor. Assinala-se aí um movimento de vaivém: era mora, o credor quis transformá-la em inadimplemento definitivo (era direito seu), mas o devedor, usando também de um direito, colocou o caso no terreno da mora".[1]

Ou seja, se a intenção do devedor é de não ser considerado inadimplente, precisa pagar ao menos parte substancial da quantia.

Sob esta ótica, absolutamente afastada qualquer alegação de boa-fé.

Restaria avaliar se houve cumprimento substancial da obrigação, como

1 MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. pp. 52/53.

alega a parte ré em contrarrazões ao recurso do autor.

Porém, o cumprimento comprovado nos autos, pelas notas promissórias de fls. 110/111, não alcançou sequer metade da obrigação total.

Também não é oponível o fato da área ser menor que o declarado em contrato.

Primeiro, mesmo a redução alegada não é de metade do terreno, bem pelo contrário. Desta forma, não fica clara a relação entre o descumprimento de parte substancial da obrigação, por discussão sobre possibilidade de abatimento de pouco mais de 04% do preço.

Já se diga, com relação à reconvenção, apesar de prejudicada, que o abatimento proporcional pleiteado só seria possível se a venda fosse *ad mensuram*.

Apesar de ambos os recorrentes, em algum momento, aludirem ao negócio como venda *ad mensuram*, buscam apenas, com isso, o deferimento dos respectivos pedidos, não refletindo o ânimo dos contratantes quando da avença.

Ou seja, tais declarações não importam em confissão.

Os elementos do processo apontam o inverso.

Ab initio, cumpre dizer que o art. 500, § 1º do CC/02[2] é claro ao estipular que a venda é presumida *ad corpus* se a diferença for inferior a 1/20 da área indicada no contrato.

Como a diferença é 01 alqueire menor que a legal, aplicável o dispositivo referido.

A presunção deve ser afastada por prova contundente que o negócio não seria realizado nas circunstâncias que se verificaram depois.

Porém, fato é que a medição só provocou a alteração do contrato, sendo claro que o reconvinte não apenas assentiu, mas sempre teve a intenção de aceitar área insignificantemente menor.

Por todo o exposto, cabível a resolução, nos termos do art. 475 do Código Civil[3], incluídos os juros remuneratórios, a título de perdas e danos, e a reintegração na posse, como consequência.

De outra parte, não cabe a declaração, pretendida pelo autor, de perdimento dos valores, por ausência de previsão contratual ou legal que a autorize.

Igualmente, impossível reconhecer os danos morais.

Acesso ao Sumário

2 Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

3 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Vide que toda a controvérsia resume-se ao preço do imóvel, sua extensão e exigibilidade.

Deixa o autor de alegar qualquer outro fator de onde se emergiria violação à sua dignidade.

Entretanto, do simples inadimplemento não resulta mais do que os danos materiais eventualmente causados, por não constituir ofensa à dignidade do credor.

Destarte, mantém-se a sentença neste capítulo.

Em conclusão, exclusivamente o apelo do autor procede, em parte.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso do réu, e **dá-se parcial provimento** ao do autor, para declarar resolvido o contrato, nos termos do art. 475 do CC/02, com a consequente determinação de reintegração do autor na posse do imóvel, e para que este devolva os valores já pagos pelo réu, com correção monetária a partir da quitação (fls. 110/111), e juros de mora do trânsito em julgado.

Considerando o trabalho adicional realizado em âmbito recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, eleva-se o patamar dos honorários sucumbenciais, tanto da ação quanto da reconvenção, a 15% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001254-32.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, são apelados LUCAS MOACIR RONDON e ROSIMARA DOS SANTOS MOREIRA.

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 33.360)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 5 de julho de 2019.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Contrato de compra e venda. Ação de indenização por danos materiais. Sentença de procedência dos pedidos iniciais. Insurgência da ré.

Acesso ao Sumário

ATRASO. Atraso na entrega da unidade. Prazo de entrega de 27 meses a partir da data da assinatura do contrato de financiamento entre a vendedora e a instituição financeira. Abusividade desta cláusula configurada. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Interpretação do instrumento deve se dar da maneira mais favorável ao consumidor. Data mais benéfica ao consumidor que deverá prevalecer. Atraso de 12 meses na entrega configurado.

LUCROS CESSANTES. Atraso verificado, ainda que considerada a cláusula de tolerância de 180 dias, que é válida. Inadimplemento contratual da parte ré, consubstanciado no atraso na entrega do bem, que configurou danos aos apelados, na modalidade de lucros cessantes, porquanto privados de exercer a posse sobre a sua unidade, independentemente da finalidade do negócio ou de sua comprovação.

TAXA DE ATRIBUIÇÃO. Atos de individualização da matrícula e de instituição de condomínio que são inerentes da incorporadora, em consonância com a Lei n. 4.591/64, não sendo possível o repasse de seus custos à parte consumidora. Posicionamento uníssono desta Colenda Câmara e desta Relatoria. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 210/218 que assim dispôs:

"*Julgo procedente os pedidos formulados para o fim de reconhecer a abusividade da cláusula 5ª do quadro resumo de fl. 25, bem como declarar parcialmente abusiva a cláusula 5ª do contrato de compra e venda acostado a fl. 31, para constar que o termo final para a entrega do imóvel objeto dos autos é a data da liberação do valor do financiamento feito pelo autor com a Caixa Econômica Federal, com a aplicação da cláusula de tolerância de 180 dias, bem como para tornar inexigível a cobrança referente à taxa de atribuição de unidade, no importe de R$ 687,35. Outrossim, condeno a ré a pagar ao autor, a título de lucros cessantes, o percentual de 1% sobre o valor atualizado do contrato por mês de atraso, no importe de R$ 14.677,01 (12 meses x 1% de R$ 122.308,42), valores estes que deverão ser corrigidos a contar do vencimento de cada parcela, bem como acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar*

Acesso ao Sumário

da citação. Em consequência, julgo resolvido o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Ante a sucumbência experimentada, arcará a ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10 % sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC".

Inconformada, apela a ré (fls. 225/239). Insurge-se, de início, quanto ao **(i) atraso na entrega do imóvel**. Tece considerações sobre a cláusula quinta do contrato de compra e venda e aquela constante do quadro resumo. Alega que o prazo para entrega das chaves seria de 27 meses após o registro do contrato de financiamento à construção, o que teria ocorrido em 27/02/2012, bem como há previsão contratual de que o prazo poderia ser prorrogado por mais 180 dias, resultando na data final de 27/11/2014, de forma que a parte apelada recebeu o imóvel com atraso de apenas 04 dias. Neste ponto, requer a reforma da r. sentença, para que se julguem improcedentes os pedidos iniciais ou, subsidiariamente, seja adequada a condenação, levando-se em consideração o atraso de 04 dias. Defende, ainda, a **(ii) inaplicabilidade de lucros cessantes no Programa Minha Casa Minha Vida**. Colaciona, para tanto, posicionamentos jurisprudenciais do TJRJ. Assim, requer a reforma da r. sentença para ser julgado improcedente o pedido relativo à indenização por danos materiais na modalidade de lucros cessantes. Defende a ausência de provas dos danos materiais, não sendo possível a presunção de prejuízo. Por fim, tece considerações sobre a **(iii) taxa de atribuição de unidade**. Defende a sua exigibilidade, conforme cláusula oitava do contrato de compra e venda, Lei 11331/2002, Decreto 47589/2003, art. 490 do Código Civil e Lei 4591/64. E, assim, pleiteia a reforma da r. sentença para reconhecer a legalidade desta cobrança.

Contrarrazões (fls. 245/251).

É o relatório.

Pese embora a cristalina argumentação recursal, o apelo não comporta acolhimento, senão vejamos.

(i) Do atraso na entrega do imóvel.

A ora apelante afirma que houve apenas 04 dias de atraso na entrega do imóvel, o que não se pode admitir.

As partes firmaram Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda (fls. 24/37), prevendo o quadro resumo, em sua cláusula quinta, que "*a previsão para a entrega das chaves será de 27 meses após o registro do contrato de financiamento à construção do empreendimento firmado entre a promitente vendedora e o agente financeiro, no Cartório de Registro de Imóveis. Em caso de Imóveis cujo contrato de financiamento à construção já tenha sido quitado pela promitente vendedora, ou ainda cujas obras estejam sendo realizadas com recursos próprios a previsão para entrega de chaves será de 03 meses*

Acesso ao Sumário

após a averbação do habite-se. Na hipótese de imóveis prontos, com habite-se averbado, a entrega prevista será de 03 meses após a assinatura do presente contrato" (fls. 25).

Neste aspecto, não se duvida que o instrumento firmado entre as partes se subordina às disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor, sendo, de rigor, a sua interpretação de modo mais favorável ao consumidor, nos termos do que estabelece o artigo 47 do referido Diploma Legal.

E, assim sendo, é nitidamente abusiva a disposição contratual que estipula o prazo de cumprimento da obrigação ao exclusivo critério do fornecedor (artigo 39, XII, do Código de Defesa do Consumidor), como no caso de entrega do imóvel em prazo após a assinatura do contrato de financiamento entre a promitente vendedora e o agente financeiro.

É crível que tal estipulação visa apenas assegurar a vendedora contra indevida mora, uma vez que permite a retardação proposital do início do prazo. Ademais, o contrato firmado entre as partes não dispõe, em qualquer momento, acerca da data prevista para assinatura do contrato de financiamento em questão, o que, por si só, demonstra a sua clara abusividade contra o consumidor.

Considera-se válida somente a cláusula que prevê a prorrogação de 180 dias, independentemente de qualquer justificativa, com o intuito de suprir quaisquer eventualidades, na previsão inicial, para a entrega do bem (cláusula quinta - fls. 31).

No caso em apreço, adequada a solução dada pelo Juízo *a quo*, que considerou a data em que o saldo devedor fora quitado mediante financiamento liberado em 20.06.2012, sendo este valor repassado diretamente à empreendedora, com possibilidade de prorrogação por 180 dias, resultando na data de entrega em 12.2013.

E considerando-se a entrega das chaves apenas em 12.2014, ainda que considerada a margem de 180 dias, não fora cumprida a contento a obrigação consistente na entrega do imóvel aos apelados livre e desimpedido para usar, fruir e dispor, evidenciando-se, pois, o adimplemento imperfeito da ré, não havendo que se falar em ausência de atraso na entrega da unidade adquirida pelos ora apelados ou em atraso de apenas 04 dias.

Portanto, neste ponto, mantém-se a r. sentença.

(ii) Dos lucros cessantes.

Inegável o prejuízo causado aos compradores, na forma de lucros cessantes, porquanto frustrada sua expectativa de exercer a posse sobre sua unidade. Logo, estando em mora com a entrega da unidade habitacional, a parte vendedora deu causa à pretensão indenizatória, devendo compor os prejuízos advindos desta conduta, nos termos do que determinou a r. sentença.

Ressalte-se, aliás, que aplicável, no caso em tela, a Súmula nº 162 do

Acesso ao Sumário

TJSP que estabelece:

"*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*".

O atraso para entrega da unidade está configurado. O cabimento da indenização na modalidade de lucros cessantes também, como outrora demonstrado. Ademais, tal pleito independe da destinação do imóvel, em consonância com a Súmula 162 deste E. Tribunal - não sendo o "Programa Minha Casa Minha Vida" impeditivo para tanto -, havendo, ainda, presunção do prejuízo à parte adquirente.

E, assim sendo, devida a indenização, nos moldes deliberados pela r. sentença, não tendo a ora apelante se insurgido, de forma específica, quanto ao percentual e aos valores ali fixados.

(iii) Da Taxa de Atribuição de Unidade.

É crível que, tal qual posicionamento uníssono desta C. Câmara, a cobrança da taxa de atribuição de unidade revela-se abusiva, na medida em que o artigo 44 da Lei nº 4.591/1964 é categórico ao incumbir à incorporadora o dever de averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades.

A corroborar com o entendimento acima, o artigo 31-F, § 12, inciso IV, da mesma Lei, estabelece que "*compreendem-se no custo de conclusão da incorporação todo o custeio da construção do edifício e a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades*", o que torna imperioso reconhecer que o custeio da taxa de atribuição de unidade é de responsabilidade da incorporadora ré.

Com efeito, o posicionamento desta C. Câmara:

Ação declaratória cumulada com pedido de devolução de quantia paga - Compra e venda de bem imóvel - Requerida que sustenta a necessidade de reforma da r. sentença apelada, defendendo a validade da cobrança de **taxa de atribuição de unidade** e de despachante - Impossibilidade de transferência dos custos ao consumidor - **Valores que são inerentes às despesas de incorporação e não podem ser transferidas ao adquirente** - Taxa de despachante - Impossibilidade de cobrança de taxa de assessoria imobiliária ou atividade congênere - Abusividade configurada - Sentença mantida - Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso. (TJSP. Apelação 1031090-53.2017.8.26.0506; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 04/02/2019).

APELAÇÃO - Promessa de compra e venda de imóvel - Ação declaratória de inexigibilidade de cobrança de **taxa de atribuição de**

Acesso ao Sumário

unidade - Pedido julgado improcedente - Insurgência do comprador - Impossibilidade da cobrança - **A taxa de atribuição de unidade, sobre a qual recai a controvérsia, tem por fundamento o ressarcimento da construtora pela individualização da matrícula do imóvel, que é de sua responsabilidade, e não do comprador** - Art. 44 da lei federal 4591/64 - Inversão da sucumbência - Sentença reformada - Recurso provido. (TJSP. Apelação 1035766-28.2017.8.26.0576; Relator (a): HERTHA HELENA DE OLIVEIRA; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 04/12/2018).

APELAÇÃO CÍVEL - COMPRA E VENDA - **Taxa de atribuição de unidade** - Sentença de improcedência - Irresignação da autora - **Despesa decorrente da individualização da matrícula da unidade que está inserida na atividade da incorporação/construção imobiliária e, por isso, não pode ser repassada ao promitente-comprador** - Inteligência do artigo 44 da Lei nº 4.591/64 - Inexigibilidade da cobrança - Restituição do valor dispendido - Sentença reformada - Recurso provido. (TJSP. Apelação 1056058-34.2017.8.26.0576; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 28/11/2018; Data de Registro: 28/11/2018).

E, também, muito embora o art. 490 do Código Civil estabeleça que, "*salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição*" - tal qual alegado pela apelante - a despesa *sub judice* não se refere ao registro da escritura pública de compra e venda do imóvel, mas à individualização da matrícula da unidade imobiliária, o que se configura como obrigação inerente ao próprio empreendimento.

Concluiu-se, pois, que, ainda que existente previsão contratual quanto à responsabilidade dos compradores no pagamento de taxa em comento, incontestável a abusividade da cláusula contratual que dispõe de tal cobrança, uma vez que se trata de custo inerente à atividade da vendedora, que não pode ser repassado ao consumidor, sob pena de afronta ao artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Ainda, esta Relatoria em casos análogos:

Apelação Cível. Contrato de Compra e Venda. Restituição e inexigibilidade de valores. Taxa de despachante. Inexigibilidade de valor. Descabimento de cobrança de taxa de assessoria imobiliária ou atividade congênere. Entendimento jurisprudencial consolidado. **Taxa de Atribuição de Unidade. Abusividade. Taxa referente ao ressarcimento à construtora para a individualização das unidades. Ônus que é de atribuição da construtora/incorporadora. Violação ao art. 51, IV, do CDC**. R. sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP. Apelação 1033187-70.2017.8.26.0071; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento:

05/07/2018).

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais. Atraso na entrega da obra. Sentença de parcial procedência. Inconformismo bilateral. RECURSO DO AUTOR. Insurgência contra o reconhecimento da prescrição trienal. Cabimento. Incorreta a aplicação do prazo de três anos previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. Demanda fundada em indenização em razão do inadimplemento contratual da construtora, aplicando-se o prazo decenal previsto no artigo 205 do Código Civil. Recentíssimo decisum do C. STJ sobre o tema. Sentença que determinou atraso de 06 meses na entrega do imóvel. Autor que alega atraso de 15 meses. Não cabimento. Prazo corretamente verificado pelo juízo a quo. Lucros cessantes. Parâmetro fixado pelo juízo a quo em coerência com o quantum fixado por esta C. Câmara. Prejuízo presumido. Inteligência da Súmula nº 162 do E. TJSP. Recurso parcialmente provido. RECURSO DA RÉ. **Restituição de valores. Taxa de atribuição. Responsabilidade do comprador pelos gastos com matrícula e individualização do imóvel. Abusividade configurada. Ato inerente à atividade de incorporação. Responsabilidade da vendedora pelo custeio**. Atraso na entrega da obra. Lucros cessantes presumidos. Frustração da expectativa do comprador de exercer a posse sobre a unidade adquirida. Termo inicial. Cômputo da indenização a partir de 27.06.2014, quando expirado o prazo de tolerância para a entrega da unidade. Aplicabilidade da Súm. 162/TJSP. Destinação do imóvel que não inviabiliza a condenação. Recurso desprovido. (TJSP. Apelação 1017800-02.2017.8.26.0625; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/07/2018).

Portanto, irreparável a r. sentença.

Em razão do desprovimento do recurso (art. 85, §11 do Código de Processo Civil), majoram-se os honorários a serem pagos pela apelante em prol do patrono dos apelados para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional suscitada pelas partes, com a finalidade de acesso às Superiores Instâncias, por meio das vias extraordinária e especial, observando que, tratando-se de prequestionamento, torna-se desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida, como o fora no teor deste acórdão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1112735-

57.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado NOTREDAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, é apelado/apelante ISRAEL ALVES DE OLIVEIRA.

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 da ré e deram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.822)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Plano de saúde - Ação de obrigação de fazer - Negativa de cobertura para despesas hospitalares e honorários médicos - Sentença que julgou procedente a ação - Recurso das partes - Pleito de cobertura a procedimentos cirúrgicos para tratamento da doença de Parkinson bem como dos honorários da equipe médica - Controvérsia a respeito do dever da ré em custear, de forme integral, os honorários médicos de profissional não credenciado - Não comprovada cláusula contratual que estabelece limite de reembolso de honorários médicos de profissional não credenciado - Seguradora que não se desincumbiu do ônus de comprovar que possuiu profissional credenciado especializado no tratamento prescrito para o autor - Declaração genérica de médico conveniado, na qual se limita a afirmar que dispõe de equipe médica apta a realizar os procedimentos cirúrgicos, sem sequer indicar o nome dos profissionais e demonstrar a especialização no tratamento da doença que acomete o autor que não se mostra hábil a comprovar, efetivamente, a aptidão no tratamento - Abusiva a negativa de cobertura dos procedimentos cirúrgicos e honorários médicos de profissional não conveniado - Honorários advocatícios - Verba honorária arbitrada sem observância do artigo 85, caput e parágrafo 2º, do Código de Processo Civil - Verba adequada para 10%

Acesso ao Sumário

sobre o valor da causa, percentual aqui majorado em grau recursal para 12%. Nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se provimento ao recurso do autor.

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com tutela antecedente ajuizada por Israel Alves de Oliveira em face de Notredame Intermédica Saúde S.A. visando à condenação da ré na obrigação de autorizar e custear realização dos procedimentos cirúrgicos denominados implante de halo para estereotaxia/radiocirurgia (TUSS 31401350), implante de eletrodos cerebral ou medular (TUSS 31401104), monitorização neurofisiológica intraoperatória (TUSS 20202040), implante de eletródio cerebrais profundos (TUSS 31401090), radioscopia para acompanhamento de procedimento cirúrgico (TUSS 40811026), a serem realizados pelo médico Dr. Erich Talamoni Fonoff, incluindo as despesas com materiais utilizados, equipe médica e, em caso de realização em hospital não conveniado, as diárias de internação, até a efetiva alta médica.

A ação foi julgada procedente, nos termos da R. Sentença de fls. 325/327, para o fim de "*condenar a ré ao pagamento integral dos procedimentos reclamados pelo autor, inclusive materiais e honorários médicos. Torno definitiva a liminar anteriormente concedida*". Face à sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 5.000,00.

Embargos de declaração foram rejeitados pela R. Decisão de fl. 334.

Inconformada, apela a ré alegando, em síntese, que o médico contratado pelo autor, Dr. Erich Talamoni Fonoff, CRM/SP 93.868, não possuiu credenciamento junto à seguradora, sendo que não pode ser compelida a cobertura de honorários médicos/equipe não credenciados por simples escolha do beneficiário, bem como dos custos realizados fora de sua rede de cobertura, uma vez que indicou profissional neurocirurgião de crânio conveniado, Dr. Ulisses do Prado Aguiar, CRM/SP 137.254, o qual, por meio de declaração acostada aos autos, informou a viabilidade da realização dos procedimentos indicados pelo autor. Desse modo, postula a reforma da R. Sentença para o fim de que a ré seja desobrigada a arcar com o pagamento das despesas do tratamento com profissional não credenciado. Subsidiariamente, defende que o reembolso seja procedido de acordo com os valores-limites, alcançados dentro do plano contrato (fls. 337/344).

Apela, também, o autor postulando a majoração do valor fixado a título de honorários sucumbenciais (fls. 348/357).

Processados regularmente os recursos, foram apresentadas contrarrazões (fls. 363/370 e 371/377).

Constatada a incompletude do preparo recolhido pelo autor, foi

Acesso ao Sumário

determinada sua complementação (fls. 379), o que foi feito a fls. 382/388.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. De início, anote-se que os autos permaneceram em gabinete pelo prazo de 05 (cinco) dias úteis, sem oposição das partes à realização de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal, disponibilizada no DJe aos 09 de agosto de 2017 e em vigor desde a data da publicação.

O recurso da ré não merece provimento, merecendo provimento o recurso do autor.

Na inicial, narra o autor que é conveniado ao plano de saúde da ré desde 01.06.2014 e portador da doença de Parkinson (CID 10 G20), patologia este degenerativa do sistema nervoso central e agravada com o avançar da idade do paciente. Informa que, nos últimos meses, o estado de saúde agravou-se, motivo pelo qual em agosto/2017 seu filho o encaminhou a um médico especialista desta enfermidade, Dr. Erich Talamoni Fonoff e, após realizar alguns exames, constatou-se que o mesmo não respondia mais à medicação utilizada. Sustenta que diante do quadro clínico, o médico especialista, Dr. Erich, orientou que o autor realizasse, em caráter de urgência, procedimentos cirúrgicos de implante de halo para estereotaxia/radiocirurgia (TUSS 31401350), implante de eletrodos cerebral ou medular (TUSS 31401104), monitorização neurofisiológica intraoperatória (TUSS 20202040), implante de eletródio cerebrais profundos (TUSS 31401090), radioscopia para acompanhamento de procedimento cirúrgico (TUSS 40811026) e impedanciometria (TUSS 40103439 / AMB 51010127), cirurgias estas que vêm trazendo melhores resultados aos pacientes com grau avançado da doença de Parkinson. Sustenta que desde agosto/2017 solicita junto à ré autorização para realizar as cirurgias prescritas, no entanto a seguradora apenas informa que o pedido deve ser realizado por médico credenciado, motivo pelo qual buscou médico conveniado ao plano, Dr. Paulo Henrique Pires de Aguiar, o qual, após examinar o quadro clínico do autor, informou que não poderia realizar os procedimentos cirúrgicos prescritos, uma vez que a tabela dos honorários paga aos médicos pela seguradora estava vinculada à tabela do ano de 1997 e a cirurgia mencionada foi inserida no rol de procedimentos obrigatórios da ANS em 2007 e, portanto, não existiam códigos atuais para o procedimento. Sustenta que, diante da negativa por parte do médico credenciado, cogitou realizar os procedimentos de forma e solicitar o reembolso posteriormente, no entanto, verificou que o valor a ser reembolsado seria ínfimo se comparado ao valor real da cirurgia, e não teria condições de arcar com as despesas com as cirurgias. Desse modo, postula a condenação da ré na obrigação de autorizar e custear, de forma integral, os procedimentos cirúrgicos prescritos, a serem

Acesso ao Sumário

realizados pelo médico Dr. Erich Talamoni Fonoff, incluindo as despesas com materiais utilizados, equipe médica e, em caso de realização em hospital não conveniado, as diárias de internação, até a efetiva alta médica.

Cinge-se a lide em discernir a obrigação da ré em custear, integralmente, os honorários médicos de profissionais não integrantes da rede de credenciados da seguradora.

De início, cumpre salientar que se aplicam aos contratos de plano de saúde e seguro saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98.

Restou devidamente comprovada a moléstia que comete o autor da autora, bem como a necessidade dos procedimentos cirúrgicos solicitados, nos termos dos relatórios médicos de fls. 33/34 e 49. Tanto é verdade que a seguradora não impugnou as cirurgias prescritas pelo médico especialista, repudiando, apenas, a cobertura integral dos honorários médicos de profissional não credenciado.

No entanto, em que pese a ré defender em suas razões de apelo que "*o reembolso seja procedido de acordo com os valores-limite, alçados dentro da rede disponibilizada/contratada*" (fl. 343) a seguradora sequer apontou a cláusula contratual em que previsto o reembolso meramente parcial, bem como que o segurado teve plena ciência de referida cláusula limitativa, ônus este que lhe competia.

Do mesmo modo, a seguradora não comprovou que possuiu profissional credenciado com a especialidade técnica às cirurgias prescritas para tratamento do autor.

Isto porque, a fim de dirimir controversas a respeito da obrigação da ré em custear de forma integral os honorários médicos, o MM. Juiz *a quo* fixou como ponto controvertido a existência de profissional credenciado apto à realização das cirurgias prescritas, determinando que a ré comprovasse a existência desses profissionais (fl. 292).

A ré, no entanto, limitou-se a apresentar declaração genérica escrita pelo Dr. Ulisses de Paulo Aguiar, CRM/SP 137.264, no qual apenas afirma que "*temos em nossa equipe de neurocirurgia médicos especialistas no tratamento cirúrgico de Parkinson, podendo ser realizado o procedimento do Sr. Daniel Alves de Oliveira pela nossa equipe*" (fl. 303), o qual foi impugnado pelo autor, uma vez que a ré não indicou sequer um nome de profissional médico apto a realizar o procedimento, o que comprova a dificuldade em encontrar um profissional credenciado especializado no procedimento solicitado (fls. 307/309).

Permanecendo a dúvida quanto à existência de profissional credenciado especializado, o MM. Juízo *a quo* concedeu outra oportunidade para que a ré comprovasse, efetivamente, a existência de profissionais habilitados em sua rede de credenciados, e determinou que "*a ré comprove que houve autorização*

Acesso ao Sumário

de realização dessa mesma cirurgia por médicos de sua rede, com indicação de quem seriam esses profissionais, datas em que foram realizadas as intervenções e, ainda, valores que foram pagos pelo plano de saúde aos referidos cirurgiões" (fl. 315).

E, novamente, a ré não cumpriu com o ônus de comprovar que possuiu profissional credenciado especializado no tratamento prescrito, uma vez que, em resposta à referida determinação, apenas alegou que "*a existência ou não de outros pacientes que tiveram o procedimento indicado é irrelevante, uma vez que em nada alterará ou auxiliará o estado clínico do autor, fugindo, desta forma, do objeto que se discute na presente demanda*" (fl. 320).

Verifica-se que, em que pese as oportunidades concedidas para que a seguradora demonstrasse a especialidade técnica dos profissionais credenciados, esta não se desincumbiu do referido ônus, sendo que uma mera declaração do médico credenciado de que dispõe de equipe técnica apta a realizar o procedimento cirúrgico sem ao menos indicar o nome dos profissionais e trazer aos autos documentos hábeis a comprovar a especialidade no tratamento da doença de Parkinson, não é suficiente para atestar a capacidade para realizar as cirurgias prescritas.

O entendimento dessa Colenda Câmara é de que a obrigatoriedade dos planos de saúde em custear honorários de médicos não credenciados é situação excepcional, decorrente do fato de não existir na rede referenciada estabelecimento e profissional que o forneça, o que representa exatamente a hipótese do caso em tela.

Dessa forma, diante da não comprovação de equipe médica credenciada à seguradora apta a oferecer o tratamento adequado ao autor, deve a ré custear, de forma integral, os honorários médicos dos profissionais não conveniados.

A negativa da ré, portanto, mostra-se totalmente abusiva e afronta a boa-fé objetiva que deve nortear o cumprimento dos contratos, colocando o consumidor em situação de vulnerabilidade, em especial em ocasião em que se encontrava a autora, prestes a dar à luz.

Não é demais relembrar que o tratamento efetivo é um dos objetivos de entidades que operam planos de saúde, impondo-se a prestação do serviço na melhor forma possível. No caso, não tendo este sido obtido perante a rede referenciada, é imputável à ré a responsabilidade pelo custeio integral do tratamento do autor.

Dessa forma, era mesmo o caso de procedência da ação, bem decretada, devendo a R. Sentença ser mantida tal como lançada, com exceção da verba honorária arbitrada pelo MM. Juízo *a quo*, que comporta majoração, neste ponto merece provimento o recurso do autor.

Isto porque, o valor arbitrado pelo MM. Juízo *a quo* a título de honorários

advocatícios não está de acordo com o disposto no artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, uma vez que arbitrado em valor inferior ao mínimo estabelecido no referido artigo.

Logo, não há como manter o arbitramento da verba honorária em R$ 5.000,00, sob pena de aviltamento da remuneração do advogado, com negativa repercussão na dignidade da própria função.

Assim, levando-se em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, bem como a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, deve a verba honorária ser fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa, percentual aqui majorado em grau recursal para 12%, levando-se em conta inclusive o trabalho adicional realizado em grau recursal pelo patrono da ré.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação da ré e dá-se provimento ao recurso do autor para majorar os honorários advocatícios para adequar a verba honorária para 10% sobre o valor da causa atualizado, majorada para 12% em grau recursal.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005624-05.2016.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes VALDIR BRUNCA e CLEUSA RUIZ BRUNCA, são apelados DIMAS PHELIPIN BERTI e LUIZA BONEZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.626)**

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

São Paulo, 15 de julho de 2019.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: VÍCIOS OCULTOS - Imóvel novo que os vendedores mandaram construir - Inexistência de contrato de empreitada - Não aplicação de prazo

Acesso ao Sumário

decadencial - Obrigação de fazer consistente no reparo do imóvel - Prazo prescricional decenal - Súmula n. 194 do STJ - Valor das perdas e danos que deve ser apurado em liquidação de sentença, se necessário - Multa excluída - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. imposição de multa contratual, conforme, ainda, o aditamento de fls. 81, alegando os autores que, em 20/03/2014, mediante contrato particular de compromisso de venda e compra, adquiriram dos requeridos o imóvel residencial descrito na inicial, pagando R$ 80.000,00 de entrada, mais o valor de R$ 110.000,00 a ser financiado, ocorrendo que, após residirem no imóvel por aproximadamente dois anos, notaram diversos defeitos relativos à solidez e segurança da construção realizada pelos réus, e por tal motivo solicitaram que efetuassem reparos, sem lograr êxito, e em vistoria que contrataram, foram identificados diversos defeitos, tais com trincas, umidade, manchas e falta de impermeabilização, com risco ao patrimônio e à integridade física dos moradores, e por ser o imóvel novo, sendo os autores os primeiros a nele residirem, há responsabilidade dos requeridos pelos reparos, por serem construtores do bem, pleiteando a condenação dos réus na obrigação de reparação dos danos no imóvel e ao pagamento da multa prevista na cláusula 8ª de 10% do valor do contrato.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, condenando o réu na obrigação de fazer consistente em reparar o imóvel com troca da viga e das terças do imóvel para adequá-las à dimensão suficiente para sustento do peso previsto no projeto, devendo-se observar que as novas vigas devem ser utilizadas apenas após passado o período natural de secagem da madeira; providenciar a correta e integral impermeabilização da fundação do imóvel (alicerce, baldrames e contrapiso), fixando-se prazo de 05 dias da intimação da sentença para início dos reparos e o prazo de 45 dias, contado do quinto dia para início das obras, para término dos serviços, arbitrando-se valor para conversão da obrigação em perdas e danos caso haja inadimplemento do réu em R$ 30.000,00, atualizado da confecção do laudo e com juros de mora de 1% ao mês da citação, condenando o réu, ainda, ao pagamento de R$ 19.000,00 a título de multa contratual, a ser corrigido da assinatura e com juros de mora de 1% da citação, além das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (fls. 208/210).

Os requeridos apelaram afirmando a ocorrência da decadência, nos termos do parágrafo único do art. 618 do Código Civil, cujo prazo se iniciou em 20/04/2014, pois assim que os autores adentram no imóvel passaram a notar os

Acesso ao Sumário

vícios, havendo decorrido mais de 180 dias do aparecimento dos vícios, e, ainda, sustentaram que os R$ 30.000,00 fixados para a conversão em perdas e danos não se coadunam com a pretensão dos autores, que apresentaram orçamentos no valor de R$ 11.665,92, havendo a perita do juízo restringindo-se a afirmar estimativa de custo, mas não aferiu de forma técnica o valor dos reparos, devendo ser reduzido o valor da indenização, e no mais, alegaram o descabimento da aplicação de multa prevista no contrato cujas obrigações já foram totalmente cumpridas, com entrega do imóvel e quitação do preço, não abarcando situações posteriores ao contrato, razão pela qual pleiteiam a improcedência da ação, pela decadência do direito dos recorridos, ou, subsidiariamente, a redução das perdas e danos e a exclusão da multa contratual (fls. 213/219).

Foram apresentadas contrarrazões sustentando-se a manutenção da sentença (fls. 222/228)

É o Relatório.

Os autores adquiriram dos réus um imóvel residencial novo por eles mandado construir que, conforme apurado pela perícia, foi erigido com erro de dimensionamento da viga e das terças de madeira e sua utilização ainda "verde", apresentando, também inúmeros defeitos construtivos ocasionando infiltrações e umidade por ausência ou deficiência de impermeabilização (fls. 160).

A relação entre as partes não tem causa em contrato de empreitada, não se aplicando o disposto no art. 618 do Código Civil.

O construtor, segundo Zelmo Denari[1] é aquele que: "introduz produtos imobiliários no mercado de consumo, através do fornecimento de bens ou serviços. Sua responsabilidade por danos causados ao consumidor pode decorrer dos serviços técnicos de construção, bem como dos defeitos relativos ao material empregado na obra".

Por sua vez, como acentua Nelson Rosenvald[2], a empreitada "é o contrato pelo qual uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra) à realização de certa obra, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação".

No caso de mera comercialização do imóvel por particular, o que é o caso, ainda que os requeridos tenham mandado construir o imóvel, para posteriormente vendê-lo aos autores, se aplicam o art. 441 do Código Civil, no sentido de que: "a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor" e o art. 442 que dispõe: "em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento

1 DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Ada Pellegrini Grinover *et al*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 161.

2 ROSENVALD, Nelson. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 626.

Acesso ao Sumário

no preço", mas não o art. 618 do CC.

Como salienta Ruy Rosado de Aguiar Júnior[3]: "para o caso específico do adimplemento imperfeito, com a entrega do bem com vícios e defeitos ocultos, a lei permite a propositura de duas ações: a redibitória, para extinção do contrato; a estimatória ou *quanti minoris*, para abatimento do preço (arts. 441 e 442 do Código Civil)". Cuidam-se de ações do comprador contra o vendedor que, na hipótese de pretensão da diminuição do preço não exime, até sua apuração, do cumprimento das obrigações contratuais quanto ao valor, tempo, modo, forma e lugar, e eventual diferença que venha a ser apurada, será compensada ou restituída ao final.

Portanto, vícios ocultos podem ensejar a rejeição da coisa ou o abatimento no preço. Cabe, ainda, a pretensão de natureza indenizatória por danos constatados no imóvel por causas anteriores ao negócio de venda e compra.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "6. Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição. 7. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02, o qual corresponde ao prazo vintenário de que trata a Súmula 194/STJ, aprovada ainda na vigência do Código Civil de 1916 ('Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra')" (REsp 1534831/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018; REsp 1717160/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018).

A ação de obrigação de fazer, consistente na reparação dos danos é também tipicamente condenatória e sujeita-se unicamente ao prazo prescricional, devendo-se observar o prazo decenal do art. 205 do Código Civil. Ainda que assim não fosse, uma vez que se entendeu consistir a negociação em relação de consumo, pela casa ter sido construída pelo réu para negociação, havendo admitido na contestação que "trabalha como construtor há anos" (fls.98), por decorrerem os danos decorrentes de defeitos de projeto, portanto de fato do serviço (art. 12 do CDC), aplicar-se-ia o prazo quinquenal do art. 27 do CDC, que, também, não se consumou, pois o contrato foi firmado em 20/03/2014 e a presente ação proposta em 18/07/2016.

A perícia constatou e descreveu as patologias e anomalias no imóvel, apontando as causas e o nexo de causalidade devido a defeitos estruturais pelo

Acesso ao Sumário

3 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.801.

equívoco no dimensionamento da viga e das terças, em função do peso a ser sustentado e o vão existente e infiltrações de água por ausência ou deficiência de impermeabilização da fundação (alicerce, baldrames e contrapiso) (fls.161), do que decorre a obrigação em reparar, conforme determinado.

No tocante a conversão em perdas e danos, efetivamente houve mera estimativa dos valores necessários para recompor as anomalias entre R$ 20.000,00 e R$ 30.000,00 (fls.161), de maneira que, se necessário, deve ser apurado em liquidação de sentença, sendo prematuro fixar-se o valor na sentença.

Não cabe, ainda, a aplicação da multa prevista na cláusula 8ª do contrato, no sentido de que "havendo necessidades de qualquer uma das partes contratantes, ou seus sucessores, de recorrer aos meios judiciais, a fim de garantir os seus direitos, o infrator pagará para a parte inocente, além das custas, honorários advocatícios, comissões imobiliárias, mais as despesas e multa convencional irredutível de 10% (dez por cento) sobre o valor do presente instrumento" (fls. 25), uma vez que deve-se interpretar que restrita aos deveres principais do negócio, consistentes no pagamento do preço e entrega da coisa, constantes das cláusulas de 1 a 5.

Pelo exposto **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, nos termos constantes da fundamentação, mantendo-se no mais a r. sentença por seus fundamentos, rateando-se as despesas do processo de forma proporcional ao que sucumbiram, arcando os réus com honorários advocatícios de 12% sobre o valor necessário para a reparação do imóvel, já considerado o acolhimento parcial da apelação (art. 85, § 11, CPC/2015) e os autores de 10% sobre o valor da multa excluída (art. 85, § 2º, CPC/2015), observada a gratuidade da justiça concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052321-39.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JOSÉ LUIZ VENANCIO MARTINS JUNIOR, é apelada MARINA BALBINO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19/39264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de julho de 2019.
LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de Adjudicação Compulsória - Sentença de parcial procedência - Ausência de reconhecimento de firma e de assinatura de duas testemunhas não podem ser considerados óbice formal à eventual direito da Autora - Não invalidação do instrumento - Art. 107, CC - Pressupostos à adjudicação suficientemente preenchidos - Quitação do pagamento pela Autora comprovada - Precedentes deste E. Tribunal - Instrumento autêntico - Adjudicação devida - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente Ação Adjudicatória para determinar, compulsoriamente, a adjudicação do imóvel objeto do compromisso de compra e venda à Apelada.

Apela o Réu, sustentando, em síntese, que o contrato é nulo, haja vista as assinaturas não possuírem firma reconhecida, não possuir assinatura de duas testemunhas e tampouco rubrica na primeira folha.

Recurso respondido.

Comprovada a tempestividade e a litigância sob o abrigo da assistência judiciária gratuita, recebo o recurso em seus regulares efeitos.

É o Relatório.

A Autora ingressou com a presente visando à adjudicação compulsória do imóvel situado na Rua Benedito Quartim, 21, Ribeirão Preto/SP.

Aduz ter firmado, em 23/09/2003, Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda com o Réu, seu genro na época, tendo por objeto o referido imóvel, pelo qual pagou à vista a importância de R$ 9.000,00, bem como se responsabilizou pelo pagamento das parcelas vincendas do financiamento junto à Caixa Econômica Federal, tendo o Réu, inclusive, lhe outorgado procuração para que o representasse perante a financiadora.

Pactuaram as partes que, com a quitação, o Réu providenciaria a outorga da escritura em nome da Autora. Entretanto, sustenta a compradora que, em razão do fim do casamento do Réu com sua filha, este revogou a procuração concedida, o que a impediu de providenciar a regularização da escritura após a quitação do contrato, e, ainda, tentou reaver o imóvel, na ação de divórcio e em

Acesso ao Sumário

ação possessória, não obtendo sucesso.

Pois bem.

Nos termos do aludido instrumento, as partes convencionaram que a Autora assumiria o saldo restante do financiamento junto à CEF, obrigando-se o Réu a providenciar "*imediatamente, a escritura definitiva do imóvel em nome da compromissária, assumindo, além disso, as despesas respectivas, incluindo o registro competente*" (fl. 16).

Ora, a quitação pela Autora dos débitos relativos ao imóvel é inconteste.

O pagamento da quantia de R$ 9.000,00, à vista, na data da assinatura do contrato restou comprovada a partir da "quitação plena e irrevogável" concedida pelo Réu no próprio instrumento (cláusula 1ª, fl. 16). O pagamento dos encargos perante órgãos públicos e serviços essenciais foi satisfatoriamente comprovado pelos documentos de fls. 21/29 e 110/255, com certidão negativa de débitos perante a Prefeitura Municipal (fls. 256), e o pagamento das parcelas do financiamento pelos comprovantes de fls. 30/109.

Importante consignar, aqui, que, conforme bem salientado pelo magistrado sentenciante, "*caso o requerido tivesse quitado o contrato, deveria ele ter comprovado documentalmente, estes pagamentos e, isso não ocorreu nos autos, conforme o ônus que lhe incumbia*".

Quanto à ausência de reconhecimento de firma das assinaturas e rubrica nas páginas, bem como à existência de apenas uma testemunha a indicar a nulidade do instrumento, não convence o Apelante.

Tais indicadores não podem ser considerados óbice formal à eventual direito da Apelada.

Entendo como pressupostos da presente ação de adjudicação compulsória, a existência do instrumento de compromisso de compra e venda, a prova de quitação do preço e a irretratabilidade do contrato, tendo, a meu ver, a Apelada demonstrado a contento o seu preenchimento, revelando-se prescindíveis os indicados pelo Apelante.

Além disso, a ausência de rubrica nas páginas iniciais e o fato de as testemunhas não estarem identificadas não afastam a validade do contrato, do qual não se exige forma especial (art. 107, CC).

Este E. Tribunal, inclusive, tem entendido que a ausência de reconhecimento de firma das assinaturas e a falta de assinatura das testemunhas não têm o condão de invalidar o instrumento (grifei):

> "*Adjudicatória - Argumentos não enfrentados pela sentença não solapariam seu fundamento (CPC 489 § 1º IV) - Nulidade por falta de fundamentação descabida - Compromitente vendedora Apelante alega que instrumento forjado com base em contrato de locação -*

Acesso ao Sumário

Apelante firmou página final do instrumento sob o termo "vendedora" - Compromitente comprador Apelado pagou dívida da Apelante garantida com hipoteca, como se obrigara no contrato - ***Ausência de rubrica nas páginas iniciais e identificação de nomes de testemunhas subscritoras prescindíveis (CC 107) - Instrumento autêntico*** *- Adjudicação devida - Recurso improvido.*"

(TJSP; Apelação Cível 0002745-59.2015.8.26.0120; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cândido Mota - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 18/10/2017)

"*ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA DE IMÓVEL. Ação ajuizada por cessionário de direitos de contrato de compra e venda - Sentença de improcedência - Inconformismo dos autores - Não obrigatoriedade de registro do "Instrumento Particular de Promessa de Cessão de Direitos" na matrícula do imóvel - Inteligência da Súmula n. 239 do STJ -* ***Falta de reconhecimento das firmas e de qualificação das testemunhas que não têm o condão de invalidar o instrumento - Documento formalmente em ordem*** *- Cadeia sucessória comprovada -* ***Quitação do pagamento pelo credor -*** *Gravames incidentes sobre o imóvel cancelados - Sucumbência invertida - Recurso provido.*"

(TJSP; Apelação Cível 0204711-75.2011.8.26.0100; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2016; Data de Registro: 23/02/2016)

"*ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - Pressupostos da ação de adjudicação compulsória preenchidos - Não autenticação de cópia de documento, quando não impugnado o seu conteúdo - Irrelevância -* ***Falta de reconhecimento das firmas e de qualificação e assinatura da testemunha que não têm o condão de invalidar o instrumento*** *- Ausência de registro dos instrumentos na matrícula imobiliária - Irrelevância - Súmula 239 do STJ - Documentos nos autos suficientes que comprovam a regular cadeia de transmissão de direitos e obrigações até o autor, bem como a ciência e anuência da vendedora originária quanto ao negócio realizado com o autor - Ação de adjudicação que independe das providências necessárias para a regularização do loteamento - Tributos incidentes sobre o imóvel ou sobre a transmissão de propriedade - Questão que deve ser resolvida em sede de procedimento administrativo próprio - Situação das rés pessoas jurídicas e eventual inadequação do valor da causa que não se afiguram como requisitos ou óbices para a pretensão do autor - Ação julgada extinta sem exame do mérito - Decisão reformada para julgar procedente a ação - Recurso provido.*"

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 9131193-44.2007.8.26.0000; Relator (a): De Santi Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2012; Data de Registro: 31/01/2012)

No mais, é inverossímil que o Apelante tenha deixado seu imóvel na posse da Apelada por anos a fio sem qualquer tipo de remuneração em contrapartida. Vê-se, assim, por óbvio, que a narrativa da Apelada, subsidiada pelo instrumento do compromisso de compra e venda e a quitação do financiamento, oferece muito mais poder explicativo que as alegações do Apelante.

Destarte, entendo correta a sentença, que proponho seja mantida, com ratificação de seus fundamentos como permite o art. 252 do RITJESP.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009883-08.2018.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante UNIMED REGIONAL DA BAIXA MOGIANA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE MOGI GUAÇU, é apelada ELENIR DE DEUS MATARAZZO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.104)**

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

São Paulo, 25 de julho de 2019.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Plano de saúde. Obrigação de fazer. Segurada diagnosticada com adenocarcinoma de cólon grau II. Prescrição médica positiva a tratamento com o medicamento "Regorafenib/Stivarga®". Recusa da operadora de saúde. Descabimento. Negativa de cobertura que restringe obrigação inerente à natureza do contrato (art. 51, IV, e §1º, II, do CDC). Irrelevância de o procedimento não corresponder às

Acesso ao Sumário

diretrizes de utilização estabelecidas no rol da ANS e de haver exclusão contratual. Caráter experimental (off label), ademais, que não descaracteriza a natureza do tratamento. Medicamento devidamente registrado na ANVISA. Prescrição médica que se sobrepõe à escolha da prestadora quanto ao método de tratamento mais adequado ao diagnóstico do paciente. Único tratamento possível para a patologia que acomete a segurada. Impostura evidenciada. Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo. Aplicabilidade das Súmulas nºs 95, 96 e 102 desta C. Corte de Justiça. Quebra do dever de lealdade. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do CC). Prescrição médica que se sobrepõe à escolha da prestadora quanto ao método de tratamento mais adequado ao diagnóstico da paciente. Sentença mantida.

Danos morais. Recusa à cobertura de procedimento cirúrgico prescrito, porque amplifica a aflição psíquica e causa situação de impotência, que fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), vértice básico do dano moral. Indenização devida. Quantum indenizatório arbitrado em quase R$ 10.000,00. Montante razoável, proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 169/171) que julga procedente a ação para condenar a ré em obrigação de fazer consistente em fornecer e custear o tratamento com o medicamento *Regorafenib* durante o período necessário, segundo indicação médica, além de condenar a ré no pagamento da indenização por danos morais na quantia de R$ 9.540,00; apela a operadora de saúde vencida postulando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais (fls. 174/189) sustenta, em síntese, que não é obrigada a custear medicamento que não se encontra relacionado no rol de procedimentos autorizados pela ANS e que não possui cobertura contratual.

Aduz que o contrato possui cláusula expressa com a restrição ao fornecimento do medicamento não incluído no rol da ANS, o qual é taxativo.

Acesso ao Sumário

Assevera que as limitações e exclusões são inerentes à natureza do contrato.

Sustenta que não houve qualquer ato ilícito, agindo a apelante em conformidade com as normas e a previsão contratual, o que não enseja reparação moral.

Pede, subsidiariamente, a redução do quantum arbitrado a título de danos morais, seguindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Requer o provimento do apelo.

Recurso processado, preparado (fls. 190/191) e respondido (fls. 194/209).

É o relatório.

Da negativa de cobertura: abusividade

Do enredo dos autos, tem-se que a autora, atualmente com 74 anos (nascida em 08/05/1945 - fls. 28) e conveniada à prestadora de serviços de saúde (fls. 32), fora diagnosticada com "*adenocarcinoma de cólon grau II*", evoluindo com rápida progressão.

A autora fora submetida a outras linhas de tratamento oncológico, com realização de quimioterapia e uso de diversos medicamentos, sem conduto, alcançar resultados satisfatórios para a melhora de seu estado de saúde, permanecendo refratária.

Dessa forma, visando a recuperação da paciente, recebeu expressa indicação terapêutica para controle da moléstia com o medicamento *Regorafenib (Stivarga) 160mg* (fls. 56).

Adviera, contudo, a negativa da ré ao respectivo custeio, sob o fundamento de que há exclusão contratual, o medicamento não está descrito no rol da ANS e se trata de uso experimental.

Pois bem.

Não se discute a necessidade do tratamento prescrito para a segurada, visando à estabilização de sua enfermidade.

Restara incontroverso, pois, que a indicação terapêutica prescrita pelo profissional que a vem acompanhando é adequada e necessária ao seu restabelecimento.

A ré, aliás, não nega a patologia que acometera a conveniada, tampouco questiona o tratamento prescrito, cingindo-se a propugnar que não há obrigatoriedade no custeio do fármaco solicitado pois este não está registrado na ANVISA e possui natureza experimental.

No entanto, em pesquisa autônoma à página virtual da própria ANVISA, verifica-se que o aludido medicamento fora nacionalizado em 2015[1].

A aludida negativa, contudo, não prospera e não deve convalescer, pois é

Acesso ao Sumário

1 (endereço eletrônico constante no texto original)

defeso ao plano de saúde questionar o tratamento prescrito pelo médico, o qual inclusive, possui o devido registro na ANVISA.

Exegese contrária implicaria negar a própria finalidade precípua do contrato, o que fere a razoabilidade.

Além disso, se a enfermidade que acomete a beneficiária do seguro (*neoplasia de cólon*) possui cobertura contratual, tal e qual na espécie, o fornecimento do medicamento adequado ao respectivo tratamento consubstancia mero desdobramento do seu alcance.

Aplicam-se, na espécie, as Súmulas nº 95 e 102 deste E. Tribunal de Justiça:

> *"Súmula nº 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico".*
>
> *"Súmula nº 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".*

Impende anotar que o fato de a prescrição não atender às diretrizes previstas no rol da ANS (Resolução Normativa nº 387/2015 e 407/2016), não justifica, tampouco, a aludida negativa, uma vez que tal listagem estabelece exigências mínimas de forma não taxativa, servindo como mera orientação, valendo-se a operadora de saúde mera tecnicidade e nomenclatura atribuída à moléstia.

Sobre o tema, registrem-se os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"O fato de o tratamento indicado pelo médico assistente não estar previsto no rol de tratamentos da ANS, não exclui os planos de saúde da obrigatoriedade de custeá-los, pois não se trata de rol taxativo" (AREsp 481680, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 05/08/2014).*
>
> *"Em que pese a Agência Nacional de Saúde (ANS) não relacionar o fornecimento de medicamentos prescritos para uso domiciliar, tal fato não obsta sua cobertura, pois a jurisprudência pátria vem entendendo que o referido rol não é taxativo, servindo apenas como referência para os planos de saúde privados" (AREsp 453831, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 15/08/2014).*
>
> *"O fato de o exame não estar previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde, por si só, não desobriga a apelante de fornecer a cobertura para a sua realização, pois aquele não é taxativo, não possuindo uma função limitadora, mas garantidora de procedimentos mínimos, que devem ser observados pelas operadoras de plano de saúde (...)*
>
> *Dessa forma, mostra-se abusiva a cláusula contratual, que negou a cobertura, sob a alegação de que o exame denominado 'PET SCAN' não*

Acesso ao Sumário

está relacionado na resolução normativa expedida pela ANS, devendo ser considerada nula de pleno direito nos termos do art. 51, inc. IV do CDC, (...)" (Ag 1355252, Rel. Min. MARIA ISABEL GALOTTI, j. 28/05/2014).

Além disso, não há qualquer ofensa à regra legal que confere à ANS regular os tratamentos não cobertos pelo plano-referência (da Lei nº 9.656/1998 10 § 1º), pois as exceções dos incisos do art. 10 tratam apenas de tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, não abrangendo tratamento medicamentoso.

Está, portanto, o tratamento prescrito plenamente abrangido pelo plano.

Ressalte-se, outrossim, que as resoluções e súmulas administrativas não se sobrepõem às disposições da legislação aplicável às relações de consumo, sobretudo quando têm como objetivo restringir a assistência médica.

Destarte, revelam-se abusivas as cláusulas limitativas de cobertura em relação ao tratamento em questão, não só pelo fato de o procedimento ter sido prescrito por profissional habilitado, mas também porque a exclusão da cobertura deixa o segurado em situação de extrema desvantagem.

Vale lembrar que as cláusulas limitativas ou obstativas das obrigações assumidas pelas operadoras de planos de saúde, mormente aquelas às quais os consumidores aderem por força da própria natureza adesiva do contrato, devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé e da equidade, e na forma do que dispõe o artigo 51 do CDC.

De mais a mais, evidenciada a concreta necessidade do procedimento prescrito, não deve a prestadora de serviços de assistência médica interferir na indicação médica.

Com efeito, a escolha do método mais adequado à paciente compete exclusivamente ao profissional médico, de acordo com o procedimento a ser realizado e considerando as particularidades da segurada, sendo inadmissível a interferência da seguradora.

Releva ponderar que a contratação de plano de saúde visa à recuperação/preservação da saúde e da vida dos segurados.

Assim, uma vez definido o objeto do contrato, ressai a abusividade da recusa à cobertura do exame solicitado por profissional médico.

Tal ofende a boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas, cabendo, pela pertinência, trazer à colação a lição de NELSON NERY JUNIOR, *verbis*:

"Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é obvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 8ª edição, página 570).

Acesso ao Sumário

A propósito, já se pronunciara o C. Superior Tribunal de Justiça:

"O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Precedentes" (AgRg no AREsp 345.433/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).

"Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (radioterapia).

Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes" (AgRg no AREsp 192.612/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014).

Destarte, apresenta-se abusivo e ilícito o impedimento de a segurada receber o tratamento com o medicamento prescrito, sendo inadmissível a 'criação' de motivo aleatório para negá-lo.

Em casos análogos ao dos autos, colhem-se os precedentes colacionados no âmbito desta C. Corte de Justiça:

"CONTRATO - Prestação de serviços - Plano de saúde - Negativa de fornecimento de medicamento 'regorafenib 160mg/dia', para tratamento oncológico - Inadmissibilidade - Súmulas nº 95 e 102 deste Tribunal - Inclusão, na apólice, de terapia para a moléstia, devendo toda e qualquer medida tendente a minimizar ou eliminar a doença ser coberta - Inteligência do art. 35-F da Lei nº 9.656/98 - Limitação contratual para moléstia acobertada que revela a impossibilidade de o instrumento atingir o fim a que se destina - Dano moral - Configuração - Majoração do 'quantum' de R$ 5.000,00 para R$ 15.000,00 - Possibilidade - Montante apto a atender à dupla função do instituto indenizatório, estando em consonância com casos análogos - Recurso da autora parcialmente provimento, improvido o da ré." (TJSP; Apelação 1011958-64.2017.8.26.0003; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/04/2018; Data de Registro: 19/04/2018)

"PLANO DE SAÚDE - Recusa da ré em autorizar o fornecimento de medicamento prescrito para o tratamento da autora (Regorafenibe), sob a alegação de que não consta do rol da ANS, além de não se sujeitar a relação existente entre as partes ao Código de Defesa do Consumidor - Abusividade - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em plano de saúde regido pelo regime da autogestão - Permissibilidade legal de fornecimento do medicamento - Irrelevância da não previsão no Rol de Procedimentos da ANS - Medicamento indicado pelo médico para tratamento de doença coberta - Aplicação da Súmula nº 102 do TJSP

Acesso ao Sumário

- Direito do consumidor ao tratamento mais avançado, prescrito pelo médico, com melhor eficácia à doença que o acomete - Impossibilidade de escolha pelo plano do método de tratamento de doença coberta - Precedentes - DANOS MORAIS - Ocorrência - Negativa do fornecimento apta a agravar a situação física e psicológica do beneficiário - Quantum bem fixado, que não comporta minoração - Sentença mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Apelação 1005177-44.2016.8.26.0073; Relator (a): Maria Salete Corrêa Dias; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/03/2018; Data de Registro: 08/03/2018)

"Plano de saúde - Ação ordinária - Procedência - Inconformismo das rés - Acolhimento. Ilegitimidade passiva da Unimed Paulistana e da Central Nacional Unimed - Autor que contratou plano de saúde com a Unimed Palmas - Demanda que discute o custeio de medicamento, não a realização de tratamento em área geográfica ou rede credenciada de outra Unimed - Inexistência de solidariedade na hipótese - Inexistência, ademais, de prova de que a Unimed Palmas não teria os recursos necessários para o custeio do medicamento - Não enquadramento na Súmula n. 99, deste E. Tribunal de Justiça. Mérito - Medicamento 'Stivarga' (regorafenibe), importado e não registrado na ANVISA até dezembro de 2015 - Inexistência de obrigação da operadora do plano de saúde de fornecer o medicamento até a data do registro - Previsão expressa do art. 10, V, da Lei n. 9.656/98, no qual a cláusula contratual excludente de cobertura encontra seu fundamento de validade - CDC que é aplicável apenas subsidiariamente, cf. art. 35-G, da Lei n. 9.656/98 - Jurisprudência reiterada do C. STJ. Resultado: sentença reformada, para extinguir o processo sem resolução do mérito em relação à Unimed Paulistana e à Central Nacional Unimed, e para limitar a obrigação de fornecimento do medicamento pela Unimed Palmas ao período iniciado em 28.12.2015, data de publicação do respectivo registro na ANVISA. Providos os recursos da Unimed Paulistana e da Central Nacional Unimed, e provido em parte o recurso da Unimed Palmas." (TJSP; Apelação 1065172-72.2014.8.26.0100; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2018; Data de Registro: 16/02/2018)

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Plano de saúde - Negativa de fornecimento de medicamento STIVARGA 40Mg (REGORAFENIB) para doença coberta pelo plano que redunda na negativa de cobertura do próprio tratamento - Descabida a interferência da operadora de plano no tema e na circunstância do caso - Aplicação das Súmulas 95, 96 e 102 deste Tribunal - Recurso não provido." (TJSP; Apelação 1002791-76.2015.8.26.0008; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/04/2017; Data de Registro: 31/05/2017)

"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE.

Acesso ao Sumário

Paciente portador de neoplasia maligna de intestino. Negativa de cobertura do medicamento STIVARGA (REGORAFENIB), sob o argumento de que o seu uso é experimental (off label). Inadmissibilidade. Contrato que se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor. Existência de indicação expressa e fundamentada do médico especialista. Cláusulas que impedem o fornecimento de medicamento são nulas de pleno direito. Ademais, o rol da ANS constitui apenas um mínimo obrigatório a ser coberto pelas seguradoras de saúde. Aplicação das Súmulas 95 e 102 do TJSP. Precedentes jurisprudenciais. Abusividade reconhecida. Sentença mantida. SUCUMBÊNCIA. Majoração dos honorários advocatícios, segundo as disposições do art. 85, §11, do CPC/2015. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação 1042105-13.2016.8.26.0002; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/04/2017; Data de Registro: 28/04/2017)

Destarte, configurada a abusividade da recusa, correta a condenação da ré no custeio do tratamento prescrito, tal e qual determinado na r. sentença de primeiro grau.

Dos danos morais: configuração

Com efeito, é inconteste que, ao negar cobertura ao tratamento quimioterápico prescrito, necessário ao tratamento da beneficiária do seguro-saúde, a operadora de saúde agiu com menoscabo com a situação de saúde da requerente.

Houve, assim, o ferimento do dever elementar da preservação da dignidade, signo da pessoa humana, à margem do regime jurídico em vigor, o que sobeja.

Pontue-se que a negativa de custeio, sobretudo diante da grave doença que acometeu a autora (*neoplasia maligna de cólon*) porque amplifica a aflição psíquica e causa situação de impotência, fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), vértice básico do dano moral, certo que a recusa a cobertura de tratamento confere justa causa à fixação de indenização.

Nesse sentido, merecem registro os precedentes do C. STJ, a título exemplificativo: *AgRg no AREsp 431163/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2014; AgRg no AREsp 415024/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014; AgRg no REsp 1229872/AM, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011; AgRg no REsp 1241480/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2012; REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010*.

Marque-se que a responsabilidade civil perante o consumidor é objetiva e

Acesso ao Sumário

solidária (*Lei nº 9.656/98, c.c. arts. 7º, parágrafo único; 14, caput, e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90*), o que, ordinária e necessariamente, provoca o descabimento da conduta da operadora de saúde.

É caso de flagrante abuso de direito (*art. 187 do Cód. Civil*), o qual deve funcionar como limite ao exercício do direito subjetivo da ré.

Aplicável, pois, o enunciado 37 do CJF, *verbis*:

"*Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*".

Portanto, na peculiaridade dos autos, verifica-se a concreta ferida ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Sob outro aspecto, é certo que a reparação civil de dano infringido à dignidade da pessoa humana não encontra parâmetros legais definidos.

De fato, a fixação do *quantum* compensatório é atribuída ao prudente arbítrio judicial.

Nesse sentido, o V. Aresto, *ipsis litteris*:

"Ao contrário do que muitos pensam, o dano moral, por não haver repercussão no patrimônio, não há como ser provado; ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. Assim é entendido por se tratar de algo material.

A jurisprudência é unânime em remeter ao prudente arbítrio judicial a fixação do 'quantum' para a composição do dano, no que o regramento positivo não conhece quaisquer restrições ou limitações, haja vista a determinação constitucional no sentido de que a indenização respectiva seja proporcional ao agravo e a inexistência de balizamentos ali preestabelecidos (CF, art. 5º, V e X). uma recente obra sobre dano moral ressalta bem o tema na doutrina e na jurisprudência, assinalando a importância do 'equivalente, mais ou menos aproximado, do valor perdido' (in, 'Dano Moral', de José Rafaelli Santini, LED, São Paulo, 1997).

A indenização, nesses casos, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano. Prudente, dessa forma, seja fixada com base em alguns elementos informativos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes" (REsp 239.973/RN, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, Quinta Turma).

Ainda com esta exegese, os seguintes precedentes, a saber: *REsp 565.880/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma; REsp 192.786/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, Terceira Turma; REsp 151.767/ES, Rel. Ministro*

Acesso ao Sumário

EDSON VIDIGAL, Quinta Turma; REsp 171.084/MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma; e, REsp 109.470/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma.

Esta é a mesma interpretação exarada na IV Jornada de Direito Civil, consoante o Enunciado 550 ("A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos"), cuja justificativa traz que, *in verbis*:

> "*Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada. Caso contrário, corremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado tinha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do desestímulo. Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral*".

À míngua de parâmetros legais e tendo em mente o grau de reprovabilidade da conduta da operadora de saúde, os consectários advindos de sua impostura e a capacidade econômica das partes, tem-se que a indenização fixada no valor de aproximadamente R$ 10.000,00 se mostra adequada e proporcional à reparação civil.

A quantia está de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta da operadora de saúde, os consectários advindos de sua impostura e a capacidade econômica das partes.

Com esses contornos, a importância arbitrada é apta ao fim de indenizar o dano moral suportado, guarda correspondência com os parâmetros jurisprudenciais e às circunstâncias do caso concreto, e ainda, não proporciona enriquecimento indevido e exagerado ao autor.

Tal monta está em concordância com os precedentes deste C. Tribunal de Justiça que envolvem casos da mesma espécie, valores tais que variam entre R$6.000,00: *Ap. 1005451-58.2015.8.26.0100; Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/08/2016; Data de registro: 26/08/2016*; R$10.000,00: *Ap. 0010124-43.2012.8.26.0577; Relator(a): Miguel Brandi; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/06/2014; Data de registro: 30/06/2014; Ap.*

Acesso ao Sumário

0011951-78.2011.8.26.0010; Relator(a): Luiz Antonio Costa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/04/2013; Data de registro: 25/04/2013; Ap. 1011624-74.2015.8.26.0011; Relator(a): Elcio Trujillo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/05/2016; Data de registro: 04/05/2016; e R$15.000,00: *Ap. 1008109-35.2014.8.26.0506; Relator(a): Alexandre Marcondes; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/06/2016; Data de registro: 29/06/2016; Ap. 4002453-69.2013.8.26.0348; Relator(a): Mauro Conti Machado; Comarca: Mauá; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/05/2016; Data de registro: 07/06/2016*.

Outrossim, não merece acolhimento a pretensão da apelante no sentido de ver reduzido o valor arbitrado a título de danos morais.

Justa, por conseguinte, a r. sentença.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento ao recurso.

Nos moldes do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor atualizado da condenação, com correção a partir da publicação deste.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003921-75.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes ELAINE GARBIN VIANA CAVALCANTE (JUSTIÇA GRATUITA) e RAFAEL CAVALCANTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO (Presidente), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de reparação de danos. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. Pedido de indenização assentado na teoria da

Acesso ao Sumário

perda de uma chance. Valorização do imóvel que não se consubstancia perda de uma chance séria e real. Precedente do TJSP. Danos morais não configurados. Sentença mantida, embora por fundamentos diversos. Honorários recursais, com observância das ressalvas da Justiça Gratuita (art. 98, §3º, do CPC). Recurso não provido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 224/227, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação indenizatória movida por ELAINE GARBIN VIANA CAVALCANTE e RAFAEL CAVALCANTE em face de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A. Diante da sucumbência, os autores foram condenados a arcar com as custas processuais proporcionais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apelam os autores, pugnando pela reforma da sentença pelas razões de fls. 229/239.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 242/258).

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória movida por ELAINE GARBIN VIANA CAVALCANTE e RAFAEL CAVALCANTE em face de MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, requerendo condenação da ré ao pagamento de indenização por dano material, consistente na diferença entre o valor do bem imóvel quando assinatura do contrato de venda e compra em dezembro de 2011 e o valor dele quando da rescisão contratual por culpa da ré em julho de 2014, com base na teoria da perda de uma chance; bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

A sentença julgou os pedidos improcedentes.

Insurgindo-se contra a sentença, os autores interpuseram recurso de apelação, alegando, em síntese, que foi a ré quem deu causa à não obtenção do financiamento bancário, sendo, portanto, culpada pela rescisão contratual. Sustentam, ainda, que a privação da utilização do bem imóvel, com a superveniente diferença de valor de mercado do bem entre o valor da data da celebração e o valor da data da resolução, originou os alegados danos. Por fim, alegou que a conduta da ré fez com que os autores experimentassem danos morais.

Pois bem.

O inconformismo dos autores não merece prosperar.

A controvérsia cinge-se à existência de danos decorrentes do

Acesso ao Sumário

descumprimento do contrato de financiamento, que, por sua vez, era derivado/acessório de contrato de compra e venda de imóvel.

Ainda que se considere que a rescisão do contrato principal ocorreu por culpa da ré, a qual impossibilitou que os autores tivessem êxito na obtenção do financiamento, o fato juridicamente relevante é que não estamos diante dos requisitos necessários para o reconhecimento dos danos baseados na teoria da perda de uma chance.

A denominada teoria da perda de uma chance apregoa que o autor do ato ilícito, que, com a sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor, deve indenizá-la pelo dano causado.

Trata-se de categoria autônoma de dano que não se confunde com os danos emergentes e nem com os lucros cessantes (STJ. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010).

A teoria da "perda de uma chance" exige chance real, atual e certa, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, já que o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, não é indenizável (STJ, REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009)

No caso em tela, os autores alegaram que o dano suportado decorre da impossibilidade de tirar proveito da valorização patrimonial do imóvel objeto do contrato de compra e venda rescindido.

Ora, não há que se falar na existência de chance perdida real e séria, que proporcionaria aos autores efetivas condições de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Em verdade, o contrato firmado entre as partes não previa a promessa de aproveitamento da valorização econômica do bem imóvel adquirido, mas tão somente que haveria a tradição de tal bem mediante pagamento.

Havendo inadimplemento contratual por parte da ré, cabia aos autores o direito de pleitear a rescisão do contrato firmado, buscando-se a devolução de quantias que entendesse cabível, o que, de fato, foi exercitado em sede de demanda própria.

Uma vez rescindido o contrato judicialmente, as partes devem ser imediatamente restituídas ao estado anterior.

Assim, é certo que a rescisão contratual não proporcionou ganho nem tampouco gerou qualquer prejuízo aos autores, mas apenas a recomposição das partes ao "status quo ante".

E mais. Como bem constou na sentença, os autores não trouxeram aos autos provas documentais de que, por ação ou omissão da ré, eles tenham sido obrigados a iniciar a aquisição de outro imóvel, por expedientes mais onerosos.

Acesso ao Sumário

Não se olvide, ainda, que mesmo que os autores tivessem uma esperança ou expectativa aleatória de obter algum ganho patrimonial com a compra do imóvel, a incerteza quanto ao incremento do lucro caso o bem fosse alienado a terceiros é significativa, o que, por si só, impediria a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Desse modo, sob todos os ângulos que se analisa a questão, conclui-se que, independentemente de quem tenha sido o responsável pela rescisão contratual, não se vislumbra que os autores tenham suportado a perda de forte probabilidade de ganhos (valorização imobiliária), mas tão somente os efeitos naturais do aludido inadimplemento contratual da outra parte.

Em suma, a valorização do imóvel não consubstancia perda de uma chance séria e real.

Em caso análogo ao dos autos, assim decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

> **Apelação Cível 3000489-23.2013.8.26.0101** - *EMENTA: Apelação. Compra e venda de imóvel com financiamento pelo Banco do Brasil S/A. (...) Danos materiais, contudo, não comprovados. Valorização do imóvel que não se consubstancia automaticamente em prejuízo material, haja vista a incerteza quanto ao incremente do lucro caso o bem fosse alienado posteriormente (...) (TJSP; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caçapava - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 01/02/2019)*
>
> Quanto ao dano moral, melhor sorte não assiste aos autores.

Entende-se que, em regra, o inadimplemento contratual não gera dano moral, salvo se demonstrada a efetiva violação de um direito da personalidade.

Nesse sentido a jurisprudência e a doutrina: *O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material* (enunciado 159 das Jornadas de Direito Civil do CJF).

Acesso ao Sumário

O dano moral só é cabível quando os compradores tenham sofrido violação aos seus direitos da personalidade (honra, imagem, etc), geradora de frustração, sofrimento, dor e angústia.

Nesse sentido:

> *COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CC. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS E INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES - Procedência - Insurgência da requerida - Cabimento parcial - Ilegitimidade passiva afastada - Presente o interesse de agir dos coautores - Preliminares afastadas - Rescisão por culpa da vendedora corretamente decretada, diante da não entrega do imóvel ao comprador no prazo avençado - Descabida a*

alegação de caso fortuito ou força maior - Súmula 161 deste E. Tribunal - Correta a devolução integral dos valores pagos, inclusive comissão de corretagem, sem qualquer retenção de valores - A restituição deve ser imediata e de uma só vez - Súmula 2 da Seção de Direito deste E. Tribunal de Justiça - Retenção do sinal - Descabimento - A entrada prevista possui natureza apenas de arras confirmatórias, com o propósito único de reforçar o vínculo contratual, integrando o preço, sem caráter penitencial - Lucros cessantes - Descabimento - Pleito incompatível com o de rescisão da avença - Precedentes - Danos morais inexistentes - Descumprimento contratual pela vendedora que, por si só, não gera a ocorrência de dano moral indenizável - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1017214-02.2017.8.26.0451; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/07/2019; Data de Registro: 15/07/2019)

No caso, entendo que os autores tiveram mero dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente do inadimplemento contratual, o que se insere no cotidiano do homem em sociedade.

Assim, na ausência de lesão aos direitos da personalidade, não há que se falar em dano moral indenizável.

Desta feita, impõe-se a manutenção da sentença "in totum", embora por fundamentos diversos.

Por fim, considerando que no caso dos autos o recurso das rés foi interposto contra decisão publicada após 18 de março de 2016, cabe-nos majorar os honorários sucumbenciais devidos pelos autores ao advogado da ré em 15% sobre o valor da causa, nos termos do §11 do art. 85 do CPC, com observância das ressalvas da Justiça Gratuita (art. 98, §3º, do CPC).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1067894-74.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados MARCOS IVO e LUCIANA MOREIRA DOS SANTOS PEDRO, é apelado/apelante CAJURU 74 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos. V.U. Declara voto convergente o 2º Juiz.", de

Acesso ao Sumário

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.949)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e MANOEL RIBEIRO.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Pleito de rescisão contratual formulado pelos compradores, por simples conveniência destes - Pedido cumulativo de devolução dos valores pagos - Rescisão decretada, com retenção do percentual de 20% sobre estes, excluindo-se a comissão de corretagem - Inconformismo de ambas as partes - Pretensão dos autores pela majoração do percentual de restituição para 90%, reembolso de encargos condominiais pagos no valor de R$ 4.293,76 e balizamento da verba honorária na forma orientada pelo artigo 85, §2º do CPC - Cabimento da primeira, ante o considerável valor já pago por conta do preço (R$ 156.196,79), sendo que o percentual de retenção de 10% (R$ 15.619,67) é mais adequado às despesas administrativas havidas com o distrato - Encargos condominiais exigíveis apenas após a imissão na posse do imóvel que não se efetivou - Devolução já determinada na sentença - Pleito prejudicado nesta parte - Por sua vez, a ré insiste na observância da cláusula que prevê multa compensatória sobre o valor da venda, no caso de distrato pelo adquirente (cláusula VIII - alíneas "a" a "f", da avença), ou, ao menos sua adequação ao percentual de retenção de 30% das prestações pagas, corrigidas desde o ajuizamento da demanda, e juros de mora acrescentados a partir do trânsito em julgado - Descabimento - Intenção de resilição contratual destes que encontra guarida nos artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54, CDC e Súmula "1" desta Corte - Devolução imediata e em parcela única - Súmulas 543 do C. STJ e "2" também desta Corte - Pedido alternativo - Afastamento - Correção monetária - Incidência desta a partir de cada desembolso, para

Acesso ao Sumário

recompor o valor da moeda, nos termos da Súmula 43 do STJ (ato ilícito civil consistente na recusa na devolução correta, com base em cláusula abusiva) - Juros de mora - Posicionamento desta E. Câmara fixando como termo inicial a incidência deste a partir da prolação da sentença - Verba honorária - Alteração - Sucumbência exclusiva da ré, na forma orientada pelo artigo 85, §2º do CPC - Apelos providos em parte.

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 179/182, aclarada à fl. 86, acrescento que esta julgou parcialmente procedente ação de rescisão contratual, cumulada com devolução de quantias pagas, fundada no inadimplemento dos compradores, para "*DECRETAR a rescisão do contrato firmado entre as partes; CONDENAR a parte ré a restituir 80% dos valores pagos para a composição do preço da unidade, em parcela única, desconsiderados os valores pagos a título de corretagem; cabendo à ré arcar exclusivamente com os valores relativos aos encargos condominiais e imposto predial antes da imissão na posse. Os valores a serem devolvidos deverão sofrer a incidência de correção monetária, de acordo com a Tabela do E.TJSP, desde o(s) desembolso(s), e juros de mora, no patamar de 1% ao mês, desde a citação; tudo sujeito a confirmação, na fase apropriada. Outrossim, e como desdobramento lógico da rescisão, fica, desde logo, liberado o imóvel para comercialização/venda a terceiros*". Havendo sucumbência recíproca, "*cada parte arcará com as custas judiciais e despesas processuais por si adiantadas, bem como honorários aos respectivos patronos, que fixo, nos termos do art. 85, §8º, CPC, em R$ 1.000,00, vedada a compensação*" .

Primeiramente, voltam-se os autores, insistindo em suas razões recursais de fls. 184/201, em resumo, na devolução de 90% dos valores pagos, uma vez que quitaram, até a desistência do negócio, o montante de R$ 156.196,79, daí considerar ser razoável que os custos administrativos do distrato correspondam ao percentual de 10% e não 20% como delimitado na sentença a título de retenção, até porque sequer receberam as chaves do imóvel, daí justificar também a devolução integral das cotas condominiais no valor de R$ 4.293,76. Pede, por fim, seja alterada a forma de distribuição da sucumbência, com exclusividade da empresa ré, na forma orientada no artigo 85, §2º, do CPC, com a fixação ser fixada entre 10% a 20% sobre o valor da condenação e não como estabelecido na sentença de forma recíproca.

Por sua vez, volta-se a empresa ré sustentando em suas razões recursais de fls. 205/229, em síntese, a legalidade e observância cláusula resolutiva do contrato, uma vez que a rescisão ocorreu por culpa dos adquirentes. Defende

Acesso ao Sumário

que a imposição de devolução da quantia correspondente a 80% da importância paga por estes, além de exorbitante, fere o ajustado entre as partes, uma vez que suportou custos administrativos, gastos com publicidade e demais despesas que suplantam os 20% de retenção fixada na sentença. Desse modo, considerando que não descumpriu nenhuma obrigação contratual ou o dever legal de informação no que se refere à irretratabilidade do ajuste, requer seja retido, ao menos, o percentual de 30% das prestações pagas. Discorda do marco inicial da incidência da correção monetária, assim como dos juros moratórios sobre as parcelas a serem devolvidas. Isto porque, não houve ato ilícito da vendedora na rescisão contratual, na forma orientada pela Súmula 43 do C. STJ, daí requerer que a primeira tenha incidência a partir do ajuizamento da ação e a segunda a partir do trânsito em julgado.

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 235/243 e fls. 244/252.

2. De início, anoto que a empresa ré efetuou a complementação do preparo devido (fl. 261), dando inteiro cumprimento ao despacho de fl. 254, afastando, assim, a possibilidade deserção.

No mais, consta dos autos que os demandantes firmaram com a empresa ré, em 30.11.2013, instrumento particular de promessa de compra e venda de unidade autônoma (fls. 21/55 ou fls. 125/161), convencionando-se o pagamento do preço de R$ 387.634,50 (fl. 58), sendo que até o momento da desistência do negócio aqueles já haviam desembolsado o valor de R$ 156.196,79 (fls. 56/57), fora a taxa de corretagem (fl. 58 - R$ 25.973,50).

A questão da comissão da taxa de corretagem restou superada pela legalidade de sua cobrança, conforme decidido na sentença, tanto que não foi objeto de irresignação pelos compradores, cingindo-se os apelos apenas ao inconformismo das partes quanto ao percentual de restituição (90% - autores) ou retenção (30% - ré), com correção deste último desde o ajuizamento da demanda, e juros de mora incidentes a partir do trânsito em julgado, acrescido do pedido de reembolso de encargos condominiais pagos pelos adquirentes no valor de R$ 4.293,76.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, nada há para decidir sobre a questão dos encargos ou taxas condominiais pretendidos pelos autores, pois o magistrado já dirimiu esta questão, tanto que impôs à empresa ré a devolução de referida quantia, nestes termos: "*(...) De outra parte, o entendimento judicial predominante é no sentido de que somente com a efetiva entrega das chaves ocorre a transferência da posse do imóvel, momento em que o adquirente passa a ter concretamente o uso e o gozo do bem. Assim, todos os valores relativos aos encargos condominiais e imposto predial antes da imissão na posse deverão ser arcados exclusivamente pela compromissária vendedora*".

E concluiu adiante, conforme dispositivo da sentença: "*(...) cabendo à ré arcar exclusivamente com os valores relativos aos encargos condominiais e imposto predial antes da imissão na posse*" (fl. 182).

No mais, não divergem as partes quanto ao direito dos autores compradores de postular a rescisão da avença celebrada, por pura conveniência destes, ou seja, pela impossibilidade de continuar suportando os encargos assumidos.

No mesmo sentido vem a Súmula 1 desta Corte: "*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*".

Desse entendimento resulta que a despeito da irrevogabilidade e irretratabilidade prevista pela cláusula XXIX (fl. 47 ou 152) a rescisão contratual requerida é plenamente possível, tendo em vista que nenhuma das partes pode ser obrigada a manter o ajuste, tanto que é pacífico o entendimento de que o consumidor inadimplente ou desistente, tem o direito de pleitear a rescisão do compromisso de compra e venda do imóvel e de obter a devolução das parcelas pagas, nos termos do supramencionado artigo 53 da Lei Consumerista.

Portanto, a cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade prevista no contrato não produz qualquer efeito, não havendo que se falar em impossibilidade de resilição ou arrependimento do consumidor, até porque é certo que a rescisão do contrato não se dá por outro motivo, que não a falta de capacidade financeira das partes autoras em arcar com a quitação ou financiamento imobiliário.

A controvérsia, assim, está limitada às consequências dessa opção. Defende a alienante que não deu causa a rescisão contratual, daí porque, considerando que suportou custos administrativos, de publicidade e demais despesas, tanto que a multa contratual é prevista em contrato, nos casos de desistência da compra, daí pretender seja, ao menos, retido percentual de 30% dos valores pagos.

Por sua vez, os adquirentes argumentam que não se justifica a retenção de percentual de 20% como estabelecido pela sentença, pois, em casos como discutidos nos autos, a jurisprudência vem admitindo como mais razoável e equilibrado a fixação do percentual de 10% a título de retenção, acrescentando, ainda, que o valor de multa e da cláusula penal prevista na avença é ilegal e foge aos padrões estabelecidos em lei, sem contar que não houve a posse do imóvel pelos adquirentes.

Analisados os argumentos lançados pelos litigantes, desde logo, afasta-se a disposição contida no parágrafo 1º da cláusula VIII, da avença (fls. 36 e 141), que previu a devolução parcelada da parte do preço, ante o definido pela Súmula 2, também desta Corte: "*A devolução das quantias pagas em contrato*

Acesso ao Sumário

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".

De igual forma, inevitável o reconhecimento da abusividade da estipulação prevista nas alíneas "a" a "f", da referida cláusula VIII, do contrato (fls. 36 e 141), pois, suas disposições, da forma como redigida, inevitável o reconhecimento da abusividade de suas disposições, pois afrontam o disposto no artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, colocando os adquirentes em clara posição desvantagem.

Isto porque, por se referir a percentual de custos administrativos sem especificá-los, permitindo que a estes, aleatoriamente, se acresçam contribuições com o PIS e COFINS, além de outros impostos e despesas com a comercialização do imóvel, sem definição de quais sejam.

Em segundo lugar, porque a par de prever a necessidade de retenção de parte do preço para cobertura de custos administrativos e de promoção de venda, fixa multa compensatória de 10% sobre o valor total do contrato (alínea "e" - fl. 36 e 141).

Ora, nos termos do artigo 410 do Código Civil, a multa compensatória configura prefixação de perdas e danos, pelo que é ilícita sua cumulação pela ofendida.

Nessas condições, não demonstrando a demandada que seus custos administrativos superam o percentual de 20% dos valores pagos, conforme determinado na sentença, não se mostra razoável a retenção de percentual maior.

De outro modo, em face do considerável valor pago pelos adquirentes por conta do preço (R$ 156.196,79), mostra-se razoável a redução do percentual para 10% sobre este montante, o que corresponde a R$ 15.619,67, sendo, portanto, mais adequado com as despesas administrativas havidas com o distrato, daí porque, descabe a sua majoração para 30%, como insistido pela vendedora nas razões do apelo.

Por sua vez, nada há para modificar quanto à incidência da correção monetária, na forma delimitada pela sentença, uma vez que, como se sabe e, bem ao oposto do que alega a vendedora, trata-se de simples mecanismo utilizado para corrigir o valor da moeda, sem qualquer acréscimo, devendo mesmo se dar a partir de cada parcela desembolsada, com a utilização dos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal.

Acesso ao Sumário

Com relação ao termo inicial dos juros moratórios, segundo o novo posicionamento adotado por esta Câmara, este deve ser fixado a partir da data da prolação da sentença.

Isto porque, sem embargo do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, enquanto não definida a questão sob a ótica dos recursos repetitivos, que obrigaria sua aplicação compulsória, ouso sustentar tese diversa, pois no meu

entender não se faz assim a correta distribuição da Justiça.

No caso concreto em exame, reconheceu o Colegiado que a alienante agiu com abuso de direito ao insistir em retenção abusiva, com lastros em aventadas cláusulas contratuais, conduta que afronta as normas do Direito ao Consumidor, razão pela qual essas disposições foram declaradas nulas, estipulando-se percentual de retenção inferior.

Ora, *data maxima venia*, se o direito à rescisão contratual e devolução de parte dos valores pagos é assegurado ao comprador imobiliário pela legislação consumerista, não pode este ser apenado com a fixação do termo inicial dos juros moratórios sobre a parcela devida somente após o trânsito em julgado da lide, se a demora na devolução do justo valor ocorre por culpa única e exclusiva da alienante, que insiste em aplicar cláusula inválida, ou exigir a retenção de montante que o próprio Poder Judiciário reconheceu depois ilícito.

Com a devida vênia, da aplicação desse entendimento resulta indesculpável enriquecimento ilícito da devedora, que se beneficia da própria torpeza, ou seja, o ato de resistir à retenção apenas daquilo que a lei lhes garante válido, como forma de reembolsar-se dos prejuízos advindos da desistência do negócio pelo compromissário comprador.

Persistindo essa solução, que interesse terá a alienante em facilitar o distrato amigável do negócio, ou devolver, desde logo, valor razoável ao promissário adquirente, pois, havendo disputa judicial, se locupletará do valor recebido até o trânsito em julgado da sentença que vier a lhes impor uma justa condenação?

Apenas em hipótese diversa, ou seja, quando a vendedora oferece valor razoável, segundo o crivo do Poder Judiciário, e o adquirente resiste em aceitá-lo, no meu entendimento, não se configuraria a *mora debitoris*, mas a mora do próprio credor, justificando a incidência da pena, consistente em juros moratórios, a partir da data do trânsito em julgado da decisão judicial.

Nessas condições, como, em princípio o pleito de retenção maior estava amparado em disposições contratuais, somente com o reconhecimento da ilicitude destas pela sentença apelada, reconhece-se sua data como marco *a quo* da obrigação de restituir os valores pagos, descontado o percentual de retenção autorizado, pelo que, a indevida insistência da devedora em pretender retenção maior mediante recurso, já configura sua mora, autorizando a fixação daquela como termo inicial dos juros moratórios.

Por fim, com relação ao ônus da sucumbência, com razão em parte os autores quando pretendem a sua modificação.

Isto porque, havendo condenação, como na hipótese, aplicável o disposto contigo no artigo 85, §2º, do CPC: "*(...) § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação,*

Acesso ao Sumário

do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (...)".

No caso específico, os demandantes lograram êxito quanto ao percentual de restituição dos valores pagos no contrato rescindido (90%), assim como no reembolso integral dos valores pagos a título de taxa condominial, sucumbindo apenas no que tange a comissão de corretagem.

Nesse cenário, verifica-se que a vendedora restou vencida em maior extensão, pelo que responderá pelas custas e despesas processuais, mais honorária, já considerada a sucumbência recíproca do autor, em 10% do montante total e atualizado da condenação imposta, nos termos da lei adjetiva civil em vigor ao tempo do primeiro julgamento da lide.

3. Ante o exposto, para os fins acima, meu voto dá parcial provimento aos apelos.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 17.729)

Em questões semelhantes, firme na compreensão de que o decreto judicial de rescisão contratual, com a consequente devolução dos valores pagos, não decorreu de nenhum tipo de infração contratual praticada pela parte ré, mas sim do fato da parte autora ter desistido do contrato, vinha me posicionando pela fixação do trânsito em julgado como termo inicial de incidência dos juros de mora a serem acrescidos aos valores que a parte ré deverá reembolsar à parte autora.

E assim decidia por entender que se tratando rescisão provocada pelo adquirente, que não mais suportava pagar as parcelas do negócio, não havia que se falar em mora anterior da alienante a justificar a fixação dos juros de mora a partir da citação, entendimento embasado em julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1342255/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 11/03/2016 / AgRg no AREsp 474503/MG, Quarta Turma, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLTTI, j. 09.09.2014) e desta Egrégia Corte (Apelação nº 0040031-40.2009.8.26.0554, Relator FABIO PODESTÁ, J. 8.08.16 / Agravo de Instrumento nº 0088367-83.2012.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Claudio Godoy; j. 23.10.2012).

Contudo, em razão de corrente diversa dentro desta 9ª Câmara de Direito Privado, a sustentar ser na data da citação o "dies a quo" de incidência dos juros de mora a serem acrescidos aos valores que a parte ré deveria reembolsar à parte autora, chequei à conclusão que o marco mais justo para dita incidência é a data da sentença, entendimento que passou a ser unânime nesta 9ª Câmara, pelas

Acesso ao Sumário

razões a seguir expostas.

Como de regra, o compromissário comprador ao propor, por sua conveniência, Ação de Rescisão Contratual pleiteia, também, a devolução dos valores pagos, enfrenta resistência da empresa promitente vendedora que, embora aceite a rescisão, pugna pela devolução dos valores pagos com desconto baseado em cláusula contratual que estipula percentual superior aquele aceito pelo comprador.

Resolvido o impasse pela sentença, que depois de decretar a rescisão contratual estabelece o percentual de devolução adequado, inferior ao defendido pelo promitente vendedor, é esse o momento que se materializa a mora deste, na medida em que é a partir de então que tem ciência, por decisão judicial, da abusividade de seu pleito, em que pese a possibilidade de recurso.

Se, no que tange aos valores pagos a serem devolvidos, a opção pela data da citação equivale a concessão de verdadeira "caderneta de poupança" ao compromissário comprador, por outro lado, a opção pelo trânsito em julgado transfere os benefícios da "caderneta de poupança" ao promitente vendedor, em razão da demora em se chegar ao termo do processo em decorrência de apelação por ele interposta, injusta equação que se resolve optando-se pela data da sentença.

No particular, por dar justos limites à questão em comento, impõe-se a citação do seguinte judicioso trecho de voto relatado pela Desembargadora MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA:

> "***É que uma vez manifestada a intenção de rescisão, da qual em regra o promitente passa a ter conhecimento inequívoco pela citação, tem-se que a discussão geralmente se concentra, não na recusa à rescisão por parte do vendedor, mas sim no quanto dos valores recebidos deve restituir por força de sua ocorrência. E se há indefinição ao tempo do ajuizamento da ação, justamente porque o comprador, em regra, não aceita os percentuais previstos em contrato, o fato é que com a prolação da sentença passa a existir a definição judicial do montante que deve ser disponibilizado, e portanto, a partir deste momento, passa a incidir a mora do vendedor que não disponibiliza os recursos devidos ao comprador, ainda que a discussão possa persistir em sede recursal.***
>
> ***O raciocínio é o que se afigura mais justo, inclusive sob o aspecto de política judiciária, pois é preceito constitucional o da razoável duração do processo, que não se volta apenas ao Poder Judiciário pelo tempo de julgamento dos processos, mas também a seus participantes, não se podendo ignorar que a possibilidade de postergação pelas construtoras do momento do pagamento, pela certeza de que não serão oneradas com juros moratórios ao longo da tramitação do processo, tem servido como***

Acesso ao Sumário

fator de grande estímulo à interposição de recursos junto aos tribunais superiores, mesmo quando os percentuais que defendem como devidos contrariam frontalmente jurisprudência assentada quanto ao tema, apenas como impedimento ao trânsito em julgado." (TJSP, Apelação nº 4006844-07.2013, 9ª Câmara de Direito Privado).

Ante o exposto, acompanho o voto do douto Relator.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026173-28.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes MARIA DE LOURDES NUNES LEITE (JUSTIÇA GRATUITA) e LINDOLFO LEITE, são apelados OSWALDO BUSCATTI JUNIOR, MARIA IVONE MANTOVANI BUSCATTI e PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES.

São Paulo, 29 de julho de 2019.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE USUCAPIÃO. Imóvel particular inserido em zona especial de interesse social por Lei Municipal não o torna bem público. Possível o ajuizamento de ação de usucapião individual com vistas à aquisição de propriedade quando o mesmo possui área compatível com a estabelecida no art. 183 da CF e estiver perfeitamente definido e individualizado. Inteligência dos arts. 4º e 9º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e da Lei nº 11.977/09 (Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas). No mais, requisitos devidamente preenchidos.

Acesso ao Sumário

Posse mansa e pacífica desde 2001 (16 anos), com construção para fins de moradia, sem oposição, em terreno inferior a 250m2 (art. 183 da CF), o que torna irrelevante a existência ou não de "justo título". Usucapião concedida. RECURSO PROVIDO.

VOTO

LINDOLFO LEITE e **MARIA DE LOURDES NUNES LEITE** apelam da r. sentença (fls. 212/216), que julgou improcedente o pedido da ação de usucapião ordinária promovida contra **OSWALDO BUSCATTI JUNIOR, MARIA IVONE MANTOVANE BUSCATTI** e **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, em relação ao imóvel localizado na Avenida Percito de Souza Queiroz, Vila Barão, Quadra 23, Lote 20-C, Sorocaba/SP.

Sustentam, em síntese, que os documentos apresentados comprovam a existência de posse mansa e pacífica, sem oposição, pelo prazo legal, inclusive com justo título há mais de 10 anos (09/05/2000). Por outro lado, afirmam não estar provada a existência de "bem público", porque não consta como tal na matrícula do imóvel, que indica os corréus Oswaldo e Maria Ivone como proprietários. Além disso, o imóvel na situação em que se encontra cumpre sua função social, pois é utilizado como moradia, de modo que não deve ser alcançado pela Lei de Regularização Fundiária (Lei Municipal nº 8.451/08), a qual entrou em vigor depois da aquisição particular; e a necessidade de observância da hierarquia das leis no ordenamento jurídico, de sorte que o direito previsto no art. 183 da CF (usucapião constitucional) deve prevalecer sobre a norma municipal (fls. 218/229).

Contrarrazões (fls. 233/241).

A seguir, o coautor Lindolfo informou a existência de "fato novo", consistente na superveniência de desapropriação indireta do imóvel usucapiendo pela Prefeitura Municipal de Sorocaba, nos autos do Processo nº 0031158-67.2010.8.26.0602, em relação à apenas 27,94m2 metros do terreno de 148m2, para alargamento da via que passa defronte ao imóvel, providência que reputa desnecessária caso o imóvel fosse realmente "bem público" (fls. 246/249).

Houve manifestação dos apelados.

É o relatório.

Cuida-se de pedido de usucapião de imóvel, localizado na Avenida Percito de Souza Queiroz, Vila Barão, Quadra 23, Lote 20-C, Sorocaba/SP.

O pedido foi indeferido, porque o mesmo se encontrava localizado em área de especial interesse social, por força da Lei Municipal nº 8.451/08.

Todavia, diversamente do entendimento adotado, o fato de estar inserido na ZEIS (ZONA DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL) não torna o bem

Acesso ao Sumário

público e insuscetível de usucapião.

Referida declaração de interesse social constitui apenas o primeiro passo para a regularização fundiária de imóveis, sem o cumprimento de todas as exigências normalmente impostas, pois apenas evidencia uma situação urbana consolidada.

As ZEIS são criadas nos termos do art. 4º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o qual regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências:

> "*Art. 4.º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V - institutos jurídicos e políticos: (...) f) instituição de zonas especiais de interesse social*".

A finalidade é a regularização fundiária urbana.

Assim, a área gravada como ZEIS "*torna-se uma espécie de zona liberada de regras formais de uso e ocupação do solo, a não ser esta macrodiretriz que lhe grava como destinada à moradia de interesse social*", (ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. *In*: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 221), com isso inibindo especulações imobiliárias, impedindo o desmonte da intervenção regularizatória.

De acordo com Nelson Saule Júnior, as "*zonas especiais são definidas como porções do território com destinação específica e normas próprias de uso e ocupação do solo*", devendo ser adotadas pelo Plano Diretor. Conforme prossegue asseverando o mesmo autor, essas zonas têm por escopo a produção e a manutenção de moradias voltadas à população mais carente, incorporando as ocupações irregulares à cidade, constituindo um instrumento eficiente de regularização de áreas ocupadas e loteamentos clandestinos ou irregulares. (SAULE Junior, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 306.)

Acesso ao Sumário

Segundo Maria Stela Queiroga Arruda *et alii*, citando o magistério de Raquel Rolnik, o conceito nuclear das ZEIS é a ideia de "*incluir no zoneamento da cidade uma categoria que permita, mediante um plano específico de urbanização, estabelecer padrões urbanísticos próprios para determinados assentamentos*" (ARRUDA, M.S.Q.; SÁ, L.A.C.M de; CARNEIRO, Andrea; CANDEIAS, A.L. O Estatuto da Cidade e a regulamentação fundiária de Zonas Especiais de Interesse Social - Zeis. Disponível em (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 23 jul. 2019).

Contudo, a despeito da inegável importância do registro imobiliário, muitas vezes a existência da ZEIS não consta na matrícula do imóvel.

O art. 213, § 11, da Lei 6.015/1973, disciplina que a regularização fundiária de interesse social realizadas em ZEIS, constituídas na forma do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), promovida pelo Município ou pelo Distrito Federal, e desde que os lotes já estejam individualmente cadastrados ou com lançamento fiscal há mais de 20 anos, fica dispensada da observância do rito retificatório previsto neste art. 213.

Por isso, pode não ser necessária a retificação perante o cartório de imóveis, como aconteceu no caso em apreço.

Além disso, o bem declarado como de interesse social pode ser público ou particular, o que não impede a usucapião individual, conforme o próprio Estatuto da Cidade prevê no art. 9º, reproduzindo requisitos do art. 183 da CF:

> "*Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*"

Ainda, tem-se a Cartilha de Regularização Fundiária, emitida pelo Ministério Público de São Paulo (CAO Meio Ambiente e Urbanismo), que traça considerações a respeito da Lei º 11.977/09 (Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas), e assim esclarece:

> "*A Lei nº 11.977/09 não exige projeto de regularização fundiária para o registro de sentença de usucapião, adotando o entendimento de que é possível o reconhecimento da propriedade pelo usucapião independentemente da regularidade do parcelamento do solo.*
>
> *Esse posicionamento ganha corpo na jurisprudência com o julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 422.349 (com repercussão geral), tendo ficado assentado, por maioria do Pleno, que, 'preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)'.*
>
> *O reconhecimento da propriedade pelo usucapião não dispensa, outrossim, a regularização fundiária do assentamento. Neste caso, o projeto excluirá os lotes eventualmente abrangidos pelo usucapião.*" ((endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em 23/07/2019).

Normalmente, em tais casos ao Estado competiria um usucapião coletiva para o problema do local, mas seria totalmente irrazoável aguardar o momento em que os milhares de habitantes que ali residem se organizassem a ponto tal para entrar conjuntamente com ação coletiva, delimitando a parte ideal que

Acesso ao Sumário

caberia a cada um. Contudo, não pode a prestação jurisdicional ficar a mercê ou em eterna espera da atuação estatal, numa constante esperança que o mesmo adote as providências cabíveis para regularização da área.

Por isso mesmo, a jurisprudência vem se firmando que é possível a usucapião individual em se tratando de ZEIS, quando além dos demais requisitos legais, o postulante possua área compatível com a estabelecida no art. 183 da CF, de modo perfeitamente definido e individualizado.

No mesmo sentido:

> "*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL - ZEIS. IMÓVEL DEFINIDO E INDIVIDUALIZADO. AÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CASSADA. 1. É possível o ajuizamento de ação propriedade de imóvel situado em área de ZEIS (zona especial de interesse social), quando, possuindo área compatível com a estabelecida no Art. 183 da CF, estiver perfeitamente definido e individualizado. Precedentes do TJPE. 2. In casu, estando o imóvel devidamente indicado através da documentação acostada aos autos, e, já tendo a Prefeitura da Cidade do Recife considerado a comunidade da Mustardinha/Mangueira como ZEIS, deve ser cassada a sentença que decretou a extinção do feito sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, com o retorno dos autos ao juízo de origem, para regular processamento e julgamento.*" (TJ-PE - APL: 2487058 PE, Relator: Alberto Nogueira Virgínio, Data de Julgamento: 29/08/2018, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/09/2018).

No caso, ao que tudo indica, pelas próprias contrarrazões dos proprietários, teria ocorrido a venda irregular de lotes, por meio da empresa "Cap Empreendimentos Imobiliários".

Em que pese tenham alegado que o corretor José Lucas Paes Júnior, que autuou em favor da referida empresa, não possuía procuração, autorização ou documento que lhe desse esse direito, a posse dos autores sem oposição desde 2001, torna irrelevante a ausência de "justo título".

Sobretudo quando os demais requisitos estão preenchidos: o referido lapso temporal (16 anos), área urbana inferior a 250m2 e lote perfeitamente individualizado (fl. 42).

Para solucionar de vez a questão, há notícia de que a Prefeitura promoveu ação de desapropriação indireta em relação à apenas 27,94m2 do total do imóvel que é de 248m2 (Processo nº 0031158-67.2010.8.26.0602), a evidenciar que apenas houve necessidade de tornar pública aquela metragem para ampliação de uma avenida (fls. 250/252).

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença, para conceder a usucapião sobre o imóvel descrito na petição inicial ao autor (ressalvada a área desapropriada), valendo a r. decisão para registro no CRI.

Por fim, determina-se a inversão do ônus da sucumbência, impondo aos réus o pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atribuído à causa, considerando, em especial, o trabalho desenvolvido, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1051362-59.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDNILSON SAMPAIO DE OLIVEIRA, é apelado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23337)**

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

São Paulo, 29 de julho de 2019.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUTOR DEMITIDO. ART. 30 DA LEI 9656/98. CRIAÇÃO DE NOVO PLANO DE SAÚDE COLETIVO - EQUIDADE ENTRE OS FUNCIONÁRIOS ATIVOS E INATIVOS A PARTIR DE DEZEMBRO DE 2015. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO.

1- Não se justifica a manutenção dos valores de prêmios antigos pagos pelos ex-funcionários do Banco Itaú S.A, uma vez que existe novo plano de saúde aplicado aos funcionários ativos e inativos.

2- Apelação do autor não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls. 226/235), cujo relatório adota-se, julgou improcedente a "ação ordinária com pedido de tutela antecipada" proposta por Ednilson Sampaio de Oliveira em face de Fundação Saúde Itaú S/A, por não vislumbrar qualquer ilegalidade ou abusividade no plano oferecido pela ré.

Sucumbente, deverá o autor arcar com as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Apela o autor (fls. 237/252) sustentando, em síntese, que: a) o valor da mensalidade é exorbitante e não atende ao disposto no art. 31 da Lei 9.656/98; b) a ré nunca comprovou o valor subsidiado, sendo impossível calcular o valor integral da mensalidade; c) a ré não segue as regras da Resolução nº 63 da ANS, pois a faixa etária foi reajustada com percentual incorreto; d) o valor pago a maior deve ser restituído em dobro; e e) norma administrativa (RN 279) não pode criar regime menos favorável que a lei.

Contrarrazões às fls. 256/268.

Esta C. Câmara não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos à Justiça do Trabalho (fls. 291/296).

Os embargos de declaração foram rejeitados às fls. 307/311.

O autor interpôs Recurso Especial (fls. 381/390).

A ré interpôs Recurso Extraordinário (fls. 314/319) e Recurso Especial (fls. 342/347) O AgREsp 1.431.941/SP foi conhecido para dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a competência da Justiça Estadual (fls. 449/453), uma vez que a discussão dos autos é eminentemente civil e não trabalhista.

Este Relator determinou a comprovação da reestruturação do plano (fls. 462), o que foi cumprido às fls. 465/470 (documentos às fls. 471/704).

Manifestação do autor às fls. 707/708.

É o relatório.

I) Relata o autor ter trabalhado no Banco Itaú S/A, no período compreendido entre 21/05/2006 a 03/12/2015, quando foi demitido sem justa causa. Alega que o contrato de saúde ofertado pela empresa foi mantido por mais 3 meses (até 31/03/2016).

Após esse período, foi oferecida a continuidade do plano por 24 meses, porém com valor muito superior ao que pagava enquanto funcionário da instituição financeira.

II) No tocante à prorrogação do plano, destaca-se que o art. 30, da Lei nº 9.656/98, garante a manutenção dos contratos àqueles que preencham os respectivos requisitos:

"**Art. 30**. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício,

Acesso ao Sumário

> no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.
>
> **§1ª**. O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses."

III) Embora o autor faça jus ao plano de saúde, nos termos do referido artigo, não se pode olvidar que as condições anteriormente existentes, quando o apelado ainda laborava no banco, não estão mais vigentes, tornando-se impossível a manutenção dos inativos em plano inexistente, pagando quantia indevida, visto que houve reestruturação na forma de custeio pelos ativos e inativos.

Assim, se as mensalidades dos ex-funcionários fossem cobradas como outrora, apresentariam nítida vantagem perante os atuais funcionários do Itaú Unibanco.

Portanto, o autor tem direito à manutenção do plano com a mesma cobertura e sem carências, de maneira a estar em igualdade aos funcionários ativos, porém, pagando os valores do novo plano para inativos, implantado a partir de 01/12/2015.

Sobre a nova estrutura da Fundação Saúde Itaú, transcrevo trecho do acórdão proferido nos autos da Apelação nº 1006874-87.2014.8.26.0100, de Relatoria do Des. Francisco Loureiro (j. 04/06/2019):

> "2. A discussão travada nos autos diz respeito, unicamente, ao valor do prêmio a ser pago pelo autor aposentado.
>
> Embora o autor pretenda assegurar direito de continuar vinculado ao plano coletivo de saúde mantido pela empregadora, com a mesma cobertura dos empregados ativos, entende que os valores praticados são abusivos.
>
> É fato incontroverso que o autor se enquadra na *fattispecie* dos artigos 30 e 31 da L. 9.656/98, tanto que lhe foi oferecida a opção de aderir ao plano coletivo comum a todos os empregados e ex-empregados, devidamente aceita pelo requerente há quase dez anos (cf. fls. 24/27).
>
> Nesse sentido, a ex-empregadora cumpriu a obrigação de disponibilizar ao autor a permanência no plano coletivo administrado pela ré FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ S/A, mediante o custeio integral do prêmio.
>
> O que se discute nos presentes autos não é a possibilidade de manutenção no plano de saúde, mas sim a legalidade dos valores praticados a partir de dezembro de 2013.
>
> 3. É verdade que à época, tal como reconhecido pela própria requerida,

Acesso ao Sumário

vigia o modelo bipartido dos planos, com indevida distinção entre funcionários ativos e aposentados.

Todavia, como restou demonstrado nos autos, a partir de novembro de 2015 a Fundação Itaú extinguiu o controverso plano de autogestão em que incluía funcionários ativos e o plano alternativo que mantinha somente para funcionários aposentados.

Criou novo e único contrato de assistência médica coletivo, que tem a mesma cobertura e os mesmos custos tanto para empregados ativos, como inativos.

A solução encontrada pela Fundação Itaú, a exemplo do que já foi feito pela GMB e pela Sul América anteriormente, põe fim à controvérsia, extinguindo os contratos anteriores diferenciados para ativos e aposentados. Em substituição, um novo e único contrato coletivo indistinto para todos os trabalhadores (ativos e inativos) foi celebrado, e a ele que é que o autor o direito de aderir. Frise-se, mais uma vez, que embora o autor pretenda a manutenção da cobertura assistencial de que gozava quando na ativa, com valores semelhantes aos que pagava quando empregado, o que a lei assegura é apenas a adesão ao plano coletivo de saúde atualmente vigente e único para todos os trabalhadores ativos e inativos, e não a imutabilidade dos valores do premio.

De se ressaltar, que a ré demonstrou de forma clara que a modificação do plano se deu de forma geral, e não apenas em detrimento dos funcionários inativos (cf. fls. 385/386).

Resta claro que o benefício do funcionário ativo é idêntico àquele ofertado ao autor, inclusive no tocante ao valor do prêmio a ser pago. A única diferença é que a empregadora contribui com parte do valor do prêmio, tornando-o menos oneroso para o funcionário ativo.

Nesse sentido é que, embora reste claro o direito do aposentado ser mantido no mesmo plano coletivo ofertado a funcionários ativos, diluindo os custos do agravamento do risco por uma quantidade maior de segurados, não há direito adquirido ao mesmo custo que o aposentado usufruía na ativa.

O direito tutelado é o direito de manutenção no plano de saúde coletivo que atualmente mantém a empresa, que deve ser rigorosamente o mesmo para todos os empregados, quer quanto aos benefícios, quer quanto aos custos.

Especificamente no tocante aos custos do plano, não há como se afirmar que a majoração do prêmio é ilícita. Isso porque não se trata de majoração decorrente do mero reajuste da mensalidade, mas sim de novo contrato celebrado pela estipulante.

Trata-se de um novo contrato, com nova forma de cálculo do prêmio, inclusive por meio da previsão de mudança do valor deste a depender da faixa etária em que se enquadra o beneficiário, que, no presente caso, se mostra em plena conformidade com o ordenamento."

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, recentes precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"Apelação. Plano de saúde. Plano fornecido pela ex-empregadora. Contribuição por mais de dez anos. Autora aposentada, e após, demitida da empresa. Alegação da autora de aumento abusivo da mensalidade quando do seu desligamento (de R$186,30 para R$892,11, ambos valores para uma vida). Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Verificação de que, o plano de saúde atualmente é o mesmo aplicado tanto aos funcionários da ativa quanto aos inativos, sob o mesmo critério de mudança de faixa etária, e os valores cobrados são a soma dos valores descontados da autora enquanto empregada, acrescidos da parte que era subsidiada pela ex-empregadora, o que se reputa correto e amplamente aplicado. Não há, atualmente, diferenciação entre a cobrança de mensalidades para funcionários e ex-funcionários de sua faixa etária e no plano escolhido, ressaltando-se o valor unicamente porque agora é a autora quem deve arcar com a parte que antes era subsidiada pelo ex-empregador. O valor não se afigura abusivo, comparando-se com os valores atualmente praticados no mercado. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação nº 1095229-68.2017.8.26.0100, Rel. Des. Silvério da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 29/05/2019)

"Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo. Preliminar de ilegitimidade passiva. O artigo 31 da Lei nº 9.656/98 concede o direito ao beneficiário em permanecer em plano de saúde com condições assistenciais semelhantes àquelas oferecidas durante a vigência do contrato de trabalho, por força do contrato originário. Alteração na forma de custeio. Possibilidade, uma vez que inexiste direito adquirido a modelo de custeio e/ou valor de mensalidade. Novo modelo de custeio por faixa etária. Legalidade. Precedentes do STJ e desta C. Câmara. Pretendida manutenção do Autor como beneficiário do plano de saúde nas mesmas condições quando integrava o quadro dos funcionários da ex-empregadora, por prazo indeterminado. Impossibilidade, ante a não comprovação de custeio de sua cota parte à operadora de saúde. Custeio do plano realizado pelo empregador. Sentença reformada. Honorários invertidos. Preliminar rejeitada, recurso da ré provido, não provido o recurso da autora." (destaquei) (Apelação nº 1120742-72.2016.8.26.0100, Rel. Des. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 04/06/2019)

IV) Conclui-se, assim, que a r. sentença deve ser mantida, tal como lançada, inclusive no tocante à sucumbência, uma vez que os honorários advocatícios já foram fixados em seu percentual máximo.

Portanto, **nega-se provimento** ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026632-06.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado G.L.S.S.S.A. - H.S. (H.M.B.), são apelados/apelantes R.S.F. (JUSTIÇA GRATUITA), V.S.F. (JUSTIÇA GRATUITA) e D.S.F. (JUSTIÇA GRATUITA), Apelados F.A.D.G., P.S.I.L., C.R.S.B. (JUSTIÇA GRATUITA), M.B.L. e M.B.R.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao apelo da requerida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39972)**

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

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Indenização por danos morais - Erro médico - Alegação de negligência e imperícia - Paciente que é atendido em pronto socorro, sendo medicado e submetido a exames, que constataram a necessidade de remoção para outro hospital, para internação na UTI - Ambulância que demora mais de cinco horas, tendo o paciente, neste período, sofrido uma parada cardiorespiratória, que causou sua morte - Ausência de recursos para o devido socorro ao paciente (falta de médico ou desfibrilador para socorrê-lo) - Negligência de todos os hospitais envolvidos, devendo ser condenados ao pagamento de danos morais solidariamente - Majoração do *quantum* que se impõe - Necessidade - Sucumbência recíproca afastada, nos termos da Súmula 326, do STJ, bem como a condenação dos autores, ao pagamento de verba honorária - Recurso dos autores parcialmente provido, desprovido o apelo da requerida.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas em face da r. sentença de fls. 748/756

que, em ação de indenização por danos morais, reconheceu a ilegitimidade passiva de F.A.D.G.; julgou improcedentes os pedidos em face do P.S.I.L. e M.B.L. e julgou parcialmente procedentes os pedidos em face da G.L.S.S., para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00, atualizado desde a propositura, com juros de 1% ao mês, desde esta fixação.

Com relação a F. e M.B., condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa para cada réu que contestou a ação, observada a gratuidade de justiça.

Em face da G.L., reconhecida a reciprocidade sucumbencial, repartiu as despesas processuais entre as partes, condenando cada qual ao pagamento da verba honorária de seu respectivo patrono, em 10% sobre o valor atualizado da condenação, observada a gratuidade de justiça concedida aos autores.

Recurso da corré G. (fls. 771/784): pugna pela reforma do julgado, alegando intransmissibilidade do dano moral; inexistência dos danos por ausência de comprovação de omissão ou culpa, pois o paciente foi devidamente atendido e que extremamente vaga a alegação de que a demora da chegada da ambulância possa ter contribuído com o óbito e subsidiariamente, pela redução do *quantum* arbitrado.

Recurso dos autores (fls. 788/808): pretendem a parcial reforma da sentença, alegando imperícia da técnica de enfermagem e do P.S.I. para reverter a parada cardiorrespiratória do paciente; que peticionaram para a exclusão do corréu F.G. do polo passiva da ação, não sendo apreciado seu pedido; que a M.B. recebeu o chamado de remoção, mas não cumpriu o quanto solicitado, com presteza; a majoração do valor fixado a título de indenização; a indevida fixação da sucumbência recíproca e redução da verba honorária.

Tempestivamente interpostos os recursos, foram apresentadas as contrarrazões (fls. 812/821; 822/833, com preliminar de inovação recursal) e verificando-se presentes os requisitos de admissibilidade, ficam recebidos em seus regulares efeitos.

É o relatório necessário, ao qual se incorpora o da sentença.

O recurso dos autores comporta parcial acolhida, não merecendo provimento o apelo da corré G. e passam a ser analisados conjuntamente.

Consta da inicial que no dia 06.12.2012, por volta das 14 horas, o familiar dos autores, Sr. I., sentiu um mal estar, com fortes dores no peito e foi levado ao P.S.I., lá chegando por volta das 14:20h; após a abertura da ficha de atendimento, ele passou a ser atendido pelo Dr. F.G., sendo medicado.

Acrescenta que por volta das 15:35h, devido à urgência do caso, o grave estado de saúde do paciente e a alteração no exame realizado, o médico solicitou aos corréus G., Dr. M. e H.S., sua remoção para a UTI, tendo em vista que

Acesso ao Sumário

no pronto socorro não unidade de tratamento intensivo; que eles agiram com negligência e imprudência, demorando mais de cinco horas para chegarem, pois a ambulância compareceu ao local às 20:30h, quando o paciente já havia falecido; que por volta das vinte horas, o paciente sofreu uma parada cardiorrespiratória diante de seus familiares e lá não havia nenhuma aparelhagem adequada ao socorro, nem médico para o atender ou aguardar a chegada da ambulância e que a técnica de enfermagem que o atendeu, não tinha perícia para realizar a forma correta e imediata das manobras de salvamento.

Assim, sustentando a negligência e imprudência dos réus, no atendimento prestado e na demora na chegada da ambulância, que foi fator determinante para a ocorrência da morte do paciente, pugnaram por suas condenações ao pagamento de indenização por danos morais na quantia equivalente a quinhentos salários mínimos para cada autor.

A corré G. apresentou contestação (fls. 132/159), sustentando, em síntese, prescrição; impugnação do valor da causa; ilegitimidade passiva do H.S. e que inexistiu qualquer demora, desídia ou negativa no atendimento do paciente.

A corré C. aduz que não deixou de realizar o atendimento ao paciente dentro de suas responsabilidades de competência profissional, tendo cumprido com exatidão as funções inerentes à sua capacitação.

M.B. impugna o valor da causa e sustenta que os serviços de remoção são oferecidos pela G. e que é apenas um funcionário; que é comum seus atrasos nas remoções e que não é possível dizer que o atraso na remoção levou o paciente à morte, pois foi vítima de um infarto fulminante.

F.A., em sua defesa, impugna o valor dado à causa; sustenta sua ilegitimidade passiva, pois uma segunda pessoa se utilizou de seu CRM e carteira funcional para exercer a medicina e emitir atestados médicos e no mérito, aduz que o quadro clínico do paciente era tão grave que, mesmo que estivesse em um local propício, com todos os equipamentos e profissionais habilitados, suas chances de vida estavam bem reduzidas, pois era idoso e tinha histórico de AVC.

Durante toda a instrução processual verificou-se que, na realidade, o médico que atendeu ao falecido era um falso médico e não o corréu F.A.

O laudo pericial foi juntado às fls. 672/678.

Em audiência de instrução foi deferida a exclusão dos corréus C. e M. e os depoimentos gravados em CD/DVD.

Ainda que o d. Juízo de primeiro grau tenha considerado que a demora da remoção do paciente, que posteriormente veio a óbito, é de responsabilidade do plano de saúde e não do pronto socorro onde foi atendido e do hospital para o qual foi solicitada a remoção, o certo é que em relação a estes dois últimos, também houve desídia, devendo ser solidariamente condenados ao pagamento de indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Ainda que o P.S.I. tenha procedido ao atendimento inicial de forma correta, tendo medicado o falecido e, ante a urgência do caso, solicitado à G. e ao H.S., a remoção do paciente para UTI, o certo é que o pronto socorro e o hospital agiram com negligência e imprudência, pois houve a demora de mais de cinco horas para que chegasse uma ambulância para proceder à remoção do paciente, que sofreu uma parada cardiorrespiratória, não podendo ser socorrido por falta de médico e aparelhagem necessária.

Indene de dúvida que antes da chegada da ambulância, às 19:00 horas, o médico que atendeu ao paciente foi embora, abandonando o paciente em grave estado de saúde; que às 20:00 horas, o paciente perdeu a consciência e sofreu uma parada cardiorrespiratória, não havendo no local nenhum médico capaz de socorrê-lo ou um desfibrilador que se pudesse utilizar; que nesta ocasião, o filho do falecido ligou para o SAMU e o atendente orientou a Sra. C., técnica de enfermagem, sobre as manobras de salvamento para o paciente.

Consta do laudo pericial que:

"...

Nas peças de contestação há informação de que o referido atendimento no OS não foi realizado por médico, posto que o médico indicado como tendo sido responsável pelo atendimento do falecido alega nunca ter trabalhado no P.S.I.

...

Não é competência deste perito avaliar as causas da demora da remoção, conforme suscitado nesta demanda. Contudo, considerando o tempo transcorrido entre a chegada do paciente no Pronto Socorro de origem por volta das 14 horas e parada cardíaca ocorrida por volta das 20 horas, ou seja, cerca 06 horas, houve a perda de uma chance que o paciente poderia ter tido se tivesse sido submetido a tratamento específico sem que o evento óbito sobreviesse".

Assim, não é crível que não se reconheça a responsabilidade de um pronto socorro que, contrata um falso médico; que não tenha num pronto atendimento, um médico sequer e que não tenha um desfibrilador para um atendimento de urgência.

Em relação ao H.S., também não se pode admitir que um hospital receba um pedido de transferência de um paciente em estado grave, que necessita de internação em UTI e fique aguardando a boa vontade do plano de saúde para disponibilizar uma ambulância para buscar o paciente, sem que tenha, ao menos solicitado uma ambulância ou tomada alguma providência no sentido de agilizar o pedido, exigir que fosse cumprido ou disponibilizado ambulância do próprio hospital.

Assim, tem-se que demonstrada também a negligência desses dois estabelecimentos médicos, devendo ser condenados solidariamente, ao

Acesso ao Sumário

pagamento de indenização por danos morais.

Em relação à corré G., restou evidenciado a gravidade do estado de saúde do paciente, que reclamava um atendimento de urgência, não sendo possível que se acolha a alegação de que o trânsito desta Capital é caótico, para justificar uma demora de cerca de seis horas.

Assim, houve falha na prestação de seus serviços, consistente em injustificada demora para o envio de ambulância, necessária para a transferência de paciente que necessitava ser internado em UTI, ante a gravidade de seu estado de saúde, restando demonstrado o nexo causal entre a conduta dos réus e o evento morte, devendo serem responsabilizados.

Não se há acolher a alegação de intransmissibilidade do dano moral por tratar-se de inovação recursal, uma vez que tal alegação já deveria ter sido apresentada quando de sua contestação e ademais disso, esta relatoria entende que deve ser assegurado aos sucessores da pessoa lesada, o direito de exigir a reparação do dano.

Ora, como bem definido pelo eminente Min. Felix Fischer nos autos do AgRg no EREsp nº 978.651/SP: "embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude de ofensa moral suportada pelo de cujus".

No mesmo diapasão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL SOFRIDO POR PESSOA QUE VEM A FALECER ANTES DE INICIADA A AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DA ESPOSA E DA FILHA. DIREITO À INDENIZAÇÃO DE NATUREZA PATRIMONIAL. TRANSMISSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO POR NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AUTORIA. CONCLUSÕES DA ORIGEM. RECURSO QUE SUSTENTA QUE A ABSOLVIÇÃO SE DEU EM RAZÃO DE FALTA DE PROVAS. VIOLAÇÃO AO ART. 126 DA LEI N. 8.112/90. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. DANOS MORAIS. VALOR FIXADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. QUANTIA NÃO MANIFESTAMENTE DESPROPORCIONAL.

1. Em primeiro lugar, é pacífico no âmbito da Primeira Seção o entendimento segundo o qual o direito de pleitear indenização por danos morais tem, em si, caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível à esposa e à filha do de cujus ofendido. Precedentes.

2. Em segundo lugar, para acolher os argumentos da União no sentido de que a absolvição foi feita por ausência de provas, haver-se-ia de contrariar, com revolvimento de matéria fático-probatória, a análise da origem - segundo a qual a absolvição se deu em razão da não-

Acesso ao Sumário

configuração de autoria de crime -, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

3. Em terceiro e último lugar, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a quantia estipulada a título de danos morais, quando atende aos critérios de justiça e razoabilidade, não pode ser revista, em razão do óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior. Precedentes.

4. A quantia fixada nos autos (R$120.000,00) não é manifestamente desarrazoada ou desproporcional, atendendo aos critérios de justiça (indenização pleiteada por herdeiros em razão de demissão fundada em conduta criminosa que, ao fim, revelou-se não ter sido da autoria do de cujus).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.122.498/AM - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - 2ª Turma - j. 13/10/2009 - pub. DJe 23/10/2009)

Ademais e como pontificado pela eminente Min. Nancy Andrighi, nos autos do REsp 1.071.158/RJ:

"O entendimento hoje prevalecente no STJ é o de que a exegese sistemática dos artigos 12 e 943 do CC/02 permite concluir que o direito à indenização, isto é, o direito de se exigir a reparação do dano, inclusive de ordem moral, é assegurado aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Vale dizer que o direito que se sucede é o de ação, de caráter patrimonial, e não o direito moral em si, personalíssimo por natureza e, portanto, intransmissível".

Assim, exsurge cristalino o dever de indenizar dos hospitais e do plano de saúde e nesse lanço, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

A indenização é devida, como bem decidido em primeiro grau, até e porque incontestáveis os sofrimentos por que passou o paciente e seus familiares, que permaneceram por horas em um hospital, que contrata falso médico, que não tem médico ou um desfibrilador para atendimento de urgência, fazendo com que os familiares do falecido assistam seu desfalecimento, sua parada cardiorrespiratória, que tenham que ligar para o SAMU, na tentativa de obter orientações capazes de salvar a vida de seu familiar, por desídia de profissionais e estabelecimentos médicos incompetentes ao atendimento necessário.

Como ressalta Yussef Said Cahali,

"Parece mais razoável [.....] caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio

Acesso ao Sumário

moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.). Ou, como assinala Carlos Bittar, 'qualificam- se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)"[1].

Ainda, segundo o exposto pela Profª. Maria Celina Bodin de Moraes[2]:

"A importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana pode ser medida pelas conseqüências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse extrapatrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.

(...). De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito" (não há grifos no original).

Além disso, se conforme Mário Júlio de Almeida Costa, de que se vale o Prof. Clayton Reis em sua magnífica obra a respeito do assunto, "na perspectiva da responsabilidade civil, cabe dizer-se, liminarmente, que dano ou prejuízo é toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica"[3], a reparação monetária cabível, tanto que a própria Constituição Federal, em mais de uma passagem, ao dano moral se referiu (cf. art. 5º, incisos V e X).

Esse dano concerne ao prejuízo sofrido pela vítima em seu patrimônio ideal, insuscetível de prévia e objetiva quantificação econômica.

"E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre o que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final",

Acesso ao Sumário

1 Dano Moral, Ed. RT, 2ª edição, 2000, pág. 20.
2 - Op. cit. p. 188/189.
3 *Avaliação do dano moral*, 3ª. ed., Ed. Forense, 2000, p. 5

na lição de Wilson Melo da Silva, em sua sempre referida obra O Dano Moral e sua Reparação[4], até porque e segundo anota o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, talvez a opção pelo conceito de dano "(...) como toda ofensa a um bem jurídico (...)", levando-se em conta, como escrito pelo mesmo mestre, estar nele contido "(...)toda lesão à integridade física ou moral de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade (...)"[5], o que serve a simplificar a definição do vocábulo.

No tocante ao *quantum* indenizatório, entende-se deva ser majorado, considerando que o paciente e seus familiares permaneceram praticamente o dia todo no hospital, em situação lamentável, tendo que ver seus pai e marido morrer após aguardar, por mais de seis horas, a chegada de uma ambulância para a sua transferência e terem que assistir uma parada cardiorrespiratória, sem possuírem sequer, a oportunidade de ter um médico ou um desfibrilador, que fosse utilizado na tentativa de salvar a vida do idoso, tudo ensejando à fixação de R$ 150.000,00, embora jamais seja possível alcançar um valor que se tenha como adequado, pois a vida é nosso bem maior.

Conforme citado Humberto Theodoro Júnior,

> "Se, à falta de critérios objetivos, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades, assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, 'não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo' (TJMG, AP.87.244-3, Rel. Des. Bady Curi, ac.9-4-1992, *in* Jurisprudência Mineira 118/161)"[6].

Note-se que, em 1914, nosso Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar a matéria, asseverando o julgado, já àquela época, que,

> "'A necessidade jurídica de ressarcir essa espécie de ofensas à pessoa singular é geralmente admitida no atual estado do direito', tanto que 'A jurisprudência dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito á indenização por danos puramente morais', acabando por concluir, no tocante à dificuldade atinente à fixação da indenização, com o seguinte, que, de certa forma, vai ao encontro do acima referido, quanto ao fundamento da indenização por dano moral: 'O juiz tem um poder discricionário para determinar a indenização que deve ser, sempre, atendendo-se às considerações individuais, uma justa compensação do prejuízo sofrido, e não uma fonte de enriquecimento'"[7].

Ainda e como pondera Silvio Venosa, reportando-se à bem elaborada síntese de Carlos Alberto Ghersi, os critérios para a tanto devem ser os seguintes:

4 2ª. ed., 1969, Ed. Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, ps. 13/14.
5 *Idem.*
6 Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira - p.38.
7 Revista dos Tribunais, Ano III, São Paulo, vol. XI, nº 1, os. 35 e seguintes, nº 1.723.

> "a) os danos morais não devem necessariamente guardar proporção com outros danos indenizáveis, os quais, inclusive, podem inexistir; o dano moral não está sujeito a cânones escritos; não se deve recorrer a cálculos puramente matemáticos; devem ser levados em conta as condições pessoais de quem será indenizado, os padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as seqüelas que afetam a vítima e, finalmente; deve ser considerada a idade da vítima"[8].

Nessa tarefa e na falta de critério objetivo e específico para o dano moral, que tenha sido estabelecido pelo legislador, valer-se-á o juiz da equidade, com sua função integradora e corretiva, tudo na esteira do ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar[9] e com o fim de, conforme ensinam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, "sempre avaliando a dimensão, o alcance, o significado, a importância do dano e (...) a intensidade da culpa"[10], buscar a cabível proporção entre a conduta lesiva e a indenização cabível.

Em decorrência do quanto referido, tem-se que o valor de R$ 150.000,00, se mostra mais consentâneo com os fatos aqui apreciados, alterando-se de ofício, os termos iniciais, da correção monetária, desde a fixação pela tabela prática deste tribunal e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Ressalte-se que, embora a condenação pelos danos morais tenha se dado em valor inferior ao pretendido, não há que se falar em sucumbência recíproca, consoante já pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, editando a Súmula 326, cujo enunciado vem a seguir transcrito:

> "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Assim, ficam as requeridas condenadas ainda, solidariamente, ao pagamento da totalidade das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 12% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, afastando-se a sucumbência recíproca reconhecida na r. sentença recorrida.

Por fim, tem-se que fica afastada a condenação dos autores ao pagamento das verbas sucumbenciais, de ofício, pois ainda que tenham pleiteado apenas sua redução, cuida-se de matéria de ordem pública.

Quando da interposição da ação, os autores não tinham condições de saber que o atendimento havia sido feito por falso médico, acreditando tratar-se de preposto do P.S.I., sendo certo que, somente com o desenvolver da

Acesso ao Sumário

8 Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 3ª. ed., 2003, S. Paulo, p. 210.

9 *Apud* Comentários ao Novo Código Civil, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, vol. XIII, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, ps. 334 e segtes., n. 3.

10 Comentários ao Novo Código Civil, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, vol. XIII, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, ps. 337/338.

ação e depois de sindicância feita pelo CREMESP é que se tornou possível descobrir que se cuidava-se de um falso médico, razão pela qual foi reconhecida sua ilegitimidade passiva, não podendo os requerentes serem condenados ao pagamento de honorários.

Nesse sentido:

> § 10: 42. Perda de objeto da ação. Não seria, por certo, justo imputar o pagamento de honorários à parte que não deu causa ao processo. E é óbvio que, nos caso de perda de objeto, a regra da sucumbência não tem aplicação adequada. Deve prevalecer, portanto, o princípio da causalidade (ideia essa oriunda neste parágrafo). Mas, justamente em função da aplicação desse princípio, já se decidiu que, se a ação perde o objeto por causa não imputável às partes, descabe a condenação em honorários de qualquer delas (Cahali, Hon. Advocatícios, pp. 534 e 538). (Código de Processo Civil Comentado, 16ª edição, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Revista dos Tribunais).

Ademais disso, houve pedido de exclusão do corréu F. do polo passivo da ação (fl. 646), havendo concordância dos autores (fl. 664).

Pelo decidido, ficam as requeridas G., P.S.I. e H.S. condenadas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 150.000,00, devidamente corrigido nos termos acima especificado e ainda o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 12% do valor da condenação, já observado o quanto disposto no artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, dando-se, de conseguinte, parcial provimento ao recurso dos autores, com a majoração do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais, afastando sua condenação ao pagamento da verba honorária em relação ao corréu F.A.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher, em parte, o recurso interposto pelos autores, negando-se provimento ao apelo da corré G.L., manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, ao recurso dos autores é dado parcial provimento, negando-se provimento ao apelo da requerida, nos termos enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002930-34.2018.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que são apelantes/apelados G.B.O. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e J.A.S.B. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado/apelante J.P.O.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso do réu e negaram provimento ao da autora V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37430)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA E ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 16 de agosto de 2019.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Alimentos - Fixação - Alimentanda que conta com 16 anos e é estudante do nível médio em período integral - Alimentos fixados em 30% dos vencimentos líquidos do alimentante em caso de vínculo formal e em um salário-mínimo em caso de desemprego - Valor corretamente fixado respeitado o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade - Alimentante jovem que deve se guiar pelo princípio da paternidade responsável - Alimentanda que não comprovou maior capacidade contributiva do seu genitor - Genitora também jovem e em plena capacidade laboral que deve continuar a contribuir com o sustento da menor - Pequeno reparo na r. sentença para fixar os alimentos, em caso de desemprego, em 75% do salário-mínimo como forma de preservar a proporcionalidade da obrigação alimentar - Má-fé do réu não configurada - Preliminar de nulidade afastada - Recurso do réu parcialmente provido e improvido o da autora.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 333/336, cujo relatório se adota, julgou parcialmente

procedente a ação de alimentos movida por **G.B.O.** em face de **J.P.O.** condenando o réu a pagar à autora alimentos no valor de 30% dos rendimentos líquidos por mês, inclusive 13º salário, enquanto empregado e em 01 (um) salário-mínimo por mês, em caso de desemprego, valor esse devido desde a citação, mediante desconto em folha, bem como nos ônus sucumbenciais fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da justiça.

Os embargos de declaração apresentados por ambas as partes não foram conhecidos, tendo havido imposição de multa de 1% sobre o valor da causa diante do caráter protelatório.

Inconformadas apelam as partes.

A autora G.B.O. (fls. 375/406). Apresenta um relato do processado enfatizando que a sentença contém contradições e omissões quanto: a) aos documentos que efetivamente comprovam a renda do apelado; b) à não necessidade de justiça gratuita por parte do réu apelado; c) ao pedido de aplicação da multa por litigância de má-fé ao réu apelado; d) ao montante fixado a título de alimentos em caso de emprego e desemprego e que não foram conhecidos pelo MM. Juízo "a quo" quando da apresentação dos embargos de declaração. Sustenta, em apertada síntese, que: i) o réu tentou levar o MM. Juízo "a quo" em erro; ii) de forma exaustiva restou comprovado que o réu apelado, além de possuir vínculo empregatício formal, também é empresário conforme toda a documentação acostada aos autos indicando elevado padrão de vida incompatível com o deferimento dos benefícios da gratuidade da justiça; iii) o réu apelado alterou a verdade de inúmeros fatos, tentando levar o MM. Juízo a erro e em prejuízo aos seus interesses de filha menor bem como em afronta à seriedade e respeitabilidade do Judiciário; iv) a sentença é contraditória porque **"o Juízo 'a quo' entendeu que o Apelado teria condições em prestar alimentos à menor em 1 (um) salário mínimo com o fim do vínculo empregatício, é certo que possui, de pronto, condições para fazê-lo, já que, repita-se, além de vínculo empregatício, é empresário, e paga, somente à título de aluguel do espaço empresarial, mais de R$ 6.000,00!"** (textual, fls. 394). Quanto ao seu inconformismo aponta o cerceamento de defesa por não concordar com o julgamento antecipado do feito tanto mais porque pugnou pela produção de outras provas, inclusive expedição de ofício à Receita Federal para que fossem fornecidas as declarações de imposto de renda do réu apelado e de sua empresa, com o fito de aferir seus reais rendimentos e lucros, bem como as oitivas sua e do apelado e das testemunhas arroladas. Em relação ao mérito, requer a procedência dos pedidos feitos na inicial e que se consubstancia nos alimentos no valor correspondente a 1 (um) salário-mínimo, independente de o apelado possuir vínculo formal de emprego, além da não concessão dos benefícios da gratuidade da justiça e condenação nas penas pela litigância de má-fé.

O réu J.P.O. (fls. 409/436). Apresenta um relato dos fatos e afirma

Acesso ao Sumário

ser beneficiário da justiça gratuita conforme o decidido nos autos da Tutela Antecipada 2093861-45.2019.8.26.0000. Busca a reforma da r. sentença aduzindo em apertada síntese que: a) o MM. Juízo "a quo" deixou de considerar que é genitor de 4 filhos e precisa arcar atualmente com os alimentos destes; b) a sua esposa A. não tem qualquer responsabilidade pelos alimentos devidos à menor G. que é apenas madrasta de sua filha; c) há contradição quanto à fundamentação que entendeu pelo julgamento antecipado do feito, tendo havido cerceamento de defesa visto que pretendia produzir provas tanto mais diante da conduta da apelada que vem denegrindo a sua imagem; d) a sentença contém erro material porque o pedido foi acolhido de forma parcial; e) a se considerar os gastos da autora apelada apontados na inicial, está sendo obrigado a custeá-los integralmente sem que a sua genitora tenha qualquer tipo de obrigação; f) a genitora tem dois empregos alcançando renda mensal de R$2.743,71 e não possui gastos de alimentação com a apelada posto que ela fica com a sua avó, além de estudar em período integral; g) questiona a parte da sentença que determinou que os alimentos serão devidos até a apelada completar 25 anos de idade, desde que esteja cursando ensino superior e não possua condições de autossubsistência; h) deixou-se de observar que o valor a que foi condenado em caso de desemprego é maior do que com o emprego formal e, assim, contraditória a sentença; i) os alimentos não são devidos quanto ao período passado, discordando da sentença quando determina que ***"As eventuais parcelas em atraso deverão ser pagas de uma só vez e corrigidas monetariamente, com juros de mora, à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do vencimento de cada uma delas, descontando-se os valores já pagos a título de alimentos provisórios."***. Requereu a concessão do efeito suspensivo nos termos do art. 1.012 do Código de Processo Civil.

Recursos respondidos (fls. 461/488 e 512/538).

O Ministério Público em primeiro grau manifestou-se pelo parcial provimento do recurso da autora G.B.O. e improvimento do recurso do réu J.P.O. (fls. 542/546).

A Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do recurso da autora para afastar a gratuidade da justiça concedida ao réu e para fixar os alimentos em um salário-mínimo por mês e, quanto ao recurso do réu, manifesta-se pela cassação dos benefícios da gratuidade da justiça devendo ser intimado para proceder aos devidos recolhimentos sob pena de deserção e não conhecimento do recurso e, quanto ao mérito, pelo improvimento.

Acesso ao Sumário

Petição do réu enfatizando que não mais possui registro formal de emprego, ou seja, encontra-se desempregado e vem recebendo apenas o valor de R$1.736,00 a título de seguro desemprego e reiterando os termos de suas razões recursais (fls. 562/570).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Deixa-se consignado inicialmente que a gratuidade da justiça foi concedida ao réu pelo MM. Juízo "a quo" tendo esta relatoria, quando da análise da Tutela Provisória 2093861-45.2019.8.26.0000, apenas mantido a gratuidade da justiça deferida pelo MM. Juízo "a quo" no corpo da sentença.

A gratuidade da justiça deverá ser mantida.

O réu, embora seja sócio da empresa M.S.R.L. - ME juntamente com a sua esposa, possui participação societária ínfima e, ademais, o apontado padrão de vida que possui é proporcionado pela atividade empresarial e consequentes ganhos, exercida por sua esposa que, evidentemente, não possui nenhum vínculo com a presente ação, restringindo-se a lide entre a autora e réu.

Assim, considerados os demais documentos acostados aos autos, inclusive a mais recente Declaração de Ajuste Anual (Declaração de Impostos de Renda) e a atual situação de desemprego, mantém-se a gratuidade da justiça ao réu apelante.

Passa-se à análise da admissibilidade dos recursos.

Reconhecida a tempestividade dos apelos e isenção do preparo por serem os apelantes beneficiários da gratuidade da justiça, recebo os recursos nos seus regulares efeitos - no caso apenas no efeito devolutivo em consonância com o que dispõe o art. 1.012 e incisos, do Código de Processo Civil.

Ressalto aqui que é absolutamente descabido o pleito do réu apelante, apresentado na Tutela Provisória (fls. 263 daqueles autos) para que "até o transito em julgado do Recurso de Apelação interposto pelo Requerente, será pago o valor atribuído a título de alimentos provisórios pelo juízo a quo, no valor de R$ 332,66 (trezentos e trinta e dois reais e sessenta e seis centavos)." visto que além de não haver previsão legal para tanto, tal suspensão traria evidentes e enormes prejuízos a menor.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa apresentados por ambos apelantes, tem-se que a r. sentença não é nula. Não há que se falar em cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado, pois as questões postas nos autos confrontadas com os documentos que deles constam indicam a dispensabilidade da realização das provas expressamente requeridas, mormente porque o destinatário da prova deu-se por suficientemente esclarecido para formação de sua convicção e assim também o é para esta relatoria.

Passa-se à apreciação do mérito.

A alimentanda, primeira filha do réu, conta atualmente com 16 anos, cursa o ensino médio em horário integral (fls. 238) estando em fase da vida que também demandam outros gastos e, assim, as suas necessidades também podem ser presumidas.

Acesso ao Sumário

Em que pese ter o apelante outros três filhos mais novos (de relacionamentos posteriores), pela aplicação do Princípio da Paternidade Responsável, presume-se que o alimentante, ao constituir nova família e ter outros filhos, tenha refletido e ponderado sobre as condições necessárias para assumir tais responsabilidades.

O alimentante, jovem de 38 anos em plena capacidade produtiva, pode valer-se do trabalho informal e até dedicar-se à empresa da qual tem participação societária para cumprir com a obrigação alimentar para com a alimentanda. O que não se admite é que a menor fique desassistida da necessária verba alimentar, diante da inércia do pai em buscar meios para o cumprimento da obrigação, já que é pessoa jovem, saudável e apta ao exercício laboral, ainda que na informalidade.

Assim, também a genitora da alimentanda, que é jovem e deve contribuir com o sustento da menor, como já o faz, dentro de suas possibilidades.

Ressalte-se que há de se observar o trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade.

E, nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias, ao dizer que:

"*Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor da pensão. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.*"[1]

Portanto, a r. sentença, adequada e corretamente apreciou a questão:

"Ademais, no caso em tela, é inquestionável a necessidade da parte alimentanda, que, por óbvio, como qualquer criança, necessita de diversos cuidados. Ademais, ao que consta, a genitora não tem condições de suprir-lhe as necessidades de forma integral.

Assim, a obrigação de prestar alimentos é inconteste. A questão que remanesce, então, centra-se apenas no valor."

...

"Deverá suprir as mínimas necessidade da filha, com os alimentos no referido montante até porque, antes de um dever legal, a obrigação de pagar alimentos é '*um dever de consciência*', como ensina BEUDANT, citado por YUSSEF SAID CAHALI (Cf. DOS ALIMENTOS, 2ª edição, pág. 26, Editora Revista dos Tribunais, 1993).

Ademais, nenhuma prova há ou foi produzida para comprovar que o requerido possui condições de prestar alimentos em valores maiores que o fixado, já que as fotografias juntadas, por si só, não confirmam que o requerido

Acesso ao Sumário

1 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo, RT, 2011, pp. 552-553.

possui padrão de vida alto, suficiente para fixar alimentos em patamar superior."

Cabe pequeno reparo na r. sentença quanto ao valor dos alimentos fixados em caso de desemprego e, nesse ponto, é que o recurso do réu deve ser parcialmente provido.

Verifica-se que a autora, na inicial, buscou a condenação do réu a prestar-lhe alimentos no importe de um salário-mínimo, sem qualquer referência ao valor dos alimentos em caso de desemprego.

A r. sentença acabou por fixar os alimentos em 30% dos rendimentos líquidos em caso de vínculo empregatício formal e em um salário-mínimo em caso de desemprego.

Considerando-se o demonstrativo de pagamento de salário do réu do mês de dezembro de 2018 (fls. 170), apontando o salário líquido de R$2.341,80 tem-se que o valor fixado na r. sentença equivalia a exatos 73,64% do salário-mínimo.

Assim, em caso de desemprego, o valor dos alimentos deve ficar estabelecido em 75% do salário-mínimo como forma de preservar a proporcionalidade da obrigação alimentar.

Em relação ao pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé em desfavor do réu apelado, deve ser rejeitado por não se vislumbrar na sua conduta a ocorrência de qualquer dos incisos do art. 80 do Código de Processo Civil.

E, por fim, quanto à questão da obrigação alimentar após a alimentanda completar 18 anos nada há a se discutir no presente recurso, visto que caberá as partes, eventualmente e em momento oportuno adotar as devidas providências, tanto mais porque a exoneração da obrigação alimentar não se dá de forma automática.

Mantido os ônus sucumbenciais nos termos da r. sentença.

Ante o exposto, afastada a preliminar de nulidade, dou parcial provimento ao recurso do réu para, em caso de desemprego, fixar a obrigação alimentar em 75% (setenta e cinco por cento) do salário-mínimo e nego provimento ao da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0022883-07.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP, são apelados ATTRE FARMA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA., JOSE MACHADO DE CAMPOS NETO e CHRISTIANE ABDO MACHADO DE CAMPOS.

Acesso ao Sumário

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 13.650)**

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

São Paulo, 10 de junho de 2019.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Propriedade industrial. Monitória. Crédito alegadamente decorrente de contrato de licenciamento de tecnologia e know-how para a fabricação e comercialização de fármaco (artemisinina). Embargos ao mandado parcialmente acolhidos. Insistência da autora-licenciante na cobrança de valores relativos ao contrato de licenciamento, correspondentes a royalties. Descabimento. Negócio jurídico que tinha por objeto a transmissão à empresa-licenciada do know-how necessário à produção em larga escala da substância, a ser concebido no âmbito de projeto objeto de termo aditivo entre as partes. Ausência contudo de desenvolvimento do know-how em questão, em virtude de incontroversa falta de conclusão do projeto. Transmissão dos conhecimentos técnicos objeto do contrato de licenciamento, por essa razão, não efetivada. Royalties, pactuados a título de contraprestação financeira pelo licenciamento, não devidos. Valor estipulado a título de montante mínimo de royalties anuais que não se confunde com ajuste prévio de perdas e danos, destinando-se apenas a estipular piso de contraprestação para a hipótese de efetivo incremento da fabricação do produto pela licenciada. Sentença de parcial procedência dos embargos ao mandado monitório confirmada. Apelo da autora-embargada não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 193/194 julgou parcialmente procedentes embargos ao mandado opostos no âmbito de ação monitória tendo por objeto débitos oriundos

de contrato de licenciamento de tecnologia e *know-how* para a fabricação de fármaco (artemisinina), bem como de termo aditivo a convênio administrativo; rejeitou o MM. Juiz, em tal sentido, preliminares de vício na representação processual da embargada, autarquia estadual, e prescrição, considerando por outro lado descabida a cobrança de *royalties* pretendida pela licenciadora, por entender que, em virtude da incontroversa ausência de conclusão - ainda que por culpa da embargante -, do projeto de pesquisa objeto do termo aditivo, o *know-how* que seria licenciado a essa empresa sequer teria chegado a ser desenvolvido, inviabilizando dessa forma a cobrança da contraprestação financeira correspondente. Deu, assim, por constituído título executivo judicial em favor da autora com relação apenas ao débito derivado do termo aditivo ao convênio administrativo, da ordem de R$ 48.473,13.

Apela tão somente a autora-embargada (fls. 201/210), insistindo na pertinência da cobrança de valores relativos ao contrato de licenciamento, correspondentes ao mínimo contratualmente estipulado à guisa de *royalties* anuais, ao argumento de que a ausência de transferência de *know-how* à sociedade-ré, objeto do negócio em questão, teria decorrido de culpa da própria licenciada, que teria dolosamente deixado de investir os recursos financeiros necessários, e por ela assumidos no âmbito do termo aditivo celebrado entre as partes, ao desenvolvimento da tecnologia que lhe seria transmitida. Nesse sentido, acena com a existência de má-fé por parte da demandada, acrescentando, com alusão às regras dos arts. 389 e 403 do Código Civil, que o valor pactuado a título de pagamento mínimo de *royalties* poderia ser equiparado a ajuste prévio de perdas e danos. Bate-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença, com o julgamento de improcedência dos embargos ao mandado monitório.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido com efeito devolutivo (fl. 211) e processado, vindo desacompanhado dos comprovantes de recolhimento das custas de preparo e dos portes de remessa e retorno dos autos, por deles liberada a pessoa jurídica de Direito Público apelante, e manifestando-se os apelados em contrarrazões no prazo legal (fls. 214/221).

Registre-se ter sido a apelação distribuída originariamente à C. 7ª Câmara de Direito Público, que dela todavia não conheceu, por entender ser o feito atribuição material de uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (cf. v. acórdão de fls. 227/231). Veio então o apelo a ser redistribuído a esta C. 2ª Câmara especializada.

É o relatório.

Apreciado inicialmente o tema da competência recursal, aceita-se a redistribuição promovida, pois a matéria envolvida no litígio, relativa a licenciamento que acaba por abranger direitos regidos pela Lei de Propriedade Industrial, é efetivamente de competência das Câmaras Reservadas de Direito

Acesso ao Sumário

Empresarial, a teor do art. 6º, *caput*, da Resolução nº 623/2013 do TJSP.

Superado esse aspecto, não prospera o inconformismo.

Com efeito, em função do contrato de licenciamento de tecnologia e *know-how* entre as partes, pactuou-se a transferência à sociedade-embargante do conhecimento técnico necessário à produção em larga escala de artemisinina (cf. cláusula primeira do instrumento contratual reproduzido a fls. 22/28), o qual seria por seu turno desenvolvido a partir de projeto objeto de termo aditivo (fls. 30/36) a convênio administrativo (fls. 14/21) celebrado entre as pessoas jurídicas litigantes.

A empresa-licenciada, em contrapartida à tecnologia e *know-how* que lhe seriam em tais moldes transmitidos, se comprometeu ao pagamento de *royalties* mensais da ordem "*de 4% (quatro por cento) do faturamento líquido*" que viesse a ser gerado pela comercialização de produtos desenvolvidos a partir da tecnologia em questão (cf. cláusula 4.1 do instrumento de fls. 22/28), tendo sido pactuado além disso que o valor anualmente pago a tal título deveria atingir o montante mínimo de R$ 40.000,00 (cf. cláusula 4.5).

Ocorre que, em virtude da incontroversa ausência de conclusão, ainda que por culpa da sociedade-embargante (que deixou, conforme confessado na fl. 105, de realizar os aportes financeiros para tanto necessários), do projeto objeto do já citado termo aditivo, o *know-how* que seria a ela transferido sequer chegou a ser desenvolvido, com o que acabou por restar esvaziado o contrato de licenciamento.

E, uma vez não transferida à empresa-embargante, em concreto, o *know-how* e tecnologia necessários à fabricação, em escala industrial, e comercialização do fármaco artemisinina, tem-se por efetivamente impertinente, como bem apontado pela r. sentença, a cobrança de *royalties* pretendida pela autarquia-embargante, contraprestação pecuniária que pressupunha, até mesmo desnecessário dizer, a prévia e efetiva transmissão de conhecimentos técnicos em questão (nesse sentido, não passa despercebido que, de acordo com a cláusula 4.4 - fl. 24 -, o pagamento de *royalties* somente seria devido somente *a partir da data da primeira venda/comercialização*).

Acesso ao Sumário

Em adendo, a corroborar a orientação aqui encampada em torno da impertinência do crédito perseguido pela autarquia-apelante, atinente a *royalties* relativos aos anos de 2007 a 2010, nota-se ter sido pactuado, em março de 2007 (conforme mensagens eletrônicas reproduzidas na fl. 44, apresentadas em juízo pela pessoa jurídica de Direito Público) e em virtude da inadimplência da empresa-embargante no tocante a obrigações contraídas em sede de termo aditivo a convênio administrativo entre as partes, distrato em relação ao contrato de licenciamento.

No mais, não socorre à autora-embargada a assertiva, lançada a esmo

nas razões de apelação - e com indevida inovação em grau recursal, a partir da dedução de argumento não trazido na manifestação por ela oferecida aos embargos ao mandado monitório (fls. 137/146) -, de que o valor pactuado a título de montante mínimo de *royalties* anuais seria equiparável a prévio ajuste, entre as partes, de perdas e danos, na medida em que a estipulação de retribuição pecuniária mínima teve por escopo a preservação do equilíbrio contratual originariamente esperado pelas partes contratantes, em termo de sinalagma, pressupondo o efetivo incremento da fabricação da substância objeto do licenciamento e a destinação da receita assim gerada.

De resto, não custa lembrar que o processo monitório, no modelo do sistema processual civil brasileiro, nem mesmo se prestaria a veicular pretensão ressarcitória de tal ordem, que demandaria se o caso discussão e reconhecimento em processo de conhecimento regular, já que não se extrai a conclusão em torno da existência do dever reparatório a partir da tão-só leitura da prova documental apresentada.

Fica, por tudo, confirmada a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1121069-17.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AUGUSTA GOMES PERESTRELO, são apelados CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S/A e ASISTBRAS S/A ASSISTÊNCIA AO VIAJANTE.

ACORDAM, em 22ª 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 45438)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e EDGARD ROSA.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO - PACOTE TURÍSTICO E SEGURO SAÚDE PARA VIAGEM

Acesso ao Sumário

INTERNACIONAL - AUTORA QUE PASSOU MAL E PRECISOU SER INTERNADA EM HOSPITAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - NEGATIVA INDEVIDA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E COBERTURA SECURITÁRIA NO PAÍS ESTRANGEIRO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA AGÊNCIA DE VIAGENS E DA SEGURADORA - ENVIO POSTERIOR DE COBRANÇA À AUTORA PELO HOSPITAL - PAGAMENTO A CARGO DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO, PORÉM, DIRETAMENTE À AUTORA E NÃO AO HOSPITAL, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - DANO MORAL CONFIGURADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

A sentença julgou extinta, por ilegitimidade passiva, ação de obrigação de fazer cumulada com indenização em face de "CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S/A" e "KFF Agência de Viagens e Turismo Ltda. - Epp", condenando a autora nas custas e verba honorária de 10% do valor da causa. Outrossim, julgou-a parcialmente procedente em relação à "Asistbras S/A Assistência ao Viajante" (Travel Ace Assistance), que foi condenada a pagar à autora o equivalente a US$ 12,048,23 (doze mil e quarenta e oito dólares americanos e vinte e três centavos), mais custas e verba honorária de 10% do valor da condenação.

Rejeitados embargos de declaração, apelou a autora. Alega cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, que impediu realização de prova pericial para tradução dos documentos escritos em língua inglesa. Sustenta que a "CVC" e a "KFF" são solidariamente responsáveis no descumprimento do contrato de intermediação dos serviços de turismo, em que prevista assistência viagem e cobertura para assistência médica em caso de enfermidade, devendo ser mantidas no polo passivo da ação. Na condenação devem ser incluídas despesas médicas nos valores de US$ 624,00 e US$ 2,018,00, devidamente comprovadas e não quitadas, e as rés devem efetuar o pagamento do total da condenação diretamente ao hospital sediado no exterior, até o limite da cobertura da assistência de viagem, conforme contratado. Afirma que a existência do dano moral restou comprovada. Pede anulação ou reforma, com inversão e majoração dos honorários de sucumbência.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

O julgamento antecipado tem previsão legal no art. 355, I, do CPC/15, sem configurar cerceamento de defesa, pois suficiente a prova documental.

No mais, em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC/1973, correspondente ao art. 192, § único, do CPC/2015, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (REsp 616.103/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.09.2004; REsp 924.992/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26.05.2011; AgRg no REsp 1.316.392/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 28.05.2012; AgRg no AREsp 153.005/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 16.04.2013; RO 26/RJ, Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJe 07.06.2010; REsp 151.079/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29.11.2004), como no caso.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as agências de turismo que comercializam pacotes de viagens respondem solidariamente pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (REsp 888.751/BA, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 27.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.300.701/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 14.11.2014; REsp 1.102.849/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 26.04.2012; AgRg no Ag 1.319.480/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 14.03.2014; AgRg no REsp 850.768/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23.11.2009; REsp 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13.08.2001; REsp 783.016/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 05.06.2006; REsp 291.384/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 17.09.2001). Desse modo, as rés "CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S/A" e "KFF Agência de Viagens e Turismo Ltda. - Epp" são partes legítimas para figurarem no pólo passivo da ação.

Assim, aliás, vem decidindo o STJ em casos como esse, em que houve falha na prestação do serviço de assistência e seguro viagem contratado por intermédio da agência de turismo (AgRg nos EDcl no REsp 1.300.701/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 14.11.2014; REsp 1.102.849/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 26.04.2012).

O débito no valor de US$ 12,048,23 restou incontroverso. Cabe explicitar que será tomado o dia da distribuição da ação para câmbio de conversão de obrigação assumida em moeda americana (REsp 4.819/RJ, DJ 10.12.90; REsp 33.992/SC, DJ 25.08.97; REsp 57.581/SC, DJ 18.10.99; REsp 194.629/SP, DJ

Acesso ao Sumário

22.05.00; AgRg no REsp 442.620/RJ, DJ 15.12.03). A partir da distribuição passa a incidir correção monetária pela tabela prática do tribunal, sem prejuízo dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (Apelação nº 1020646-55.2015.8.26.0562, de Santos, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Shimura, j. 30.11.16; Apelação nº 4008097-30.2013.8.26.0562, de Santos, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, j. 19.08.15).

O pagamento deverá ser feito direto à autora, que, por sua vez, repassará o valor ao hospital nos Estados Unidos da América, se assim quiser quitar a dívida em seu nome. Como explicou a corré "Asistbras", se o pagamento for feito por companhia seguradora diretamente ao hospital americano, este cancelará o desconto concedido à autora, no valor de US$ 73,939,35, e exigirá o total das despesas, no valor de US$ 86,988,18; o seguro de viagem cobrirá apenas US$ 39,000,00, pois já foram reembolsados à segurada US$ 1,000,00; e a autora ficará ainda com uma dívida de US$ 47,988,18, o que, ao invés de resolver todo o problema, agravará sua situação financeira.

Na condenação não poderão ser incluídas as despesas médicas nos valores de US$ 624,00 e US$ 2,018,00, pois esse pedido não constou da petição inicial, pelo que inviável discuti-lo após contestação e estabilização da lide, o que inclusive violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa (REsp 1.074.066/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.05.10; EREsp 674.215/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04.11.08; REsp 852.622/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 10.10.06; REsp 435.580/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 18.08.06; AgRg no Ag 660.814/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 05.09.05; REsp 151.530/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 11.06.01; CPC, Theotonio Negrão, CPCLPV, art. 321:6, pág. 394; art. 329, II, pág. 402, 47a. Ed., Saraiva), não servindo as razões de apelação para inovar (Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil Comentado, art. 515:1, pág. 893, RT, 11ª ed.). Nessa parte o recurso nem será conhecido.

A autora, sexagenária, contratou seguro saúde para viagem aos Estados Unidos da América e, quando estava em solo americano, começou a sofrer dores no peito, arritmia cardíaca e falta de ar, precisando ser internada para realização de cateterismo de emergência, porém, não recebeu assistência médica e securitária no país estrangeiro pelas prestadoras de serviço contratadas, fato que gerou dor, sofrimento, aflição, angústia, além de perturbação da tranquilidade e sentimentos, configurando dano moral passível de indenização, conforme vem decidindo esta Corte em casos análogos (Apelação nº 0047048-61.2009.8.26.0576, Rel. Des. Denise Andréa Martins Retamero, j. 13.03.2013; Apelação nº 1003357-33.2015.8.26.0361, Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 31.10.2017; Apelação nº 0054199-51.2008.8.26.0564, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 29.07.2014; Apelação nº 1023903-71.2015.8.26.0309, Rel. Des. Alfredo Attié, j. 15.06.2018; Apelação nº 1025300-22.2014.8.26.0562, Rel. Des. Paulo Ayrosa,

Acesso ao Sumário

j. 13.08.2018; Apelação nº 1029229-89.2017.8.26.0002, Rel. Des. Irineu Fava, j. 21.11.2018; Apelação nº 1035790-68.2013.8.26.0100, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 13.12.2018; Apelação nº 1014144-79.2017.8.26.0223, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, j. 31.01.2019).

Quanto ao valor da indenização por dano moral, examinadas as circunstâncias, repercussão da ofensa, consequências para o lesado, e tendo ainda em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, arbitro-o em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), atualizados da intimação do acórdão (Súmula nº 362, STJ), a que se agregam juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, por ser caso de responsabilidade civil contratual.

A ação, portanto, é parcialmente procedente. Pela aplicação do art. 86, parágrafo único, do CPC/2015, pois a autora decaiu de parte mínima, as rés pagarão custas, despesas e verba honorária de 15% do valor total da condenação (CPC/2015, art. 85, § 2º).

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024344-95.2018.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante/apelado DONIZETE DE PAULA SALOMÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO (Presidente) e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 17 de junho de 2019.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. Ação de revisão contratual. Impugnação quanto à capitalização de juros, taxa de juros, tarifa de cadastro e tarifa de registro. Sentença de procedência em parte, apenas para afastar a tarifa de registro. Irresignação de ambas as partes. Descabimento. O

Acesso ao Sumário

CDC é aplicável às instituições financeiras. Súmula 297 do STJ. Circunstância que não implica, porém, necessariamente, a existência de cláusulas ilegais ou abusivas no negócio, o mesmo se dizendo do fato de se tratar de contrato de adesão. Limitação dos juros a 12% ao ano, conforme redação original do art.192, §2º, da CF, que dependia de Lei Complementar (Súmula Vinculante 07). Taxa de juros não abusiva 'in casu'. Custo efetivo total devidamente previsto no contrato. Tarifa de registro de contrato. Possibilidade da cobrança, devendo ser demonstrada, no entanto, a efetiva prestação do serviços. Entendimento do E. STJ consolidado no julgamento do REsp nº 1.578.553/SP, sob o rito dos recursos repetitivos. Não comprovada a prestação de tal serviço 'in casu'. Sentença mantida. Honorários advocatícios devidos pela parte autora aos Patronos da parte ré majorados para 15% sobre o valor da causa, ressalvada a exigibilidade, nos termos do artigo 85, §11, do CPC. Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou procedente em parte "*ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento e repetição de indébito*" para o fim de "*declarar a nulidade da cláusula referente à tarifa de registro de contrato (R$120,03), observando, neste aspecto, que sobredito encargo, bem como os juros contratuais cobrados sobre estas tarifas, deverão ser abatidos do montante da dívida e, na hipótese de quitação do contrato, devolvidos, corrigidos monetariamente desde seu desembolso, e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação*". Em razão da sucumbência, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, ressalvada a exigibilidade em razão da Justiça Gratuita.

A parte autora, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) a taxa de juros informada no contrato é de 1,71% ao mês, mas a efetivamente aplicada foi de 1,88% ao mês, atingindo 22.56% ao ano; 2) a cobrança indevida atingiu o montante de R$5.587,68; 3) a parcela mensal, no valor de R$798,17, deveria ser diminuída para R$681,76, excluindo o excesso da parcela mensal no valor de R$116,41; 4) a taxa de juros é abusiva; 5) a parte 'ex adversa' deve arcar com honorários correspondente a 20% sobre o valor da condenação.

Houve resposta.

Acesso ao Sumário

Já a parte ré, em seu recurso, sustenta, em suma, que: 1) incabível a restituição de valores; 2) os juros foram previamente estipulados; 3) não houve lesão na hipótese dos autos; 4) incabível a revisão do contrato, pois se a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ao magistrado não é dado rever cláusulas plenamente válidas; 5) conforme decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, é válida a contratação de tarifa de registro de contrato; 6) o consumidor é previamente informado acerca dos custos, inclusive por meio do Custo Efetivo Total; 7) é válido o contrato celebrado entre as partes.

A parte autora não ofereceu resposta.

É o relatório.

Ressalte-se, primeiramente, que os recursos em tela foram interpostos já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, aplicando-se à hipótese dos autos, por conseguinte, a nova disciplina processual por ele fixada.

Nos termos da Súmula 297 do STJ, **o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras**.

Tal circunstância não implica, porém, por si só, que exista qualquer nulidade ou ilegalidade no contrato firmado pelas partes.

O mesmo se diga da **inversão do ônus da prova** que, embora cabível, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não resulta, necessariamente, no acolhimento da pretensão inicial.

Eis a jurisprudência desta C. Câmara acerca do tema em foco:

1092229-65.2014.8.26.0100 Apelação/Bancários

Relator(a): Salles Vieira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 27/07/2016

Data de registro: 27/07/2016

Ementa: "APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL - CONTRATOS BANCÁRIOS - **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Reconhecida a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, vez que foram preenchidos, no caso em tela, os requisitos do art. 2º daquele diploma legal - Inteligência da Súmula 297 do STJ - No entanto, o fato de a relação ser de consumo, não a invalida, tampouco enseja o acolhimento automático da pretensão deduzida na inicial** - Apelo parcialmente provido". "**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, impõe-se a inversão do ônus da prova, regra de julgamento, que, igualmente, não implica, por si só, no acolhimento da pretensão deduzida** - Apelo improvido". "CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada - A única exceção que se abre está na capitalização mensal que se admite nas cédulas previstas

Acesso ao Sumário

em leis especiais, ou nos contratos celebrados após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 30.03.2000, e suas reedições, desde que expressamente pactuada - Contratos firmados após a aludida MP - Existência de previsão da capitalização mensal de juros, para os contratos de empréstimo e contrato de cheque especial - Licitude da referida prática reconhecida, para estes contratos - Contrato de cartão de crédito, no entanto, que não prevê, expressamente, a capitalização mensal de juros - Prática, apurada em laudo unilateral não impugnado especificamente, expurgada, para o contrato de cartão de crédito - Apelo parcialmente provido". "DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE VALORES - Ante o recálculo do débito, com relação ao contrato de cartão de crédito, os valores eventualmente pagos a maior devem ser devolvidos, de forma simples, à autora, e não em dobro - Hipótese de ausência de dolo e ocorrência de engano justificável - Aplicação dos artigos 1531 do ACC e 940 do NCC, bem como artigo 42, § único, do CDC - Apelo improvido". "SUCUMBÊNCIA - ÔNUS - Caracterizada a sucumbência recíproca, deverão as partes arcar recíproca e proporcionalmente com as custas e despesas processuais por elas despendidas e os honorários de seus patronos, no valor fixado pela r. decisão, observada a gratuidade de justiça concedida à apelante - Apelo parcialmente provido".

9000079-55.2003.8.26.0506 Apelação/Cheque

Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 23/06/2016

Data de registro: 11/07/2016

Ementa: **Contrato de abertura de crédito em conta corrente e contrato de empréstimo - Código de Defesa do Consumidor aplicável ao caso (Súmula 297 do E. STJ)** - Impossibilidade de Reconhecimento de Ofício de Cláusulas Abusivas (Súmula 381 do E.STJ) - Revisão Contratual - Possibilidade - Súmula 286 do E. STJ. Juros remuneratórios - Instituições financeiras que não se submetem aos limites do Decreto 22.626/33 - Súmula 596 e Súmula Vinculante nº 7, ambas do STF - Prévia informação ao consumidor - Abusividade não caracterizada - Sentença mantida nesse ponto. Capitalização dos juros - Recurso Repetitivo do E. STJ - Permitida a capitalização dos juros remuneratórios com periodicidade inferior a um ano nos contratos celebrados posteriormente a 31.3.2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000, reeditada como Medida provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada - Suficiência, para tanto, da previsão de taxa de juros anual superior a doze vezes a taxa de juros mensal nela estipulada - Súmulas 539 e 541 do STJ. - Contrato de abertura de crédito em conta corrente celebrado anteriormente ao advento da citada Medida Provisória - Contrato de empréstimo firmado após a Medida Provisória, mas sem pactuação

Acesso ao Sumário

expressa - Afastamento da capitalização de juros. Sentença reformada. Repetição de indébito - Possível a repetição de indébito na forma simples, porquanto não comprovada a má-fé da instituição bancária, ocorrendo a hipótese de engano justificável (art. 42, parágrafo único, "in fine", do CDC) Ação revisional parcialmente procedente - Apelo da autora não conhecido no que pertine aos pedidos de nulidade contratual e aplicação da SELIC - Apelo do autora provido parcialmente em sua parcela conhecida, repelindo a capitalização.

Destarte, mostra-se cabível, em tese, a revisão do contrato, independentemente de ser classificado ou não como de adesão, devendo ser demonstrada, para tanto, alguma das hipóteses legais, sendo certo que o simples fato de se tratar de contrato de adesão tampouco implica, necessariamente, que contenha cláusulas ilícitas ou abusivas.

Por meio da Súmula Vinculante nº 07, o E. Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a limitação da taxa de juros reais a 12% ao ano, conforme redação original do artigo 192, §3º, da Constituição, posteriormente revogada, não era autoaplicável, pois tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Assim, a contratação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quando não houver prova da taxa de juros contratada entre as partes, deve ser aplicada a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central para as operações da mesma espécie, salvo se a cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Sobre o tema, dispõe a Súmula 530 do C. Superior Tribunal de Justiça:

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Não se nega que o consumidor possa pleitear a revisão da taxa de juros bancários superior a 12% ao ano, desde que, porém, se configure situação de abusividade inequivocamente demonstrada nos autos, com cobrança superior àquela divulgada pelo BACEN para o período referente à obrigação impugnada.

Tal não ocorre na hipótese dos autos.

Essas questões foram decididas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.061.530- RS, em sede de recursos repetitivos, em que foram consolidadas orientações sobre o tema:

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

Acesso ao Sumário

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora;

b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luís Felipe Salomão.

Acesso ao Sumário

A Cédula de Crédito Bancário firmada pelas partes, devidamente assinada pela parte autora, previu o pagamento do débito em 1,71% ao mês e de 22,52% ao ano, não havendo, pois, nenhuma abusividade em tal contratação, posto que compatível com as taxas praticadas pelo mercado.

Impertinente, ademais, a alegação de que a taxa de juros cobrada pela

parte ré seria diversa daquela efetivamente contratada, visto que, em verdade, a parte autora pretende o afastamento da capitalização mensal de juros pela aplicação dos juros simples, com a substituição da Tabela PRICE pelo Método GAUSS, pretensão que não merece guarida. Ademais, a pretensão da parte autora refere-se à utilização apenas da taxa de juros remuneratórios contratada, esquecendo-se de que a taxa efetivamente devida é aquela prevista como CET.

O Custo Efetivo Total (CET) está previsto na Resolução nº 3.517 do BACEN, determinando o artigo 1º, §2º, do ato normativo em referência que: "*O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento*".

Em outras palavras, o Custo Efetivo Total (CET) corresponde ao resultado da soma entre a taxa de juros remuneratórios - prevista no contrato - e os demais encargos contratuais, tais como tarifas, impostos e demais despesas que compõem o cálculo do débito.

Na hipótese de terem sido previstos outros encargos contratuais, é inequívoco, portanto, que o percentual relativo ao Custo Efetivo Total será superior à taxa de juros remuneratórios fixada contratualmente, com a qual não se confunde, não constituindo, pois, nenhuma irregularidade a existência de diferença entre eles.

Neste sentido, já decidiu esta C. Câmara:

0074350-36.2012.8.26.0002 Apelação/Bancários

Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 07/07/2016

Data de registro: 15/07/2016

Ementa: APELAÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.

Revisão contratual - A revisão de cláusulas de contrato bancário (incluindo cédula de crédito) encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, preceitos que mitigam a outrora primazia absoluta do princípio do pacta sunt servanda - Manutenção da sentença quanto à possibilidade de revisão contratual.

Tarifa de cadastro - Possibilidade de cobrança dessa tarifa, conforme entendimento consolidado na Súmula 566 do STJ - Cobrança prevista no instrumento e ausência de comprovação de prévia relação contratual travada entre as partes - Inocorrência de afronta ao art. 6º, III, do CDC - Sentença reformada nesse ponto.

Acesso ao Sumário

Tarifa de serviços prestados por terceiros - Ausência de especificação do serviço prestado e remunerado com a tarifa - Abusividade confirmada. Sentença mantida nesse ponto.

Tarifa de registro do contrato - Cobrança que, apesar de pactuada, não consta da norma padronizadora expedida pela autoridade monetária - Encargo, ademais, que se relaciona com a atividade fim do fornecedor, o qual não pode repassar o respectivo ônus ao consumidor - Tarifa abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC - Ilegítima a cobrança dessa tarifa pela ré - Sentença mantida nesse ponto.

Custo Efetivo Total - CET abarca os juros remuneratórios e a totalidade das despesas e encargos contratuais, razão pela qual não se confunde com a taxa de juros remuneratórios isoladamente considerada - Sentença reformada nesse ponto.

Capitalização dos juros - Suficiência da previsão na cédula da taxa de juros anual superior a doze vezes a taxa de juros mensal nela estipulada - Súmula n. 541 do STJ - Sentença reformada nesse ponto.

Comissão de permanência - Pactuação - Multa moratória que não pode ser cumulada com comissão de permanência - Percentual de cobrança que não pode extrapolar o somatório dos encargos remuneratórios e moratórios - Limitação à taxa média de mercado. Sentença reformada nesse ponto.

Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

No que diz respeito à cobrança de "*tarifa de registro de contrato*", o C. Superior Tribunal de Justiça analisou a controvérsia, sob o rito dos Recursos Repetitivos, nos autos do Recurso Especial nº 1.578.553/SP, firmando as seguintes teses, nos termos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015:

2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de **serviços prestados por terceiros**, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado;

2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva;

2.3. 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:

2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a

2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto

Acesso ao Sumário

'In casu', em que pese a previsão contratual da tarifa de "registro" (fls.20), não foi demonstrada a prestação de tal serviço nos autos, motivo pelo qual deve ser mantida a r. sentença também nesse ponto.

Tendo em vista que o apelo da parte autora demandou trabalho adicional dos Patronos da parte 'ex adversa', em grau de recurso, bem como que a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos, determina-se a majoração da razão fixada pelo Juízo de origem para o correspondente a 15% sobre o valor total da causa, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, ressalvada a exigibilidade.

Nesse sentido, o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/15.

1. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese recursal reclamar o revolvimento do conjunto fático- probatório dos autos.

2. Afasta-se a pretensão à mera revaloração das provas quando o recorrente deixa de indicar os fatos incontroversos, delineados na sentença ou no acórdão, que tenham merecido aplicação indevida de critérios jurídicos pelo acórdão recorrido.

3. O § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes.

4. Atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é medida que se impõe.

5. Agravo interno conhecido e desprovido.

(STJ, AgInt-AREsp 196.789-MS, 3ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09-08-2016).

Na medida em que não foram fixados honorários advocatícios em benefício do Patrono da parte ré, não há que se falar em honorários recursais em tal ponto.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000110-42.2018.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante ERIKA BENINI DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COSME ARAUJO CAMELO e ANA MARIA NOVAES CAMELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38025)**

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

São Paulo, 24 de junho de 2019.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Apelação - Cheque - "Embargos à Execução" - Insurgência contra a r. sentença que julgou procedentes os embargos - Inadmissibilidade - Cerceamento de defesa não configurado - Hipótese em que o cheque executado foi devolvido pelo banco sacado pelo motivo 35 (fraude/adulteração) - Fato que, por si só, retira a exigibilidade do título - Requisitos do artigo 783 do CPC, não caracterizados - Sentença mantida - Honorários advocatícios majorados - Preliminar rejeitada - Recurso improvido.

VOTO

1) Cuidam-se de "embargos à execução" (folhas 01/05), julgados procedentes (folhas 64/65), cujo relatório fica adotado.

A apelação é de ERIKA BENINI DOS SANTOS (folhas 67/74).

Em síntese, argumenta que a r. sentença merece reforma, sob o fundamento de que o cheque preenche todos os pressupostos extrínsecos de validade, inexistindo irresignação dos apelados acerca de seu valor.

Aduz que a única tese apresentada pelos apelados se refere a ausência de causa subjacente, mas que conforme demonstrado pela apelante, a emissão do cheque se deu em razão de mútuo firmado entre as partes, conforme documento colacionado aos autos.

Acesso ao Sumário

Afirma que a validade da dívida executada restou comprovada inclusive através da proposta apresentada pelos apelados, considerando que ninguém, em sã consciência, se propõe a pagar obrigação indevida.

Salienta que houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ante o indeferimento do pedido de produção de prova oral, consistente no depoimento pessoal dos embargados, que serviria para comprovar a regularidade do débito executado e a inexistência de fraude.

Diz que tendo os apelados entregado o cheque assinado para a apelante, o motivo pelo qual o banco realizou sua devolução, não retira sua qualidade de título executivo extrajudicial, razão pela qual a ação não poderia ter sido extinta.

Por fim, requer a anulação da r. sentença a fim de oportunizar a produção de prova oral.

Os apelados apresentaram contrarrazões em folhas 77/80.

Em folhas 82 a apelante manifestou seu interesse na audiência de tentativa de conciliação, e em folhas 84 requereu o cancelamento da referida audiência, bem como seja conferida prioridade na tramitação, face aos seus graves problemas de saúde enfrentados pela apelante, conforme documentos em folhas 85/87.

Distribuídos os autos para este Desembargador Relator (folhas 89), nos termos do artigo 1.048, I, do CPC, foi deferido o pedido de prioridade na tramitação. E nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste Tribunal, as partes foram intimadas sobre o julgamento virtual (folhas 90/92).

Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação sobre o julgamento virtual, conforme certidão em folhas 93.

Recurso regularmente processado, todavia ausente o preparo por ser a apelante beneficiária da gratuidade da justiça (folhas 26).

É o relatório.

2) Inicialmente, é oportuno observar que, nos termos do artigo 1.048, inciso I, do CPC, os presentes autos possuem prioridade na tramitação, conforme decisão em folhas 90.

Da preliminar arguida nas razões de apelação.

Alega a apelante, em preliminar, que houve cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, sem a produção de prova oral, em violação ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da CF.

Todavia, o nobre magistrado de primeiro grau, apoiado em seu convencimento motivado, encontrou elementos suficientes nos autos, aptos a proporcionar o deslinde da controvérsia, não havendo que se cogitar em

Acesso ao Sumário

cerceamento de defesa, tampouco violação ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da CF.

Isso porque, além de não se mostrar relevante a eventual produção de prova oral, ante a incontroversa devolução do cheque pelo motivo 35 (folhas 16), após a determinação de especificação de provas (folhas 61), as partes não apresentaram nenhuma manifestação, conforme certificado em folhas 63.

Dessa forma, inexistindo manifestação das partes acerca de eventual interesse na produção de provas, houve o regular julgamento da demanda, com fundamento no artigo 355, inciso I, do CPC.

E a lei permite que o Juiz, destinatário das provas, dispense a produção daquelas que julgar inúteis (art. 370, parágrafo único, do CPC).

À propósito, o STF já decidiu que: "A decisão judicial que considera desnecessária a realização de determinada diligência probatória, desde que apoiada em outras provas e fundada em elementos de convicção resultantes do processo, não ofende a cláusula constitucional que assegura a plenitude de defesa." (AgR-AI 153.467/MG, Rel. Min Celso de Mello, DJ 18/05/01).

Diante de tais considerações, fica rejeitada a preliminar arguida nas razões de apelação.

Do mérito.

A análise dos autos revela que os apelados opuseram "embargos à execução" (folhas 01/05), em face da "execução de título extrajudicial" (folhas 07/12), em que a apelante executava a importância de R$ 51.086,68 (cinquenta e um mil, oitenta e seis reais e sessenta e oito centavos), relativa ao inadimplemento do cheque em folhas 15/16.

Houve impugnação (folhas 47/49), com a juntada de documentos (folhas 50/55), e réplica (folhas 58/60).

Sobreveio a r. sentença (folhas 64/65), que julgou procedentes os embargos, com a consequente extinção da execução, por entender que inexiste regular título executivo extrajudicial, ante a comprovada devolução do cheque pelo motivo 35, o que retira sua exigibilidade. Diante da sucumbência, a apelante foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Daí a irresignação da apelante, que não comporta provimento.

Com efeito, dispõe o artigo 783 do CPC que:

"Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível."

Em comentários ao referido dispositivo, anotam os ilustres professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na conhecida obra "Código de Processo Civil Comentado", 16ª edição, RT 2016, pág. 1750:

Acesso ao Sumário

"**Título executivo.** O título que autoriza a execução é aquele que, prima facie, evidencia certeza, liquidez e exigibilidade da prestação a que o devedor se obrigou, que permite que o credor lance mão de pronta e eficaz medida para seu cumprimento."

Assim, constitui requisito necessário e indispensável para o ajuizamento de execução, que a mesma esteja lastreada em título que não deixe dúvidas acerca de sua certeza, liquidez e exigibilidade.

Entretanto, no caso vertente, conforme bem salientou o nobre magistrado de primeiro grau, o título que embasa a execução ajuizada pela apelante não está dotado de certeza e exigibilidade eis que, apesar de se tratar de cheque, o mesmo foi devolvido pelo banco sacado pelo motivo 35.

E de acordo com a classificação divulgada pelo Banco Central do Brasil (folhas 37), a devolução do cheque pelo motivo 35 (trinta e cinco) significa: "Cheque fraudado, emitido sem prévio controle ou responsabilidade do participante ('cheque universal'), ou ainda com adulteração da praça sacada, ou ainda com rasura no preenchimento".

Sendo assim, tendo em vista que o próprio banco sacado identificou a existência de irregularidade no título colacionado em folhas 15/16, fato que impediu seu pagamento, resta evidente que o mesmo não está dotado da certeza e exigibilidade necessárias para instruir a ação de execução, razão pela qual era de rigor sua extinção, independentemente de prova acerca da eventual causa subjacente.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Corte:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO - CHEQUE - DEVOLUÇÃO PELA ALÍNEA 35 (CHEQUE FRAUDADO) - Acolhimento dos embargos - Insurgência do embargado - Não acolhimento - Motivo da devolução da cártula pela instituição financeira sacada que põe em dúvida a certeza e exigibilidade do título - Não sendo a obrigação líquida, certa e exigível, incabível sua cobrança pela via executiva - Inteligência do disposto no art. 783 do CPC - Possibilidade de perseguição do suposto crédito pelas vias ordinárias - Sentença mantida - Apelo desprovido." (AP 1130950-52.2015.8.26.0100, Relator Des. Jacob Valente, Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 10/04/2019).

"APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CHEQUE - AGRAVO RETIDO (...). 'APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CHEQUE - *CAUSA DEBENDI* - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES DO APELADO - DEMONSTRAÇÃO SUFICIENTE DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO PELA APELANTE - Reconhecido que o cheque é título não causal, sendo o fato gerador da obrigação a emissão da cártula, e o fundamento da ação, o inadimplemento daquela - Possibilidade, entretanto, da discussão acerca da *causa debendi*, caso o devedor demonstre cabalmente a existência

Acesso ao Sumário

de fato capaz de elidir a presunção de liquidez e certeza do título de crédito - Devolução do cheque pelo 'motivo 35' (cheque fraudado), que, por si só, é suficiente para causar dúvida quanto a certeza e exigibilidade do crédito - Não sendo a obrigação certa, líquida e exigível, incabível sua cobrança através de ação executória - Inteligência do art. 586 do ACPC, atual art. 783 do NCPC - Ausência de demonstração da existência de fato constitutivo do direito da apelante, nos termos do art. 333, I, do CPC, atual art. 373, I, do NCPC - Cheque inexigível - Embargos à execução procedentes e extinção da ação executiva - Sentença mantida - Apelo improvido.'" (AP 0000073-69.2013.8.26.0275, Relator Des. Salles Vieira, Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 24/05/2018).

Destarte, malgrado os esforços de argumentação do ilustre procurador da apelante, as razões expendidas no recurso não se prestam a abalar os fundamentos da r. sentença recorrida.

Por fim, a teor do artigo 85, § 11, do NCPC, devem os honorários advocatícios fixados em favor dos patronos dos apelados, serem majorados para 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa, observado o disposto nos §§ 2º e 3º, do artigo 98, do NCPC (folhas 26).

Mediante tais considerações, mantém-se incólume a r. sentença da lavra do eminente magistrado, Doutor RAFAEL PINHEIRO GUARISCO, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3) Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001720-77.2018.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, são apelados CLEA NALDI FIGUEIRA e NAIR NALDI FIGUEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35040)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente) e HELIO FARIA.

São Paulo, 25 de junho de 2019.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização por dano material e moral - Contrato bancário - Cartão magnético retido em terminal de autoatendimento situado em dependência interna de agência bancária - Saques e transferências de valores mediante - Fraude praticada por terceiro - Responsabilidade do fornecedor e incidência do CDC - Artigo 14 do CDC e Sumula 297 do STJ - Fragilidade da segurança do lugar e das máquinas e equipamentos vinculados à sua atividade fim - Peculiaridade do caso (singularidade) relativa à questão de fato - Fatos ocorridos em terminal de autoatendimento situado em dependência interna de agência bancária; possibilidade das transações impugnadas terem sido realizadas mediante clonagem do cartão e por um terceiro de má-fé - Ausência de prova quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da consumidora do serviço bancário (autorização e ou consentimento do titular da conta bancária e do cartão) - Artigo 14, § 3º, do CDC e artigo 373, II, do CPC - Falha na prestação do serviço - Obrigação de adequação pelo fornecedor - Risco da atividade - Artigo 927 § único do Código Civil e artigos 14 e 20 do CDC - Reconhecimento - Súmula 497 do STJ - Dever de indenizar caracterizado - Danos materiais - Reconhecimento da inexistência de débito com restituição dos valores - Dano moral - Delimitação da lide à descumprimento de dever contratual e ausência de prova de circunstância que atinja a dignidade da parte - Compensação indevida - (vide: Enunciado n. 25 do Colégio Recursal da Capital/SP) - Ausência de inscrição em cadastro negativo - Inobservância do artigo 373, I do CPC - Ausência de negativação e comprovação de ato depreciativo ou desabonador, ou de efetivas consequências na esfera moral e material - Ausência de prova de eventual abalo moral decorrentes dos fatos - Artigos 186 e 927, do Código Civil - Aborrecimento ou transtornos inerente ao descumprimento contratual - Fatos da causa que não ensejam imposição de sanção - Pretensão afastada - Sucumbência mantida, artigo 86, parágrafo único, do CPC. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 177/184 julgou procedente em parte a ação, condenou o réu a pagar às autoras: (a) R$ 18.967,37, pertinente ao ressarcimento do valor pago a título de cartão de crédito não devido; (b1) R$ 72.037,46, valores retirados da conta corrente; (b2) R$ 15.899,00, valores retirados da conta poupança, com incidência de juros e correção monetária, a contar da data do ajuizamento da ação; e (c) R$ 20.000,00, sendo R$ 10.000,00 para cada autora, a título de indenização por danos morais, com incidência de juros e correção monetária a contar da data da sentença; em virtude da sucumbência, deixou de condenar as autoras no pagamento de honorários e/ou despesas, vez que parcela mínima da pretensão foi rejeitada (art. 86, parágrafo único, do CPC), e condenou o réu no pagamento das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (principal, juros e correção), as primeiras corrigidas desde o efetivo desembolso e os últimos sujeitos a atualização monetária a contar da sentença.

Apela o réu pretendendo a reversão do julgado sob o argumento de que não há que se falar em responsabilidade objetiva no caso, pois cabe ao cliente o dever de guarda e responsabilidade das senhas pessoais e não ao banco, tendo sido de culpa exclusiva da autora a fraude em questão; argumenta que não pode o réu responder por fato de terceiro; alega que não estão presentes os pilares da responsabilidade civil, sendo injustificado o pleito de indenização por danos morais; pede a condenação das autoras nas custas judiciais e honorários advocatícios (fls. 187/197).

Processado e respondido o recurso (fls. 200/203), vieram os autos ao Tribunal e após a esta Câmara.

É o relatório.

Sem reparo a r. sentença de Primeiro Grau quanto ao dever de restituição de valores, observado que o fornecedor de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito relativos à prestação do serviço (CDC artigo 14), uma vez ocorridos os fatos - golpe conhecido como 'chupa cabra' - em terminal de autoatendimento situado em agência bancária, anotada a incidência na hipótese das regras do CDC (Súmula 297 do STJ), por se tratar de ação que envolve relação de consumo, reconhecida a condição de hipossuficiente da autora, a permitir a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), bem como por não comprovada pelo réu fornecedor - instituição financeira - nenhuma das causas excludentes a que refere o artigo 14, § 3º, do CDC (inexistência de defeito na prestação do serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro), ônus esse cabente ao réu, nos termos do art. 373, II, do CPC.

Acesso ao Sumário

É fato sabido o tipo de 'golpe' como o ocorrido no caso aplicado com cartões magnéticos em prejuízo de cliente e da própria instituição bancárias, mediante artificio introduzido na máquina de autoatendimento que impede a devolução do cartão, permitindo, depois, mediante dados recuperados (do cliente - senha) que o fraudador recupere o cartão e realize operações bancárias como se o correntista fosse.

Daí, como no caso ocorridos os fatos - golpe conhecido como 'chupa cabra' - em terminal de autoatendimento situado em agência bancária, em razão dessa peculiaridade do caso (singularidade) relativa à questão de fato, de se reconhecer a fragilidade da segurança a explicitar falha na prestação do serviço, até porque as transações impugnadas pela autora poderiam ter sido realizadas mediante o uso do cartão magnético e simples digitação de uma senha, como também não é possível descartar a hipótese de que o cartão da autora tenha sido efetivamente clonado e utilizado por um terceiro de má-fé, questão essa não superada pelo réu, ora apelante, como fornecedor do serviço, observada a sua condição, vale dizer, de responsável objetivo e de prova quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ora apelada, como consumidora do serviço bancário, especificamente, autorização e ou consentimento do titular da conta bancária e do cartão (artigo 14, § 3º, do CDC e artigo 373, II, do CPC).

Nesse sentido, cumpre ressaltar que não foi impugnado o fato narrado pelas apeladas (autora) de que todas as operações questionadas, realizadas do dia 19/08/2017 ao dia 24/08/2017 se deram no interior da agência bancária, após a retenção do seu cartão pelo terminal de atendimento que fora utilizar. Em outros termos, não se trata de compras com utilização de cartão magnético fora do estabelecimento bancário, mas sim de uma sequência de operações bancárias em caixa eletrônico existente no interior da agência do apelante (réu), onde o cartão magnético das apeladas (autoras) restou preso na máquina.

No caso concreto, fato é que as apeladas (autoras) foram vítimas do golpe, no interior de agência bancária na qual usualmente utilizam os caixas eletrônicos. Noticiou a apelada (autora) que em 19/08/2017 precisou fazer uso do caixa eletrônico. Todavia, não conseguiu realizar todas as operações desejadas, vez que seu cartão ficou retido no caixa/terminal eletrônico.

Conforme documentos juntados aos autos, a movimentação bancária fraudulenta ocorreu na data do próprio dia 19/08/2017 até 24/08/2017. O apelante (réu) teve ciência da "notificação extrajudicial com o pleito de apuração" dos valores contestados pelas apeladas (autoras), depositou alguns valores, depois os estornou, reconhecendo pela licitude das operações, ainda que estas estejam bem acima do perfil ordinário das correntistas. Nota-se que uma das apeladas (autoras) é beneficiária da autarquia federal (INSS), fls. 117.

Em sede de contestação, o próprio apelante (réu) reconheceu que as

Acesso ao Sumário

operações se deram no interior da agência, fato não impugnado. Ademais, não juntou qualquer documento que pudesse comprovar a licitude das operações ou protestou pela produção de provas. Aliás, poderia facilmente trazer as filmagens do dia do ocorrido, dizer o que fez com o cartão retido das apeladas (autora) quando o retirou ou argumentar como encontrou a situação do caixa eletrônico que reteve o cartão. Mas nenhuma prova produziu. Aliás, conforme petição de fls. 176, manifestou-se no sentido de não haver interesse na produção de mais provas.

Daí porque todas as genéricas alegações de que as operações foram realizadas mediante uso de senha pessoal e validação de chip perdem sua razão de ser, porquanto o apelante (réu) não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que o cartão em discussão já estava de volta sob a guarda e responsabilidade das apeladas (autoras), de modo a permitir a aplicação das cláusulas contratuais invocadas.

A questão já foi pacificada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 479, que recebeu o seguinte enunciado: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Nesse sentido, já se manifestou recentemente esta Câmara: "*CONTRATO BANCÁRIO - Ação declaratória negativa e condenatória - Sentença de parcial procedência - Insurgência da casa bancária. DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DAS DÍVIDAS CONTRAÍDAS EM NOME DO AUTOR - Possibilidade - Fraude bancária - Falha na prestação dos serviços pelo réu - Cartão bancário retido em terminal de autoatendimento, dentro da agência bancária - Utilização atípica do cartão, como saques de valores expressivos, inclusive em dólar, pagamento de IPVA, transferência de valores para conta de titularidade diferente - Proteção das informações contidas nos cartões emitidos pelo banco que deriva de sua própria atividade - Tecnologia dos cartões com chip, apesar de dificultar, não impossibilita a ocorrência de fraudes - Prática de fraude por terceiro aliada à omissão do réu, que deixou de atuar de forma efetiva e concreta - Aplicação da Súmula 479 do STJ - O risco civil por uso fraudulento do cartão é inerente ao empreendimento, gerando a responsabilidade objetiva da administradora, nos moldes do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. DANOS MATERIAIS - Bem demonstrados os danos materiais, correspondentes às transações indevidas, os valores devem ser ressarcidos ao autor, nos termos da sentença. DANOS MORAIS - O caminho percorrido pelo autor na busca pela solução do problema transborda o mero aborrecimento, caracterizando transtorno que justifica a indenização por danos morais - Conduta reprovável do requerido, que deixou de diligenciar com eficácia na resolução do problema - Situação que redundou em cobranças e comunicados dos órgãos de proteção*

Acesso ao Sumário

ao crédito acerca da negativação - Dano moral configurado - Valor que atendeu aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida - Recurso não provido." (TJSP; Apelação 1002693-59.2018.8.26.0114; Relator: Helio Faria; 18ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 02/10/2018)

No mesmo sentido: "*RESPONSABILIDADE CIVIL. Estabelecimento bancário. Caixa eletrônico localizado no interior da agência. 1. Correntista abordado por pessoas presentes no local, sofreu o golpe da retenção do cartão magnético. Responsabilidade objetiva do banco, por não propiciar a segurança adequada na prestação dos serviços. Obrigação de restituir os valores descontados fraudulentamente da conta do autor e de indenizar os danos morais. Recurso do réu não provido e provido o do autor. Ao disponibilizar os caixas eletrônicos, o Banco não só está economizando com a contratação de funcionários, como também procura agilizar o atendimento e com isso captar maior clientela, logicamente para auferir mais lucro. Deve, pois, aparelhar-se para que tudo seja absolutamente seguro, pena de arcar com o risco de sua atividade*". (TJSP; Apelação 1008436-05.2017.8.26.0302; Relator: Gilberto dos Santos; 11ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 19/07/2018)

Ademais, cabia ao apelante (réu) proceder à exibição das imagens internas das suas câmeras de segurança, a fim de comprovar suas alegações, uma vez que os fatos se passaram em caixa eletrônico, dentro de sua agência.

Quanto ao pedido indenizatório a título de danos morais, embora se compreenda os transtornos suportados pelas apeladas (autoras), não há que se falar em indenização a este título, até porque ausentes protesto ou apontamentos negativos em desfavor das apeladas (autoras); ainda, ausente prova de abalo a qualquer direito de personalidade das seguradas, tampouco de constrangimento moral, a justificar indenização. Os fatos narrados constituem aborrecimentos e transtornos tolerados no desenvolvimento de uma relação contratual.

Conforme ensina Yussef Said Cahali, citando Dalmartello, "Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)".

Nesse sentido, observado o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil), superada a questão relativa ao nexo causal pela natureza do vínculo, mesmo que

Acesso ao Sumário

reconhecido o descumprimento contratual bem como advir daí para as apeladas (autoras) preocupação, incerteza, insegurança, tão só a ofensa a dignidade das apeladas (autoras) (CDC artigo 4º), como consumidoras, de forma relevante e gravosa, é que permitira a sanção moral, até porque, observadas as disposições dos artigos 186 e 927, do Código Civil e como ensina a doutrina, "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do individuo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed. Malheiros 1999).

Aliás, de se lembrar que, "no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão prejudicialmente moral" (Yussef Said Cahali, Dano moral, pg. 703, Ed RT, 2ª ed).

E mais, "como ensina a doutrina (*) não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito". Deram provimento em parte à apelação. Unânime." (Ap. Cível nº 70048952204, 10ª Câmara Cível, TJ/RS) (*Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à Pessoa Humana, uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2003).

Assim, provido em parte o recurso para afastar a imposição de sanção por danos morais, tendo em vista que o presente julgamento ensejou o acolhimento em parte mínima da pretensão do apelante (réu), de rigor a manutenção de sua condenação sucumbencial exclusiva, mantidos inclusive os valores arbitrados na r. sentença recorrida a título de honorários advocatícios, deixando-se de majorar os honorários recursais por ausente pedido expresso.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010098-

51.2018.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado SAMUEL DE LIMA JÚNIOR (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.856)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Apelação. Ação Indenizatória. Descumprimento de normas federais de acessibilidade. Situação que transcende o mero dissabor. Dano moral configurado. Responsabilidade do prestador serviço decorrente do risco do negócio. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 74/78 que julgou procedentes os pedidos feitos na exordial, condenando a ora apelante ao pagamento de indenização de R$ 20.000,00 a título de danos morais, além de despesas e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Aduz a apelante, em suma, que os fatos verificados constituem mero aborrecimento, que a manutenção permanente dos elevadores foge à esfera de atuação do banco apelante e que o *quantum* indenizatório fixado é excessivo.

Foram apresentadas contrarrazões em fls. 98/106.

Recurso regularmente processado.

É o breve relatório, ao qual se acresce, para todos os fins, o da r. sentença recorrida.

Com todo o respeito, o recurso não merece provimento.

Conforme prova trazida aos autos pelo ora apelado, houve inequívoca falha na prestação de serviço por parte da ora apelante, que deixou de cumprir com as normas de acessibilidade estabelecidas pela Lei 13.146/2015 e da Lei 10.098/2000, no que tange à minoração de barreiras arquitetônicas e na disponibilização de recursos suficientes a permitir o acesso livre e desimpedido de pessoa com mobilidade reduzida às dependências da instituição bancária.

As barreiras arquitetônicas e a precariedade dos serviços e instalações

Acesso ao Sumário

destinados à pessoa com mobilidade reduzida evidenciam-se nos documentos acostados aos autos (fls. 23/26).

Não merece prosperar, tampouco, a alegação de que a manutenção constante de seus elevadores escape à esfera de atuação da instituição financeira ora apelante, dada sua responsabilidade objetiva como fornecedora de serviço e seu ônus de arcar com os riscos da atividade, inclusive no que tange à manutenção e funcionamento de recursos e dispositivos concernentes à prestação de seu serviço, como elevadores de acesso para pessoas com mobilidade reduzida. Neste sentido:

> Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Operações não reconhecidas pela cliente. Movimentação bancária fraudulenta. Teoria do Risco do Negócio. **Dever de segurança do serviço. Instituição financeira que, ao disponibilizar o autoatendimento e a compra em estabelecimentos comerciais, assume o ônus de zelar por seu regular funcionamento**. Responsabilidade de natureza objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Ônus do banco de provar que a movimentação foi realizada pela autora ou por sua culpa exclusiva. Prova não produzida. Devolução dos valores indevidamente debitados em conta-corrente da autora. Restituição de situação anterior à fraude, em relação às compras feitas sob a modalidade crédito. Invasão da privacidade. Danos morais que atuam in re ipsa. Valor arbitrado que se mostra razoável e proporcional. Honorários advocatícios majorados. Art. 85, §11, do CPC. Recurso não provido. (grifo nosso) (Apelação nº 1036745-29.2018.8.26.0002; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Relator: Des. Hélio Nogueira; Data de Julgamento: 30.05.2019)
>
> Apelação Cível. Transporte de pessoas. Ação de reparação por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismos. Pessoa de Necessidade Especial. Transporte rodoviário. Norma de acessibilidade não observada. Cadeirante carregado para o interior do coletivo. Viagem de longo percurso sem assistência. Dano em cadeira de rodas acondicionada em bagageiro de ônibus. Danos descritos. Fotos que, se entendidas não conclusivas, exigiam da ré postulação de perícia. Utilização ou reparo que não desqualificam o fato. Contexto da ocorrência com pleno nexo causal à relação de serviço e fatos não rebatidos de forma convincente pela ré. Dano material bem definido. Dano moral configurado em relação ao coautor "in re ipsa". Coautora sem protagonismo, assistindo o filho cadeirante. Dano moral não configurado. Sentença reformada em parte. Recurso da ré não provido, provido em parte o dos autores. Sucumbência recíproca mantida. (1005710-59.2014.8.26.0562; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Relator: Hélio Nogueira; Data de Julgamento: 03.12.2015)

Ademais, não se interessou o ora apelante em fazer prova do regular funcionamento de seus serviços e instalações destinados à acessibilidade de

Acesso ao Sumário

pessoas com deficiência nos casos e situações ora discutidos, mas antes confessa a indisponibilidade de seus elevadores, e a consequente falha na prestação do serviço, corolário do risco do negócio.

Tampouco merece prosperar a alegação de que o incidente relatado se constitui em mero dissabor. Com todas as vênias, pelo todo retratado nos presentes autos, a Instituição Financeira deveria manter sempre a adequada acessibilidade ao deficiente. No caso em tela, restou demonstrado, até por ausência de impugnação específica em diversos pontos, que atuou de forma omissa e imprópria.

A situação torna-se mais grave na medida em que o apelante tem meios suficientes para fazer cumprir os mandamentos legais e respeitar o deficiente. Assim não agindo, resta caracterizada inquestionável postura imprópria, gerando o denominado dano moral, tanto em sua perspectiva reparatória quanto pedagógica.

Ainda, tendo em vista o contexto dos presentes autos, a Turma Julgadora determina a remessa de cópia dos autos, capa a capa, mediante expedição de ofício, para as Nobres Instituições a seguir indicadas para que, respeitado o seu livre convencimento, tomem as providências que entenderem próprias, no que for de sua competência:

1) Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/SP - Diretoria Executiva. Endereço: Rua Barra Funda, 930 Barra Funda, São Paulo/SP, CEP 01152-000;

2) Defensoria Pública do Estado de São Paulo Núcleo Especializado dos Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência. Coordenadora: Dra. Fernanda Dutra Pinchiaro. Endereço: Avenida Liberdade, nº 32 - 5º andar - Liberdade, São Paulo/SP, CEP 01502-000.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários arbitrados para 20% do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §11º do Código de Processo Civil, com determinação de remessa cópia integral dos autos, capa a capa, mediante expedição de ofício às Nobres Instituições anteriormente indicadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002117-54.2011.8.26.0300, da Comarca de Jardinópolis, em que é apelante MARGARIDA DE OLIVEIRA ANDRADE, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 12 de julho de 2019.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO - Fundo de capitalização - Hipótese em que o banco-apelado resistiu à restituição das quantias descontadas mensalmente pelo correntista - Herdeira que não conseguia resgatar a quantia por resistência infundada do banco - Dever de restituição em razão da proibição do enriquecimento sem causa - Dano moral caracterizado - Valor arbitrado em R$15.000,00 - Recurso provido.

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra r. sentença em que o MM. Juiz "a quo" julgou extinto o feito sem resolução do mérito, alegando, em síntese que: o documento de fls. 153 comprova a existência de conta bancária em nome do senhor José André; o seu falecido marido tinha conta corrente nº 01-002269-5, agência 0062-1 no Banco Nossa Caixa (fl. 131) e, ainda, título de capitalização no dia 29 de julho de 2008 no valor de R$40,00; o resgate do saldo existente é de direito do titular; o Banco do Brasil tornou-se titular da conta mantida na Nossa Caixa; O CDC deve ser observado.

Beneficiária da Justiça gratuita.

Não houve resposta.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

A autora-apelante ajuizou a presente ação objetivando a devolução de quantia depositada em "fundo de capitalização" e indenização por danos morais, alegando que com o falecimento de seu cônjuge e titular da conta bancária, houve resistência por parte da instituição financeira para o resgate.

Em síntese, imputa abusividade no comportamento do banco, sobretudo porque lhe foi negado o direito de resgate pelo fato de ser analfabeta (fls. 03).

Patente que a relação estabelecida entre as partes caracteriza-se como de consumo.

Acesso ao Sumário

Com efeito, deverão ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso, conforme entendimento sumulado pelo STJ (**Súmula 297**) e consolidado pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591.

Durante a instrução e após a resposta do banco réu, a autora acostou aos autos a prova de que, de fato, seu cônjuge havia contratado a adesão ao fundo de capitalização denominada "NossaCap Premiada" em 29.07.2008 (fls. 131).

Conforme regulamento de fls. 135, mensalmente eram debitados R$40,00 (quarenta reais) da conta corrente do "de cujus", o qual, com antecedência mínima de 10 dias, poderia requerer o resgate acumulado dos valores.

Juntados esses elementos de prova, o banco quedou-se inerte, apresentando a informação de que a conta bancária permaneceu ativa de 30.11.2009 a 27.04.2011, sem fazer qualquer menção ao contrato discutido.

Ora, a situação processual revela que o banco admite a existência do contrato, mas nada quer restituir à autora.

Diante da omissão no dever de impugnar os fatos e os elementos de prova de forma precisa (art. 373, II, do CPC), verifica-se a presunção de que desde a contratação do título de capitalização, houve o desconto desses valores da conta corrente do Sr. José André, de modo a ser tudo destinado ao fundo.

Com a morte do titular, deveria o banco proceder à restituição da quantia e não criar resistência, uma vez que prevalece em nosso sistema a vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Como o banco-apelado adquiriu o banco NOSSA CAIXA, administrador do fundo de capitalização contratado, de rigor que ocorra a restituição dos R$ 40,00 (quarenta reais) descontados mensalmente desde 29.07.2008 (contratação) até 27.04.2011 (falecimento do aderente).

Tal quantia contabilizada em liquidação de sentença por mero cálculo aritmético, tudo com base na Tabela Prática do TJ/SP e com a incidência de juros de mora de 1% a.m. a partir da citação.

Por fim, os danos morais estão caracterizados.

Diante do comportamento processual do banco-apelado está evidente o abuso de direito.

Na qualidade de herdeira do titular da conta corrente, o banco deveria de imediato proceder à restituição da quantia e não ofertar resistência.

A tese inaugural é verossímil, pois se houve a sonegação de informações judicialmente, imagina na esfera administrativa quando a autora fez o requerimento?!

Nesses casos, este Sodalício costuma reconhecer os danos morais, justamente porque atinge o direito expatrimonial do jurisdicionado, que há

Acesso ao Sumário

anos faz o investimento e, no momento do resgate, se depara com situação de retenção injusta da quantia.

Destaca-se:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO FIRMADO PELA AUTORA POR DOIS OUTROS, OS QUAIS DESCONHECE - ART. 373, II, CPC E 6º VIII, CODECON - INEXIGIBILIDADE BEM RECONHECIDA - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - FIXAÇÃO NO MONTANTE EM R$ 10.000,00 - VALOR MANTIDO CONSIDERANDO A RESISTÊNCIA DAS RÉS NA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL, OS DESCONTOS INDEVIDOS E A RETENÇÃO INDEVIDA DE VALOR REFERENTE AO TITULO POR ELA FIRMADO - CIRCUNSTÂNCIAS NO CASO CONCRETO QUE VÃO ALÉM DO MERO ABORRECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Quanto ao valor da indenização, não há um critério legal e objetivo para fixação do "quantum", sendo certo que a doutrina e a jurisprudência vêm edificando parâmetros para a prolação de decisões equânimes e lastreadas no preceito da segurança jurídica.

Nesse sentido, em relação ao ofendido, o valor da indenização por danos morais não pode ser ínfimo, sob pena de se desprestigiar ou banalizar o direito ali discutido, do mesmo modo que não pode ser exorbitante, pois acarretaria no enriquecimento sem causa da vítima.

Sob a perspectiva do ofensor, no arbitramento deverá ser levada em consideração a gravidade da conduta ilícita ou do abuso de direito praticado, assim como o poder econômico do causador do dano, de modo que a condenação tenha efeito pedagógico e, assim, um desestímulo para que a prática antijurídica não volte a ocorrer.

Acesso ao Sumário

Portanto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão intimamente relacionados com a quantificação do dano moral, conforme, preleciona **SERGIO CAVALIERI FILHO:**

"*Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral. Embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que tem seu nome indevidamente lançado no rol dos mal pagadores*

(SPC) - o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais. Afinal de contas, jurisprudência - a obra-prima do juiz - é a junção de duas palavras: juris + prudência - vale dizer, na base de todas as decisões judiciais há de estar a prudência." (**PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL - 2010 - ED. ATLAS - pág. 100 - SÃO PAULO**)

Deste modo, levando-se em consideração os parâmetros mencionados bem como os precedentes desta Câmara, fixa-se a indenização por danos morais em R$15.000,00 (quinze mil reais).

A quantia deverá ser corrigida com base na Tabela Prática do TJ/SP a partir desta data e com a incidência dos juros de mora de 1% a partir da citação.

Em razão do resultado, arcará o banco apelado com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação (art. 85, §2º, do CPC).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023273-77.2017.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada ISABEL CRISTINA MENESES FONSECA, é apelado/apelante BUKFER MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO EIRELI.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente), CAUDURO PADIN e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 12 de julho de 2019.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: DUPLICATA MERCANTIL - Inexigibilidade - Compra e venda de materiais de construção - Ausência de demonstração de que a sacada havia realizado a operação - Elementos dos autos que comprovam que a compra foi feita por empresa contratada para a

Acesso ao Sumário

realização de obra - Não comprovado que a autora teve ciência da compra: - Hipótese em que não reconhecida pela autora a existência de causa para a emissão do título, cabia à ré comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

DANO MORAL - Apontamento indevido de título para protesto - Prejuízos à pessoa - Ocorrência - Dever de reparação - Precedentes do STJ nesse sentido: - Conforme já decidiu o STJ, o apontamento indevido de título para protesto causa prejuízos de ordem moral à pessoa, que deverão ser reparados.

DANO MORAL - Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito - Enriquecimento indevido da parte prejudicada - Impossibilidade - Razoabilidade do quantum indenizatório. - A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada. - Bem por isso, à luz do princípio da razoabilidade, tem-se que a indenização arbitrada deve ser mantida.

RECURSO ADESIVO DA RÉ E RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDOS.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recursos de apelação interpostos da respeitável sentença a fls. 150/153, que **julgou procedente** a ação de inexigibilidade de título cumulada com indenização por danos morais, ajuizada por Isabel Cristina Meneses Fonseca contra Bukfer Materiais para Construção Eireli, para declarar a inexigibilidade do título e do débito mencionados na inicial, cancelar definitivamente o protesto e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em 20% do valor atualizado do débito.

Apela a autora alegando que foi surpreendida com a recusa do aumento de limite do cartão de crédito em razão da existência de protesto referente a duplicata no valor de R$ 851,65 lançado pela apelada, o qual desconhece.

Acesso ao Sumário

Afirma que a conduta ilegal e negligente da apelada lhe causou transtornos, pois é agente de viagens e viaja constantemente.

Aduz que o valor fixado a título de indenização por danos morais não surte efeito punitivo, nem repõe o dano por ela sofrido.

A ré interpôs recurso adesivo sustentando que a autora contratou a empresa Consplanno para a reforma de sua residência e a cobrança se refere a materiais vendidos.

Afirma que os *e-mails* juntados aos autos e o depoimento da testemunha Antônio Carlos de Macedo Soares comprovam que a autora havia contratado a Consplanno para a obra e intermediação na compra de materiais, sendo que no depoimento também foi mencionado que os materiais constantes da nota fiscal foram efetivamente utilizados.

Alega que é incabível o reconhecimento do dano moral, pois agiu no exercício regular de seu direito.

A ré contra-arrazoou o recurso da autora suscitando a insuficiência do valor do preparo, pois na condenação incluiu o valor dos honorários advocatícios, dos juros de mora e das custas e despesas processuais. Alegou que o recurso não atacou especificamente a sentença, não devendo ser conhecido por não ter observado o princípio da dialeticidade. No mérito, pleiteia que seja rejeitado o pedido de majoração da indenização por danos morais (fls. 164/176).

A autora não respondeu ao recurso adesivo da ré (fls. 194).

Os recursos são tempestivos, bem preparados e ficam recebidos, nesta oportunidade, nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil, exceto com relação à confirmação da tutela provisória (inciso V).

É o relatório.

I. Isabel Cristina Meneses Fonseca ajuizou ação de inexigibilidade de título cumulada com indenização por danos morais contra Bukfer Materiais para Construção Eireli, narrando que foi surpreendida com o protesto de duplicata mercantil em seu nome, pois desconhece a ré e jamais teve relação com ela.

Requereu a declaração de inexigibilidade da duplicata, o cancelamento do protesto e indenização por danos morais no valor de R$ 12.000,00.

Foi deferida a tutela provisória para a sustação dos efeitos do protesto e exclusão da negativação do nome da autora (fls. 16/18).

A ré contestou a ação, a autora se manifestou e foi produzida prova oral com a oitiva de testemunhas. Após as alegações finais das partes, foi proferida a sentença de procedência que ensejou a interposição dos recursos.

De início, passa-se a analisar o recurso adesivo da ré, que não merece acolhimento. A alegação de que o protesto é regular é rechaçada pelos elementos

Acesso ao Sumário

dos autos.

Isso porque, embora tenha sido alegado que a autora havia contratado a empresa Consplanno para a realização da obra, não restou demonstrado que a contratada tinha poderes para realizar compras em nome da contratante.

O instrumento a fls. 60/64 não está assinado e, ainda que estivesse, não legitima a cobrança.

Conforme se verifica, a contratação se referia ao fornecimento de mão de obra para a reforma de um imóvel de uso residencial (cláusula primeira - fls. 60). Ademais, o item 5 da cláusula sexta prevê que a contratante (Isabel Cristina Menezes Fonseca) deve fornecer os recursos necessários, assim como fornecer os materiais no prazo certo e a contratada (Consplanno) deverá solicitar os materiais com tempo suficiente para sua disponibilização (fls. 62).

Portanto, em nenhum momento a avença prevê que a autora tenha dado autorização à Consplanno para realizar compras em seu nome.

Desse modo, embora a autora tenha confirmado que contratou a Consplanno para a prestação dos serviços, nada comprova que ela tinha ciência da compra dos materiais que ensejou a emissão do título.

Os documentos trazidos pela ré e mesmo a prova testemunhal comprovam que quem realizou a compra foi a Consplanno, ainda que se trate de material utilizado na obra da casa da autora, não foi ela quem comprou, nem recebeu as mercadorias. O *e-mail* com a solicitação do material é da Consplanno (fls. 66/67), a nota fiscal tem confirmação de recebimento assinada por Ana Carolina (fls. 68), filha do proprietário da Consplanno, como mencionado pelo gerente comercial da ré (fls. 138).

E os depoimentos corroboram a afirmação da autora de que não tinha conhecimento de tal compra.

Conforme consta no depoimento da testemunha Antônio Carlos de Macedo Soares, era ele quem tratava com a ré, comprava os materiais e mantinha o controle dos pagamentos:

> *"sou proprietário da empresa Consplanno e tenho relação comercial com a empresa Bukfer, onde adquiro materiais hidráulicos e outros materiais de construção civil (...)*
>
> *Eu pedi para que ele [José Zambrano] fizesse um orçamento de materiais hidráulicos para a obra da senhora Isabel, quem tinha me contratado para fazer a reforma geral de sua casa. Eu ia adquirir material para todos os banheiros (...)*
>
> *Tudo que eu adquiria era aprovado pelo Vitor e pela Isabel, que eram os proprietários da obra. Não posso afirmar, todavia, se eles aprovaram esta última nota." (fls. 136)*

Acesso ao Sumário

Ademais, restou demonstrado que, embora o título tenha sido emitido em nome da autora, a cobrança foi feita ao preposto da contratada, que explicou:

> *"O meu endereço atual é de difícil correspondência. Ou seja, o correio não passa todo dia, pois moramos em local remoto. Assim, quando chegou a cobrança, ela estava vencida." (fls. 137)*

Portanto, a autora nem mesmo teve conhecimento da cobrança, nem oportunidade de quitar o título antes do vencimento e evitar o protesto.

Tanto é assim que o preposto da apelada, em seu depoimento, ainda consignou:

> "*Quando eu tive ciência do fato, procurei a Buckfer e pedi para fazer o pagamento, sendo que eles concordaram, porém como já estava vencido, o título já havia sido protestado. Eu fiz o pagamento e, ao que é de meu conhecimento, a situação se resolveu.*"

Com efeito, o *e-mail* a fls. 69 demonstra que foi a empresa Consplanno quem enviou o comprovante de pagamento do título.

Desse modo, restou demonstrado que a duplicata tinha lastro, correspondia à compra de materiais efetivamente entregues e utilizados na obra do imóvel da autora. Contudo, não poderia ser sacada contra ela que não tinha conhecimento da cobrança (não solicitou, nem recebeu a mercadoria, não aprovou a nota correspondente e não foi cobrada antes do vencimento do título).

Assim, em princípio, seria regular o saque do título contra a Consplanno, mas não houve demonstração de que seria lícita a cobrança em relação à autora, pois quanto a ela não se verifica causa para a emissão da duplicata.

E o **Superior Tribunal de Justiça**, decidiu no sentido de que, o ônus da prova cabe ao sacador, e na ausência de causa subjacente, a duplicata é alcançada pela nulidade:

> *DUPLICATA SEM CAUSA. NULIDADE. ÔNUS DA PROVA.*
>
> *-Negada pelo sacado a causa que autorizaria o saque da duplicata, cumpre ao sacador comprovar documentalmente a entrega e o recebimento da mercadoria (arts. 333, II, e 334, II, do CPC; 15, II, "b", da Lei nº 5.474, de 18.7.1968).*
>
> *Recurso especial conhecido e provido.*[1]

Destarte, correta a declaração de inexigibilidade da dívida e o cancelamento do protesto do título.

No que toca ao dano moral, restou configurada a ocorrência do ato ilícito por protesto indevido de duplicata, e, portanto, é imperioso o ressarcimento a título de danos morais, dever este previsto no caput, do artigo 927 do Código Civil.[2]

1 REsp. n. 141322/RS; Quarta Turma; Rel Min. Barros Monteiro; j. em 01.04.2004.

2 Artigo 927 do CC: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado

Acesso ao Sumário

E a jurisprudência é firme no sentido de que, em regra, o mero apontamento indevido de título é suficiente para a configuração do prejuízo, independentemente de outras provas, porque caracterizado pela ofensa íntima, à vista da proteção constitucional conferida ao direito à honra e à imagem.

Confiram-se, a esse propósito, *mutatis mutandis*, os V. Arestos do **Superior Tribunal de Justiça**, *in verbis*:

> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO* IN RE IPSA*, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se* in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.*
>
> *2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (súmula 83/STJ).*
>
> *3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*[3]
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. DANO MORAL 'IN RE IPSA'. OCORRÊNCIA. VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO COM BASE NO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. DESCABIMENTO. SUMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.*
>
> *1. A modificação das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, relativas à presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar da instituição financeira, nos moldes em que pretendido, encontra óbice no enunciado sumular nº 7 desta Corte, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória.*
>
> *2. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se 'in re ipsa', prescindindo de prova.*
>
> *3. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, sendo cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.*
>
> *4. O valor fixado pelas instâncias ordinárias, a título de honorários*

Acesso ao Sumário

a repará-lo.

3 AGRG no AG nº 1261225/PR - Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - 3ª Turma do STJ - DJE 15/08/2011.

advocatícios, somente pode ser alterado se for excessivo ou irrisório, sob pena de incidência da Súmula 7/STJ.

5. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.[4]

Assim, ao contrário do que tenta fazer crer a ré apelante, ela foi negligente ao levar a efeito o protesto de um título que representava uma relação comercial travada com terceiro, cabendo a ela a obrigação de indenizar a autora pelos danos morais causados.

Era de rigor, portanto, o reconhecimento da procedência do pedido de indenização deduzido pela autora.

II. Quanto ao recurso da autora, é cediço que, a ação indenizatória não pode servir para o enriquecimento do ofendido e tampouco a indenização deve ser fixada em valor ínfimo, mas deve servir como forma de repreensão ao ofensor, de modo que não mais repita tal prática e prejudique outrem. Logo, cabe ao magistrado, quando da fixação da indenização, agir com ponderação e equilíbrio adequados, uma vez que o seu valor se apura por arbitramento judicial.

Desta feita, o *quantum* arbitrado em sentença (R$ 3.000,00) se mostrou adequado para coibir práticas como as verificadas e, suficiente para ressarcir o prejuízo emocional experimentado pela autora, devendo ser mantido, pois se deve levar em consideração que a ré permitiu que um título fosse protestado, incorrendo em inconteste ilícito civil.

Contudo, incabível a majoração do valor, pois se verifica que em prazo razoável após o pagamento do título foi emitida a carta de anuência, a fim de que fosse regularizada a situação da autora.

III. Ante o exposto, por meu voto, **nega-se provimento ao recurso adesivo da ré e ao recurso da autora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002037-18.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRALYX MÁQUINAS INDÚSTRIA COMÉRCIO LTDA., é apelado MAQTIVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA. ME.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, contra o voto do 2º Juiz que dava parcial provimento ao recurso e declara. Declara também o relator sorteado. Acórdão com o 5º Juiz.",

4 AGRG no AG nº 1387520/SC - Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - 3ª Turma do STJ - DJE 20/03/2012.

de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.845)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILSON DELGADO MIRANDA, vencedor, AZUMA NISHI (Presidente), vencido, AZUMA NISHI (Presidente), FORTES BARBOSA, CESAR CIAMPOLINI e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 29 de maio de 2019.

GILSON MIRANDA, Relator Designado

Ementa: DIREITO MARCÁRIO. Google Ads. Link patrocinado. Uso de marca de concorrente como palavra-chave. Prática ilegal. Violação de direitos sobre a marca e concorrência desleal. Jurisprudência uníssona das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP desde abril/2016. Conjunto probatório dos autos, porém, insuficiente para fundamentar a condenação pretendida. Ausência de prova do uso da marca da autora pela ré. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 427/430, cujo relatório adoto, proferida pela juíza da 3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, Dra. Carolina Bertholazzi, que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial por falta de provas, fixando honorários advocatícios sucumbenciais em **10%** sobre o valor atualizado da causa.

Segundo a recorrente, autora, a sentença deve ser reformada, em síntese, porque "**restou amplamente provado nos autos que lamentavelmente o nome da apelante encontrava-se vinculado ao nome da empresa apelada através do Link patrocinado, sendo esse link pago e do total interesse de quem contrato o uso e exploração de um nome/marca, ou seja, no caso vertente a contratação do nome Bralyx foi feita indevidamente pela própria apelada, onde o Google também de forma indevida consentiu a contratação do nome Bralyx**".

Recurso tempestivo e preparado (fls. 446/447).

Segundo a recorrida, ré, a sentença deve ser mantida, em síntese, porque "**os elementos trazidos, assim como em toda instrução processual, indubitavelmente reforçam as alegações da Recorrida, demonstrando que**

Acesso ao Sumário

em nenhum momento ficou comprovado de forma cabal que a mesma utilizou-se do nome da Recorrente em benefício próprio, sobretudo porque a ferramenta de pesquisa Google direciona os resultados do termo pesquisado de maneira aleatória". Afirma, ainda, que a autora litiga de má-fé e pede fixação de honorários advocatícios recursais.

Distribuído o processo na forma da Resolução n. 772/2017 do OETJSP, não houve oposição ao julgamento virtual.

Esse é o relatório.

Respeitado o entendimento teórico do douto relator sorteado, vencido, o recurso não merece provimento.

A internet, sabidamente, é um dos pilares da era da informação que vivemos na atualidade. A rede mundial de computadores, seguramente o mais importante meio de comunicação do nosso mundo moderno, revolucionou a forma como nos relacionamos. A internet, à evidência, impôs alterações profundas na estrutura da sociedade contemporânea, servindo, assim, para consolidar-se como um de seus principais motores de evolução.

Nesse campo, fácil observar que o modo como os negócios são realizados foi, como era de se esperar, fortemente impactado. O giro da economia hoje depende quase inteiramente de tecnologias digitais de informação e comunicação. Deixamos a tradicional economia industrial para abraçar a festejada economia digital.

Nesse contexto, na esteira das diversas ferramentas colocadas à disposição do empreendedor e, certamente, nas facilidades de acesso ao mercado de consumo, é que surgiu o comércio eletrônico (ou ‘‘e-commerce’) como um novo modelo de negócio. E esse setor, em constante transformação, talvez seja o de maior crescimento em nosso país e no mundo (ver 39ª edição da pesquisa Webshoppers, de 2019, feita pela Ebit em parceria com a Elo).

Aliás, é fácil perceber o porquê: "**um dos aspectos mais interessantes na expansão do ‘e-commerce’ no Brasil é o fato de que pequenas e médias empresas virtuais apresentam um vigoroso desempenho perante os gigantes do comércio. Esse fato é indicativo de que o comércio eletrônico é uma ferramenta de fomento à expansão da livre concorrência e ao surgimento de novos ‘players’ no mercado. Enquanto no comércio ‘off-line’ os investimentos associados à locação de pontos comerciais bem localizados, à montagem de lojas atrativas e à contratação de grandes equipes de funcionários restringem o acesso de pequenas e médias empresas a nichos de mercado tradicionalmente restritos a grandes empresas, o e-commerce reduz os custos operacionais, viabilizando o surgimento de Davis capazes de rivalizarem com os Golias do comércio**" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados,

Acesso ao Sumário

estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", RT 961/35, novembro/2015).

Além das vantagens operacionais, uma das principais e mais importantes ferramentas digitais nessa grande expansão do mercado de comércio eletrônico, sem dúvidas, reside nos chamados motores de busca: "**ao lado da democratização do acesso à Internet e da criação de lojas virtuais por empresas de todos os portes, os buscadores ou motores de busca na Internet ('search engines') são as principais facilitadoras da expansão do e-commerce no Brasil e no mundo. Os motores de busca são as 'páginas amarelas' do mundo virtual**" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", 'in' RT 961/35, novembro/2015).

Em outras palavras, grande parte da publicidade do comércio eletrônico é concentrada, hoje, dentro dos motores de busca ('Search Engine Marketing' - SEM), especificamente numa ferramenta conhecida genericamente como links patrocinados ('Keyword Advertising'), que altera o referenciamento de um domínio com base na utilização de determinadas palavras-chave. Realmente, "**as empresas têm se valido de um novo mecanismo online para dar publicidade aos seus produtos e serviços: a contratação de 'Links Patrocinados'. Trata-se de um serviço de publicidade disponibilizado por alguns dos principais sites de busca (Google, Bing, Yahoo! Search), que consiste na venda de determinadas palavras-chave atreladas ao negócio desenvolvido pela empresa, de modo que, quando pesquisadas pelos internautas, os sites de busca exibam, em um campo de destaque, o conteúdo do anunciante, proporcionando maior visibilidade para o público consumidor**" (Samara Schuch Bueno e Renata Yumi Idie, "Você investe em links patrocinados utilizando-se do nome do seu concorrente? Veja por que você não deveria fazer isso", 'in' (endereço eletrônico constante no texto original)).

Melhor explicado, "**as plataformas de links patrocinados nada mais são do que um grande leilão. O leiloeiro é o Google (dono do AdWords) ou a Microsoft (dona do Bing Ads). O objeto leiloado é a palavra buscada. E você (anunciante) é o espectador sentado, levantando a mão e disputando lance-a-lance o objeto com outros espectadores, de acordo com o que se dispõe a pagar. Seu lance máximo é o 'pay-per-click' (PPC), ou seja, o quanto você admite/aguenta pagar por aquele clique antes do leiloeiro bater o martelo e anunciar: vendido!**" (Deoclides Neto, "Seu Depto. de Marketing poderia economizar horrores com links patrocinados com esta simples solução", 'in' (endereço eletrônico constante no texto original)).

Vale dizer, mais de um anunciante pode selecionar a mesma palavra-chave como gatilho para o seu anúncio, mas quem pagar mais pelo clique terá

uma posição de maior destaque na lista dos resultados patrocinados, que em si já são destacados dos resultados da pesquisa orgânica (endereço eletrônico constante no texto original).

E como seria de se esperar, o surgimento dessa ferramenta também fez surgir novos desafios à livre iniciativa e concorrência - e o caso concreto é prova disso.

Quem escolhe as palavras-chave do link patrocinado é o próprio anunciante, tendo em mira "**os termos que você acha que seus clientes em potencial provavelmente usam quando pesquisam produtos ou serviços como os seus**" (endereço eletrônico constante no texto original).

Poderia ele, então, utilizar marca de um concorrente como palavra-chave para o seu próprio link patrocinado?

O motor de busca, atualmente, não restringe essa opção (endereço eletrônico constante no texto original), mas não por princípio e sim por simples interesse financeiro: "**as plataformas de anúncio são coniventes com a prática porque ela é bastante lucrativa. Enquanto você e seu concorrente compram uns as palavras dos outros e se digladiam por cliques, a aplicação de anúncios assiste a tudo sentada, comendo pipoca e contando dinheiro**" (Deoclides Neto, "Seu Depto. de Marketing poderia economizar horrores com links patrocinados com esta simples solução", 'in' (endereço eletrônico constante no texto original)).

Resta saber se, perante o ordenamento jurídico brasileiro, essa prática - mesmo que rotineira - é legal ou ilegal. E estou convencido de que, a princípio, ela é mesmo ilegal.

Em primeiro lugar, porque há violação dos direitos sobre a marca.

Com efeito, nos termos do artigo 16, item 1, do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs da Organização Mundial do Comércio - OMC), conforme Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, "**o titular de marca registrada gozará do direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão**" [grifei] (ver Decreto n. 1.355/1994).

Já no direito interno, "**a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional**" [grifei] (artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial Lei n. 9.279/1996), sendo que "**a proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular**" [grifei] (artigo

Acesso ao Sumário

131 da Lei de Propriedade Industrial). Como se vê, a proteção conferida pelo nosso ordenamento jurídico aos titulares de marcas abrange, expressamente, o seu uso em publicidade.

É claro que esse direito não é absoluto, comportando exceções. Essas exceções, todavia, também estão expressas na lei: titular da marca não poderá **"impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização"; "impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência"; "impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68";** nem **"impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo"** (artigo 132 da Lei de Propriedade Industrial). Fora dessas hipóteses, objetivamente, o uso de marca alheia configura ato ilícito.

Nem se diga que, pelo fato de a marca alheia ter sido utilizada como palavra-chave do link patrocinado e não no texto do anúncio em si, sendo apenas um gatilho no algoritmo no sistema, praticamente invisível aos usuários, ela não estaria sendo indevidamente utilizada pelo concorrente.

De fato, "**há uso comercial da marca de outrem, quando um anunciante seleciona termo idêntico a ela, registrando-o como palavra-chave no serviço de links patrocinados. Isso porque a palavra-chave, quando inserida no buscador, acionará o gatilho para que surja, na lista de resultados pagos, link que remete o consumidor ao sítio do anunciante, o qual, em regra, é um concorrente do titular da marca. O uso da marca é geralmente invisível, pois, frequentemente, o anunciante não reproduz a marca de terceiro em sua mensagem comercial ou em seu sítio na Internet. Ainda assim, há uso comercial da marca**" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", 'in' RT 961/35, novembro/2015).

Aliás, não desconheço a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, citada pelo douto relator sorteado. Entretanto, não vislumbro como importar aquelas conclusões, integralmente e sem reservas, para o nosso ordenamento jurídico, considerando as normas mencionadas alhures. Endosso o entendimento de que "**as observações feitas pelo TJUE são contraditórias. Reconhece que o anunciante pega carona no poder atrativo da marca de terceiro. É graças à reputação da marca que o anunciante alcança uma posição destacada na lista de resultado de buscas. Se os consumidores não inserissem no motor de busca signo idêntico à marca**

Acesso ao Sumário

de terceiro, não surgiria na lista de resultados, em posição destacada, link remetendo ao sítio do anunciante. O Tribunal negligencia o fato de que o anunciante usufruirá de posição mais destacada na lista de resultados do buscador que aquela usufruída pelo próprio titular da marca. Quando uma empresa realiza investimentos maciços em publicidade, com o objetivo de aumentar a penetração de sua marca no mercado, seu objetivo é ser a única a colher os frutos dos investimentos. Contudo, o TJUE autoriza que parte dos frutos semeados sejam colhidos pelo terceiro, que simplesmente elegeu como palavra-chave a marca de seu competidor. Institucionaliza-se uma forma de enriquecimento sem causa: os anunciantes colhem onde não semearam. Entendemos que a função de publicidade da marca seria preservada se apenas o investidor tivesse os meios de colher os frutos de seu investimento em publicidade. Quando há o potencial de que sua clientela seja desviada por meio de ardis, a referida função é violada" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", 'in' RT 961/35, novembro/2015).

Em suma, estou convencido de que o anunciante, quando utiliza marca de um concorrente como palavra-chave para o seu próprio link patrocinado, viola diversas funções da marca: "**parasita o prestígio de marca alheia, com o fito de atrair para si a clientela cultivada por outrem"; "dilui a reputação da marca no mercado, porquanto marcas concorrentes pegarão carona em seu prestígio para alcançar posição de destaque no mercado publicitário, sem terem realizado os correspondentes investimentos para tanto"; "prejudica a função publicitária da marca, ao reduzir a visibilidade da marca utilizada como palavra-chave"; e "prejudica a função de investimentos da marca, porquanto o titular da marca prejudicada terá de ampliar continuamente seus investimentos em publicidade para alcançar e consolidar uma reputação suscetível de atrair e fidelizar clientela**" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", 'in' RT 961/35, novembro/2015).

Em segundo lugar, porque há prática de ato de concorrência desleal.

Realmente, nos termos do artigo 10 bis, item 2, da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, conforme a Revisão de Haia de 1925, "**constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial**" [grifei]. E apesar da subjetividade e indeterminação do conceito de "**usos honestos**", os integrantes da conferência diplomática tomaram o cuidado de listar alguns atos que, particularmente, deveriam ser proibidos: "**todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou**

Acesso ao Sumário

a atividade industrial ou comercial de um concorrente"; "as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente"; e "as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias" [grifei] (artigo 10 bis, item 3, conforme a Revisão de Estocolmo de 1967).

Já no direito interno, comete crime de concorrência desleal quem **"publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem"; "presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem"; "emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem"; "usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos"; "usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências"; "substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento"; "atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve"; "vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave"; "dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem"; "recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador"; "divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato"; "divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude"; "vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser"; e "divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que**

Acesso ao Sumário

tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos" [grifei] (artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial).

Mas não é só: independentemente da configuração ou não de crime de concorrência desleal, "**fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio**" [grifei] (artigo 209 da Lei de Propriedade Industrial).

Como se vê, **"a deslealdade" "não está na busca da clientela dos outros, mas sim na forma de atingir essa finalidade". "A conquista da clientela é sempre feita à custa dos concorrentes mais fracos ou menos hábeis"** - essa é a realidade de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e pautada pela livre concorrência (artigo 170 da Constituição da República). O abuso dessa liberdade, porém, é vedado e passível de sanção: "**a concorrência desleal não diz respeito a qualquer ato com o objetivo de se apropriar de uma clientela, mas a utilização daqueles que superam a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos**" (Marcus Elidius Michelli de Almeida, "Abuso do direito e concorrência desleal", São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 125/126).

Esse é o limite da livre concorrência: a lealdade. E é exatamente isso que se coloca em xeque em casos como o dos autos! Afinal de contas, "**aquele que se utiliza dos nomes ou das marcas registradas de empresas diretamente concorrentes, ou simplesmente se aproveita da popularidade que estas possuem no mercado para posicionar melhor os seus produtos e serviços na internet, por meio de publicidade em links patrocinados**" [grifei] (Samara Schuch Bueno e Renata Yumi Idie, "Você investe em links patrocinados utilizando-se do nome do seu concorrente? Veja por que você não deveria fazer isso", 'in' (endereço eletrônico constante no texto original)), ao meu ver pratica sim uma conduta ilícita, abusando da liberdade de iniciativa e concorrência que lhe é conferida e excedendo-se na busca pela clientela alheia.

Em outros termos, "**o anunciante que seleciona, como palavras-chave, signo correspondente à marca de seu concorrente pratica um ato de parasitismo, pegando carona na reputação, no prestígio superior da marca do concorrente, a fim de desviar para si parte da clientela de terceiro. A prática gera confusão mercadológica, uma vez que anunciante e o titular da marca tendem a atuar no mesmo nicho de mercado. Assim, a prática configura crime de concorrência desleal (art. 195, III, da LPI) e confere ao prejudicado o direito de haver perdas e danos pelos prejuízos sofridos (art. 209, caput, da LPI)**" [grifei] (Edson Beas Rodrigues Jr., "Reprimindo

Acesso ao Sumário

a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca", 'in' RT 961/35, novembro/2015).

E em terceiro lugar, porque dessa mesma forma vem entendendo a jurisprudência brasileira de modo geral.

Segundo pesquisa realizada pela Comissão de Estudo de Direito da Concorrência da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI) sobre a visão dos tribunais brasileiros com relação ao uso de links patrocinados com palavras-chave que imitem ou reproduzam sinais distintivos de concorrentes, até **abril/2016** foram julgados **22** recursos acerca do tema, sendo que, dos **17** julgados que adentraram no mérito da questão, **13** foram favoráveis à tese de concorrência desleal e/ou violação de marca. Interessante anotar que dos **4** julgados restantes, que não adotaram essa tese, **3** deles assim decidiram porque o anunciante era revendedor autorizado (atraindo a incidência da regra específica do artigo 132, inciso I, da Lei de Propriedade Industrial) e o último foi proferido em demanda na qual não foi provada a utilização do sinal distintivo do concorrente no link patrocinado (Daniel Adensohn de Souza, Felipe Barros Oquendo, Ísis Moret Souza Valaziane e Lívia Barboza Maia, "A Jurisprudência sobre o Uso de Links Patrocinados como Instrumento de Concorrência Desleal", 'in' Revista da ABPI, edição 144, setembro-outubro/2016, p. 53 e ss.).

Desde então, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal de Justiça tiveram a oportunidade de enfrentar essa mesma questão, no mérito, em **pelo menos** mais **31** casos. E em **30** desses julgados, o entendimento foi exatamente o mesmo: aquele que utiliza marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio link patrocinado, além do uso indevido de marca alheia, ainda comete ato de concorrência desleal.

Confira-se: **1)** TJSP, Apelação n. 1015330-08.2015.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 18-05-2016, rel. Des. Enio Zuliani; **2)** TJSP, Apelação n. 0218907-50.2011.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-07-2016, rel. Des. Maia da Cunha; **3)** TJSP, Apelação n. 0175492-17.2011.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-07-2016, rel. Des. Enio Zuliani; **4)** TJSP, Apelação n. 1111763-58.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-08-2016, rel. Des. Campos Mello; **5)** TJSP, Apelação n. 1111766-13.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19-10-2016, rel. Des. Francisco Loureiro; **6)** TJSP, Apelação n. 0130935-08.2012.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 09-11-2016, rel. Des. Francisco Loureiro; **7)** TJSP, Apelação n. 1025779-25.2015.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 07-12-2016, rel. Des. Francisco Loureiro; **8)** TJSP, Apelação n. 1003577-23.2015.8.26.0008, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 14-12-2016, rel. Des. Carlos Alberto Garbi; **9)** TJSP,

Acesso ao Sumário

Apelação n. 1085709-89.2014.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-03-2017, rel. Des. Fortes Barbosa; **10)** TJSP, Apelação n. 1017951-94.2016.8.26.0562, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-28-08-2017, rel. Des. Ricardo Negrão; **11)** TJSP, Apelação n. 1014478-65.2015.8.26.0003, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-09-2017, rel. Des. Enio Zuliani; **12)** TJSP, Apelação n. 1002472-94.2014.8.26.0606, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 09-11-2017, rel. Des. Maurício Pessoa; **13)** TJSP, Apelação n. 1094151-10.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 27-11-2017, rel. Des. Carlos Alberto Garbi; **14)** TJSP, Apelação n. 1050285-49.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 11-12-2017, rel. Des. Carlos Alberto Garbi; **15)** TJSP, Apelação n. 1007078-04.2016.8.26.0152, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-12-2017, rel. Des. Claudio Godoy; **16)** TJSP, Embargos Infringentes n. 1071780-23.2013.8.26.0100/50001, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 12-03-2018, rel. Des. Claudio Godoy; **17)** TJSP, Apelação n. 1020056-72.2016.8.26.0003, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19-03-2018, rel. Des. Claudio Godoy; **18)** TJSP, Apelação n. 1019621-41.2015.8.26.0001, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 09-04-2018, rel. Des. Claudio Godoy; **19)** TJSP, Apelação n. 1017316-16.2016.8.26.0562, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 23-05-2018, rel. Des. Cesar Ciampolini; **20)** TJSP, Apelação n. 1122090-28.2016.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 02-07-2018, rel. Des. Fortes Barbosa; **21)** TJSP, Apelação n. 1007081-56.2016.8.26.0152, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-08-2018, rel. Des. Alexandre Marcondes; **22)** TJSP, Apelação n. 1001369-12.2017.8.26.0068, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-08-2018, rel. Des. Alexandre Marcondes; **23)** TJSP, Apelação n. 1013836-91.2015.8.26.0068, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 30-08-2018, rel. Des. Araldo Telles; **24)** TJSP, Apelação n. 1015087-14.2016.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10-09-2018, rel. Des. Grava Brazil; **25)** TJSP, Apelação n. 1006969-79.2013.8.26.0609, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 12-11-2018, rel. Des. Sérgio Shimura; **26)** TJSP, Apelação n. 1034664-28.2015.8.26.0224, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 07-12-2018, rel. Des. Grava Brazil; **27)** TJSP, Apelação n. 1023599-70.2018.8.26.0114, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 22-02-2019, rel. Des. Hamid Bdine; **28)** TJSP, Apelação n. 1017701-58.2017.8.26.0002, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19-03-2019, rel. Des. Claudio Godoy; **29)** TJSP, Apelação n. 1026231-19.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10-04-2019, rel. Des. Cesar Ciampolini; e **30)** TJSP, Apelação n. 1008397-89.2017.8.26.0566, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 29-04-2019, rel. Des. Ricardo Negrão.

O único julgado deste Tribunal em sentido contrário, na verdade, parte

Acesso ao Sumário

exatamente desse mesmo entendimento, mas considera que, no caso concreto, não foram produzidas provas suficientes de que a marca da autora foi utilizada pela ré em seu link patrocinado (TJSP, Apelação n. 1010439-54.2017.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-07-2018, rel. Des. Cesar Ciampolini).

Por tudo isso é que discordei do **entendimento teórico** do douto relator sorteado sobre o tema. Entretanto, é na esteira deste último julgado mencionado que, **na prática**, concordei com o resultado do julgamento proposto pelo doutor relator sorteado.

Importante ressaltar mais uma vez: ainda que eu defenda, teoricamente, a caracterização de uso indevido de marca e prática de concorrência desleal em hipóteses como a dos autos, **o presente caso concreto, em especial a prova nele produzida, possui uma particularidade que não pode ser ignorada e que, por si só, é suficiente para levar à improcedência dos pedidos**.

Como bem fundamentado pelo juízo de primeiro grau e observado pelo douto relator sorteado, na espécie, o conjunto probatório dos autos não permite concluir, infensa a qualquer inquietação, que a apelada tenha se utilizado da marca da apelante para a criação do seu link patrocinado!

Ou seja, **independentemente da questão de fundo**, fato é que, neste processo, **não há prova do principal fato constitutivo do direito ora invocado pela apelante**: ela não conseguiu provar que, de fato, a apelada utilizou a sua marca como palavra-chave no gatilho do seu link patrocinado.

É bem verdade que, para tanto, a apelante trouxe aos autos os 'prints' de fls. 30/42, contendo buscas diversas em datas diferentes e com palavras-chave distintas. Ocorre, contudo, que grande parte dessas buscas (exceto, aparentemente, por aquelas retratadas a fls. 31 e 36) foi feita com mais de uma palavra-chave (**"maquinas", "preço"** e **"brasil"**), o que pode ter influenciado no resultado da pesquisa da apelante.

Ademais, não se pode olvidar que o algoritmo de buscas do Google leva em consideração a localização do usuário (endereço eletrônico constante no texto original) e o seu histórico de buscas e navegação em geral (endereço eletrônico constante no texto original) para exibir resultados que sejam relevantes para ele, o que também pode ter influenciado no resultado da pesquisa da apelante.

Logo, só esses documentos não bastam para demonstrar que a apelada utilizou-se indevidamente da marca da apelante. Aliás, não fosse assim, o 'print' trazido pela apelada (fls. 91) seria igualmente suficiente para demonstrar que a apelante também se utilizou da marca da apelada como palavra-chave para o seu link patrocinado, praticando o mesmo ilícito de que a acusa.

A par disso, a apelada, além de negar ter selecionado a marca da apelante como palavra-chave de seu link patrocinado (cf. fls. 76 - objetivamente tornando

Acesso ao Sumário

controverso o fato alegado pela apelante, que deveria ter se desincumbido do seu ônus probatório, na forma do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil), ainda cuidou de trazer aos autos um extenso e detalhado relatório emitido pelo Google do link patrocinado por ela contratado (fls. 94/298). E nesse relatório constata-se, facilmente, que nas datas apontadas nos 'prints' trazidos pela apelante (fls. 30/42 - não sendo possível acolher a alegação infundada da apelante de que as datas do relatório e das buscas dela não coincidem, bastando ler com atenção o relatório) a apelada não havia incluído a sua marca como palavra-chave.

Nesse contexto peculiar, sendo o fato controvertido, tendo a apelada apresentado forte prova em sentido contrário e não tendo a apelante trazido elementos suficientes para embasar o seu pedido, o relator sorteado tinha razão: o caso é mesmo de improcedência dos pedidos da apelante.

Ainda assim, não reconheço na conduta da apelante, ao menos por enquanto, causa para condená-la nas penas por litigância de má-fé, ainda não estando caracterizada nenhuma das hipóteses descritas no artigo 80 do Código de Processo Civil. Vale dizer, até o momento não houve abuso do direito de ação e a inabilidade da apelante de demonstrar e convencer de as suas alegações não significa, por ora, que ela tenha se portado de forma improba.

Posto isso, **nego provimento** ao recurso. Sem prejuízo, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, **majoro** os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor da parte apelada para **15%** sobre o valor atualizado da causa.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 8305)

Respeitado o entendimento da douta maioria, passo a declarar meu voto.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ajuizada por **BRALYX MÁQUINAS E INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. em face de **MAQTIVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MAQUINAS ME**.

Na demanda discute-se suposta prática de atos de concorrência desleal pela empresa ré, acusada de utilizar a marca da autora como palavra-chave para busca no mecanismo Google AdWords. A D. Magistrada de piso julgou improcedente a pretensão, por entender que o ilícito concorrencial não está devidamente comprovado nos moldes do Art. 373/CPC.

Passando à análise do mérito, forçoso concluir que os documentos

Acesso ao Sumário

apresentados pela apelante não comprovam a utilização indevida da expressão "Bralyx" como palavra-chave indexadora de anúncio na ferramenta Adwords.

Embora nos *prints* do site Google (fls.30/42) se verifique a presença do site da apelada ao pesquisar a expressão "Bralyx", tal fato, por si só, não comprova a utilização da referida marca como parâmetro de pesquisa contratado pela recorrida.

Nesse diapasão, é sabido que os sites de busca utilizam diversas variáveis em seus algoritmos de pesquisa, de forma que as palavras-chave não são as únicas responsáveis na construção do rol dos resultados apresentados na consulta.

O pedido da apelante funda-se na exploração injusta de sua marca; todavia, deixou de observar a diligência e cautela que se exige na demonstração de fato constitutivo do direito pleiteado, consoante o disposto no art. 373, I, do CPC, não sendo suficiente apenas arguir que a apelada vinculou-se à sua marca, através de anúncio patrocinado, sem apresentar, contudo, prova capaz de conferir verossimilhança ao fato alegado.

Conquanto o suposto ilícito concorrencial não tenha sido provado nos autos, oportuno discorrer brevemente sobre a juridicidade da alegada prática, à luz do prisma concorrencial.

De proêmio, imperioso reconhecer que o advento da internet alterou profundamente o paradigma de consumo. Ditou-se, consequentemente, que as empresas adaptassem a forma de se relacionar com seus potenciais clientes neste específico canal de comunicação.

Dentre as transformações observadas nesse âmbito, destaca-se a emergência do marketing digital; mecanismo de vital importância para as empresas, no sentido de difundirem na *web* seus produtos e serviços.

Nesse sentido, importante destacar trecho da sentença ora recorrida, que faz breve elucidação sobre este cenário. *In verbis*:

> "*Quem busca um determinado produto, serviço ou fornecedor na internet, utilizando um buscador como o Google, espera obter como resposta exatamente aquilo que procura, no menor tempo possível, ainda que não utilize para pesquisa uma palavra-chave. Mais que uma expectativa, é uma necessidade da vida moderna.*"

Sobre o escorço delineado, cumpre ainda salientar que os Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e Livre Concorrência (art. 170, *caput* e inciso IV da CF) visam delinear uma conformação democrática de mercado que possibilite exploração igualitária de quaisquer atividades.

Nesta senda, há de se considerar que um ambiente composto por vasta oferta de produtos e serviços, favorece o mercado duplamente: a princípio, beneficiando os consumidores, por proporcionar acesso à oferta mais ampla de bens e serviços diversos, com melhor qualidade e preço; em simultâneo, as

Acesso ao Sumário

empresas são estimuladas a otimizar sua eficiência produtiva, a fim de manter um nível negocial competitivo, dada a maior exposição de ofertas, o que facilita a análise dos produtos, a comparação e avaliação das ofertas, pelos consumidores.

Sobre este tema, tem-se a lição de **MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA:**

> "*A livre concorrência força, assim, uma melhor competividade entre aqueles que exploram uma mesma atividade, o que resulta na melhora do preço, ou, ainda, no desenvolvimento de tecnologias mais avançadas para conquistar a clientela do outro.*
>
> *Neste sentido, a concorrência é extremamente salutar seja diretamente para o consumidor, que deseja adquirir um bem ou um serviço, como para a própria sociedade como um todo, em razão da imposição implícita aos empresários da necessidade de sempre buscar melhorar seu produto (seja um bem ou um serviço.)*".[1]

Pois bem. Do exposto, entendo que a vinculação de marca concorrente como palavra-chave de indexação para anúncio patrocinado, não configura concorrência desleal.

Segundo **DENIS BORGES BARBOSA**, para que se configure esse ilícito concorrencial "*É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos 'usos honestos em matéria industrial ou comercial' (Convenção de Paris, art. 10-bis) ou a 'práticas comerciais honestas' (TRIPs, art. 39) - sempre apurados segundo o contexto fático de cada mercado, em cada lugar, em cada tempo.*".[2]

Perante essa elucidação, há de se reconhecer que a utilização de marca de concorrente, como palavra-chave em anúncio patrocinado, por si só, não representa prática comercial desonesta. Até que se prove o contrário, a pretensão da referida conduta, é tão somente, disponibilizar à clientela ou aos usuários do serviço de busca, alternativas de produtos ou serviços congêneres. A prática, em si, não se presta a induzir o consumidor ao erro.

O consumidor, ao digitar determinada marca, não é induzido a erro, pois não se adentra forçadamente no site da concorrência, mas confere-se, a este consumidor, alternativa adicional ou sucedânea à marca ou produto que é de seu interesse. Esta alternativa adicional ou sucedânea não configura concorrência desleal, pelo contrário, aos olhos do consumidor, estimula a concorrência e aprimora a competição e, consequentemente, a eficiência do mercado.

Incontestável que o uso ardiloso da ferramenta *AdWords*, ou mecanismo afim, deva ser reprimido quando se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, que delineiam a prática de concorrência desleal.

1 Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência/Fábio Ulhoa Coelho. - São Paulo: Saraiva, 2015.

2 (endereço eletrônico constante no texto original) - acesso em 27/02/2019 às 16h26min.

Acesso ao Sumário

De maior pertinência à questão ora debatida, afiguram os incisos III e IV do referido artigo, que dispõem respectivamente "*que comete crime de concorrência desleal quem [...] emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;*".

Pois bem, se fica claro do anúncio que os bens e serviços dispostos são originários do anunciante, e não do titular da marca utilizada como palavra chave, não se configura a confusão de produtos ou de estabelecimentos, tampouco, meio fraudulento de desvio de clientela. Em suma, não há infringência às disposições legais acima mencionadas, não sendo, assim, antijurídica tal conduta.

Portanto, entendo que não se trata de ilícito concorrencial a mera utilização de marca alheia em anúncio patrocinado. Trata-se, todavia, de prática comercial salutar ao mercado, como acima exposto, salvo se comprovado intento de confusão de produtos e serviços, ou desvio fraudulento de clientela de outrem, hipóteses essas que devem ser reprimidas nos moldes do art. 195 do Código de Propriedade Industrial.

Destaca-se, ainda, jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem observado entendimento consentâneo ao que foi aqui posicionado. Confira-se:

> *Em contrapartida, o titular de uma marca que goza de prestígio não está habilitado a proibir, nomeadamente, publicidades exibidas por concorrentes a partir de palavras chave correspondentes a essa marca e que proponham, sem oferecer uma simples imitação dos produtos ou dos serviços do titular dessa marca, sem causar uma diluição ou uma degradação e sem violar as funções da referida marca que goza de prestígio, uma alternativa aos produtos ou aos serviços do titular desta.*[3]
>
> *O artigo 5.º, n.º 1, da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, deve ser interpretado*[4] *no sentido de que o titular de uma marca está habilitado a proibir que um anunciante, a partir de uma palavra-chave idêntica ou semelhante a tal marca, que esse anunciante, sem o consentimento do referido titular, selecionou no âmbito de um serviço de referenciamento na Internet, faça publicidade a produtos ou serviços idênticos àqueles para os quais a referida marca está registrada, quando tal publicidade não permite ou permite dificilmente*

3 Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 22 de Setembro de 2011. Interflora British Unit contra Marks & Spencer plc e Flowers Direct Online Ltd. (endereço eletrônico constante no texto original) - acesso em 27/02/2019 às 14h39min.

4 Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 25 de Março de 2010. Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH contra Günther Guni e trekking.at Reisen GmbH. (endereço eletrônico constante no texto original) - acesso em 27/02/2019 às 14h39min.

Acesso ao Sumário

ao internauta médio determinar se os produtos ou os serviços objeto do anúncio provêm do titular da marca ou de uma empresa economicamente a este ligada ou, pelo contrário, de um terceiro (grifo não original)

De todo o exposto, ainda que o apelante pudesse comprovar a contratação de Adwords com a marca da apelada, perante o site de buscas, mesmo assim, o apelo não seria acolhido, dada a juridicidade da prática, por não configurar medida fraudulenta ou que induza confusão de produto ou estabelecimento, que possa ensejar a indevida captação de clientela, motivo pelo qual mantenho integralmente a sentença prolatada.

Por fim, em razão do desdobramento recursal, necessária a majoração da verba honorária, nos termos do §11 do art. 85 do NCPC, para 15% sobre o valor da causa ao encargo da parte vencida.

AZUMA NISHI, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto 14.881)

Quando do julgamento das Apelações 1039800-19.2017.8.26.0100 e 1026231-19.2015.8.26.0100, já tive oportunidade de analisar questões assemelhadas e pude fixar algumas conclusões sobre a matéria em apreço.

A utilização dos chamados "links" patrocinados gera, ao meu ver, a caracterização da concorrência desleal, quando vinculada numa ferramenta de busca na rede mundial de computadores uma palavra capaz de remeter a um nome, um título de estabelecimento ou uma marca de titularidade de concorrente, potencializado confusão no público consumidor, cabendo acentuar que o uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade.

Com efeito, restou comprovado que, na qualidade de anunciante, a parte recorrida utiliza as marcas de titularidade da autora como termo de pesquisa, na ferramenta "Google Adwords", persistindo sobreposição de clientela potencial, dada a atuação num mesmo ramo de mercado.

Diante dessas circunstâncias, é patente o direito da autora de inibir a vinculação indevida e, identificado o anunciante, demanda-lo, com a solicitação do reconhecimento de obrigação de não fazer e a formulação de pedido indenizatório.

Sobre o assunto, esta Câmara Reservada vem se pronunciando em várias oportunidades, desde o início desta década, sempre adotando posicionamento no sentido da proteção dos atributos da propriedade industrial, coibindo abusos derivados de conduta abusiva e parasitária (Ap. 1016381-93.2010.8.26.0004,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Maia da Cunha, j. 28.2.2012; Apelação nº 1111766-13.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. FRANSCISCO LOUREIRO, j. em 19.10.2016; Apelação 1122090-28.2016.8.26.0100, Rel. Fortes Barbosa, j. 2.7.2018)

Com efeito, restará caracterizada a concorrência parasitária quando persiste a exploração indevida do prestígio alheio para promoção de produtos ou serviços e, neste âmbito, a ilicitude, em nosso país, só será afastada diante de uma das hipóteses elencadas no artigo 132 da Lei 9.279/1996. No caso concreto, não está caracterizada qualquer destas situações excepcionais, restando claro o prejuízo à função publicitária da marca de titularidade da parte recorrente, ao ser reduzida sua visibilidade, apoderada esta propriedade industrial como "palavra-chave".

A prática adotada, além disso, corresponde a um artifício destoante dos chamados "usos honestos", com simultânea contrariedade ao disposto no artigo 10bis, §2º da Convenção da União de Paris (ratificada pelo Decreto 75.572/1975), utilizado um bem de titularidade alheia (marca) para incremento de vendas. A titular da marca investe tempo, trabalho e dinheiro para angariar boa reputação diante do público, tendo o direito de colher os frutos de seu trabalho, tal como o que propõe a chamada "misappropriation doctrine" (doutrina da apropriação indevida), adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no famoso caso International News Service v. Associated Press (248 U.S. 215 [1918]), em que tais postulados foram lançados pelo Juiz Pitney, cerca de cem anos atrás.

A ilicitude está caracterizada, do que decorre o dever de ressarcimento dos danos perpetrados e a necessidade de reconhecimento da obrigação de não fazer proposta, estancando a prática caracterizadora da violação de marca e concorrência desleal.

Considerando o teor do pleito inibitório, apesar da utilização de várias palavras chave, creio que há elementos suficientes para seu deferimento.

Assim, pelo meu voto, ressalvado meu respeito pelo posicionamento em sentido diverso, dou provimento parcial ao apelo.

FORTES BARBOSA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0011348-48.2009.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante HELENICE RUI SANTOS ME, é apelado GISELE REBOUÇAS PALMA

(NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.339)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), ELÓI ESTEVÃO TROLY e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - Ocorrência - Execução de título extrajudicial - Prazo prescricional trienal previsto no art. 70 do Decreto 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra) - Frustradas as tentativas de localização de bens da devedora, determinou-se o arquivamento do feito e assim permaneceu por mais de cinco anos - A recorrente não apresentou circunstâncias obstativas do transcurso do prazo prescricional - Aplicação das teses firmadas pelo STJ no Incidente de Assunção de Competência no REsp 1.604.412/SC - Sentença que reconheceu a existência da prescrição mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 171/176, cumpre acrescentar que o pedido da ação de execução de título extrajudicial foi julgado extinto, com fundamento no art. 924, V do CPC/15 (prescrição). Não houve condenação no pagamento de verbas de sucumbência.

Apelou a exequente (fls. 180/187) alegando, em síntese, que o prazo prescricional iniciaria somente um ano após o arquivamento que, ocorrera em 27/01/2012. No entanto, o prazo total de cinco anos, contados desta data, não teria decorrido. Assim, não estaria caracterizada a prescrição intercorrente.

Embora citada, a apelada não constituiu advogado nem apresentou contrarrazões (fls. 189).

É o relatório.

Pretende a exequente a satisfação de crédito representado pela nota promissória de fls. 05, no valor de R$ 1.187,70.

Acesso ao Sumário

Julgada extinta a execução diante do reconhecimento da prescrição intercorrente, insurge-se a exequente sustentando que não estaria caracterizado o seu desinteresse no processo.

Vale anotar que a prescrição intercorrente é a que se verifica no curso de um processo, motivada pela inércia de seu titular na promoção de seu regular andamento, anotando-se que o prazo prescricional é o mesmo estabelecido para a propositura da ação (Súmula nº 150 do STF).

Assim, no que se refere ao caso "sub judice", deve ser considerado que o prazo prescricional é de três anos, na forma do artigo 70 do Decreto nº 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra).

Da segunda parte do parágrafo único do artigo 202 do Código Civil, se extrai que "A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper".

Denota-se dos autos que, citada a executada, (fls. 64), a expedição de mandado de penhora de bens não foi realizada em razão da mudança de endereço pela recorrida.

Realizadas pesquisas via BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD, não se logrou êxito na localização de bens da executada e tampouco seu endereço.

Desta forma, determinou-se a remessa dos autos ao arquivo em 16/12/2011 (fls. 114).

Somente em 23/01/2017, isto é, mais de cinco anos depois, a apelante requereu o desarquivamento do feito para pesquisa de bens e valores em nome da devedora (fls. 118).

Frustradas as pesquisas, deferiu-se a suspensão da execução por um ano, nos termos do art. 921, III do CPC/15.

Em seguida, sobreveio o despacho de fls. 165, instando a exequente a se manifestar sobre a ocorrência de prescrição, nos termos do art. 10 do CPC/15, já vigente.

Manifestou-se a apelante às fls. 168/170 sustentando não ter decorrido o lapso prescricional.

Acesso ao Sumário

Todavia, sem razão a apelante.

O tema da prescrição intercorrente foi objeto de consolidação na jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação do Incidente de Assunção de Competência (IAC) no Recurso Especial nº 1604412/SC, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em julgamento realizado no dia 27/06/2018, que, nos termos do artigo 947, § 3º, do NCPC, fixou as seguintes teses:

"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 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 início 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".

Nesse contexto, é evidente a consumação da prescrição intercorrente, uma vez que a exequente quedou-se inerte, deixando de promover o andamento do processo, abandonando-o por tempo superior ao transcurso de um ano de suspensão (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980) e mais o prazo prescricional de três anos previsto no artigo 70 do Decreto 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra).

Frisa-se que não é a hipótese de incidência do artigo 1.056 do NCPC, que estabelece:

"Art. 1.056. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código".

Em verdade a prescrição intercorrente se consolidou na vigência do CPC/1973, não se aplicando referida regra, sob pena de reavivar prazo integralmente transcorrido na vigência do código anterior e atingir situação jurídica já consolidada.

Note-se que, nos termos do artigo 14 do NCPC "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Cabem aqui os seguintes excertos jurisprudenciais:

"Execução de título executivo extrajudicial - Cheque - Sentença reconheceu a prescrição intercorrente - Prescrição da pretensão executiva ocorre no mesmo prazo previsto para a propositura da ação de conhecimento -

Acesso ao Sumário

Inteligência da Súmula 150 do STF - Aplicação do prazo prescricional do art. 206, § 5º, I, do CC - Prescrição intercorrente consumada - Processo permaneceu paralisado por prazo superior à prescrição, a despeito da existência de bem constrito na execução - Inaplicabilidade do art. 1.056 do CPC/2015 - Regra de transição que não atinge situações jurídicas consolidadas na vigência do CPC/1973 - Inteligência do art. 14 do CPC/2015 - Prescrição intercorrente caracterizada - Sentença mantida - Recurso negado." (Apelação nº 0026942-03.2005.8.26.0032 - Relator: Francisco Giaquinto; 13ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/01/2017);

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE POR MAIS DE TREZE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. SÚMULA 150/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. 'Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação' (Súmula 150/STF). 3. 'Suspende-se a execução: [...] quando o devedor não possuir bens penhoráveis' (art. 791, inciso III, do CPC). 4. Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. 5. Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis. 6. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito. 7. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material. 8. Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto. 9. Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil. 10. Revisão da jurisprudência desta Turma. 11. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios. 12. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO" (STJ - REsp nº 1522092-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 06/10/2015).

Observa-se que a parte contrária não apresentou contrarrazões ao recurso de apelação, não havendo que se falar, portanto, em arbitramento de honorários sucumbenciais recursais.

Conclui-se, portanto, pelo acerto do "decisum" atacado, que fica mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos e diante dos outros aqui acrescidos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001389-16.2017.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP, é apelada ANA CRISTINA CHAGAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28571)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente sem voto), MARCO FÁBIO MORSELLO E GILBERTO DOS SANTOS.

São Paulo, 15 de julho de 2019.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA RÉ - Inundação da residência da autora por refluxo da rede de esgoto - Falha na prestação do serviço - Dano e nexo causal demonstrados - Caracterizada a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público - Ausência de demonstração de excludente de responsabilidade - Dano moral e material configurados. - Pedido subsidiário da ré para redução do valor de R$ 20.000,00 fixado a título de indenização por dano moral - Não acolhimento - Quantum indenizatório fixado que se mostra equilibrado e adequado à situação narrada nos autos, e em consonância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 188/193) que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais[1] ajuizada por **Ana Cristina Chagas** em face de **Companhia de Saneamento Básico do Estado**

1 Valor: R$ 50.760,00, em julho de 2017. Sentença disponibilizada no DJE de 24.04.2018.

de São Paulo - SABESP, para condenar a ré ao pagamento de: a) indenização por danos materiais no valor de R$ 10.760,00 (dez mil, setecentos e sessenta reais), corrigido pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o ajuizamento da ação e com incidência de juros moratórios legais a contar da citação; b) indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), devidamente corrigidos pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e com incidência de juros moratórios legais a contar da sentença.

Em razão da sucumbência, mínima da parte autora, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, combinado com o artigo 86, parágrafo único, ambos do CPC.

Na petição inicial, a autora alega que, em 06 de abril de 2017 sua residência foi inundada por refluxo do esgoto, danificando vários bem móveis que a guarnecem, causando-lhe inegável dano material na ordem de R$ 10.760,00, além de dano moral, tendo a ré oferecido extrajudicialmente a reparação no importe de R$ 4.529,69, o que considerou insuficiente. Requer a procedência da ação para que a requerida seja condenada à reparação pelos danos materiais e morais suportados.

Na contestação a ré requereu, preliminarmente, a denunciação da lide ao Município de São Manuel, bem como suscitou preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, impugnou a pretensão da autora alegando que os bens supostamente danificados não condizem com a extensão dos fatos e que inexiste nos autos prova de dano moral indenizável. Apresentou documentos.

A autora apresentou réplica.

Sobreveio a sentença de parcial procedência da ação.

Nas razões de apelação, a ré reitera anteriores argumentos expostos na contestação. Requer a reforma da sentença para que a ação seja julgada improcedente. Caso seja outro o entendimento, pugna pela redução do valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

Recurso respondido.

É o relatório.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

No caso em exame, observa-se que o Juízo *a quo* analisou detidamente os elementos constantes dos autos, corretamente concluindo pela parcial procedência da ação, a saber:

Acesso ao Sumário

"*De plano, anoto que se revela, no caso telado, inequívoca relação de consumo, pois as partes bem se ajustam aos conceitos de consumidor e fornecedor, delineados pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.*

E, neste diapasão, de rigor a inversão do ônus da prova, regra de julgamento prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pois se revelam a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência.

(...) No caso, em se tratando de concessionária prestadora de serviço público, a responsabilidade objetiva decorre do próprio texto constitucional, baseada na Teoria do Risco Administrativo, consagrada no artigo 37, § 6º: 'As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços público 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'.

Desse modo, cabia à requerida o ônus da prova acerca da ausência do nexo causal entre suas atividades e os danos suportados pela autora, ônus do qual não se desincumbiu.

Ressalte-se que a prova documental carreada aos autos demonstrou a contento a ocorrência do fato danoso e o seu nexo causal com os danos suportados, do que decorre a responsabilidade objetiva da demandada de repará-los, tanto que em sede administrativa ofertou indenização para esse fim (p. 17), o que torna incontroverso todos os fatos narrados pela autora.

Assim, não há dúvidas de que o refluxo na rede de esgoto de responsabilidade da SABESP causou transtornos na residência da autora, devendo, assim, arcar com qualquer dano que cause a terceiro, por força do disposto nos artigos 14, caput, e 17 do Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à quantificação dos danos materiais, observo que a autora acostou às pgs. 18/32 aos autos orçamentos dos bens que pereceram e que não foram especificamente impugnados pela requerida, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC, fazendo-o de forma genérica e insuficiente.

Assim, fixo a indenização dos danos materiais em R$ 10.760,00, que deverá ser corrigido monetariamente desde o ajuizamento da ação com base na Tabela Prática do TJSP, bem como acrescido de juros de mora de 1%, a contar da citação.

Igual razão assiste à autora no tocante aos danos morais, pois foge totalmente da normalidade o constrangimento de se ter a casa invadida por água de esgoto mal cheirosa, repleta de dejetos humanos e animais peçonhentos, fluindo para todos os cantos e contaminando todos os seus pertences e objetos pessoais, sem qualquer possibilidade de controle, gerando inegável sentimento de impotência.

Acesso ao Sumário

Tampouco se ignora o risco inegável à saúde de todos os moradores do imóvel e o tempo considerável que deve ter levado para limpar e organizar tudo, pressupondo, até mesmo, o abandono temporário do lar e da rotina da família.

Não se trata, portanto, de fato corriqueiro, normal e suportável por qualquer pessoa. Pensar assim é ir na contramão da realidade.

Portanto, o dano moral é inegável e deve ser indenizado em valor que se atente às condições sócio-econômica das partes e, sobretudo, em atenção às consequências do evento."

Portanto, restando caracterizada a responsabilidade objetiva da ré, de rigor a sua condenação ao pagamento de indenização como anotado na sentença.

Nesse sentido é a jurisprudência deste E. Tribunal:

"*DIREITO PRIVADO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA RÉ - Inundação da residência da autora por refluxo da rede de esgoto - Dano, nexo causal e omissão da ré demonstrados - Caracterizada a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público - Ausência de demonstração de excludente de responsabilidade - Mau odor e infestação de insetos - Dano moral* in re ipsa *configurado - Valor indenizatório fixado com razoabilidade - Recurso desprovido.*" (Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Apelação nº 3000114- 93.2012.8.26.0606; 1comarca de Suzano; Relator Des. Antonio Tadeu Ottoni; j. 03/08/2016, v.u.).

Cumpre dizer, outrossim, que o *quantum* indenizatório fixado se mostra equilibrado e adequado à situação narrada nos autos, estando, pois, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e cumprindo os propósitos de reparação, punição e desestímulo à prática de novos atos ilícitos, motivo por que deve ser mantido.

E mais não é preciso dizer para que seja mantida, por seus próprios fundamentos, a r. sentença recorrida.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

Em atenção ao artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre os honorários recursais, majora-se a verba devida pela ré apelante para 20% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002214-80.2017.8.26.0638, da Comarca de Tupi Paulista, em que é apelante PLACIDIA

LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U"., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14941)**

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

São Paulo, 24 de julho de 2019.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - Sentença de improcedência - Recurso da autora - Insurgência - Impossibilidade - Alegação da autora de que não houve autorização para seu filho realizar dois empréstimos consignados em seu nome - Contratação de empréstimo consignado realizada em nome da autora por seu filho, que dispunha de procuração outorgada por instrumento público, com amplos poderes - Contrato de mútuo plenamente válido e eficaz - Ausência de ato ilícito - Banco que agiu no exercício regular de direito - Artigo 188, I do CC/02 - Impossibilidade de reparação de danos de qualquer ordem - Por força da sucumbência recursal, impõe-se a majoração dos honorários impostos, diante da regra do artigo 85, §11, do CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Recurso à r. sentença de fls. 200/204, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Foro de Tupi Paulista, Dr. Marcel Peres Rodrigues, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, declarando extinto o presente feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC. Condenou a autora com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, do CPC, observando as benesses da gratuidade da justiça.

Recorre a autora pretendendo a reforma da r. sentença, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso regularmente processado (fls. 206/209) e respondido (fls.

Acesso ao Sumário

212/230).

É o relatório.

Trata-se a presente demanda de "ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. devolução de valores e pedido de danos morais" ajuizada pela apelante em face do Banco apelado.

Alega o autor na inicial em síntese que por ser pessoa idosa, aposentada e acamada, necessita de ajuda de terceiros para efetuar algumas atividades e, por essa razão, em 07/04/2016, outorgou procuração pública ao seu filho Luiz Carlos Lima para o fim específico de representá-la, pelo prazo de um ano, junto ao Banco do Brasil, agência nº. 6898-5, Conta corrente nº. 4.302-8, no município de São João do Pau D'Alho/SP, ficando autorizado a fazer movimentações em sua conta corrente, sendo que dito procurador contraiu vários empréstimos em sua conta corrente, sem seu conhecimento.

Sustenta que, considerando que não reconhece os débitos, vez que não autorizou tais transações, requer a procedência da ação, declarando a inexigibilidade do débito e o cancelando dos empréstimos, bem como seja condenado o réu ao pagamento de indenização em danos materiais e morais, além dos ônus da sucumbência.

Benefícios da gratuidade da justiça deferidos à autora (fls. 23/24).

Em contestação o Banco réu alega em síntese que o contrato de empréstimo foi regularmente celebrado com base em procuração pública legítima, onde se verifica que a autora passou amplos poderes para seu filho assim proceder, não havendo ilicitude na sua conduta, que apenas agiu na forma em que a autora desejava, ou seja, que seu filho movimentasse e realizasse qualquer transação em sua conta e que não existem danos materiais ou morais passíveis de reparação.

Audiência de conciliação infrutífera (fls. 128).

Réplica às fls. 130/133.

O Banco réu apresentou os contratos às fls. 191/196, com ciência à parte autora, que não se manifestou nos autos.

A r. sentença julgou improcedente a demanda, nos termos já expostos.

Recorre a autora alegando em síntese que se trata de pessoa idosa, cadeirante, mas capaz para todos os atos da vida civil, porém, em razão de sua dificuldade em se locomover, emitiu procuração pública dando poderes ao seu filho apenas para movimentação de sua conta bancária junto ao Banco réu e para nenhum ato a mais, porém, o réu autorizou dois empréstimos bancários para o filho da apelante, sem poderes para tanto, gerando descontos em seu benefício previdenciário de forma indevida, resultando em comprometimento de sua renda para cobrir gastos com saúde e sobrevivência.

Pretende a declaração de inexigibilidade de débito, com devolução de

Acesso ao Sumário

valores e danos morais.

No entanto, o recurso não comporta provimento.

Resta incontroverso nos autos que a autora em 07/04/2016 realizou procuração pública para conceder a seu filho Luiz Carlos Lima, o poder específico para representá-la junto ao Banco do Brasil e fazer movimentações em sua conta corrente de nº 4.302-8, agência 6898-5, por prazo de um ano (fls. 22).

Nesta procuração, consta de forma expressa que a autora:

"[...] nomeia e constitui seu bastante PROCURADOR: seu filho LUIZ CARLOS LIMA, [...] a quem confere os mais amplos, gerais e ilimitados poderes com o fim específico de: Representá-la junto ao Banco do Brasil, Agência nº 6898-5, Conta Corrente nº 4.302-8, neste município de São João do Pau D´Alho/SP, por um prazo de um ano, a partir desta data, para fazer movimentações em sua conta corrente, demais aplicações, fazendo depósito, receber, sacar quantias em moeda corrente deste País, apresentar documentos assinar termos, fazer declarações, compromissos, em relação à conta corrente da ora outorgante, podendo mais, preencher formulários, comprovar, concordar, discordar, exigir, satisfazer exigências, pedir extratos, verificar saldos, autorizar débitos, atualizar cadastros, transigir, recorrer, alegar, justificar e mais, fazer recadastramentos se for o caso, assinando, declarando, comprovando em que preciso for sem que nenhum poder lhe falte para tanto, [...]" (g.n.).

Desta feita, verifica-se que a procuração pública conferiu ao filho da autora poderes amplos e ilimitados para movimentação na conta corrente da requerente, ora apelante, incluindo firmar compromissos.

E ainda, como bem ponderou a r. sentença singular, foi outorgado também ao filho da autora "*todos os poderes necessários e indispensáveis permitidos por lei embora aqui não conste...*" (fls. 22).

Dessa forma, os empréstimos consignados que a autora alega que não autorizou seu filho a realizar, encontram-se dentro dos limites dos poderes conferidos pela procuração pública realizada e comprovada nos autos.

Os empréstimos impugnados foram realizados em 17/05/2016 (fls. 16/18) e 07/10/2016 (fls. 19/21), dentro do período, portanto, de validade de um ano da procuração realizada ao filho da autora (07/04/2016 à 07/04/2017).

Nesse contexto, não havia motivo para a Instituição Financeira ré negar os empréstimos consignados ao filho da autora, que obtinha de forma expressa autorização ampla e ilimitada para movimentação na conta bancária da apelante, agindo portanto o réu, no exercício regular de direito, a teor do artigo 188, I do CC/02, que estabelece:

"Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

Acesso ao Sumário

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;"

Assim, o filho da autora firmou em nome da apelante, dois empréstimos consignados (fls. 16/22 e 191/195), valendo-se de procuração outorgada, por instrumento público (fls. 22), com amplos poderes, encontrando-se os contratos plenamente válidos.

Nada existe na lei a exigir que aquele com quem se realiza negócio jurídico por meio de mandato válido e em vigor, deve consultar o mandante antes da celebração do contrato.

Deveria sim, o mandante delimitar de forma específica os poderes outorgados, o que não ocorreu.

Diante dessa constatação, não há como atribuir comportamento ilícito ao réu, o que de pronto afasta a possibilidade de falar em responsabilidade pela reparação de danos de qualquer ordem.

A propósito:

"Apelação - Ação anulatória - Contrato de mútuo bancário consignado no benefício previdenciário do autor - Sentença de rejeição dos pedidos - Irresignação improcedente - Contratação de empréstimo consignado em nome do autor realizado por sua filha, que dispunha de procuração outorgada por instrumento público, com amplos poderes - Revogação do mandato posterior à contratação - Contrato de mútuo plenamente válido e eficaz. Dispositivo: Negaram provimento à apelação." (TJSP; Apelação Cível 1000392-87.2017.8.26.0660; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Viradouro - Vara Única; Data do Julgamento: 06/12/2018; Data de Registro: 06/12/2018) (g.n.).

Aliás, a própria autora afirma ser pessoa capaz para todos os atos da vida civil, realizando a procuração em razão de ser cadeirante e ter dificuldades de locomoção, sendo assim, revela-se perfeitamente apta a outorgar procuração a seu filho, não havendo notícia da ocorrência de qualquer vício de vontade.

Acesso ao Sumário

E se houve extrapolação de poderes pelo procurador, no exercício do mandato outorgado pela autora, deverá ela contra ele se insurgir, conforme bem delimitado pela r. sentença singular (fls. 203).

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo, devendo prevalecer a r. sentença tal como lançada.

Em razão desse resultado, por incidência do artigo 85, §11, do CPC, eleva-se a verba honorária a 11% do valor da causa, observados os limites do §2º do mesmo artigo, bem como as benesses da gratuidade da justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000504-60.2018.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante/apelada SILVIA BOLONHA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BRASIL CARD ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Apelação. Cartão de crédito. Sentença de parcial procedência. Envio de cartão de crédito sem solicitação. Prática abusiva. Inteligência da Súmula 532 do STJ. Cartão não utilizado pelo apelante. Devida a indenização por danos morais. Valor indenizatório majorado de R$ 3.000,00 para R$ 5.000,00. *Quantum* que deverá ser corrigido monetariamente desde o arbitramento (Súmula nº 362, do STJ) e com juros de mora a partir do evento danoso (Súmula nº 54, do STJ). Sentença modificada. Recurso da ré desprovido; e o da autora parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação (fls. 62/69 e 71/80) interposto contra a r. sentença de fls. 57/59, que julgou parcialmente procedente a presente ação que condenou a ré: a) a não mais oferecer produtos e serviços sem a prévia solicitação da autora, sob pena de multa de R$ 3.000,00, para cada vez que o fizer; b) ao pagamento à autora R$ 3.000,00 como indenização por dano moral, pelo cartão já enviado sem solicitação, valor que será corrigido monetariamente da data da sentença (Súmula STJ/362), com juros legais de mora desde a citação (Súmula STJ/54). Como cada litigante foi em parte vencedor e vencido, havendo sucumbência recíproca, as despesas do processo (corrigidas do efetivo

Acesso ao Sumário

desembolso) ficaram recíproca e proporcionalmente distribuídas e compensadas entre as partes na medida de suas sucumbências (CPC, art. 86, caput), condenando cada parte a pagar ao advogado da outra a verba honorária de 15% da parcela em que sucumbiu, incluindo juros e correção.

A **autora recorre** e alega, em síntese, que: a) o termo inicial da correção monetária deve ser modificado para a data do fato danoso, e o termo inicial dos juros legais para a data do recebimento do cartão pela apelante; b) não sendo possível definir exatamente o dia do recebimento, o termo inicial de ambos deve ser a data da citação (27/04/2018, fls. 29); c) cabe a majoração dos honorários advocatícios, com arbitramento por equidade ou, subsidiariamente, em 20% do valor da condenação; d) pleiteia a majoração da indenização do dano moral para R$ 7.000,00 **(fls. 62/69)**.

A **ré recorre** e alega, em síntese, que: a) o cartão enviado é do tipo "fidelidade", não se tratando de um cartão de crédito convencional, pois, com ele são oferecidos benefícios ao consumidor, que pode muito bem descarta-lo se não tiver interesse, que nada lhe será cobrado, conforme consta nas informações repassadas na correspondência; b) a oferta de cartão de crédito em cartão fidelidade não gera débito, nem exige cancelamento; c) há jurisprudência favorável à sua tese; d) não há dano moral a ser indenizado; f) o envio do cartão por si só não é considerada prática abusiva, devendo ser provido o recurso para julgar improcedente a demanda **(fls. 71/80)**.

Contrarrazões a fls. 94/99 e 101/107.

Recursos tempestivos, regularmente processados, com preparo efetuado pela ré e dispensa em relação à autora, beneficiária gratuidade da justiça.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Somente o recurso da autora comporta parcial provimento.

O cartão de crédito apontado na petição inicial (fls. 13/15) foi enviado pelo réu sem a prévia contratação pela autora.

Com efeito, a alegação da ré de que se trata de "cartão fidelidade" não pode subsistir diante da clara informação contida documento de fl. 15, segundo a qual o cartão enviado tinha a função de "cartão de crédito": "*SILVIA BOLONHA. A BrasilCard administradora de cartão de crédito, em parceria com a Drogaria Total está enviando-lhe o cartão de crédito Drogaria Total.*"

Nesse contexto, nos termos da Súmula 532, do Superior Tribunal de Justiça, o envio de cartão de crédito ao consumidor sem qualquer pedido pretérito e expresso, configura prática abusiva e ilícita que viola o disposto no art. 39, III, do Código do Consumidor.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. **(STJ; 3ª. Turma; REsp 1061500-RS; Rel. Ministro Sidnei Beneti; j. em 04.11.2008).**

Desta forma, ao contrário do que alega a ré, a situação vivenciada pela autora que não se traduz em meros aborrecimentos ou simples dissabores e sim, prática abusiva e ilícita que é passível de indenização por dano moral, que é *in re ipsa* e independe de outras provas.

Quanto ao valor do indenizatório, devem ser levados em conta o grau e o tipo da ofensa perpetrada, bem como, a extensão dos danos causados, para os fins de compensar o ofendido e reprovar a conduta ilícita do ofensor.

No presente caso, o valor arbitrado na sentença (R$ 3.000,00), é insuficiente para compensar o dano e, além disso, inferior ao *quantum* usualmente aplicado em casos semelhantes por esta 15ª Câmara de Direito Privado, em face do que deve ser majorado a R$ 5.000,00.

Neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Ocorrência - Envio de cartão de crédito sem solicitação - Prática abusiva - Inteligência da Súmula 532 do STJ - Cartão não utilizado pela autora, contudo, foram enviadas cobranças - Devida a indenização por danos morais - Sentença de parcial procedência reformada em parte - Recurso da ré desprovido e da autora provido para majorar a indenização por danos morais de R$ 3.000,00 para R$ 5.000,00 e os honorários de 10% para 15% do valor da condenação, já observada à atuação na esfera recursal. **(TJSP; 15ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1002052-26.2016.8.26.0572; Rel. Des. Mendes Pereira; j. 08.01.2019)**.

DANO MORAL - Remessa de cartão de crédito sem prévia solicitação da consumidora - Prática abusiva, nos termos do art. 39, III, do Código do Consumidor - Inteligência da Súmula 532 do STJ - Dano moral configurado - Decisão mantida - Recurso desprovido. **(TJSP; 15ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1003026-25.2016.8.26.0229; Rel. Des. Vicentini Barroso; j. 04.12.2018)**.

Portanto, impõe-se a parcial modificação da sentença somente para majorar a indenização do dano moral para R$ 5.000,00, *quantum* que deverá ser corrigido monetariamente desde o arbitramento (Súmula nº 362, do STJ) e com juros de mora a partir da citação.

Acesso ao Sumário

Por fim, atendo aos critérios do artigo 86, §2º, do Código de Processo Civil e à regra estabelecida no artigo 85, § 11, majoro os honorários do advogado da autora para 18% do valor da condenação.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso da ré; e **dou parcial provimento** ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006297-46.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEONARDO MONTEIRO SILVA BERALDO, é apelado LUIZ ALBERTO TOQUETÃO.

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 13284)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de cobrança - Instrumento particular de ajuste e pagamento em reembolso - Inadimplemento de parcela do preço - Pretensão condenatória manejada em face dos herdeiros do devedor - Ultimada a partilha dos bens deixados pelo autor da herança, cada qual dos herdeiros responde em proporção da parte que na herança lhe coube - Exegese do caput do art. 1997 do Código Civil - Equívoco quanto à responsabilização do réu que, na qualidade de herdeiro, responde na proporção do quinhão recebido na partilha - Ausência de solidariedade entre os herdeiros do devedor - Sentença de parcial procedência parcialmente reformada – Sem honorários recursais - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Em "*ação de cobrança*", a r. sentença (fls. 244/249), de relatório adotado, julgou parcialmente procedentes os pedidos em face do corréu Leonardo Monteiro

Silva Beraldo para condená-lo ao pagamento de R$ 46.583,00, acrescido de correção monetária desde a prolação da r. sentença. Em razão da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, tudo na proporção de 53% para a ré e 47% para o autor.

Embargos de declaração opostos pelo autor (fls. 251/252) foram rejeitados (fls. 253).

Recorreu o réu (fls. 255/269) a arguir, preliminarmente, prescrição intercorrente. No mérito, a sustentar, em síntese, que a herança deixada por seu falecido pai não foi suficiente para fazer frente aos diversos débitos que o restaurante, que girava sob a razão social de "Pompeia Rural Center Eventos Ltda.", bem como outras empresas em que seu pai figurava como sócio, deixaram; que o passivo deixado pelo *de cujus* supera, em muito, o ativo da herança; que, apesar da sociedade "Pompeia Rural Center Eventos Ltda." ser distinta da pessoa do *de cujus*, o réu e suas irmãs se utilizaram do quinhão hereditário percebido para honrar as dívidas existentes.

Recurso preparado (fls. 727/723) não foi respondido.

Recurso inicialmente distribuído ao eminente Desembargador Roberto Mac Cracken, da C. 22ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, que dele não conheceu e determinou a redistribuição para uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (fls. 287/289).

Redistribuição (fls. 291).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação de cobrança inicialmente manejada contra o Espólio do devedor que, por meio de "*instrumento particular de ajuste e pagamento em reembolso*", comprometeu-se a restituir R$ 300.000,00 ao apelado em razão da desistência na consecução de um restaurante idealizado por eles. Narra a petição inicial que o *de cujus* deixou de quitar duas parcelas iguais e consecutivas de R$ 20.000,00, vencidas respectivamente em abril e maio de 2009.

Frustradas as tentativas de citação do Espólio de Sebastião Wilmo Beraldo (fls. 33 e 48), o apelado logrou acesso à "Escritura de Doação de Direitos Hereditários, Inventário e Partilha" (fls. 84/93), oportunidade em que pugnou pela inclusão dos herdeiros do devedor no polo passivo da ação (fls. 83).

Citado (fls. 121), o herdeiro Leonardo Monteiro Silva Beraldo, ora apelante, apresentou contestação (fls. 127/139). Ato contínuo, o apelado desistiu do feito com relação às coerdeiras Simone Beraldo e Ana Carolina Monteiro Silva Beraldo (fls. 242), o que foi homologado (fls. 244/249).

O D. Juízo de origem, em julgamento antecipado, acolheu parcela dos

Acesso ao Sumário

pedidos iniciais para condenar o apelante Leonardo Monteiro Silva Beraldo ao pagamento de R$ 46.583,00, acrescido de correção monetária desde a prolação da r. sentença.

Pois bem!

Inicialmente, não procede a alegação de ocorrência de prescrição intercorrente.

Como bem pontuou o D. Juízo de origem, "*a demora na tramitação do feito se deve justamente à dificuldade de identificação e localização dos herdeiros do de cujus*" (fls. 235).

Ademais, embora o apelante sustente que "*com o falecimento do de cujus, o ora Apelante, na condição de seu filho e herdeiro, não ostenta condições de saber se, de fato, estas parcelas foram pagas ou não*", a verdade é que mais de 10 parcelas foram pagas após o falecimento do devedor (fls. 03 e 84/93), remanescendo apenas as duas vencidas após a partilha dos bens do *de cujus*, o que enfraquece a narrativa defensiva.

Superada a questão prejudicial, no mérito, o inconformismo prospera em parte.

Da "Escritura de Doação de Direitos Hereditários, Inventário e Partilha" (fls. 84/93) depreende-se que os bens deixados pelo devedor, Sr. Sebastião Wilmo Beraldo, foram partilhados entre os herdeiros Ana Carolina Monteiro Silva Beraldo e Leonardo Monteiro Silva Beraldo.

O total de bens do espólio monta em R$ 93.756,27, sendo que ao herdeiro Leonardo Monteiro Silva Beraldo coube R$ 46.583,00 (fls. 91/92), valor representativo de 49,68% do monte mor.

No que concerne ao pagamento das dívidas do falecido, o *caput* do artigo 1.997 do Código Civil dispõe o seguinte:

> **Art. 1.997.** *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.*

Sobre o tema, ensina Mauro Antonini que "*a parte final do caput do art. 1.997 prevê a hipótese do pagamento da dívida ser reclamado após a partilha, sem que tenha havido prévio reserva de bens para pagamento. Nesse caso, cada herdeiro responde na proporção do quinhão recebido na herança (o art. 597 do CPC/73 - art. 796 do CPC/2015 - contém idêntica disposição).* ***Não há, portanto, solidariedade entre os herdeiros. O credor deverá acionar todos eles, reclamando de cada um uma proporção do crédito, correspondente à proporção do quinhão recebido na partilha***"[1].

No mesmo sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça

1 Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, Editora Manole, 11ª Edição, São Paulo: 2017, pg. 2241 - grifos acrescidos.

Acesso ao Sumário

sobre o tema, *in verbis*:

"*DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. COBRANÇA DE DÍVIDA DIVISÍVEL DO AUTOR DA HERANÇA. EXECUÇÃO MANEJADA APÓS A PARTILHA. ULTIMADA A PARTILHA, CADA HERDEIRO RESPONDE PELAS DÍVIDAS DO FALECIDO NA PROPORÇÃO DA PARTE QUE LHE COUBE NA HERANÇA, E NÃO NECESSARIAMENTE NO LIMITE DE SEU QUINHÃO HEREDITÁRIO. ADOÇÃO DE CONDUTA CONTRADITÓRIA PELA PARTE. INADMISSIBILIDADE.*

1. Com a abertura da sucessão, há a formação de um condomínio necessário, que somente é dissolvido com a partilha, estabelecendo o quinhão hereditário de cada beneficiário, no tocante ao acervo transmitido.

2. A herança é constituída pelo acervo patrimonial e dívidas (obrigações) deixadas por seu autor. Aos credores do autor da herança, é facultada, antes da partilha dos bens transmitidos, a habilitação de seus créditos no juízo do inventário ou o ajuizamento de ação em face do espólio.

3. ***Ultimada a partilha, o acervo outrora indiviso, constituído pelos bens que pertenciam ao de cujus, transmitidos com o seu falecimento, estará discriminado e especificado, de modo que só caberá ação em face dos beneficiários da herança, que, em todo caso, responderão até o limite de seus quinhões.***

4. ***A teor do art. 1.997, caput, do CC c/c o art. 597 do CPC [correspondente ao art. 796 do novo CPC], feita a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube, e não necessariamente no limite de seu quinhão hereditário. Dessarte, após a partilha, não há cogitar em solidariedade entre os herdeiros de dívidas divisíveis, por isso caberá ao credor executar os herdeiros pro rata, observando a proporção da parte que coube (quinhão), no tocante ao acervo partilhado***.

5. Recurso especial não provido". (Recurso Especial nº 1.367.942 - SP (2011/0197553-3), 4ª Turma do STJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. em 21/05/2015) (grifos acrescidos).

No caso, verifica-se que o apelado optou por prosseguir com a demanda tão somente em face do coerdeiro Leonardo Monteiro Silva Beraldo, desistindo do feito com relação às demais filhas do *de cujus*, Sra. Simone Beraldo e Sra. Ana Carolina Monteiro Silva Beraldo (fls. 242).

A r. sentença recorrida, contudo, deixou de considerar que, se o quinhão

Acesso ao Sumário

recebido pelo apelante representa 49,68% do monte mor, o crédito perseguido pelo apelado deve, da mesma forma, se limitar à proporção do quinhão por ele recebido na partilha.

Dessa forma, considerando que o valor primitivo da dívida equivale a R$ 40.000,00, a condenação do apelante deve se limitar a 49,68% do débito perseguido, devidamente corrigido desde o vencimento e acrescido de juros de mora de 1%, a partir da citação (CC, art. 397, § único).

Por fim, não prospera a alegação de que "*a herança deixada por seu falecido pai sequer foi suficiente para fazer frente aos diversos débitos que o restaurante, que girava sob a razão social de 'Pompeia Rural Center Eventos Ltda.', bem como outras empresas em que seu pai figurava como sócio deixaram*" (fls. 263/264).

A uma porque, como bem pontuou o D. Juízo de origem, "*a contestação faz menção a débitos imputáveis a uma pessoa jurídica (Pompeia Rural Center Eventos Ltda, diga-se) que, como sabido, tem existência distinta de seus sócios e com eles não se confunde*" (fls. 247).

A duas porque, ainda que se admitisse que o autor da herança, na condição de sócio detentor de 99% do capital social (fls. 141/142), seria o principal responsável pelo pagamento dos débitos, a verdade é que o apelante nem sequer trouxe cópia dos processos que originaram os pagamentos mencionados, tampouco demonstrou que, da forma como narra, "*tanto o Apelante, quanto suas irmãs se utilizaram dos parcos bens deixados pelo Sr. Sebastião Wilmo Beraldo para fazer frente às dívidas, utilizando-se, inclusive, do quinhão hereditário que receberam*" (fls. 268/269), já que nenhuma das pessoas mencionadas figura como efetivas pagadoras das dívidas (fls. 143/149).

Convém observar que o próprio apelante, ao lado do *de cujus*, figurava como sócio da pessoa jurídica Pompeia Rural Center Eventos Ltda. desde sua constituição em 2004 (fls. 141/142), sendo que, por ocasião da partilha dos bens deixados pelo falecido, recebeu a totalidade das quotas societárias pertencentes ao seu falecido pai (fls. 91/92), o que afasta a presunção de que os débitos teriam sido honrados apenas para evitar "*a mácula ao nome de seu falecido pai*" (fls. 268).

Acesso ao Sumário

Assim, a r. sentença recorrida é parcialmente reformada para o fim de condenar o réu Leonardo Monteiro Silva Beraldo ao pagamento de 49,68% da dívida primitiva de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), devidamente corrigida pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o vencimento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (CC, art. 397, § único).

Sem honorários recursais, em razão da ausência de contrarrazões ao recurso, mantém-se o arbitramento fixado na origem.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003750-26.2015.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante/apelado MARIA DAS DORES BORGES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante VALLESUL TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

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 ao recurso da ré e prejudicado o recurso da autora, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.485)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Dano moral -Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros - Responsabilidade objetiva da transportadora - Atraso na partida de ônibus por falta do motorista acometido por doença - Oferta pela ré de duas alternativas de transporte à autora, por ela recusadas - Asserção da autora de que foi vítima de discriminação por ser idosa e beneficiária de isenção na passagem rodoviária intermunicipal - Sentença de parcial procedência e condenação da ré a indenização por dano moral - Recursos da autora, que pretende a majoração da indenização e dos honorários advocatícios, e da ré, que busca a reforma da r. sentença - Falta de provas de que a autora foi vítima de ato discriminatório - Alternativas oferecidas recusadas pela autora que inviabilizam a indenização pretendida - Inexistência de dano moral - Singelo melindre - Decaimento da autora - Honorários advocatícios "ex lege", ressalvada a gratuidade processual - Recurso da ré provido, prejudicado o recurso da autora, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 189/190, cujo relatório fica incorporado, julgou parcialmente procedente a pretensão da autora nos autos de ação de indenização por danos morais, fundada em falha na prestação de serviços de transporte de passageiros, condenando a ré à indenização de R$1.000,00 a título de danos morais, com correção monetária e juros de mora, de 1% ao mês, desde o evento danoso, mais os ônus de sucumbência, os honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Rejeitados os embargos de declaração opostos pela ré, ela e a autora interpõem recursos de apelação.

A autora expõe que o "***quantum***" de R$1.0000,00 a título de indenização por danos morais é ínfimo e não atende o caráter punitivo e pedagógico, atentando contra a ordem pública que visa estimular o respeito aos passageiros idosos que se valem do transporte gratuito, cujo direito é previsto em lei. Busca a reforma e a majoração da indenização e dos honorários advocatícios a cargo da ré.

A ré sustenta que, independentemente de ter ou não passageiros usuários das suas linhas de transporte, realiza viagens programadas. Aduz que a autora foi avisada de que ocorreria atraso, em razão da falta do motorista escalado para a viagem de Peruíbe a Osasco, sendo-lhe oferecidas alternativas, de seguir viagem até a cidade de Miracatu e, lá, embarcar para Osasco, ou, então, aguardar a chegada do motorista substituto para a viagem agendada, de Peruíbe a Osasco, embora com atraso, nenhuma delas aceita pela autora, que preferiu seguir viagem por outros meios. Acrescenta que o atraso na viagem agendada foi devido a fato isolado (doença do motorista), que não traduz, ao contrário do alegado, discriminação ou desrespeito à pessoa idosa, a quem ofereceu alternativas para a chegada ao destino. Insurge-se contra a indenização por danos morais, pois a autora escolheu outro meio de transporte ao invés de aceitar as alternativas disponíveis, sem provar o abalo moral alegado. Opõe-se ao termo inicial da correção monetária e juros de mora desde o evento, visto que o termo inicial deve ser o da prolação da r. sentença, sendo também desproporcional o arbitramento de honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa (R$78.800,00), caso em que a base de cálculo é a condenação, ou a via da apreciação equitativa. Busca reforma.

Recursos contrarrazoados.

É o relatório.

É fato incontroverso que a autora contratou o serviço de transporte rodoviário prestado pela ré, previsto para partida da cidade de Peruíbe às 09h40min, com destino à cidade de Osasco, no dia 10 de maio de 2015, como prova o bilhete de passagem emitido no valor de R$2,50 (fls. 15), sendo que o ônibus não chegou no horário à plataforma de embarque. Inicialmente a autora

Acesso ao Sumário

foi orientada a aguardar e, passados 40 minutos, informada por preposta da ré que o motorista faltara ao trabalho, sendo oferecidas as alternativas de aguardar até que o motorista substituto chegasse, ou, então, o deslocamento até a cidade de Miracatu e baldeação à cidade de Osasco, não aceitas pela autora que, às suas expensas, deslocou-se em serviços de "Van" a São Paulo, embarcando em trem do Metrô do Terminal Jabaquara à Estação Barra Funda e noutro trem até o destino (Osasco), desembolsando numerário para o retorno em empresa de transporte rodoviário concorrente da ré.

O evento ocorreu no segundo domingo de maio (dia das mães), circunstância alegada pela autora como agravante da condição de pessoa idosa, daí entender que a ré não providenciou o imediato transporte numa atitude discriminatória, dado que o seu bilhete foi emitido com isenção em razão da idade, caracterizando falha na prestação do serviço e abalo moral indenizável.

Com efeito, a responsabilidade do transportador é objetiva naquilo que é inerente ao transporte em si. Isso decorre da circunstância de que o contrato de transporte é de resultado e obriga o transportador a conduzir o passageiro são e salvo, e em tempo e hora, desde o ponto de partida até o destino.

Contudo, dessume-se do depoimento da testemunha Erica de Castro Ribeiro (fls. 111/112), não impugnado especificadamente pela autora, que duas alternativas para viabilizar o transporte ao destino (Osasco) foram oferecidas: 1) aguardar a chegada do motorista reserva que conduziria o coletivo de Peruíbe até Osasco, onde chegaria por volta das 13h20min; 2) deslocar-se em ônibus que a levaria até Miracatu, onde faria baldeação a Osasco. A autora não aceitou as opções, ao contrário de outro passageiro (Nelson V. Ribeiro) que aguardava o mesmo ônibus.

A pretensão na autora funda-se no pressuposto que a falta da ré foi discriminatória pelo fato de ser pessoa idosa, beneficiária da isenção de transportes intermunicipais prevista na Lei Estadual n. 15.179/2013.

Entretanto, não há prova que corrobore esse silogismo da autora, de ser impedida de utilizar-se dos serviços de transporte da ré, mesmo porque, em sentido contrário, duas alternativas - por ela não impugnadas - para a viagem foram oferecidas, preferindo os serviços por meio de "Van", às suas expensas.

A r. sentença observou que a ré estava ciente da enfermidade do motorista Edson Fernandes "*desde a quinta feira anterior, não sendo crível que a empresa não tivesse meios de se reorganizar a fim de honrar os horários das partidas dos ônibus*" ("***sic***").

Porém, o documento que respalda essa ilação ("*ficha ponto de trabalho externo*"), a fls. 178, é conclusivo no sentido de que o motorista Edson Fernandes, escalado para conduzir o coletivo no dia aprazado, trabalhou nos dias 08 e 09 de maio (sexta-feira e sábado), ausentou-se por motivo de saúde no

Acesso ao Sumário

dia 10, cumpriu escalas nos dias 11 a 18, folgou no dia 19 e faltou entre 20 e 26 de maio, daí porque o fundamento de que às vésperas do dia 10 a ré tinha ciência da enfermidade do motorista e não se reorganizou é falho.

A Lei n. 11.975/09 dispõe no art. 3° que: "*Independentemente das penalidades administrativas determinadas pela autoridade rodoviária impostas à empresa autorizada, permissionária ou concessionária, em caso de atraso da partida do ponto inicial ou em uma das paradas previstas durante o percurso por mais de 1 (uma) hora, o transportador providenciará o embarque do passageiro em outra empresa que ofereça serviços equivalentes para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se assim o passageiro optar, o valor do bilhete de passagem*".

Oferecendo a ré alternativas para que a autora chegasse ao destino, a recusa e a opção por outro meio de transporte autorizam a conclusão de que, embora inegável o atraso na partida do ônibus, a ré propôs-se contornar o inconveniente, descaracterizando a falta na prestação do serviço e, com mais razão, o ato discriminatório à pessoa idosa.

Tem-se que o evento configurou um aborrecimento superável, um melindre.

É preciso cuidar a fim de que o instituto do dano moral não seja banalizado se invocado diante de singelo melindre.

Wilson Melo da Silva exemplifica que os danos morais são "*os decorrentes de ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal*" ("O Dano Moral e sua Reparação", Ed. Forense, 1983, 3ª ed., pág. 2).

Antônio Chaves, por sua vez, pondera que a reparação do dano moral não significa o "*reconhecimento de que todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação ao amor-próprio*" dê azo a pedidos de indenização ("Tratado de Direito Civil", Ed. Revista dos Tribunais, 1985, vol. III, pág. 637).

Essa é a orientação que se vai consolidando nos pretórios, do contrário haverá a vulgarização do dano moral.

No Col. STJ, ao proferir voto no REsp 215.666-RJ, o Min. Cesar Asfor Rocha ressaltou que: "*O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*" (RSTJ 150/382).

Num precedente da 3ª Turma do mesmo sodalício, relatora a Min. Nancy Andrighi, REsp 324.629-MG, apreciou-se a matéria do dano moral sob o influxo do Código de Defesa do Consumidor, contanto que apto a ocasionar dor, vexame, sofrimento ou humilhação, além da esfera do mero dissabor ou

aborrecimento (RT 818/168).

Segundo observa Sérgio Cavalieri Filho, na obra "Programa de Responsabilidade Civil", 10ª ed., revista e ampliada, Ed. Malheiros, 2012, p. 93: "*(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do 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 (...)*".

Portanto, não está caracterizado o dano moral proclamado pela r. sentença, sendo de rigor o provimento ao recurso da ré, prejudicado o recurso da autora que visava a majoração da indenização por danos morais e dos honorários de sucumbência.

Provido o recurso da ré e julgada improcedente a pretensão, a autora passa a suportar as custas e despesas processuais, as de reembolso à ré atualizadas desde os desembolsos, os honorários advocatícios fixados, por apreciação equitativa, em R$1.000,00, atualizados desde a prolação (julho de 2018) e com juros de mora, de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado, ressalvada a gratuidade processual de que é beneficiária.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso da ré, prejudicado o recurso da autora, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011200-03.2018.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante QG DO CAPITÃO ESPORTE E LAZER IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI, é apelado SAMBURÁ CASA DE CAÇA E PESCA 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 35243)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

SOUZA LOPES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Monitória - Duplicatas - Notas fiscais colacionadas aos autos que atreladas à comprovação da entrega dos produtos tem o condão de demonstrar a certeza, exigibilidade e liquidez do débito - Recurso improvido, com majoração da verba honorária recursal.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 98/100, que julgou procedente a ação monitória que SAMBURÁ CAÇA E PESCA LTDA. dirigiu contra QG DO CAPITÃO ESPORTE E LAZER IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI.

Apela o embargante sustentando que o recorrido é carecedor da ação ante a falta de interesse de agir, pois as notas fiscais não preenchem os requisitos para serem admitidas como título executivo extrajudicial, eis que não possuem executoriedade. Busca a reforma do *decisum*.

Após contrariedade (fls. 110/117), subiram os autos.

É o relatório.

A irresignação recursal não prospera.

Trata-se de ação monitória ajuizada pelo apelado em face do apelante fundada nas duplicatas colacionadas aos autos e julgada procedente, sendo constituído o título executivo pelo valor de R$ 15.281,94, com correção monetária pela Tabela Oficial do Tribunal de Justiça a partir da data da atualização apontada na petição inicial e juros de mora de 1% a partir da citação. (grifamos).

Como é cediço, a duplicata é um título causal, logo, deve corresponder a uma efetiva compra e venda ou prestação de serviços e as notas fiscais têm o condão de demonstrar a certeza, liquidez e exigibilidade dos créditos, desde que amparadas por tal comprovação. (grifo nosso) *Conforme já assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência desta Corte entende que 'a nota fiscal, acompanhada do respectivo comprovante de entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço, devidamente assinado pelo adquirente, pode servir de prova escrita para aparelhar a ação monitória' (REsp 778.852/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 4.9.2006)*.

No presente caso, como bem assinalado em Primeiro Grau:

"*(...) A relação jurídica está devidamente comprovada pelos documentos juntados com a inicial e a inadimplência, sem prova do pagamento, é fato certo.*

A resistência foi apresentada com base em um acordo verbal formalizado pelas partes através da empresa se assessoria Angeza, que, segundo a requerida, deixou de encaminhar os boletos para pagamento sem qualquer justificativa.

Acesso ao Sumário

Daí o motivo do atraso, sendo imprescindível a prévia notificação.

O acordo verbal mencionado pela embargante, assim como o adimplemento parcial da obrigação (fls. 64/85), foram confirmados pela autora em sua impugnação."

Com isso, a relação jurídica entre as partes restou confessada pela apelante, que buscou justificar seu inadimplemento com o não recebimento dos boletos, o que em nada lhe beneficia, pois era seu dever buscar os meios possíveis para a realização do pagamento do acordo entabulado.

Assim sendo, observa-se que a procedência da ação era mesmo de rigor, nada havendo para ser alterado no r. *decisum*, ora mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários advocatícios para 15% sobre o valor do título, já observado o trabalho adicional realizado em sede recursal (art. 85, §§ 1º e 11 do NCPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008364-83.2018.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes MARIA EDUARDA PINHEIRO MACHADO (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), BRUNA PINHEIRO FERREIRA, EDUARDO PINHEIRO FERREIRA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e WILLIAN BATISTA FERREIRA, é apelada AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39248)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de indenização - Danos morais - Transporte aéreo de pessoas - Atraso em voo nacional - Atraso superior a vinte horas, com inclusão de transporte terrestre por mais de 500 km - Sentença de parcial procedência, fixando-se indenização em R$ 10 mil para os quatro requerentes, integrantes

Acesso ao Sumário

da mesma família - Recurso dos autores - Pedido de majoração do quantum indenizatório para R$ 10 mil para cada requerente - Acolhimento em parte - Majoração determinada, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Fixação em R$ 20 mil - Sentença alterada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 113/114 que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada pelos apelantes **WILLIAM BATISTA FERREIRA, BRUNA PINHEIRO FERREIRA, MARIA EDUARDA PINHEIRO MACHADO** e **EDUARDO PINHEIRO FERREIRA** em face da apelada **AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A**.

Sustentam os apelantes, em síntese, que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que seja majorado o valor da condenação a título de danos morais. Aduzem que a quantia de R$ 2.500,00 para cada requerente se mostra irrisório para a reparação pelos danos morais sofridos em razão do atraso de mais de 20 horas no voo contratado com a requerida. Afirmam que a verba honorária também deve ser majorada. Requerem o provimento do presente recurso a fim de que a r. sentença seja reformada (fls. 116/124).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 134/140), anotado que os requerentes são beneficiários da gratuidade processual (fls. 53).

É O RELATÓRIO.

Trata-se o feito de ação indenizatória ajuizada pelos apelantes que, em razão do atraso em seu voo de Campinas/SP a Porto Seguro/BA, aduzem ter sofrido danos morais.

Sentenciado o feito, reconheceu-se a ocorrência dos danos morais alegados pela parte, fixando o *quantum* indenizatório no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser dividido entre ambos os requerentes.

Contra tal sentença apelam os autores, buscando a majoração da quantia arbitrada a fim de reparação por danos morais, no importe de R$ 10.000,00 para cada um.

Pois bem.

Conforme se observa dos autos, os apelantes adquiriram da apelada bilhetes de passagem aérea para o trajeto Campinas/SP para Porto Seguro/BA (Ida e volta).

Embora a previsão de tempo de trajeto fornecida pela requerida (três

horas), no voo de ida, houve atraso na decolagem de 3 (três) horas. Não bastasse o narrado, o referido voo não pousou em seu destino contratado, mas em aeroporto diverso, tendo o trajeto sido completado por transporte terrestre a partir de Vitória/ES, somando mais de 580km, e mais de oito (8) horas de viagem terrestre.

Ambos os requerentes, pais e filhos menores de idade, foram submetidos ao transporte cansativo e imprevisto fornecido pela apelada.

Tais fatos são incontroversos.

Ademais, tal conclusão é o que se observa da documentação juntada pelos autores (fls. 38/44). Incontroversa, outrossim, a ocorrência de danos morais pela parte, vez que declarada na r. sentença, cujo ponto não é impugnado neste grau recursal.

Remanesce a discussão apenas quanto ao *quantum* indenizatório.

Como se sabe, perante o ordenamento jurídico pátrio, o valor da indenização por danos morais é feito por arbitramento judicial, sendo de natureza compensatória e não reparatória. Na determinação do valor, devem ser levadas em conta a condição econômica das partes, a extensão e gravidade dos danos e, ainda, a intensidade de culpa do ofensor. O valor deve ainda ser suficiente para desestimular a reincidência.

Nesse sentido, não se pode ratificar o *decisum* impugnado, visto que o valor arbitrado a título de danos morais não se mostra suficiente para indenizar os autores pelos danos sofridos em razão dos transtornos no atraso do voo contratado.

Isto, pois, como se extrai dos autos, em decorrência do atraso no transporte aéreo contratado, os autores (casal e dois menores) foram submetidos a mais de 20 horas de espera/atraso, bem como realização de transporte terrestre não previsto por mais de 500 km, alterando sua programação de viagem e hospedagem, além de proporcionar-lhes excessivo desgaste, notadamente pelos cuidados dos filhos menores.

Tais pontos devem ser considerados quando da fixação da quantia indenizatória.

Assim, levando-se em conta as diretrizes outrora apontadas, bem como a dinâmica narrada nos autos, tem-se que o valor justo da indenização é o equivalente a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), que se assemelha ao que vem sendo arbitrado por essa C. Câmara em casos semelhantes, além de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Desse modo, tem-se que a r. sentença merece reforma, majorando-se o *quantum* indenizatório para **R$ 20.000,00 (vinte mil reais)**.

Ante a majoração, anota-se que os honorários do patrono da parte

Acesso ao Sumário

igualmente restam alterados, observada a nova base de cálculo para incidência dos 10% fixados na r. sentença.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013088-24.2019.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXEI ESSIPTCHOUK, é apelada TAM - LINHAS AÉREAS 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 41.942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais. Transporte aéreo. Atraso. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva do prestador de serviços pelos danos causados. Longo atraso sem assistência material. Insuficiência do serviço prestado. Danos morais caracterizados. Indenização elevada para R$15.000,00, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Limitação prevista no art. 22 da Convenção de Montreal que é aplicável apenas nas indenizações relativas a prejuízos patrimoniais. Verba honorária sucumbencial. Majoração para 20% do valor da atual condenação. Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida às fls. 103/105, que julgou procedente ação de indenização por danos morais, condenando a empresa aérea ao pagamento da quantia de R$ 6.500,00, corrigida monetariamente da sentença e com juros moratórios contados da citação, condenando a ré, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais,

arbitrados os honorários advocatícios em 15% do valor da condenação.

O autor pleiteia a majoração do "quantum" indenizatório, considerado módico, especialmente frente aos transtornos sofridos, tendo sido submetido a dormir no chão frio do aeroporto, sem receber qualquer assistência material da ré, além do atraso de 23 horas ao horário originalmente contratado. Pugna pela majoração também dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação.

Regularmente processado, preparado e respondido, os autos subiram a esta instância para o reexame da matéria controvertida.

É a suma do necessário.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo "a quo", tem-se que é o caso de acolhimento da pretensão recursal.

É claro que as características do transporte aéreo, hoje o meio mais seguro e rápido das pessoas se locomoverem a qualquer região do mundo, em proveito dos seus interesses pessoais, deve observar regras rígidas e indisponíveis que envolvem não só o avião, mas toda a infraestrutura necessária para que se realize o voo, sendo daí exigidos aeroportos e a dependência às condições climáticas e de outras que se mostrem indispensáveis para esse fim, que é um todo indissociável.

A obrigação do transporte é de resultado, mas possibilita a exceção do art. 14, §3º, incisos I e II, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990, sempre que o fato for invencível e imprevisível para impedir a execução da obrigação contratada anteriormente.

Independentemente das razões que ocasionaram o considerável atraso, restou incontroversa a ausência de oferta de adequadas acomodação e alimentação ao passageiro.

Nem se queira aventar que os fatos narrados nos autos se tratam de mero aborrecimento, porquanto o recorrente, consumidor, foi submetido a um longo atraso do voo, sem assistência material, porquanto, relegado a dormir no saguão do aeroporto.

A questão controvertida é de consumo e deve ser dirimida segundo as normas principiológicas e cogentes da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990. A responsabilidade é objetiva, sem causa, o ônus da prova deve ser invertido em benefício dos consumidores por juízo de mera equidade, e a excludente invocada, a rigor, compreendida como inidônea ao que dispõe o art. 14, §3º, incisos I e II.

A indenização é devida e deve ser arbitrada em observância princípios informadores da punição, indenização, proporcionalidade.

O dano moral, "se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação

Acesso ao Sumário

pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente" (Pontes de Miranda)[1] . "In casu", é aplicável a teoria do valor do desestímulo em que o "quantum" fixado deve ser de valor hábil a incutir naquele que agiu incorretamente uma repercussão tal que iniba a sua conduta antijurídica, impedindo a reiteração de seu ato, levando-se sempre em conta a capacidade patrimonial do causador do dano e daquele que o sofreu, com o escopo de não transformar também tal evento em enriquecimento sem causa.

Há que se observar, ainda, o disposto na Convenção de Varsóvia, em seu artigo 19, o qual dispõe que "O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se provar que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas".

Dessa forma, considerando as circunstâncias já narradas, por certo que não foram adotadas todas as medidas razoavelmente necessárias para evitar o dano, especialmente pelo quase abandono em que foi deixado o passageiro.

Houve claro abalo ao direito de sossego, um dos direitos da personalidade, a ensejar o dano moral que está inserto nessa própria conduta de violação, por isso que se chama "in re ipsa", independentemente de prova. A Carta Magna contém especial sistema protetivo dos direitos fundamentais, diretamente decorrentes da dignidade humana (art. 1º, III, CF).

Daí porque principalmente devido à dupla finalidade que tem a indenização pelos danos morais, qual seja, compensar a vítima e punir o ofensor, desestimulando a prática de atos semelhantes, mormente com base na verificação das circunstâncias do caso e em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem incorrer, contudo, em enriquecimento sem causa, esta Turma Julgadora entende ser justa a majoração da indenização devida para R$15.000,00, corrigidos do arbitramento e com juros contados da citação.

Acesso ao Sumário

Esclareça-se, ainda, que, embora não se olvide o recente entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 636331/RJ[2], com Repercussão Geral, que estabeleceu a prevalência dos tratados internacionais sobre a lei consumerista no que tange às viagens internacionais, impende destacar que a limitação do montante da indenização esculpida pelo artigo 22, item 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal), se aplica, tão-somente, à reparação dos danos materiais.

Nesse sentido, assim já decidiu esta C. Corte Paulista:

1 MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Tomo 54, parágrafo 5.536, n.1, pg. 61.
2 RE nº 636331/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 25.05.2017.

"Apelação. Transporte aéreo internacional. Ação de indenização por danos materiais e morais. Inaplicabilidade da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) quanto ao pedido de indenização por danos morais, diante da falta de estabelecimento de disposições normativas sobre a matéria. Ocorrência de problemas mecânicos que não se enquadra na definição de caso fortuito/força maior, determinando a responsabilidade da ré pelos danos causados em decorrência do atraso do voo. Falta de prestação de assistência aos autores. Causa excludente de responsabilidade não demonstrada. Danos morais configurados. Valor adequadamente arbitrado. Sentença de procedência mantida. Majoração da verba honorária. Aplicação do § 11 do artigo 85 do CPC de 2015. Recurso desprovido".

(TJSP, Apelação nº 1086347-20.2017.8.26.0100, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Kodama, Dj 26.06.2018).

No tocante à verba honorária, igual razão assiste ao apelante.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em patamar adequado a fim de evitar o menoscabo do advogado e, daí, o da própria profissão, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho como emanação da própria justiça, à qual se impõe a justa retribuição pela defesa judicial exercida.

É firme o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, de que "a razoabilidade, aliada aos princípios da eqüidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento da verba honorária sucumbencial. A verba honorária deve representar um quantum que valore a dignidade do trabalho do advogado, e não locupletamento ilícito" (AgRg no REsp nº 1114508/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 25.08.2009).

A verba honorária arbitrada no correspondente a 15% do valor da condenação original, correspondia a R$ 975,00, importe que representa valor irrisório, de modo que, devem os honorários advocatícios, por equidade, serem elevados a 20% do valor da atual condenação, observados aqui os requisitos norteadores contidos no §2º e 11 do art. 85 do CPC.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014726-26.2018.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WILDINEI

CARLOS DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35808)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com danos morais - comprovação da existência de relação jurídica - conjunto probatório que, todavia, não comprova de forma cabal a origem dos débitos - divergências entre datas, valores e números de contrato - inexistência do débito reconhecida - danos morais não configurados - litigância de má-fé afastada - ação julgada parcialmente procedente - recurso provido em parte para esses fins.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de ação intentada por ***WILDINEI CARLOS DOS SANTOS*** contra ***IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S/A*** buscando a declaração de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais. Ao relatório de fls. 156/157, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente. Apelou o autor sustentando que o número do contrato e valor indicados nos documentos juntados não correspondem aos dados constantes da negativação. Alegou, ainda, que não houve envio de notificação acerca da inscrição. Requereu, por fim, o afastamento da condenação por litigância de má-fé. Com contrarrazões, subiram os autos ao Tribunal.

É o **RELATÓRIO.**

Inicialmente, destaque-se que não obstante o réu tenha comprovado a relação jurídica com o autor, tendo este utilizado produtos e serviços fornecidos pelo Banco Itaú Unibanco S/A, cedente do crédito, forçoso reconhecer que inexiste nos autos a prova do débito objeto do apontamento junto aos órgãos de proteção ao crédito.

Isso porque, não logrou o réu comprovar as datas e os valores indicados

Acesso ao Sumário

no documento de fls. 25/26, não havendo correspondência, nem ao menos, com o número do contrato.

Não se olvida que carreou aos autos documento assinado pelo autor, de onde se extrai a opção pelo serviço de cartão de crédito (fls. 46/47).

Há também as correspondentes faturas que alegam estar inadimplidas, mas, não há relação entre os valores delas constantes e o débito levado a apontamento.

Com efeito, foi indicado débito referente ao mês de agosto de 2015 no valor de R$ 4.337,13, ao passo que a fatura do aludido mês apresentada o débito de R$ 3.431,55 (fls. 68), não se podendo concluir que a diferença de quase R$ 1.000,00 (um mil reais) tenha sido em decorrência de encargos moratórios.

Importa salientar que tal questão foi pontualmente impugnada pelo autor.

Conclui-se, assim, pela procedência do pedido de declaração de inexistência de débito.

No tocante ao dano moral, ressalte-se que os fatos narrados não denotam um profundo abalo emocional apto a ensejar o alegado dano, senão mero dissabor, daqueles corriqueiros na vida cotidiana.

Isto porque, se se busca uma indenização por dano moral, devem seus reflexos negativos perante a sociedade ser provados, e não apenas presumidos.

Ressalte-se, a propósito, que não é devida indenização por danos morais em razão de transtornos, perturbações ou aborrecimentos que as pessoas sofrem no seu dia a dia, frequentes na vida de qualquer indivíduo, que não demonstrou ter sofrido qualquer abalo psicológico, ou alteração do seu comportamento habitual, em razão desses contratempos.

Segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, "***só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral***" (REsp. nº 21.666-RJ, *in* RSTJ 150/382).

A esse passo, a indenização por danos morais é indevida.

Por fim, impõe-se afastar a condenação às penas por litigância de má-fé, ante a procedência do pedido declaratório de inexistência de débito.

Destarte, é de rigor a acolhida parcial das razões recursais, para julgar parcialmente procedente a ação, devendo cada parte, ante a sucumbência recíproca, arcar com suas respectivas custas e despesas processuais, bem como com a verba honorária do patrono da parte adversa, aqui fixada em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002891-68.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é apelado ROGÉRIO ANTONIO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO NÃO PROVIDO M.V. VENCIDO O 3º JUIZ, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.736)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZZO (Presidente), MOURÃO NETO, CAMPOS PETRONI e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 27 de junho de 2019.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Contrato de Seguro. Veículo automotor. Colisão do veículo segurado no dia 15 de julho de 2017, quando era conduzido pelo filho do segurado, que contava então 25 anos e 11 meses de idade. Recusa de cobertura pela Seguradora, invocando a exclusão de cobertura por agravamento do risco ante a condução do veículo por pessoa de faixa etária "entre 18 e 25 anos" na ocasião. SENTENÇA de procedência para condenar a ré a pagar para o autor indenização securitária de R$ 19.781,00, com correção monetária a contar da comunicação do sinistro e juros de mora a contar da citação, além das verbas sucumbenciais, arbitrada a honorária em dez por cento (10%) do valor da condenação. APELAÇÃO da Seguradora ré, que insiste na improcedência, pugnando subsidiariamente pela redução da condenação. REJEIÇÃO. Cláusula de exclusão de cobertura que foi redigida de forma ambígua no Contrato de Seguro em questão.

Acesso ao Sumário

Condutor do veículo segurado que já superava a idade de 25 anos na data do sinistro, embora com a idade de 26 anos incompletos. Interpretação da cláusula contratual que deve ser feita de forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Cobertura contratual bem reconhecida, ante a não configuração do alegado agravamento do risco. Questão atinente a eventuais débitos incidentes sobre o veículo e à transferência da propriedade do bem que já foi resolvida em sede de Embargos de Declaração tal qual pleiteado pela Seguradora demandada. Majoração da verba honorária sucumbencial para doze por cento (12%) do valor da condenação, "ex vi" do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

O MM. Juiz "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO PROCEDENTE a presente ação, declarando-a extinta com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para os fins acima explicitados. Sucumbente, arcará a ré, com o pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios em favor do procurador da parte autora, que arbitro, com fulcro no art. 85,§ 2º, do CPC, em 10% do valor da condenação.*" (fls. 177/180).

Os Embargos de Declaração opostos pela ré foram acolhidos para acrescentar à sentença que "*...é de ser garantida a ré a propriedade do salvado, bem como consigno que do valor a ser indenizado deverão ser abatidos eventuais débitos em aberto que recaiam sobre o veículo sinistrado, tais como multa, IPVA, emplacamento ou qualquer outro ônus existente, que estiverem devidamente comprovados pela seguradora. Com o trânsito em julgado da sentença deverá ser expedido ofício ao DETRAN-RJ para que transfira a propriedade do veículo sinistrado para a ora embargante, livre e desembaraçado de qualquer ônus*" (fls. 183/185 e 189/190).

Inconformada, apela a Seguradora ré insistindo na improcedência, pugnando subsidiariamente pela redução da condenação (fls. 192/200).

Anotado o Recurso (fl. 202), o autor apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (v. fls. 204/209). Após, os autos subiram para o reexame (fl. 211).

Acesso ao Sumário

É o **relatório**, adotado o de fl. 177.

Conforme já relatado, o MM. Juiz "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO PROCEDENTE a presente ação, declarando-a extinta com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para os fins acima explicitados. Sucumbente, arcará a ré, com o pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios em favor do procurador da parte autora, que arbitro, com fulcro no art. 85,§ 2º, do CPC, em 10% do valor da condenação.*" (fls. 177/180).

A Apelação foi processada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade recursal no tocante (v. artigos 1.9 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015).

Ao que se colhe dos autos, o autor, ora apelado, firmou contrato de seguro com a ré, ora apelante, em relação ao veículo marca VW Gol GV, placas ENJ-1852, ano 2010, na condição de principal condutor, sem extensão da cobertura "*para condutores na faixa etária dos 18 aos 25 anos*" ("*sic*", fl. 15/17). Consta que, no dia **15 de julho de 2017**, por volta das 08h30min, o veículo era conduzido por Roger Vinicius Candido de Souza Santos, filho do demandante, nascido no dia **20 de julho de 1991**, quando colidiu com um poste situado na Rua Liberdade, na altura do número 326, no Distrito de Talhado, em São José do Rio Preto (v. fls. 11/14). Consta que o segurado comunicou o sinistro à ré (nº 961404905), mas a cobertura foi negada pela Seguradora demandada por correspondência datada de 14 de agosto de 2017, a pretexto de ausência de cobertura pelo fato de que o veículo era conduzido por pessoa com idade "*entre 18 e 25 anos*" na data do acidente (v. fl. 18/19). Consta por fim que o preço médio do veículo, na data do acidente, era de R$ 19.781,00, de acordo com a Tabela Fipe, daí a Ação (v. fls. 1/6 e 7/20).

Já se viu, a Ação foi julgada procedente, mas a ré insiste na ausência de cobertura, sob a argumentação de que houve agravamento intencional do risco porque o veículo era conduzido por pessoa que contava ainda 25 anos de idade, invocando a cláusula de faixa etária (v. fls. 192/200).

Malgrado a insistência da ré, ora apelante, a r. sentença apelada não comporta a pretendida reforma.

Com efeito, a relação contratual em causa tem natureza de consumo e, por isso mesmo, está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor e garante a essa aparte hipossuficiente o direito básico de informação adequada e precisa sobre produtos e serviços oferecidos pelo Fornecedor, além da inversão do ônus da prova (v. artigo 6º, incisos III e VIII, e 47 da Lei nº 8.078/90).

Acesso ao Sumário

No caso vertente, verifica-se que a cláusula de exclusão de cobertura em questão foi redigida de forma ambígua, deduzida em forma de perguntas e respostas nos termos seguintes: "*Deseja estender a cobertura contratada para condutores na faixa etária dos 18 aos 25 anos? Não. Estou ciente que sinistros com condutores nesta faixa etária não estarão cobertos por este seguro*" ("*sic*", fl. 16).

No caso, o condutor já contava **25 anos e 11 meses de idade** na data do acidente, ou seja, já contava mais de 25 anos de idade ou 26 anos de idade incompletos. A questão comporta interpretação mais favorável ao consumidor, em detrimento à interpretação aplicada pela própria Seguradora, "*ex vi*" do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.978/90).

Nesse sentido, foi decidida a Ação Civil Pública nº 0212713-34.2011.8.26.0100 ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, por intermédio da Promotoria de Justiça do Consumidor, contra a Seguradora Bradesco, mediante a qual requereu "*... que a cláusula presente em alguns contratos de seguro de veículo que dispõe que '...não haverá cobertura caso o condutor deste veículo, quando não o próprio segurado, esteja na faixa entre 18 e 25 anos', seja interpretada da seguinte forma: o indivíduo está na faixa entre 18 e 25 anos até o dia exato em que completa 25 anos e, a partir de então, possui idade superior a 25 anos, estando fora da faixa excludente da responsabilidade da seguradora*", consoante relatado pelo E. Desembargador Morais Pucci, que foi julgada procedente (Apelação 0212713-34.2011.8.26.0100, Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado, j. 03/04/2017).

Não bastasse, insta observar que a Seguradora ré, ora apelante, não demonstrou que a idade do motorista na ocasião do acidente tenha influenciado ou contribuído, de alguma maneira, para a ocorrência do sinistro, a modo de justificar o cogitado agravamento intencional do risco.

Quanto à indenização securitária, deve ser adotado o valor indicado pelo autor, ora apelado, já que correspondente ao preço médico do veículo previsto na Tabela Fipe na data do acidente (v. fl. 20).

Por fim, a questão atinente a eventuais débitos pendentes sobre o veículo e à transferência da propriedade do bem já foi resolvida em sede de Embargos de Declaração tal qual pleiteado pela Seguradora demandada (fls. 189/190).

Resta a rejeição do Recurso por conseguinte.

A propósito, eis a Jurisprudência:

0212713-34.2011.8.26.0100
Classe/Assunto: Apelação/Seguro
Relator(a): Morais Pucci
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 03/04/2017

Data de publicação: 06/04/2017

Data de registro: 06/04/2017

Ementa: ***Ação civil pública. Promotoria de Justiça do Consumidor. Interpretação de cláusula de contrato de seguro de veículo contratado com exclusão de cobertura para condutores entre 18 e 25 anos. Reconhecimento da procedência do pedido pela ré, que concordou expressamente em modificar os critérios de interpretação do contrato de seguro, de modo que os sinistros que envolvam condutores maiores de 25 anos, porém com 26 anos incompletos, tenham cobertura securitária.*** *Apelação da ré. Competência da Justiça Estadual. O art. 93 do CDC instituiu regra específica de competência para o processamento de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, estabelecendo que, ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local, ou no foro do local onde ocorreu o dano, quando se tratar de dano de âmbito local, ou no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional (hipóteses essas elencadas nos incisos I e II do mencionado artigo). O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que cuida de direitos individuais homogêneos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Efeitos da sentença que alcançam os casos anteriores, pois não se vislumbra outra limitação temporal, além da prescrição, para o exercício do direito reconhecido nesta ação. Manutenção da determinação de divulgação do conteúdo da decisão no site da ré, com observação a respeito da forma que será feita. Apelação não provida, com observação.*

0006562-81.2013.8.26.0224

Classe/Assunto: Apelação/Seguro

Relator(a): Arantes Theodoro

Comarca: Guarulhos

Órgão julgador: 26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Data do julgamento: 07/11/2016

Data de publicação: 08/11/2016

Data de registro: 08/11/2016

Ementa: Seguro de dano. Veículo automotor. Contratação pelo regime de perfil. Cláusula que excluía de cobertura sinistro ocorrido na condução do automóvel por motorista com idade entre 18 e 25 anos, salvo em situação de emergência. Veiculo que veio a ser roubado quando estava na posse de condutor com vinte e dois anos. ***Idade do condutor que, no caso, não apresentava relevo, eis que não concorreu para a ocorrência do roubo, nem provocou agravamento do risco****. Recurso improvido.*

1011193-97.2014.8.26.0068

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Apelação/Seguro

Relator(a): Ruy Coppola

Comarca: Barueri

Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/09/2016

Data de publicação: 23/09/2016

Data de registro: 23/09/2016

Ementa: Seguro de veículo. Ação de cobrança. ***Alegação da seguradora de que o veículo objeto da cobertura securitária estava sob a condução de pessoa menor de 26 anos, sendo que o autor não estendeu a cobertura contratada para condutores entre a faixa etária de 18 a 25 anos****. Veículo que foi deixado para troca de pneus em concessionária, sendo solicitado pelo autor que o automóvel fosse entregue em sua casa.* ***Foi quando da devolução do veículo, que era conduzido por funcionário da concessionária, com menos de 26 anos, que ocorreu o acidente. Indivíduo que conduzia extraordinariamente o veículo, sem habitualidade****. Não é exigível que o autor solicite funcionário acima de 25 anos para entregar o veículo. Ausência de má- fé. Situação que não provocou o aumento dos riscos segurados. Recusa da indenização que é indevida. Ação procedente. Sentença mantida. Majoração dos honorários recursais. Recurso improvido.*

0006545-84.2011.8.26.0363

Classe/Assunto: Embargos de Declaração/Seguro

Relator(a): Campos Petroni

Comarca: Mogi-Mirim

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 12/04/2016

Data de publicação: 14/04/2016

Data de registro: 14/04/2016

Outros números: 65458420111826036350000

Ementa: ***Seguro facultativo de veículo. Cobrança de indenização securitária c.c. danos materiais e morais. R. sentença de parcial provimento, com apelos de ambas as partes. Inexatidão das informações prestadas no momento da contratação. Alegado agravamento do risco, não configurado. Má-fé do segurado não comprovada. Plena aplicação do CDC. Indenização devida, nos termos da apólice, deduzindo-se a diferença do valor do prêmio que deveria ter sido pago, caso constasse a informação de que o VW/ JETTA, ano 10, seria conduzido por pessoa de 18 a 25 anos****. Danos materiais corretamente afastados, eis que não há previsão contratual de cobertura para residência de terceiros (muro e calçada). Danos morais não vislumbrados. R. sentença mantida na íntegra. Intelecção do art. 252*

Acesso ao Sumário

do Regimento Interno deste Tribunal. Negado provimento ao apelo da Seguradora/ré, e ao recurso do segurado/autor. Embargos declaratórios opostos só pelo autor. Omissão que deve ser suprida, sem, contudo modificação do julgado, uma vez que o recorrente não logrou demonstrar os alegados danos materiais. Declaratórios acolhidos para apreciação da matéria omitida, mas sem efeitos infringentes.

0065994-07.2012.8.26.0114

Classe/Assunto: Apelação/Seguro

Relator(a): Jayme Queiroz Lopes

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 16/07/2015

Data de publicação: 20/07/2015

Data de registro: 20/07/2015

*Ementa: CONTRATO DE SEGURO - AÇÃO DE COBRANÇA - PROCEDÊNCIA - **COBERTURA QUE NÃO INCLUI CONDUTORES NA FAIXA ETÁRIA DE 18 A 25 ANOS DE IDADE FILHO DA AUTORA QUE CONDUZIA O VEÍCULO NO DIA DOS FATOS E QUE CONTAVA COM IDADE ACIMA DAQUELA APONTADA**, PODENDO CONDUZIR A MOTO DESDE QUE NÃO FOSSE O PRINCIPAL CONDUTOR - FALTA DE HABILITAÇÃO QUE NÃO FOI A CAUSA DO SINISTRO, TENDO EM VISTA QUE SE TRATOU DE ROUBO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SE MOSTRAM EXCESSIVOS COMPORTANDO REDUÇÃO. Apelação parcialmente provida.*

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais, mas com a majoração da verba honorária sucumbencial para doze por cento (12%) do valor da condenação, "ex vi" do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 07183)

Com a devida vênia do entendimento lançado pela E. Relatora, e sempre respeitado o entendimento por ela esposado, dele divirjo pelas razões que, singelamente, abaixo declino.

Adotado na íntegra o relatório da lavra da E. Relatora, penso que o entendimento lançado no voto da I. Relatora esposado em seu voto não pode prevalecer, razão pela qual passo a lançar minha divergência no que tange ao mérito recursal.

Trata-se de ação de cobrança de cobertura securitária. O autor é proprietário de veículo que, conduzido por seu filho, colidiu com um poste da CPFL, vindo a sofrer perda total. A companhia de seguros recusou-se a pagar a indenização prevista no contrato sob o argumento de que o condutor possuía 25 anos na data do acidente, excluído, portanto, da apólice.

A cláusula excludente da responsabilidade que consta do questionário respondido pessoalmente pelo segurado, genitor do então condutor do veículo quando do sinistro, **é clara, assim como o é a resposta negativa dada pelo segurado:** "*Deseja estender a cobertura para condutores na faixa etária dos 18 aos 25 anos?* ***Não***. ***Estou ciente de que sinistro com condutores nesta faixa etária não estarão cobertos por este seguro***" (consta **em negrito no original** a fls. 16 e 47/49, sublinhei para destaque).

Não há qualquer ambiguidade na sua redação, sendo que a única interpretação que se pode extrair é a de que condutores na faixa etária dos 18 aos 25 anos não estão cobertos pelo seguro contratado. Além disso, a cláusula é de pleno conhecimento do aderente.

Mais.

De absoluto interesse cumpre assinalar que **o seguro foi contratado para viger no período de 24:00 horas do dia 21/01/2017 até 24:00 horas do dia 21/01/2018**, ocasião na qual **o condutor contava 25 anos e cinco meses de idade**, o que certamente era do conhecimento do contratante.

Em outras palavras, **quando da contratação o segurado sabia, indiscutivelmente, que em sua residência havia condutor dentro da faixa etária limite, e decidiu voluntariamente não estender a cobertura para aquela faixa de idade, que é relevante, sim, em razão do cálculo atuarial envolvido no custo (prêmio) do seguro.**

A cláusula referida respeita ainda, de outra sorte, o comando do artigo 54, § 4° do Código de Defesa do Consumidor: "*As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*".

Enfim, o condutor do veículo quando do sinistro, como bem destacado pela E. Relatora, **contava com 25 anos e 11 meses de idade**, portanto, ainda não havia atingido a idade de 26 anos. Encontrava-se, desta forma, dentro da faixa etária sem cobertura contratual. Não há qualquer margem interpretativa para esse fato, tampouco. O condutor ou contava com 25 anos ou contava com 26 anos, inexistindo a idade de 26 anos incompletos. No caso, 25 anos e 11 meses ainda está dentro da margem de 25 anos, sendo tal critério de cunho eminentemente objetivo.

Em suma, e já encerrando, *data maxima venia* do que entendeu a N. Relatora, que conte **"26 anos incompletos", uma vez que tal expressão tem**

Acesso ao Sumário

um único significado: a pessoa conta 25 anos de idade.

Descumprida a cláusula contratual, não há qualquer ilegalidade na recusa do pagamento de indenização securitária.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DAVA PROVIMENTO** ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

MARCOS GOZZO, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008466-16.2017.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado MARCUS JOSÉ MARTINS DOS SANTOS.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.007)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2019.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ação de rescisão contratual cumulada com obrigação de fazer e indenização – contratos de compra e venda de veículo e de financiamento – conexão e dependência – desfazimento do principal, que envolve a compra e venda, implica automática rescisão do contrato de financiamento a ele correlato – dano moral caracterizado – valor da indenização mantido – apelação não provida, com observação (art. 85 § 11 do CPC).

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ação de rescisão contratual cumulada com obrigação de fazer e indenização decorrente de bem móvel julgada procedente pelo M. Juiz Márcio Roberto Alexandre, para declarar rescindido o contrato de compra e venda

firmado com a ré Valmival Comércio de Veículos Ltda., bem como o contrato coligado de financiamento firmado com a ré Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, referentes ao veículo descrito na inicial e declarar inexigível a dívida do contrato de financiamento; condenar as rés, solidariamente, a adotar as medidas cabíveis para desvincular o nome do autor do automóvel descrito na inicial, sob pena de multa, bem como pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, atualizado a partir do arbitramento e com juros desde a citação; e, condenar a ré Valmival ao pagamento de quaisquer débitos que incidirem sobre o veículo e lançados em nome do autor a contar de outubro de 2015.

Ainda, as rés deverão arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor da condenação.

A ré Aymoré Financiamento apela e se diz parte ilegítima para responder a ação, diante da ausência de ilicitude de sua parte, pois apenas recebeu a solicitação de financiamento para possibilitar a aquisição do bem pelo autor, repassando integralmente o valor para a revendedora. A ação está voltada para problemas entre o lojista e o autor, sem qualquer relação com o agente financiador. Não há razão para a rescisão do contrato de financiamento.

Caso contrário, trata-se de mero inadimplemento contratual que não enseja dano moral. Na eventualidade, cabível a redução do valor arbitrado a este título, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa.

Recurso preparado e respondido.

É o relatório.

A petição inicial relata que, em setembro de 2015, o autor compareceu à loja da ré Valmival Comércio de Veículos Ltda. para aquisição do veículo VW Gol 1.0, 2009/2010, placa EIL 9390, mediante financiamento com o banco Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A.

Alega o autor que, após a transferência do documento para seu nome, antes do vencimento da primeira parcela do financiamento, o veículo apresentou problemas no motor. Em 16.10.2015, o veículo foi devolvido à ré Valmival com o documento original, ficando a loja responsável pela transferência do veículo para seu nome e cancelamento do contrato de financiamento.

Ainda, o autor alega que adquiriu um novo veículo, também objeto de financiamento. Acontece que o veículo já devolvido, encontra-se, ainda, registrado em seu nome, tendo sido notificado extrajudicialmente sobre débitos do financiamento e teve o nome inserido no cadastro de devedores. Pleiteou a rescisão dos contratos, indenização e transferência do veículo, dos tributos, multas e pontuações em seu nome.

Sem razão o inconformismo da apelante. Isto porque, o caso dos autos se refere à rescisão do contrato de compra e venda de veículo e de financiamento

Acesso ao Sumário

correlato.

No caso, os contratos são conexos e dependentes. Eventual desfazimento do principal que envolve a compra e venda implica automática rescisão do contrato de financiamento.

Não é possível considerar o contrato firmando pela financeira como negócio distinto daquele de compra e venda, na medida em que o pacto somente aconteceu por conta do financiamento e, uma vez legítimo o pedido de desistência do primeiro, fica comprometida a continuidade do segundo.

Além disso, nas relações de consumo respondem solidariamente todos os fornecedores de produtos e serviços vinculados por meio de uma cadeia dirigida exatamente ao fornecimento de um bem ou serviço: "A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja, a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores". (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 5ª Ed., p. 401 Cláudia Lima Marques)

Não se trata de simples inadimplemento contratual, porque o nome do autor foi lançado indevidamente no rol de maus pagadores, apesar do pedido de desfazimento do negócio.

O dano moral é presumido para o caso de inserção indevida do nome em cadastro de inadimplentes, o que dispensa prova de prejuízo material.

A respeito, confira-se o julgado deste Tribunal:

"A indevida comunicação do nome de alguém no cadastro do SERASA ofende a honra subjetiva da pessoa física, ensejando injusta lesão ao seu bom nome, constrangimento que, por si só, basta para gerar o dever de indenizar do réu." (Apelação Cível n.1035382003 São Paulo 29ª Câmara de Direito Privado Relator: Francisco Thomas 30.01.08).

Também por ter sido mantido o registro do veículo em nome do autor, este teve seu nome envolvido em infrações de trânsito sem que estivesse na posse do bem, sendo inclusive notificado para pagamento, permanecendo o gravame quanto à alienação fiduciária, conforme documentos fls. 31/33, 118/119, 164 e 171.

O equilíbrio orientou a fixação da indenização por danos morais, sem permitir descaso com o autor e sem caracterizar enriquecimento sem causa. Assim, a quantia de R$ 10.000,00 fica mantida porque representa, no caso concreto, compensação equânime e atende à finalidade punitiva e pedagógica da medida.

Por fim, os honorários advocatícios devidos pela apelante devem ser

aumentados para 15% (quinze por cento) da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Do exposto, nega-se provimento à apelação, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009179-39.2018.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante ELLEN JOICY DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RUIMAR AFONSO CAMPULINO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.778)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2019.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. Concretizada a compra e venda, era dever da requerida proceder à entrega do bem dado em pagamento de dívida ao autor. Inexistência de prova de se tratar de vício oculto. Os elementos dos autos revelam que a ré-reconvinte tinha ciência da qualidade do bem que estava adquirindo, anuindo com o estado em que se encontrava. Descabimento do pedido para a reparação pretendida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 85/87 julgou **procedente** a **ação de obrigação de fazer** decorrente de compra e venda de bem móvel, proposta por **Ruimar Afonso Campulino** contra **Ellen Joyce da Silva**, a fim de determinar à requerida a transferência do veículo para o nome do autor, no prazo de 15 dias; e **improcedente** a lide reconvencional. Sucumbente, a requerida foi condenada,

Acesso ao Sumário

também, a arcar com os ônus da sucumbência, inclusive a verba honorária sucumbencial, arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

Irresignada com o desenlace dado à controvérsia, a demandada interpôs, a fls. 98, recurso de apelação. Ao arrazoá-lo, a fls. 99/108, evoca a teoria da exceção do contrato não cumprido, em razão da omissão, pelo autor, das reais condições do veículo alienado. Sugere a ocorrência de vício redibitório. Requer, ao final, a condenação do autor-reconvindo ao pagamento de indenização por danos materiais, relativos ao conserto no veículo e lucros cessantes.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade, motivo pelo qual é recebido por este relator em seus regulares efeitos. Contrarrazões a fls. 112/113.

É o relatório.

Cuida-se de **ação de obrigação de fazer** decorrente de contrato de compra e venda de bem móvel. Relata o autor, em síntese, ter alienado a ré o veículo descrito na petição inicial (Hyundai HR), recebendo como pagamento em dinheiro a quantia de R$ 40 mil, e o restante mediante a dação de outro automóvel, GM/Celta, pelo valor combinado de R$ 17 mil. No entanto, a requerida não lhe entregou o bem, tampouco realizou a devida transferência junto ao departamento de trânsito.

A ré não refuta a existência do negócio jurídico, mas aduz em seu prol que o veículo adquirido se encontrava eivado de vício, de modo a lhe autorizar a evocação da teoria da exceção do contrato não cumprido.

Com efeito, a compra e venda está bem caracterizada nos autos.

Em se tratando de bem móvel, a transferência da propriedade ocorre com a tradição, isto é, a entrega da coisa - Cód. Civil, art. 1.267.

Cumprida a obrigação pelo autor, ora apelado, cabia à ré o adimplemento integral de sua prestação, qual seja, a entrega do bem dado em pagamento da dívida (Cód. Civil, art. 356).

E nem se argumente com a teoria da exceção do contrato não cumprido, porque inexiste prova da existência do suposto vício oculto do produto.

É fato que o veículo já encontrava com larga utilização quando de sua aquisição, sendo presumível, destarte, o desgaste natural de seus componentes. Ademais, a própria requerida-reconvinte acostou aos autos o laudo técnico de fls. 61/68, que atestava a inexistência dos vícios propalados.

E mais, como bem obtemperou o MM. Juiz de Direito, os elementos dos autos revelam que os defeitos ocorridos no veículo decorreram da utilização de combustível adulterado (fls. 38).

Em verdade, a alegação de desconhecimento da situação do bem pela apelante consubstancia um *venire contra factum proprium*, na medida em que

está a agir em desconformidade com sua anterior manifestação de vontade, concordando com a situação do bem.

Nessa direção:

"**BEM MÓVEL - AÇÃO DE RESTITUIÇÃO - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO - *DESGASTE NATURAL DO BEM - VÍCIO OCULTO NÃO COMPROVADO*** - PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ MANTIDA - **APELAÇÃO IMPROVIDA**. *Aquele que adquire veículo usado corre os riscos do negócio; sofrendo os efeitos do desgaste natural pelo uso e decurso do tempo, incumbe ao comprador produzir induvidosa prova de que, ao tempo do negócio, existia o defeito ocultado*".[1]

Em verdade, cabia à reconvinte a prova do fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC. Mas deste ônus ele não se desincumbiu. Não se há falar, portanto, em indenização.

Do mesmo modo, não há se falar em reparação a título de lucros cessantes.

A obrigação de indenizar exige real demonstração do prejuízo. A produção de prova - a cargo da parte autora, nos termos do art. 373, I, do CPC - era necessária para a constatação dos danos que poderia ter sofrido em virtude da impossibilidade de utilização do bem.

Para que se conceda o ressarcimento, é imprescindível que o credor efetivamente tenha experimentado prejuízo real ou concreto. O dano hipotético não justifica a reparação."[2]

Não basta a mera possibilidade de realização de lucro. É necessária uma probabilidade objetiva que resulte do curso natural das coisas e das circunstâncias do caso concreto.

Irreprochável, portanto, o édito monocrático, que ora se mantém na íntegra.

Finalmente, dando cumprimento ao que reza o art. 85, § 11, do CPC, majora-se a verba honorária sucumbencial para 12% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000120-72.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante AYMORÉ

1 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 924.702-00/0 - Rel. Des. **Norival Oliva** - J. 12/11/2007.

2 SAVI, Sérgio. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenador Gustavo Tepedino - Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 479/480.

CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado DIOGO RAMOS DE FREITAS (NÃO CITADO).

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 40.701)**

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

São Paulo, 2 de julho de 2019.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - CONSTITUIÇÃO EM MORA - NOTIFICAÇÃO ENVIADA POR E-MAIL - INVALIDADE DO ATO - FORMA NÃO PRESCRITA EM LEI - INDEFERIMENTO DA INICIAL - AÇÃO EXTINTA - RECURSO NÃO PROVIDO. Patente a mora, e tendo a financiadora expedido notificação para o endereço eletrônico declinado pelo réu no contrato, não pode esta ser considerada válida, vez que utilizada forma não prescrita em lei. É desnecessária a assinatura de próprio punho do devedor no recebimento no aviso, mas a notificação precisa ser enviada ao endereço físico fornecido pelo devedor, e recebida. Correta a decisão que determinou a emenda da petição inicial, e diante do não cumprimento, indeferiu a petição inicial, declarando extinta a ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A propôs ação de busca e apreensão, com pedido de liminar, frente a **DIOGO RAMOS DE FREITAS**.

A r. sentença de fls. 86, cujo relatório se adota, indeferiu a petição inicial, e declarou extinta a ação, com base nos arts. 485, I, 321 e 330, IV do CPC/2015.

Inconformada, apela a autora almejando a reforma da decisão, alegando, em síntese, que: há entendimento do STJ no sentido de que é válida a notificação enviada para o email do devedor informado no contrato entre as partes; com a redação dada pela Lei 13.043/2014 ao Dec. Lei 911/69, deixou de ser requisito

a assinatura do devedor no aviso de recebimento, bastando a certificação de recebimento do documento no endereço (que pode ser o eletrônico) informado pelo financiado no contrato celebrado entre as partes, certificado e registrado digitalmente através de certificado digital da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil; no caso dos autos a notificação foi enviada para o endereço eletrônico do financiado/devedor constante do contrato, sendo que consta certificado na Notificação Extrajudicial que essa foi entregue no referido destinatário informado no contrato pelo financiado registrado e certificado digitalmente (Organização: Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, Unidade: Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil), ou seja, a entrega ocorreu; é de inteira responsabilidade do devedor manter seu cadastro e endereços de contato sempre atualizados junto aos credores; o referido dispositivo é claro quanto à entrega e recebimento da notificação pelo devedor para comprovação da mora, tendo em vista que o termo "poderá", não expressa obrigatoriedade bastando que a notificação seja enviada para o endereço constante no contrato de financiamento; a notificação acostada ao feito é suficiente para comprovação da constituição em mora, carecendo de reforma a sentença proferida (fls. 88/92).

Sem contrarrazões, ante a ausência de citação da parte contrária, vieram os autos a esta C. Corte.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso, e lhe nego provimento.

Conforme se depreende dos autos, o autor propôs ação de busca e apreensão em razão de inadimplemento de contrato realizado entre as partes, com alienação fiduciária em garantia, de um veículo Fiat Uno Mille Way 2010, placa EGS 9494. O inadimplemento ocorreu a partir da parcela vencida em 30.09.2018, tendo o autor enviado notificação através de endereço eletrônico (e-mail), conforme fls. 35/37.

O MM. juízo entendeu que não houve a correta notificação, e determinou a emenda da petição inicial, o que não foi atendido, levando a extinção da ação.

Inconformado, recorreu o autor, não merecendo acolhida seu apelo.

A comprovação da mora para os fins previstos no Dec. Lei 911/69 se efetivava com a entrega da notificação premonitória realizada mediante carta registrada com AR ou enviada através do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, ou pelo protesto do título, podendo o aviso de recebimento da correspondência ser assinado por pessoa diversa da do destinatário.

É certo que houve modificações na redação original do Dec. Lei 911/69, estando atualmente assim redigido o art. 2º, § 2º:

> *"A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e* ***poderá ser comprovada por carta registrada com aviso***

Acesso ao Sumário

***de recebimento**, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário." (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014) (**grifei**)*

Assim, não é mais necessário o protesto do título, e nem o envio de correspondência por intermédio de Cartório, bastando uma notificação enviada pelo próprio credor.

Todavia, a missiva deve ser endereçada para o local fornecido pelo financiado como aquele de sua residência, sendo que, ali chegando, reconhece-se a eficácia do ato, porquanto presume-se tenha chegado inequivocamente ao conhecimento do notificando, uma vez que a lei não exige a assinatura de próprio punho do devedor no aviso de recebimento.

Logo, não pode ser aceito um e-mail como pretende o autor, vez que não atende a forma prescrita em lei.

Neste sentido já houve julgamento:

***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MEDIDA LIMINAR. COMPROVAÇÃO DA MORA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPRESCINDÍVEL A NOTIFICAÇÃO PARA FAZER OPERAR OS EFEITOS DA CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA FORMA ESTABELECIDA EM LEI. RECURSO IMPROVIDO**. Malgrado se considere efetivada a notificação com a simples entrega da correspondência ao endereço declinado no contrato, no caso, verifica-se que não houve essa comprovação. A operatividade da cláusula resolutória expressa só pode ocorrer após o decurso do prazo da notificação premonitória, ato indispensável para expressar a vontade do credor. Sua falta enseja o reconhecimento de que o contrato ainda perdura, afastando a possibilidade de admitir a utilização da via de busca e apreensão. Na hipótese, apresenta-se impossível admitir a eficácia da mensagem eletrônica encaminhada à ré, pois a lei que disciplina a matéria não se reporta a esta forma de comunicação. (TJSP - AI 2140631-67.2017.8.26.0000 - Des. Antonio Rigolin - 31ª Câmara de Dir. Priv. - j. 17.08.2017)*

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Para cumprimento do comando do art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 911/69, não é válida a notificação extrajudicial encaminhada para o endereço eletrônico (e-mail) do devedor indicado no contrato. Precedentes desta E. Corte e do C. STJ. Ausência de constituição do devedor em mora, que é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. De rigor a extinção do feito, com fundamento no art. 485, IV, do CPC/2015. Recurso prejudicado. (TJSP - Agravo de Instrumento 2256776-

Acesso ao Sumário

75.2018.8.26.0000 - Relator (a): Gomes Varjão - 34ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 21/01/2019)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Agravo de Instrumento - Ação de busca e apreensão - Insurgência contra a decisão que determinou a regularização da notificação extrajudicial do réu - Notificação encaminhada por "e-mail" - Forma não prevista em Lei - Invalidade para fins de comprovação da mora - Falta de pressuposto processual, que leva à extinção do processo sem resolução do mérito - Inteligência do art. 485, I e IV, do CPC - Processo extinto sem resolução do mérito, de ofício. Recurso prejudicado. (TJSP - Agravo de Instrumento 2253008-44.2018.8.26.0000 - Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira - 32ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 17/12/2018)

Agravo de instrumento - Busca e apreensão - Alienação fiduciária - Notificação enviada ao endereço constante do contrato - Constituição em mora do devedor - Notificação formalizada por e-mail - Impossibilidade. Ausente prova de constituição do devedor em mora, correta o indeferimento do pedido liminar de busca e apreensão do bem objeto do contrato, tendo-se em conta que o Decreto-lei 911/69 não possibilita a notificação do devedor por meio de e-mail. Agravo desprovido. (TJSP - Agravo de Instrumento 2220039-73.2018.8.26.0000 - Relator (a): Lino Machado - 30ª Câmara de Direito Privado - Julgamento: 24/10/2018)

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001909-49.2017.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.V.T.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado V.M.S.C.L., NA PESSOA DE SEU REPRESENTANTE L.T.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28082)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente) e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 2 de julho de 2019.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviço de agenciamento de modelo - Ação de indenização moral - Dano moral inexistente, apesar de a ré ter descumprido o contrato - Não houve ofensa a direito da personalidade - Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se a autora, em ação de indenização moral, contra sentença que julgou o pedido improcedente.

Sustenta que: a) após a confecção de *book* fotográfico, nunca foi contatada pela ré para realizar testes ou qualquer trabalho como modelo; b) preposto da ré afirmou, quando da contratação, que a apelante preenchia todas as características de uma "top model"; c) o episódio trouxe muita frustração à apelante, que tem apenas doze anos de idade; d) o interesse da ré era apenas vender *books* fotográficos, por preços superiores à média de mercado, não agenciar modelos; e e) a ré não prestou informação clara e adequada, infringindo o artigo 6º, III, do Código do Consumidor. Pede, pois, a reforma da sentença, para que seja moralmente indenizada.

Recurso tempestivo. Sem preparo, porque a apelante é beneficiária da justiça gratuita.

Vieram aos autos contrarrazões (fls. 210/213) e manifestação do Ministério Público (fls. 220/225), pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta dos autos que, em 07.11.2012, a autora, na época com oito anos de idade, representada por seu pai, Á.T.S., celebrou "contrato de prestação de serviços de agenciamento e divulgação de imagem" com a ré, que, na época, utilizava a denominação social *V.M.* (fls. 16/17).

A ré comprometeu-se a divulgar a imagem da autora, "utilizando-se (...) de todos os seus conhecimentos na área de divulgação de imagem (...) e na área de marketing, agendando previamente horários e locais para apresentações internas e externas, testes, trabalhos e outras atividades relacionadas com o objeto deste negócio", com a ressalva de que atuaria "como intermediária entre cliente e modelo, não tendo, assim, autonomia para decidir a escolha pelo cliente" (fl. 16, cláusula segunda).

A autora autorizou a divulgação de sua imagem em portfólio da ré, bem como em "sites da internet, em revista e/ou jornal de circulação nacional ou internacional". Obrigou-se "a efetuar o trabalho na forma e condições da contratação realizada por intermédio da agência, sempre em condições apresentáveis, nas datas e horários designados para prestação do serviço contratado, posando para fotos, desfilando, filmando, autografando, dançando,

Acesso ao Sumário

dublando, conforme solicitado pelo terceiro contratante" (fl. 16, cláusula primeira).

O contrato foi celebrado pelo prazo de três anos e ficou ajustado que a autora deveria pagar à ré 35% dos cachês que recebesse (fl. 16, cláusulas terceira e quarta).

Na mesma data, a autora contratou a ré para a confecção de *book* fotográfico, ao custo de R$1.520,00 (fl. 17).

Na petição inicial, afirmou que, durante os três anos de vigência contratual, "em momento algum a requerida intermediou qualquer trabalho para a requerente como modelo" (fl. 2), fato que lhe causou dano moral, pelo qual deve ser indenizada.

A ré contestou (fls. 78/83).

Disse que o contrato firmado com a autora destinou-se, apenas, à produção de material fotográfico, e que jamais se obrigou a obter "contratos com agências de marketing ou empresas dessa natureza", pois atua como mera intermediadora, "dependendo exclusivamente do aceite das empresas interessadas em utilizar as imagens, vídeos, etc" (fl. 80).

Foi produzida prova oral, com a oitiva de uma única testemunha, assistente administrativa da ré, que não trouxe aos autos novos elementos (fls. 179/180).

Embora a ré não tenha provado que cumpriu sua obrigação de divulgar a imagem da autora a potenciais contratantes, valendo-se de seu conhecimento de mercado, por meio de portfólio da própria agência, sites, revistas e/ou jornais de circulação nacional e internacional, como se obrigou, pelo contrato (fl. 16), e a autora, menor, possa ter se sentido frustrada, por não "concretizar o sonho de ser modelo" (fl. 203), nada nos autos demonstra que ela tenha passado por sofrimento ou dor psicológica relevantes, não sendo demais observar que a expectativa da autora derivou das ilusões próprias da idade, não devidamente orientadas.

Pelo que há nos autos e das circunstâncias narradas, em suma, não se extrai efetiva ofensa a direito da personalidade, que só ocorre em situações mais graves.

Sendo assim, a autora não tem mesmo direito à indenização moral, como a sentença concluiu.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005140-

Acesso ao Sumário

50.2014.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA. e MARAUTO VEÍCULOS E PEÇAS DE OURINHOS LTDA., é apelado ANDRÉ MURILO MONTEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.006)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 3 de julho de 2019.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Compra e venda de veículo. Rescisão contratual c.c indenização por danos morais. Veículo zero quilômetro que apresentou defeitos após poucos dias de uso. Defeitos em diversos componentes do veículo que não foram sanados pelas rés. Vício oculto. Ação julgada procedente. Dano moral fixado em R$5.000,00.

Apelação da Ford Motor. Alegação de que o veículo está em condições normais de utilização. Recurso da Marauto Veículos. Ilegitimidade passiva: não acolhimento. Responsabilidade solidária do comerciante, nos termos do artigo 18 do CDC. Perícia conclusiva de que alguns dos defeitos narrados na inicial não foram sanados e que são defeitos incomuns em veículo de pouca quilometragem. Comprovado o defeito, cabe ao consumidor escolher uma das alternativas do § 1º do artigo 18 do CDC. Substituição do veículo que é inviável, dada a falta de fabricação do modelo adquirido pelo autor. Devolução do valor pago pelo autor que se mostra adequado ante o desfazimento do negócio. Dano moral configurado. Transtornos vivenciados pelo autor e frustração com a aquisição do veículo novo que supera o mero aborrecimento. Valor que se mostra razoável em face dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Sentença parcialmente reformada. Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de rescisão contratual c.c. indenização por danos morais ajuizada por André Murilo Monteiro em face de Marauto Veículos e Peças de Ourinhos Ltda., Fornecedor Ford Ltda. e Ford Motor Company Brasil Ltda., julgada procedente pela r. sentença de fls. 515/526, com embargos declaratórios não acolhidos a fls. 555/557, condenadas as rés a procederem a substituição do veículo descrito na inicial, no prazo de quinze dias, por outro de mesma marca/modelo, cor e ano, que esteja em perfeitas condições de uso, bem como as despesas oriundas desta operação. No mesmo fôlego, condenadas as requeridas, solidariamente, ao pagamento de R$5.000,00 ao autor a título de danos morais.

Inconformadas, as partes recorrem.

A Ford Motor Company Brasil Ltda., fls. 560/585, aduz que o veículo está em condições normais de utilização e que os vícios foram sanados. Alega afronta ao artigo 18 do CDC, pois não concedida oportunidade para sanar os problemas mencionados pelo perito. Afirma que não é possível cumprir a obrigação de substituição do veículo, pois não mais fabrica o modelo indicado na inicial, e porque é datado de 2013. Pede a conversão da obrigação em perdas e danos. Sustenta culpa do autor pelos defeitos; diz que o pedido de substituição do bem é contraditório, pois o veículo está sendo utilizado pelo autor. Em caso de eventual restituição, pede a devolução dos documentos livres de ônus, bem como a majoração do prazo para cumprir a obrigação. Impugna a ocorrência de dano moral, e alternativamente, pede a redução do valor da indenização. Requer, ainda, que o cômputo dos juros tenha início a partir da data do arbitramento.

A Marauto Veículos, fls. 588/626, alega ilegitimidade passiva, tendo em vista ser mera comerciante do veículo, com fabricante identificado. Aponta a decadência da ação, com suporte no artigo 26, II do CDC. Sustenta que os defeitos foram sanados dentro do prazo de 30 dias e que decorrem de falta de manutenção do veículo; o produto não é impróprio ao uso; no caso de substituição do veículo, pede que seja considerado o tempo de uso e sua quilometragem; seja convertida a obrigação em perdas e danos. Impugna os danos morais, e em caso alternativo, pede a redução da indenização. Aduz que a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação.

Contrarrazões a fls. 637/646.

É o relatório do necessário.

Os recursos comportam parcial provimento.

A discussão versa sobre o veículo adquirido pelo autor em 23/12/2013 (FORD/RANGER LTD CD4 32, na cor branco ártico, zero quilômetro).

De início, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva da corré Marauto Veículos. Isso porque na qualidade de comerciante do veículo responde

Acesso ao Sumário

solidariamente pelos defeitos, nos termos do artigo 18 do CDC.

Nesse ponto vale mencionar a lição de Cláudia Lima Marques: "No sistema do CDC respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. (...) O CDC adota, assim, uma imputação, ou, atribuição objetiva, pois todos são responsáveis solidários, responsáveis, porém, em última análise, por seu descumprimento do dever de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado no mercado. A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto." (*in* "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 3ª ed., pág. 485).

Também rejeito a alegação de decadência, tendo em vista que, nos termos do artigo 26, § 1º do CDC, inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Neste caso, os defeitos tiveram início em 14 de abril de 2014 (OS 32831), depois se mantiveram em 17/05/2014 (OS 33306 e 33307), 22/05/2014 (OS 33372), 24/05/2014 (OS 33400), problemas que persistiram até agosto de 2014 (OS 34382), de modo que a ação ajuizada em 28/10/2014 está dentro do prazo de 90 dias previsto pelo artigo 26 do CDC. Ademais, a demanda é indenizatória, de modo que sujeita ao prazo prescricional previsto pelo artigo 27 do CDC.

Com relação aos defeitos do veículo, inconsistentes as razões das rés.

Verifica-se dos autos que, após quatro meses da data de aquisição, o veículo do autor apresentou vazamento de água, vibração do volante, vazamento de líquido de arrefecimento e outros defeitos mecânicos que, apesar de terem sido constatados pelas rés, não foram completamente solucionados, pois se repetiram diversas vezes, e em vários componentes do veículo, mesmo depois de nove intervenções reparatórias prestadas pela primeira apelante.

E, ao contrário do que alegam as apelantes, a perícia foi conclusiva de que alguns dos problemas reclamados pelo requerente, foram cobertos pela garantia do fabricante (vide fl. 347), mas que outros defeitos permaneceram.

Afirmou ainda o perito que tais problemas "se manifestaram de forma incomum para um veículo com relativa baixa quilometragem" e que no dia da perícia foram constatados "ruídos na suspensão traseira, danos no acabamento do lateral do banco do motorista e ruídos anormais provenientes do motor e/ou atuador do ar condicionado do lado direito quando o sistema é desligado" (fl. 348).

Muito embora a perícia tenha concluído que o veículo não é impróprio ao uso, não há qualquer comprovação nos autos de que os defeitos constatados

Acesso ao Sumário

tenham sido ocasionados por culpa do autor, seja por falta de manutenção, ou por mau uso. Aliás, em resposta ao quesito nº 5, fl. 363, concluiu o perito que "o veículo está com as revisões periódicas em dia, conforme indicadas no Manual de Revisões e Ordens de Serviço (...)".

Assim, restou suficientemente comprovado nos autos que os problemas constatados no veículo poderiam ter sido solucionados pelas rés, mas não o foram por completo, de modo que cabe ao consumidor escolher uma das alternativas do § 1º do artigo 18 do CDC, e sendo a rescisão do contrato a alternativa buscada pelo consumidor, de rigor a procedência da ação.

Contudo, assiste razão às rés quanto à alegada impossibilidade de substituição do veículo. Isso porque o veículo foi fabricado em 2013, e segundo alegam as rés, não mais é comercializado. Ademais, o veículo permaneceu na posse do autor por aproximadamente seis anos, e segundo se extrai dos autos, continuou sendo utilizado normalmente.

Assim, de rigor a rescisão do contrato com a devolução do veículo às rés, com a documentação livre e desembaraçada, mediante a restituição do valor pago pelo autor, a ser apurado em cumprimento de sentença, corrigido monetariamente desde a data do efetivo desembolso. Os juros de mora serão computados a partir da intimação das rés para pagamento, em sede de cumprimento de sentença.

Quanto ao dano moral, inafastável sua ocorrência. O autor comprou veículo de alto valor, com garantia de fábrica, e não obteve solução para os problemas apresentados, após levá-lo para reparos junto à oficina autorizada por nove vezes!!! Os defeitos persistiram e muito embora não tenham impedido o uso do veículo adquirido, por óbvio, causaram transtornos e frustração em todas as expectativas geradas em relação ao produto, o que supera o mero dissabor. Ademais, uma das vezes em que ocorrido o defeito, o veículo foi guinchado até a concessionária, e não se pode desconsiderar a negligência das rés na prestação dos serviços, cientes da ocorrência dos defeitos e da necessidade de outros reparos que não foram efetuados, dando ensejo aos inúmeros e recorrentes transtornos vivenciados pelo autor.

No tocante ao valor, importante ressaltar que o arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas conseqüências na vida e nas condições econômicas das partes.

Segundo a lição de Antonio Jeová Santos, "*A indenização 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*" (Dano Moral Indenizável, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 199).

Acesso ao Sumário

Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, "importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes" (cf. Sérgio Cavalieri Filho, "Responsabilidade Civil", pág. 116).

Dessa forma, o valor fixado pela r. sentença (R$5.000,00), mostra-se adequado, levando-se em conta o valor do veículo, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o dano e sua extensão. Não há razão para alterar o termo inicial dos juros de mora sobre o valor da indenização, pois configurada a mora a partir da citação.

Também assiste razão à corré Marauto, quanto à verba honorária fixada pela sentença. Tendo em vista a natureza condenatória da sentença, o percentual fixado deve incidir sobre o valor da condenação. Dessa forma, as requeridas devem arcar com o pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, já observado o valor atinente ao que foi pago pelo autor pelo veículo, nos termos da fundamentação acima. Também já considerada nesse montante, a majoração prevista pelo artigo 85, § 11 do CPC.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento aos recursos, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020915-20.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante REDE PRIVADA DE ENSINO FANTASIA DAS CORES LTDA. - ME, são apelados ANTONIO ANDERSON SILVA COSTA e KELY FERNANDES COSTAS.

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 46.268/2019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 4 de julho de 2019.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Acesso ao Sumário

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - AÇÃO DE COBRANÇA. Sentença que, diante do silêncio da recorrente (credora), apontou a presunção de renúncia ao crédito e extinguiu o feito com espeque no artigo 924, inciso IV, do Código de Processo Civil. Irregularidade. Necessidade do efetivo cumprimento da obrigação, que não pode ser presumida pelo Juízo. Satisfação do débito que efetivamente não ocorreu "in casu". Silêncio da parte credora que implica apenas na suspensão da execução e não na sua extinção. Precedentes. Recurso de apelação provido para anular a respeitável sentença recorrida, determinado o retorno dos autos do processo às Vara de Origem para regular prosseguimento do cumprimento de sentença.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de cobrança, movida por **Rede Privada de Ensino Fantasia das Cores Limitada ME** contra **Antônio Anderson Silva Costa** e **Kely Fernandes Costas**, sustentando ter pactuado com os requeridos contrato de prestação de serviços educacionais no primeiro semestre de 2014, em benefício de seu filho. Explica que a mensalidade avençada era de R$ 385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais) e que deixaram os contratantes de honrar com os pagamentos avençados a partir de novembro de 2014. Buscam a procedência da demanda, atribuindo à causa o valor de R$ 8.843,02 (oito mil, oitocentos e quarenta e três reais e dois centavos).

Em 05 de dezembro de 2015, o feito foi julgado procedente, na respeitável sentença de folhas 72 *usque* 73, que apontou a procedência do pedido, para condenar os demandados, de forma solidária, a pagar para a autora o valor apontado na inicial, acrescido de correção monetária e juros de mora a contar da propositura da demanda. Em virtude do princípio da sucumbência, impôs à parte vencida o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte adversa fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observada a justiça gratuita então concedida.

Ato contínuo, apontou o eminente Magistrado "*a quo*" a necessidade da parte credora peticionar nos autos, no prazo de 10 (dez) dias, a fim de iniciar o cumprimento de sentença (folha 75).

Diante da inércia da instituição educacional (certidão de folha 78),

Acesso ao Sumário

proferiu a respeitável sentença de folha 79, declarando presumida a renúncia ao crédito, extinguindo o feito, com espeque no artigo 924, inciso VI, do Código de Processo Civil. Sem custas finais. Por fim, determinou o oportuno encaminhamento dos autos eletrônicos ao arquivo.

Inconformada, recorre a autora buscando a reforma do julgado (folhas 81/86). Em síntese, alega equivocada a respeitável sentença, pois o executado não pagou o débito apurado. Aduz, também, que não foi intimada pessoalmente para dar andamento ao feito, não existindo motivo para se presumir pago o valor devido. Busca o acolhimento do apelo, com a anulação da sentença e retorno dos autos à vara de origem, para início da fase de cumprimento de sentença.

Recurso tempestivo, bem preparado (folhas 87/88), regularmente processado e oportunamente respondido (folhas 94/99), subiram os autos.

Este é o relatório.

O recurso comporta juízo de admissibilidade positivo, eis que presentes os requisitos legais.

O apelo prospera.

Dessume-se dos autos que o pedido formulado na ação de cobrança em análise foi julgado procedente na respeitável sentença de folhas 72/73. Ato contínuo, uma vez que a parte credora não iniciou a fase de cumprimento de sentença, apontou o eminente Magistrado "*a quo*" a necessidade de tal medida, no prazo de 10 (dez) dias (decisão de folha 75).

Ato contínuo, diante da inércia da credora, apontou a presunção de existência de renúncia ao crédito, extinguindo o feito com esteio no artigo 924, inciso IV, do Diploma Processual Civil.

Pois bem!

Resguardado o respeito ao entendimento esposado na respeitável sentença atacada, à recorrente assiste razão.

Isto porque o silêncio do credor não implica na presunção de satisfação do crédito, consoante apontado na respeitável sentença recorrida. A não manifestação da parte implica apenas na suspensão da execução, mas não na extinção do feito com fulcro no artigo 924, inciso IV, do Diploma Processual.

Não existindo certeza acerca do cumprimento do acordo, ou da efetiva quitação do débito pelo executado, não pode o Judiciário apontar de forma ficta o cumprimento da obrigação.

Neste sentido, julgado desta Egrégia Corte Bandeirante, "*in verbis*":

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. Sentença que, diante do silêncio do credor, julgou extinta a execução, ao fundamento de satisfação da obrigação. Inconformismo. Extinção pelo artigo 924, II, do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil. Necessidade de cumprimento real da obrigação, não podendo ser presumida a satisfação do crédito. Silêncio da credora que importa, tão somente, a suspensão da execução. Precedentes. Extinção operada nos autos, ademais, sem eficácia de coisa julgada diante do saldo devedor pendente. Recurso provido para anular a r. sentença, devendo o feito prosseguir pela execução do acordo formulado entre as partes e já homologado judicialmente. (TJSP - Apelação nº 1039478-79.2016.8.26.0602 - Rel. Des. Hélio Nogueira - 22ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 03.12.2018).

Por consequência, de rigor o provimento do recurso apresentado pela exequente, para anular a respeitável sentença de folha 79, com o retorno dos autos à vara de origem, para início da fase de cumprimento de sentença.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação da exequente para anular a respeitável sentença recorrida e determinar o retorno dos autos do processo à vara de origem para prosseguir a execução de sentença, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002883-35.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IVANI LOPES RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ SEGUROS 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.626)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2019.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. Invalidez parcial decorrente de moléstia - Síndrome do Desfiladeiro Torácico. Ausência de perda da existência independente da segurada que configura a exclusão da cobertura. Concessão de aposentadoria por invalidez, pelo

Acesso ao Sumário

INSS, que não vincula para efeito de pagamento da indenização postulada, haja vista que a seguradora somente poderá ser responsabilizada pelos riscos expressamente assumidos. Compreensão dos arts. 760 e 776 do Código Civil. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **IVANI LOPES RODRIGUES** nos autos de ação de cobrança que move contra **ITAÚ SEGUROS S/A**, com pedido julgado improcedente pela r. sentença de fls. 434/437, cujo relatório se adota.

Sustentou, em síntese, que a r. sentença negou vigência ao disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor; que a cobertura da invalidez laboral permanente deve ser ajustada à natureza do contrato; que a boa-fé objetiva deve ser observada; que a reforma da r. sentença é medida que se impõe.

Foram oferecidas contrarrazões com pedido de desprovimento do apelo.

É o relatório.

Pretende a apelante o recebimento de indenização prevista em contrato de seguro, alegando que está totalmente incapacitada para o trabalho, tendo em vista que aposentada por invalidez desde fevereiro de 2015 (fls. 88/89), em decorrência da moléstia da qual é portadora - "*Síndrome desfiladeiro torácico bilateral com compressão das artérias subclávias*".

O contrato de seguro de vida em grupo firmado pelas partes envolveu a contratação de coberturas para morte, morte acidental, invalidez permanente por acidente, invalidez funcional permanente por doença, morte de cônjuge, morte de filhos e assistência funeral familiar (fls. 238/240).

Com a inicial a apelante trouxe os exames realizados (fls. 61/71) e o laudo médico (fls. 72).

De maneira geral a cláusula adicional de invalidez por doença - funcional (IPD-F), garante ao segurado o pagamento de indenização no caso de invalidez funcional total e permanente, consequente de doença que cause a perda de sua existência independente, sob os critérios especificados no item "riscos cobertos" da referida cláusula, exceto se decorrentes de riscos excluídos (cláusula 2, fls. 175/176).

Na hipótese, a perícia médica realizada (laudo às fls. 342/363) apurou que, embora a apelante seja portadora da síndrome do desfiladeiro torácico, a sua condição não se enquadra nas coberturas previstas na apólice - invalidez permanente ou parcial por acidente e invalidez funcional permanente por doença, eis que "*não ocorreu a perda da existência independente ou o exercício de suas relações autonômicas*" (fls. 362).

Acesso ao Sumário

Pontifique-se que a mera concessão de aposentadoria por invalidez, pelo INSS, de modo algum torna devida a indenização securitária postulada, haja vista que a seguradora somente poderá ser responsabilizada pelos riscos expressamente assumidos, nos termos dos arts. 760[1] e 776[2] do Código Civil.

Neste sentido: "*(...) III - SEGURO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PELO INSS - PRESUNÇÃO RELATIVA - PERÍCIA - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA. A concessão de aposentadoria acidentária pelo INSS não induz presunção absoluta da incapacidade do segurado, nem autoriza o juiz a tomá-la como prova emprestada em processo em que se discute relação securitária de direito privado*"[3].

O que se pretende deixar assentado é que no campo do seguro não se aplicam as regras editadas para as hipóteses de benefícios previdenciários, as quais têm outro princípio informativo, cuja indenização foi cometida, de forma integral, à União, sendo gerenciadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Por certo se assim não fosse haveria uma duplicidade de indenização para fatos idênticos, o que não se pode admitir.

Daí a legitimidade e amparo legal para que a seguradora componha as regras do contrato com definições que não se ajustam, por inteiro, àquelas contidas na lei previdenciária.

Díspares são as finalidades e, por consequência, diversos os fundamentos invocados para qualificar a indenização contratada.

Bem por isso, a diversidade de conteúdo existente entre o conceito de invalidez formulado pela seguradora e o formulado pela Lei da Previdência.

Assim como não se pode utilizar os fundamentos regradores do seguro facultativo para pleitear benefício previdenciário, também, por igual razão, não há como se admitir a valoração previdenciária para embasar pedido de indenização do seguro que tem fincas no Código Civil.

A mais, ressalte-se que o contrato de seguro foi redigido de forma clara e objetiva, o que afasta incursões sobre eventual dúvida de compreensão, tornando impositiva a sua interpretação literal.

Nesta senda, indevida a indenização pleiteada, ante a inexistência do sinistro previsto na apólice.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo patrono da apelada na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a

1 Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

2 Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa.

3 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 822207/RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. J. 16/11/2006. DJ 18/12/2006, p. 392.

Acesso ao Sumário

verba honorária é majorada de dez por cento (10%) para doze por cento (12%) sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003386-57.2016.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante/apelado DANIEL CASALETTI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20265)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação indenizatória por danos morais e materiais, fundada em acidente de trânsito. Sentença de parcial procedência. Apelos de ambas as partes.

Colisão na traseira do veículo do autor por veículo que sofria perseguição policial. Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, CF). Embora a viatura não tenha causado diretamente a colisão contra o veículo do autor, foi a perseguição policial que culminou no acidente, não se caracterizando, portanto, a excludente do nexo causal.

Prova testemunhal no sentido de que o autor recebeu a ordem de parada dos policiais, que desceram da viatura apontando a arma em sua direção. Após a colisão sofrida na traseira do veículo do autor pelo veículo dirigido pelos bandidos, houve disparos de tiros pelos policiais e bandidos. A situação vivenciada não pode ser considerada como um transtorno do dia a dia, pois extrapolou o mero aborrecimento ou dissabor,

Acesso ao Sumário

causando no autor apreensão e grande sentimento de medo. Indenização fixada em R$8.000,00.

Correção monetária calculada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), e juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, conforme entendimento agora assentado pelos E. STJ (REsp 1495146/MG) e STF (RE 870947/SE).

Apelação da ré não provida. Apelação do autor provida.

VOTO

A r. sentença proferida à f. 170/174 destes autos de ação indenizatória por danos morais e materiais, movida por **DANIEL CASALETTI**, em relação a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a ré no pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$5.527,39, com correção monetária a partir da data do orçamento de f. 30/31, acrescido de mora desde a citação e, considerando a sucumbência recíproca, condenou a ré a pagar ao advogado do autor honorários de 10% sobre o valor da condenação e condenou o autor a pagar honorário ao advogado da ré fixados em 10% sobre a diferença entre o que foi pedido e o que lhe foi concedido, observando ser o autor beneficiário da assistência judiciária.

Apelaram ambas as partes.

O autor (f. 177/186) postulou pela reforma parcial da sentença, sustentando que a situação narrada na inicial lhe causou dano de natureza moral, devendo a ação ser julgada totalmente procedente.

A ré (f. 187/192), por sua vez, sustentou que: (a) não há responsabilidade civil do Estado no presente caso, pois a ação dos policiais foi legítima; (b) o veículo conduzido pelos criminosos seguia logo atrás do veículo do autor e colidiu na traseira deste antes mesmo do desembarque dos policiais do interior da viatura; (c) o autor havia reduzido a velocidade por avistar sinais luminosos da polícia; (d) tais circunstâncias, portanto, excluem a responsabilidade do Estado, pois os danos sofridos pelo autor decorreram da conduta de terceiro.

As apelações, isentas de preparo, a do autor por ser beneficiário da assistência judiciária, a da ré por ser pessoa jurídica de Direito Público, não foram contra-arrazoadas (f. 202).

É o relatório.

A sentença foi disponibilizada no DJE em 06/02/2018, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f. 175); as apelações, protocoladas a do autor em 02/03 e a da ré em 23/03/2018, são tempestivas, considerando,

Acesso ao Sumário

quanto a esta última, o prazo em dobro.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo-a nesta instância em ambos os efeitos.

É incontroversa nos autos, estando, ademais, comprovada documentalmente, a ocorrência do acidente, no dia 06/03/2015, às 22h50, em que o veículo GM/Astra colidiu na traseira do Fiat Uno do autor, na entrada da cidade da Catanduva, arremessando-o contra o canteiro lateral da via (f. 19/27). É incontroverso, também, que o veículo GM/Astra era ocupado por indivíduos que haviam desobedecido ordem de parada policial na cidade vizinha, Itajobi, e eram perseguidos, sendo a polícia de Catanduva acionada para apreendê-los.

O que se discute nos presentes autos é se, como alegou o autor, (a) ao se aproximar da rotatória, havia uma viatura policial parada em bloqueio na via e foi surpreendido por policiais que lhe apontaram as armas, mandaram que parasse o veículo e descesse; (b) logo em seguida, recebeu uma forte pancada na traseira de seu veículo pelo GM/Astra; (c) o Astra era perseguido por outras duas viaturas; (d) ocorreu um tiroteio entre os policiais e os bandidos, tendo o autor ficado no meio do fogo cruzado, machucado, no interior do veículo, que estava seriamente avariado e vazava combustível.

Ou, por outro lado, se como alegou a ré, (a) quando os policiais receberam a ordem de efetuar o cerco ao veículo Astra na entrada da cidade e adentraram com a viatura na rotatória, já visualizaram o Astra em alta velocidade; (b) iniciaram o trajeto na mencionada rotatória para acompanhar o veículo em fuga e realizar o cerco, não mediante bloqueio, momento em que o Astra colidiu contra a traseira do Fiat Uno arremessando-o contra o canteiro central da via; (c) a abordagem contra o autor, noticiada na inicial, não existiu, pois a colisão ocorreu antes mesmo do desembarque dos policiais da viatura; (d) não houve troca de tiros, mas os disparos de arma de fogo ocorreram apenas depois, tendo um dos bandidos disparado uma vez, depois de pular um alambrado, ao que um dos policiais revidou, com três tiros; (e) o autor não permaneceu na linha de fogo.

Daniele Fernanda Maciel Soares, testemunha arrolada pelo autor, relatou que: (a) os fatos ocorreram numa sexta-feira; (b) dirigia seu veículo Celta, de cor prata, a caminho de sua casa, e quando descia ao lado do posto de combustíveis, viu um carro da polícia vindo pela rotatória;

(c) parou seu veículo, aguardando a passagem da viatura; (d) o Uno vinha vinda sentido Itajobi-Catanduva, aproximando-se da rotatória, e a depoente vinha do outro lado; (e) a viatura continuou seu trajeto na rotatória e parou bem na frente do Uno, impedindo sua passagem; (f) desceram alguns policiais da viatura e gritaram "desce do carro, desce do carro", apontando armas, fazendo uma abordagem àquele veículo; (g) a depoente se assustou e ficou parada, pensando

se seguia ou não; (h) decidiu continuar seu trajeto e, quando estava fazendo a rotatória, escutou um policial gritando "não vai parar, não vai parar"; (i) quando olhou, viu um Astra vindo, que colidiu no Uno e na lateral da viatura policial e estava vindo na direção da depoente; (j) o carro da depoente "afogou" e, de repente, começou um tiroteio; (k) a depoente ficou abaixada dentro de seu veículo, bastante assustada; (l) quando acabou o tiroteio, levantou a cabeça e um policial se aproximou, lhe dizendo "corre e vai ver a moça do carro, se ela se machucou"; (m) desceu do carro com as pernas tremendo, muito assustada, e foi até o Uno, mas quando chegou lá percebeu que não tinha uma moça, mas, sim, o moço (apontando para o autor) que estava lá, chorando muito e perguntou à depoente o que havia acontecido; (n) até então, a depoente achava que o bandido era a pessoa do Uno, porque tinha visto os policiais lhe apontarem a arma e ordenando que ele descesse do carro; (o) no momento da colisão, viu policiais pulando para o chão; (p) correu até seu carro para pegar o telefone e o emprestou ao autor, para que chamasse seus pais; (q) então chegaram policiais de todos os lados, até fazendo a rotatória na contramão; (r) um policial disse à depoente para tirar seu carro dali e parar em frente a um estabelecimento comercial, tendo sido, em seguida, colhido os dados da depoente como testemunha; (s) a colisão foi na lateral traseira esquerda do Uno e na lateral da viatura policial; (t) tudo aconteceu muito rápido; (u) a depoente reafirmou que a viatura policial parou o veículo Uno e que, no momento, entendeu que a abordagem policial era com o veículo Uno, e que o Astra, em razão da velocidade ou por não ter controlado a direção, não conseguiu evitar a colisão; (v) quando o Astra chegou no local, não tinha como ele desviar do Uno ou da viatura, a não ser que fosse na direção do canteiro central; (w) reafirmou que os policiais pararam o Uno, saíram da viatura, com as armas apontadas para o Uno, fazendo uma abordagem; (x) os policiais estavam foram da viatura, tanto que quando o Astra colidiu nos veículos, eles foram para o chão (f. 146).

João Antonio Martins Junior, testemunha arrolada pela ré, relatou que: (a) é policial militar e participou da ocorrência; (b) receberam chamado para apreender um veículo que vinha em fuga de Itajobi; (c) se deslocou, juntamente com seu parceiro, para apoiar a viatura que vinha de Itajobi, e foram no contra fluxo; (d) próximo ao local do acidente, diminuíram a velocidade da viatura porque havia um fluxo de veículos vindo à frente do Astra; (e) o Astra vinha em altíssima velocidade, perdeu o controle da direção e se chocou contra a guia do canteiro central e veio a colidir na lateral do Uno; (f) o Uno foi arremessado e o Astra colidiu na viatura; (g) reduziram a velocidade justamente para que os veículos pudessem passar, e também o Astra, a fim de evitar um acidente, e, se houvesse um confronto, para não ter inocentes envolvidos; (h) ninguém da equipe do depoente fez alguma abordagem em relação ao veículo Uno; (i) quando da colisão do Astra na viatura, um policial quase foi atingido; (j) quando

Acesso ao Sumário

o depoente conseguiu sair da viatura, após a colisão, avistou o Uno no meio da rua, mas foi na direção do Astra, para abordar os indivíduos; (k) um dos ocupantes do Astra desceu e passou na frente da viatura, correndo por uns 30 metros, quando então se virou e disparou na direção dos policiais; (l) o parceiro do depoente se protegeu e revidou o disparo; (m) talvez o motorista do Uno tenha se assustado porque viu várias viaturas e diminuiu a velocidade, mas quem o atingiu foi o Astra, que tentou desviar de um outro carro, perdeu o controle da direção e veio a colidir na traseira do Uno; (n) haviam outros veículos entre o Astra e o Uno; (o) quando desceu da viatura, já tinha ouvido os disparos; (p) havia várias viaturas policiais no local, mas na frente do Uno não tinha nenhuma viatura; (q) a viatura do depoente adentrou fechando apenas uma pequena parte da avenida (f. 147).

Marco Antonio de Góis, testemunha arrolada pela ré, relatou que: (a) é policial militar e participou da ocorrência; (b) receberam chamado para acompanhar um veículo que vinha em fuga da cidade de Itajobi, após furto de residência na cidade de Borborema; (c) a viatura em que estava aguardava na rotatória; (d) esperaram o veículo passar para continuar o acompanhamento; (e) há três faixas de rolamento naquele local, que se afunilam em duas; (d) vinha um Fiat Uno branco "no meio da via" e não dava passagem pro veículo que vinha atrás, o GM/Astra"; (e) a viatura não chegou a parar, estava em movimento, mas bem devagar; (f) não sabe o que aconteceu, se o autor ficou assustado com o *highlight* da viatura, só sabe que ele parou e o Astra que estava vindo bateu na traseira e empurrou o Uno um pouco pra frente; (g) ainda assim os bandidos não pararam e tentaram se evadir; (h) colidiram contra a viatura, abriram as portas do veículo e empreenderam fuga; (i) o motorista do Astra fugiu para o lado do posto de combustíveis que havia ali e o depoente o perseguiu; (j) esse indivíduo efetuou um disparo na direção do depoente, que revidou com dois tiros; (k) o autor em nenhum momento ficou no meio dos tiros, pois ele estava muito longe, cerca de 100m de onde os tiros foram disparados (f. 160).

Sobreveio, então, a sentença ora apelada, que estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos materiais sofridos pelo autor porque "o acidente ocorreu em razão de estar havendo uma perseguição policial aos agentes criminosos no local em que se deram os fatos" (f. 172).

A apelação da ré não comporta provimento.

Sem razão a ré ao alegar que não há responsabilidade civil do Estado no presente caso, não a elidindo o fato de ter sido o veículo Astra quem colidiu na traseira do veículo do autor.

Existe nexo de causalidade entre a ação policial e o evento danoso, não por ter a viatura causado diretamente a colisão, mas, sim, porque foi a perseguição policial que culminou no acidente, não se caracterizando, portanto, a excludente

Acesso ao Sumário

do nexo causal.

Incide, no presente caso, a teoria do risco administrativo, presente no art. 37, §6º, da CF, e, nesse particular, peço vênia para colacionar trecho do voto proferido pelo ilustre Desembargador Urbano Ruiz:

> "(...) Mas, os autores têm razão em parte. De fato, é objetiva a responsabilidade do Estado quando o dano é provocado por ação de seus agentes. Bastaria, assim, a prova do nexo causal entre a atuação e o dano por ela produzido, sem levar em conta eventual licitude ou ilicitude do agente estatal, se dolosa ou culposa.
>
> Se não houvesse a perseguição policial não teria havido a fuga e, por consequência, a colisão. Há, pois, relação de causa e efeito entre a ação policial, do Estado e os danos sofridos pelos autores.
>
> Bem explica, a propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello que *'há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado. Contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação da responsabilidade objetiva'. 'O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou'* (*in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 17ª ed., págs. 900 e 901).
>
> Maria Silvia Zanella DI Pietro bem explica que a teoria do risco serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado. Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos.
>
> Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entres os encargos sociais, para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público (*in* Direito Administrativo, Atlas. 20ª ed, pág 599). (...)" (Ap 0004690-49.2002.8.26.0278, j. em 03/11/2008, 10ª Câmara de Direito Publico).

Há outros precedentes deste Tribunal nesse sentido, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado em hipóteses de danos sofridos por particulares em razão de perseguição policial, mesmo em casos em que a viatura policial não causou diretamente o dano.

Menciono, a propósito:

> Acidente de trânsito. Danos materiais. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. 1. Automóvel da autora que foi atingido por veículo de particular conduzido em alta velocidade, em decorrência de perseguição

Acesso ao Sumário

por viatura policial. 2. Se a causa eficiente do acidente, sem a qual ele não teria ocorrido, foi a perseguição arriscada efetuada pela viatura policial, sem atentar para o tráfego na pista que transitava, deve o Estado responder pelos danos oriundos de sua imprudência. Responsabilidade subjetiva daquele que conduz o veículo de forma imprudente. 3. Embora se admita que os agentes do Estado estavam no cumprimento de seu dever, desse ato deles, como concausa, resultaram os danos sofridos pela vítima, devendo a ré indenizá-la, em face do princípio da solidariedade, porquanto não é razoável exigir o sacrifício do patrimônio ou dos interesses de um administrado em prol do bem estar da coletividade. (...) (Ap. 0003568-09.2005.8.26.0597; Relator(a): Vanderci Álvares; Comarca: Sertãozinho; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/07/2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Fazenda Pública. Perseguição policial. Autor atropelado por veículo que, desgovernado, invadiu o bar onde ele e outras pessoas se encontravam. Motorista que fugia de perseguição policial. Nexo de causalidade entre esta e o evento. Responsabilidade objetiva da Fazenda do Estado. Teoria do risco administrativo. Princípio da solidariedade social. Dever de indenizar, independentemente da ocorrência de culpa dos agentes do Estado ou falha do serviço. Inexistência de prova dos alegados danos materiais, injustificada, por outro lado, a pretendida cumulação de indenização pelo dano estético com indenização por dano moral. Primeiro que é espécie do segundo, não havendo, por outro lado, no caso concreto circunstância que justifique a concessão de indenização pelo segundo a título diverso e cumulativamente. Sentença de improcedência. Recurso provido em parte para condenar a ré a pagar ao autor indenização pelo dano estético. (Rel. Antonio Carlos Villen; 10ª Câmara de Direito Privado; ap. n.º 641.454-5/4; j. 30/03/2009).

No presente caso, ademais, a testemunha arrolada pelo autor foi clara e segura ao narrar a conduta dos policiais, que, ao parar a viatura na pista, provocaram a parada do veículo Fiat Uno e abordaram seu motorista, ordenando que descesse do carro.

Não há como se afastar, portanto, a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pelo autor em razão da colisão do Astra contra o seu veículo.

De outra banda, assiste razão ao autor ao postular pela reforma parcial da sentença para ser acolhido, também, o pedido indenizatório por danos morais.

Como já salientado, a testemunha arrolada pelo autor asseverou que ele recebeu a ordem de parada dos policiais, que desceram da viatura apontando a arma em direção a ele, tanto que a testemunha julgou que ele, o motorista do Uno, fosse o "bandido".

As palavras da testemunha também roboraram a alegação da inicial a respeito do tiroteio, tanto que ela teve que se abaixar dentro de seu veículo, para

Acesso ao Sumário

se proteger, bastante assustada.

O veículo dirigido pelo autor recebeu ordem de parada e os policiais desceram da viatura com as armas apontadas para ele; em seguida, sofreu colisão em sua traseira pelo veículo Astra e tiros foram disparados entre os policiais e os ocupantes desse veículo.

Ao contrário do que entendeu a sentença ora apelada, a situação vivenciada não pode ser considerada como um transtorno do dia a dia, pois extrapolou o mero aborrecimento ou dissabor, causando no autor apreensão e pavor.

Os danos morais não decorrem apenas de investidas contra os direitos de personalidade, mas, também, de situações como as narradas no presente caso, em que o veículo do autor foi confundido com o de bandidos, ele teve armas apontadas contra si por policiais, e, finalmente, correu sério risco de ser baleado.

Afigura-se razoável a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais ao autor, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), que será corrigido a partir desta data e acrescido de juros de mora desde a data do acidente (Súmula 54, STJ).

A correção monetária e os juros de mora incidentes sobre essa verba indenizatória, e também sobre a verba acolhida na r. sentença, devem observar o previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, nos termos do decidido pelo Plenário da Corte do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº RE 870947, julgado em 20/09/2017).

Assim, a correção monetária será calculada pelos índices do IPCA-E e os juros de mora pelo índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, observados os termos iniciais fixados para cada uma das verbas indenizatórias.

A ação é julgada procedente, portanto, com a condenação da ré no pagamento também, de indenização por danos morais ao autor, nos termos que constaram deste voto.

Condeno a ré no pagamento das despesas processuais, devendo recolher os valores que o autor teria gasto a esse título se não fosse beneficiário da assistência judiciária, com a observação de que o art. 6º da Lei Estadual 11.608/03 isentou a União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, do recolhimento da taxa judiciária, não das despesas processuais. A ré é condenada, também, no pagamento de honorários ao advogado do autor, fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação, já considerada nessa fixação a sucumbência da ré em ambos os recursos (art. 85, §11º, CPC).

Por tais motivos, nego provimento à apelação da ré e dou provimento à apelação do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033787-65.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ALINE GUAREZINI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada DIRCE MARIA PEREIRA DA SILVA (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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27555)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Venda de veículo - Transferência de titularidade - Providência que compete ao adquirente, nos termos do art. 123, do CTB - Incumbe ao vendedor a comunicação ao órgão executivo de trânsito acerca da transferência da propriedade do veículo, no prazo de 30 dias, nos termos do art. 134 do CTB , que não se aplica aos débitos de natureza tributária - Precedentes do C. STJ - Conduta omissiva da adquirente quanto à regularização da propriedade do automóvel que gerou inscrição do nome da autora no CADIN e também perante o 2º Cartório de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de São José do Rio Preto - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - Indenização arbitrada em R$10.000,00 - REDUÇÃO para R$5.000,00 - Valor que atende os critérios da equidade, dentro da razoabilidade e proporcionalidade - Vedação ao enriquecimento sem causa - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **ALINE GUAREZINI** contra a respeitável sentença de fls. 131/134 que, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais que lhe move **DIRCE MARIA PEREIRA DA SILVA** julgou procedente o pedido para condenar a ré a proceder à transferência da propriedade do veículo Citroen/Picasso, placa DNL 0065, ano 2.004, para o seu nome e a restituir à autora o valor de R$.735,33 (setecentos e trinta e cinco reais e trinta e três centavos), atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora de um por cento ao mês, a partir do respectivo pagamento e indeniza-la pelos danos morais sofridos no montante de R$.10.000,00 (dez mil reais), atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora de um por cento ao mês, contados da publicação da r. sentença. Em razão da sucumbência, condenou a ré a pagar à autora honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação, observada a gratuidade da justiça.

Irresignada, **apela a ré** (fls. 137/142), alegando em síntese que a condenação a título de indenização por dano moral prescinde de nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o efetivo prejuízo suportado pela vítima e que somente é cabível quando há ofensa à esfera extrapatrimonial, não sendo devida nos casos de mero aborrecimento do cotidiano.

Pugna pelo provimento recursal, com a improcedência do pedido em relação à condenação a título de danos morais, subsidiariamente a redução a patamar justo, evitando-se enriquecimento ilícito da parte contrária.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls. 146/155), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

I -- A irresignação é parcialmente procedente.

Primeiramente, cumpre consignar que, transmitido o domínio pela tradição em caráter definitivo, a responsabilidade pelas providências necessárias para a **transferência do veículo** perante os órgãos de trânsito recai na pessoa do **comprador ou adquirente**, nos termos do art. 123 do Código de Trânsito Brasileiro.

Contudo, compete ao **alienante do veículo** promover a **comunicação da venda** ao órgão executivo de trânsito do Estado, dentro do prazo de trinta dias, **sob pena de se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação,** consoante preconiza o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro.

Todavia, especificamente quanto ao lançamento do IPVA em nome da autora, relativos a exercícios posteriores a 2013, **não se aplica a regra prevista**

Acesso ao Sumário

no art. 134 do CTB, que incide tão somente com relação às infrações de trânsito, não havendo falar em responsabilidade solidária para os débitos de natureza tributária.

Esse é o entendimento consolidado no **C. Superior Tribunal de Justiça:**

"***2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a regra do art. 134 do CTB (é obrigatória a comunicação pela parte alienante do veículo da transferência de propriedade ao órgão competente, sob pena de responder solidariamente em casos de eventuais infrações de trânsito) não se aplica aos débitos tributários, em especial ao IPVA, tendo em vista que a mencionada exação não se confunde com nenhum tipo de penalidade.***"[1] (sem grifos no original)

Dessa forma, com relação à **cobrança de débitos tributários**, a conduta omissiva da adquirente quanto à regularização da propriedade do automóvel, que deveria ter sido retirada do nome da autora, é suficiente para incutir sofrimento indenizável, eis que a autora teve seu nome inscrito no CADIN e junto ao 2º Cartório de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de São José do Rio Preto, em decorrência de débitos de IPVA's, atinentes aos exercícios de 2014 e 2015 (CDA's nºs 1.174.184.628 e 1.207.470.886 cf. fl. 33).

Sobre a questão, no julgamento da Apelação nº 4001707-78.2013.8.26.0292, esclarece o Exmo. Des. **Kioitsi Chicuta**:

"***Bem móvel. Compra e venda de veículo. Negócio efetivado com a demandada e que não providenciou transferência para seu nome. (...) O dever de efetuar a transferência do veículo é do adquirente conforme o art. 123 do CTB e ensejará multa pelo descumprimento no prazo. A determinação de suprimento mediante intervenção judicial é medida alternativa, como posto na sentença. A indenização por dano moral é devida, pois a disposição do art. 134 do CTB, de ordem administrativa, trata de solidariedade por infrações de trânsito em caso de não cumprimento da obrigação de bloqueio, mas não se amplia à obrigação tributária (IPVA), sendo que houve prejuízos evidentes pela inscrição no CADIN, propositura de execução fiscal e restrição ao nome do autor, com abalo evidente, inclusive ao crédito. Ainda que tenha o autor contribuído para os fatos vivenciados, a ofensa a direito de personalidade está caracterizada, sendo sopesada a participação na fixação da indenização, de R$ 5.000,00.***"[2] (sem grifos no original)

Em relação ao *quantum*, a verba indenizatória deve se revestir de caráter punitivo, compensatório dos danos causados, sem prejuízo da natureza pedagógica, de modo a coibir o ofensor de praticar novos atentados semelhantes; nunca, porém, poderá importar em enriquecimento sem causa da parte ofendida.

1 STJ, AgRg do REsp 1.540.127/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.09.2015.

2 Julgamento em 13.08.2015.

Acesso ao Sumário

Neste passo, frente à ausência de critérios legais para a fixação do montante indenizatório em recomposição do dano moral, atenta-se para os meios supletivos em suprimento da lacuna, especialmente para os princípios gerais de direito, costumes e equidade, procedendo-se ***mediante arbitramento***, em conformidade com o disposto na legislação civil.

Considerando as peculiaridades do caso, a natureza do dano experimentado (negativação indevida de débito tributário), bem como a dimensão dos débitos que foram objetos das referidas inscrições (R$.1.646,88 e R$.1.881,36), recomendável **a redução do valor para R$5.000,00, a ser atualizado monetariamente segundo índices editados na Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde a data da sentença (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil.**

O valor ora arbitrado atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias em que se consolidaram os danos, sua gravidade e as condições pessoais e econômicas dos envolvidos, cumprindo a função reparadora do abalo sofrido, e, ainda, a função pedagógica e punitiva, com força suficiente para impingir, na autora do dano, o desestímulo à prática de novos atos lesivos desta natureza, mas evitando, de outro lado, o recebimento de quantia denotadora de enriquecimento sem causa à parte lesada.

Desta maneira, deve ser provido o recurso, para reduzir os danos morais para R$.5.000,00 (cinco mil reais), a ser atualizado monetariamente segundo índices editados na Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde a data da sentença (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora a partir da citação.

II -- Por fim, tendo em vista que se trata de recurso interposto contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, cabível a fixação dos honorários recursais previstos no §11 do art. 85 do CPC de 2015 (Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça).

Assim, fixo o valor de R$.500,00 (quinhentos reais) a título de honorários advocatícios, em consideração ao trabalho adicional do patrono da ré em grau recursal, ficando suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial, nos termos do artigo 98, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a autora é beneficiária da justiça gratuita.

III -- Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007753-

Acesso ao Sumário

55.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LYS KOTUJANSKY SUPINO, é apelado PORTO SEGURO CIA. DE SEGUROS GERAIS.

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, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.210)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULOS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. PROPOSITURA POR SEGURADORA SUB-ROGADA. COLISÃO NA PARTE TRASEIRA DE AUTOMÓVEL QUE SEGUIA À FRENTE, PROJETANDO-O CONTRA O OUTRO (VEÍCULO SEGURADO) QUE SE ENCONTRAVA PARADO EM RAZÃO DO FLUXO DO TRÂNSITO. INOBSERVÂNCIA DE REGRA BÁSICA DE CONDUÇÃO, QUE IMPÕE A MANTENÇA DE DISTANCIAMENTO ADEQUADO EM RELAÇÃO AO VEÍCULO DA FRENTE. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO DESFEITA PELA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS CONFIGURADA. SUFICIENTE DEMONSTRAÇÃO DO VALOR DOS DANOS, A RESPEITO DO QUE NEM HOUVE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NA CONSTATAÇÃO. PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O fato de o veículo conduzido pela corré colidir com o automóvel que se encontrava à sua frente, projetando-o contra o outro (veículo segurado), de modo a atingi-lo, por si só, autoriza o reconhecimento de sua culpa. Cabia ao motorista do veículo que seguia logo atrás manter o distanciamento adequado, exatamente pela possibilidade da ocorrência de brusca parada, fato perfeitamente previsível. A culpa é inequívoca

Acesso ao Sumário

e determina a responsabilidade dos demandados, na qualidade de condutora e proprietária do veículo, ao ressarcimento dos danos. 2. Além disso, o fato de terceiro só pode isentar de responsabilidade o causador do dano se este não teve qualquer participação na relação de causalidade, e esse não é o caso dos autos. Na verdade, houve efetiva participação da corré, cuja conduta foi decisiva para propiciar o evento. 3. Em sua contestação, a ora apelante apresentou impugnação apenas genérica a respeito do alcance dos danos, o que se mostra inadmissível. Não obstante isso, a prova documental produzida pela autora é suficientemente esclarecedora a respeito desse aspecto, de modo que não existe dúvida quanto á determinação do valor respectivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. PROPOSITURA POR SEGURADORA SUB-ROGADA. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA. JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DO EVENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ELEVAÇÃO DO MONTANTE EM RAZÃO DO IMPROVIMENTO. OBSERVAÇÕES EFETUADAS. 1. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros legais incidem a partir da data do fato (STJ, Súmula 54). Havendo norma específica, afastada fica a incidência do artigo 405 do Código Civil e do artigo 240 do CPC, observando-se que tal determinação se faz de ofício, por incidência do artigo 322, § 1º, do CPC. 2. Por força do que estabelece o artigo 85, § 11, do CPC, uma vez improvido o recurso de apelação dos réus, daí advém a elevação da verba honorária de sua responsabilidade, fixando-a em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de ressarcimento de danos decorrentes de acidente de veículos proposta por PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS em face de INTEGRATA COMÉRCIO E MONTAGEM DE

APARELHOS ELETROELETRÔNICOS LTDA. EPP e LYS KOTUJANSKY SUPINO.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido e, assim, condenou as réus ao pagamento da indenização por danos materiais na quantia de R$ 7.448,25, a ser corrigida a contar da data do desembolso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, afora as despesas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor condenação.

Inconformada, apela a corré pretendendo a inversão do resultado, alegando, essencialmente, que a colisão ocorreu por culpa exclusiva, ou, no mínimo, concorrente do condutor do veículo intermediário. Também afirma que não existem elementos nos autos que comprovem a velocidade ou distância mantidas pelos motoristas, para justificar a aplicação do artigo 29, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro. Subsidiariamente, impugna o montante fixado a título de ressarcimento, pois não foram apresentadas notas fiscais das despesas supostamente referentes aos reparos do veículo, nem outros orçamentos aptos a averiguar a veracidade dos valores cobrados. Pleiteia, enfim, seja reconhecida a improcedência do pedido e, alternativamente, a anulação da sentença, "*para verificação se os valores indicados estão em consonância com o mercado geral de peças e serviços*".

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e respondido.

Durante o processamento do recurso, cuidou este Relator de conferir oportunidade às partes para manifestação sobre a possibilidade de alteração do termo inicial para a incidência dos juros de mora; porém, quedaram-se inertes (fls. 149/151).

É o relatório.

2. O objetivo da autora, na qualidade de seguradora sub-rogada, é obter a condenação das rés ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes de acidente de veículos. Afirma que, cumprindo o contrato de seguro, pagou ao segurado o valor da prestação respectiva, e havendo culpa das demandadas, pretende delas obter a reparação devida.

Acesso ao Sumário

Segundo o relato da petição inicial, no dia 30 de agosto de 2016, por volta das 11h00, o condutor do veículo segurado Honda/Novo Civic Sedan, trafegava regularmente e em baixa velocidade pela Rua Conselheiro Brotero, em São Paulo/SP, quando, na altura do número 1505, foi abruptamente atingido na parte traseira pelo veículo Honda Fit que, por sua vez, foi projetado para frente após ter sofrido colisão traseira pelo veículo MMC Pajero HPE, de propriedade da empresa demandada e conduzido pela corré, sem guardar distância segura em relação ao automóvel e sem observar o fluxo do trânsito. Em decorrência disso, o veículo segurado sofreu danos, cujo montante alcançou a quantia de R$

7.448,25.

A autora atribui às rés a responsabilidade pela ocorrência dos danos, invocando em seu favor os artigos 29 e 192, ambos do Código de Trânsito Brasileiro e apresentando fundamentação jurídica com amparo nas normas dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Daí o pleito de ressarcimento dos danos de ordem material sofridos.

A corré, ao se defender, essencialmente, imputou à terceiro - condutor do veículo intermediário (Honda Fit) - a culpa exclusiva ou, no mínimo, concorrente, pela ocorrência do evento, pois realizou frenagem brusca, impossibilitando a realização de qualquer manobra para evitar a colisão. Também impugnou o montante pleiteado a título de ressarcimento.

A empresa demandada, por sua vez, não apresentou defesa (fl. 82).

A prova do evento consistiu na apresentação do Boletim de Ocorrência Policial Eletrônico (fls. 35/37), dos documentos e fotografias (fls. 21/32, 33/34, 38/47 e 79/81), além da prova oral - oitiva de uma testemunha arrolada pela autora (sistema audiovisual fl. 111).

O Boletim gera presunção quanto à efetiva ocorrência das declarações nele informadas, mas não quanto à veracidade delas. Ali apenas consta a referência a informações prestadas, tão somente, pelo condutor do veículo segurado. Não houve exame relacionado aos veículos, ou aos vestígios deixados no local.

A testemunha Celso Conti Dedivitis, condutor do veículo segurado, confirmou a versão apresentada na petição inicial. Acrescentou que estava parado em obediência à sinalização semafórica e imediatamente atrás havia outro automóvel também parado, quando ambos sofreram o impacto do veículo conduzido pela corré, quem chegou a dizer que havia ocorrido falha no sistema de freio (fl. 111 - sistema audiovisual).

Fixados esses pontos, verifica-se que não há divergência quanto à dinâmica do acidente, de modo que se tem certo o fato de que o veículo conduzido pela corré atingiu a traseira do veículo que seguia imediatamente à sua frente (Honda/Fit), projetando-o contra a traseira do veículo segurado, que trafegava normalmente e de acordo com o fluxo do trânsito.

Ora, bem se sabe que é dever do condutor do veículo manter distância adequada em relação ao outro que segue à frente, pois é perfeitamente previsível a ocorrência de manobras repentinas que exijam imediata parada. Independentemente da circunstância, os motoristas não podem deixar de atentar para as condições da pista.

Diante do conjunto probatório pode-se concluir com segurança que o evento ocorreu por culpa da ré-condutora, pois a primeira constatação que se tem é o desrespeito à regra elementar de trânsito, que obriga o motorista do veículo que segue atrás a guardar distanciamento adequado em relação ao da

Acesso ao Sumário

frente. Assim, pelo simples fato da ocorrência do choque tem-se a presunção de responsabilidade, que só pode ser elidida mediante a demonstração inequívoca de um fato obstativo, relacionado à conduta de terceiro ou do próprio motorista do veículo da frente, e que assim permite alcançar a conclusão de que o acidente decorreu de causa diversa. E essa demonstração, efetivamente, não ocorreu.

É inegável que a ré-condutora não guardou o distanciamento adequado em relação ao veículo da frente, de modo que nada justificava a colisão. A parada repentina dos veículos, nas circunstâncias descritas nos autos, constitui fato perfeitamente previsível e esperável, de modo a evidenciar que houve imprudência e imperícia da motorista, que não adotou os cuidados necessários e não soube como evitar o choque.

Não vinga, ademais, a alegação de que houve culpa do condutor do veículo intermediário, por ter realizado frenagem brusca.

Primeiro, porque, esse aspecto não afasta a responsabilidade do motorista que segue imediatamente atrás. E, segundo, porque, não o beneficia a alegação de culpa de terceiro.

Consoante entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, o fato de terceiro só pode isentar de responsabilidade do causador do dano se este não teve qualquer participação na relação de causalidade, e esse não é o caso dos autos. Na verdade, houve efetiva participação da corré condutora, cuja conduta foi decisiva para propiciar o evento.

A solução é sintetizada nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

> "*O causador direto do dano só se eximirá da obrigação de indenizar se a sua ação for equiparável ao fortuito (caso em que terá sido mero instrumento do terceiro, servindo de 'projétil'). Quando esta situação está bem caracterizada, a ação deve ser proposta unicamente contra o terceiro, o verdadeiro e único causador do evento*".[1]

Fixados esses pontos, impõe-se reconhecer que, sob qualquer ângulo de análise, nenhum fundamento existe para cogitar de excludente de responsabilidade da condutora demandada.

Diante desse convencimento, não há como deixar de reconhecer a responsabilidade das demandadas, na qualidade de motorista e proprietária do veículo.

No que concerne ao valor, nota-se que a contestação da apelante se limitou a formular impugnação genérica, sem apresentação de questionamento efetivo a respeito dos reparos, o que se mostra inadmissível, pois constam dos autos os elementos informantes a esse respeito (CPC, artigo 341).

Não obstante isso, impõe-se reconhecer que as fotografias do veículo sinistrado e o orçamento dos reparos (fls. 38-42) são suficientemente

1 - "Responsabilidade civil", n. 110.3, p. 751, 9ª ed., Saraiva.

esclarecedores quanto à extensão dos danos e, assim, amparam a formação de convencimento. Sobretudo, nota-se que nenhuma iniciativa houve, por parte da apelante, na oportunidade própria, de apresentar prova documental que permitisse identificar diversidade de valores.

Quanto ao mais, impõe-se de ofício também retificar o dispositivo da sentença, para fazer constar que os juros moratórios legais de 1% ao mês, deverão ser computados sobre o montante condenatório a contar da época do fato (STJ, Súmula 54)[2]. Tratando-se de verba cuja incidência independe de pedido (art. 322, § 1º, do CPC), impõe-se, de ofício, realizar a correção respectiva como forma de dar cumprimento a esse dispositivo legal.

É sempre oportuno destacar, que a respeito do assunto é pacífica a orientação da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura reformatio in pejus quando já inaugurada a competência desta Corte Superior. (Precedente: AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe de 15/12/2010)".*[3]

> *"O pronunciamento de ofício pelo Tribunal acerca de juros legais e de mora, bem como sobre correção monetária, não contraria o princípio da inércia da jurisdição, uma vez que a jurisprudência desta Corte entende que tais matérias são ordem pública, que, portanto, podem ser conhecidas de ofício pelo Juízo, independentemente de alegação das partes".*[4]

> *"Em relação ao termo inicial da correção monetária, 'a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a matéria é de ordem pública. Assim, a modificação de seu termo inicial de ofício no julgamento do recurso de apelação não configura reformatio in pejus. Precedente.' (AgRg no AREsp 537.694/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014, Dje 20/11/2014)".*[5]

Enfim, não comporta acolhimento o inconformismo, devendo prevalecer a solução adotada pela r. sentença, ressalvando-se apenas o reparo para fazer constar do dispositivo a incidência dos juros de mora na forma ora estabelecida.

Diante desse resultado, considerando os termos do artigo 85, § 11, do CPC e levando em conta a autuação acrescida, impõe-se elevar o montante da verba honorária sucumbencial a 15% sobre o valor atualizado da condenação.

2 "Os juros de mora fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".
3 .Edcl nos Edcl no REsp 998935/DF - 3 T. - Rel. Min. Vasco Della Giustina - DJe 04/03/2011.
4 - AgRg no AREsp 564676/MS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08/09/2015.
5 - AgRg no AREsp 424043/PR, 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 06/04/2015.

3. Ante o exposto, com essas observações, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001418-53.2018.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes/apelados JÂNIO SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA) e HAMASUL ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIOS S/C LTDA., é apelado/apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO RESIDENCIAL DA VINCI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos do autor e da corré administradora, improvido o do corréu Jânio, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.922)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO BACCARAT (Presidente sem voto), MILTON CARVALHO e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Condomínio. Administração. Despesas não comprovadas e pagamento de honorários extras em favor do síndico por acúmulo de funções. Ausência de aprovação em Assembleia. Responsabilidade parcial da administradora. Corré que cumpria ordens do síndico - pessoa responsável pela gestão financeira do condomínio - agindo como mera mandatária. Recursos do autor e da corré administradora parcialmente providos, improvido o do corréu síndico.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Condomínio Edifício Residencial da Vinci em face de Jânio Santana e Hamasul Administradora de Condomínios S/C Ltda., que a respeitável sentença de fls. 308/311 c.c. 329, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente para condenar os corréus ao pagamento de R$ 5.500,00, com correção monetária e juros de mora da citação.

Inconformado, recorre o corréu síndico alegando, em suma, que os valores pagos a mais decorrem do acúmulo de funções de síndico e porteiro, pelo qual o condomínio obteve economia no importe de R$ 10.000,00, sendo tal conduta admitida pelo Conselho Fiscal e demais moradores. Aduz que os valores de "caixinha" serviam para compra de produtos para manutenção do condomínio.

Igualmente, recorre a corré administradora alegando ausência de responsabilidade, vez que cabe ao síndico prestar contas de sua gestão.

Apela também a autora alegando, em síntese, que eventual aprovação pautada em assuntos de interesse geral (fls. 16/17) não permite qualquer repercussão nas finanças do condomínio. Aduz que, em **26.09.2015**, foi aprovada remuneração ao síndico de R$ 1.500,00 para desempenho de funções como auxiliar de serviços gerais, valor contra o qual o condomínio não litiga. Em **19.03.2016**, o réu foi reeleito ao cargo de síndico com remuneração pela função de representante legal no importe de R$ 1.500,00 (denominadas "ajuda de custo"), contra o qual o condomínio também não se insurge, anotando que as deliberações da assembleia de **26.09.2015** teriam sido revogadas pela reunião seguinte. Ocorre que, a partir de junho de 2016 (fls. 89), o síndico passou a receber valores indevidos pela cumulação dos serviços de portaria, além de outros gastos sem justificativas.

Os recursos foram contra-arrazoados pela parte adversa e encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Narra a inicial que o corréu Janio foi síndico do condomínio no período de **14.03.2015** a **26.11.2016**, insurgindo-se contra os gastos referentes ao pagamento de "*cobertura de portaria*"; "*pequenas despesas - caixinha*" e uma transferência sem justificativa no valor de R$ 1.239,65 para Marta Rodrigues Santos.

Inicialmente, consigne-se que a destinação dos gastos decorrente das verbas de "*caixinha*" e transferência de valores a terceiros não restaram comprovados por recibos ou notas fiscais, tampouco foram impugnados de forma específica em contestação, sendo de rigor a condenação dos corréus nesse ponto.

Isso porque a corré Hamasul Administradora de Condomínios S/C Ltda. foi contratada com a expressa obrigação de elaborar demonstrativo de receitas e despesas - por itens individualizados - e guardar os documentos comprobatórios dos pagamentos efetuados (fls. 161 - item f), devendo ser igualmente responsabilizada pela restituição dos gastos não comprovados.

Ainda, em relação às despesas referentes à "*cobertura de portaria*", anote-se que, em **22.08.2015**, o corréu Jânio Santana foi eleito síndico com isenção do condomínio. Em **26.09.2015**, diante da necessidade da contratação

Acesso ao Sumário

de um zelador para acompanhamento das obras da construtora, foi aprovada remuneração mensal de R$ 1.500,00 em favor dele para que exercesse tal função. Em **19.03.2016**, foi reeleito síndico com isenção da taxa condominial e remuneração mensal de R$ 1.500,00. Por fim, em assembleia realizada no dia **26.11.2016**, os moradores foram informados sobre a dispensa do porteiro da empresa terceirizada, quando então ele teria se autocontratado para exercício da função com remuneração inicial de R$ 2.000,00 e posterior aumento para R$ 3.000,00, do que decorreu pedido de renúncia por parte dos demais condôminos (fls. 15/20).

Com efeito, restou demonstrado que os valores ora discutidos não se referem ao pagamento mensal pela atuação de Jânio como síndico, tampouco dos valores recebidos a título de zeladoria, mas sim pelo exercício da função de porteiro - após dispensa de funcionário terceirizado por ato individual dele - pelo qual passou a receber remuneração fixada unilateralmente no importe de R$ 3.000,00, sem aprovação em assembleia, em afronta ao art. 57 do estatuto do condomínio: "*a contratação, dispensa ou alteração de funcionário deverá ser discutida em assembleia*" (fls. 45/46), devendo, pois, restituir tal valor.

Melhor sorte assiste à administradora quanto à sua responsabilidade pelos pagamentos relacionados à "*cobertura de portaria*", vez que apenas cumpria ordens do síndico, pessoa responsável pela gestão financeira, agindo nesse ponto como mera mandatária do condomínio, valendo conferir.

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS - CONDOMÍNIO QUE IMPUTA À ADMINISTRADORA A RESPONSABILIDADE POR PAGAMENTO DE CONTAS INDEVIDAS - PREJUÍZO FINANCEIRO - MERA MANDATÁRIA DO AUTOR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Não se pode perder de vista que a obrigação de gestão dos recursos financeiros do condomínio cabe exclusivamente ao síndico. E, assim, se o síndico não se opôs ao pagamento daquelas verbas indicadas pela autora na exordial na conta ordinária do condomínio, não pode agora suscitar da administradora, mera mandataria do autor, o prejuízo por aplicação financeira indevida dos recursos." (Apelação Cível 4004701-92.2013.8.26.0223; Relator: Paulo Ayrosa; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 17/10/2017).

Acesso ao Sumário

Destarte, resguardado o convencimento do digno juízo de piso, de rigor a reforma da r. sentença para julgar a ação procedente em relação ao corréu Jânio, a fim de condená-lo à restituição dos valores indicados na inicial, com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora da citação, limitando a condenação da corré administradora aos valores das despesas de "*caixinha*" e transferência de R$ 1.239,65 realizada sem justificativa, nos termos supra fixados, carreando ao primeiro os ônus sucumbenciais, com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do

condomínio ora fixados em 10% do valor da condenação, observada a justiça gratuita concedida. Por fim, em relação à corré administradora, reconheço a ocorrência da sucumbência recíproca, de modo que cada uma deve arcar com os honorários advocatícios dos respectivos patronos adversos, ora fixados em R$ 800,00, com fulcro no art. 85, § 8º, do CPC/15.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento aos recursos do autor e da corré administradora, improvido o do corréu Jânio.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019416-93.2016.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MIRIAM CRISTINA DOS SANTOS RAMOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados CARMAX BRASIL MULTIMARCAS LTDA. e BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32137)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO. REDIBITÓRIA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. INCÊNDIO NO VEÍCULO CAUSADO POR FALTA DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA. DESOBRIGAÇÃO DA VENDEDORA. PROVA PERICIAL QUE NÃO CONCLUIU HAVER RELAÇÃO ENTRE O INCÊNDIO E OS SERVIÇOS REALIZADOS NA GARANTIA PELA REQUERIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA PELA ATUAÇÃO DERROTADA NESTA SEDE RECURSAL (ART. 85, §§ 2.º e 11, DO CPC).

Acesso ao Sumário

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação digital (fls. 302/310, sem preparo, por isenção, fls. 29/30) interposta contra a r. sentença de fls. 255/257 (da lavra do MM. Juiz Alexandre Miura Iura), cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação redibitória, condenando a autora no pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a benesse da gratuidade processual de que goza.

Alega a autora e apelante, em necessária síntese, que o veículo apresentou defeitos tão logo foi adquirido, vindo a se incendiar a menos de um ano da compra. Sustenta a existência de vício oculto, que gerou o incêndio e a perda total do bem, pugnando pela reforma do julgado.

O recurso é tempestivo (fls. 301 e 302) e foi recepcionado em primeiro grau (art. 1010 e seguintes do NCPC), preenchendo as suas necessárias condições de admissibilidade.

Vieram contrarrazões às fls. 313/319 e 320/323.

É o relatório.

Pretende a autora o desfazimento do negócio jurídico de compra e venda do automotor usado descrito na inicial, adquirido da primeira ré e financiado pela segunda, com a devolução do valor por ele pago, além da reparação por danos morais. Sustenta que adquiriu o veículo usado em 8/8/2015, e que, logo após a compra, o mesmo apresentou defeitos elétricos e no motor, que foram sanados pela primeira ré em 1/10/2015.

Narrou que no dia 11/6/2016, ao ligar o veículo o mesmo não funcionou, e que, após nova tentativa o veículo pegou, mas morreu, vindo a se incendiar quando da terceira partida, tendo o incêndio comprometido toda a parte dianteira do veículo e painel interno.

Acesso ao Sumário

Insubsistente a irresignação frente a tudo o que nos autos se produziu, não restando caracterizado o direito a rescindibilidade da avença, mormente porquanto não se comprovou a existência de nenhum vício oculto no veículo usado adquirido pela autora, ou mesmo relação entre os serviços realizados pela ré, na garantia, e os danos.

O veículo bem se soube apresentou alguns defeitos, mas que foram reparados pela ré ainda no prazo de garantia, dentre eles a retífica do bloco do motor (fl. 205). E, tendo o incêndio ocorrido somente após quase um ano da compra do bem ou após oito meses da última intervenção realizada pela ré, não há como impor responsabilidade à ré.

Após o uso prolongado do bem usado pela autora (8 meses), sem mais intercorrências comprovadas após o reparo realizado pela ré, não se pode afirmar havia qualquer defeito oculto no veículo, senão os sanados pela ré no prazo de garantia.

A ré embora tenha realizado a retífica do motor do veículo, desse serviço não se extraiu qualquer relação com o incêndio ocorrido no veículo ou mesmo pode-se aferir havia vício oculto no bem, capaz de provocar a noticiada queima. O motor do veículo da autora foi reparado pela ré, o que se extrai da prova pericial realizada (fls. 205), em data muito anterior ao incêndio (11/6/2016), sem que se pudesse extrair qualquer relação entre o serviço executado pela ré e o incêndio.

A prova pericial realizada nos autos aferiu que a provável causa do incêndio foi o ressecamento das mangueiras e cabos de velas. Assim dispôs o vistor: "*(...) Este Perito trabalha com a hipótese de que no momento da partida do motor, ao ligar a chave de ignição e ser acionado automaticamente o sistema de partida a frio, o qual injeta gasolina no coletor de admissão do motor, estando as mangueiras e cabos de vela ressecados, ao ser pressurizada com combustível, estando mal encaixada e/ou ressecada, permitiu vazar combustível sobre os cabos de velas, que combinada nas repetidas tentativas de partida do motor, com a fuga de corrente no cabo de vela, provocou a ignição do combustível com propagação do fogo...*" (fl. 201).

Dito isso, não obstante exista garantia, esta não pode ser invocada à constatação de vícios aparentes ou mesmo para garantir a troca de peças afetas à manutenção preventiva. O que dos autos se verificou, refere-se somente a desgastes de peças (mangueiras e cabos), facilmente visualizáveis no momento da compra e previsíveis dado o tempo de uso do veículo, caso tivesse agido a compradora com a cautela que demanda nesse tipo de negociata.

Em resumo, o incêndio ocorrido no bem, cuja reparação se busca, não foi motivado por ação ou omissão da ré, mas sim atribuído a defeitos em peças de manutenção preventiva, pelo uso prolongado do bem usado. É notório que um veículo usado não contém as mesmas propriedades e nem funcione como se um veículo novo fosse, sendo claras as consequências de se comprar um veículo usado, ainda mais após tão longo período de uso habitual (6 anos).

Dito isso, não há como garantir à autora o sucesso pretendido, eis que o problema mencionado é advindo do tempo de uso do veículo e não se traduz em ocultação do vendedor que também não tem meios de garantir a eficiência perpétua de todos os componentes do veículo.

Portanto, o que se conclui é que a demanda improcede.

Por fim, em razão do insucesso da autora, igualmente nesta fase recursal e, em atenção à nova ordem processual, deixo de majorar a verba honorária

Acesso ao Sumário

advocatícia (art. 85, §§ 2.º e 11, do CPC), porquanto já fixada em percentual máximo permitido (10% para cada patrono vencedor).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010214-27.2017.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ARCANGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA., é apelado JHM MÁQUINAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.138)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2019.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Ação de resolução contratual cumulada com pedido de restituição dos valores pagos. Alegação de vício de fabricação pela inobservância da NR-12, Norma Regulamentar de segurança do trabalho. Ré que forneceu as máquinas alegando que a observância da norma era opcional. Autora induzida em erro quanto a característica essencial do objeto do negócio. Laudo pericial que reconheceu que os equipamentos estavam em uso e o desfazimento do negócio com a restituição integral do preço implicaria em enriquecimento ilícito da Autora. Necessidade de redução do percentual do preço para compensar a fruição do patrimônio alheio antes do desfazimento do negócio. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de resolução contratual cumulada com pedido de restituição dos valores

pagos. O magistrado, Doutor Domingos Parra Neto, entendeu que a Autora não se desincumbiu do ônus de provar que os vícios apontados nos equipamentos produzidos pela Ré tinham origem na fabricação. Condenou a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e fixou honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa.

A Autora pede a reforma da sentença para que se reconheça o vício de fabricação causado pela inobservância da NR-12. Alega que o laudo foi claro ao constatar que o equipamento produzia tanto embalagens boas quanto defeituosas. Requer a devolução do preço e a inversão do ônus da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Em 23/07/2014 Arcangel Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda. adquiriu de JHM Máquinas Ltda. os equipamentos "Pesadora Mediomatic CLP 1000" e "Formadora de Bobina Multipack" pelo valor de R$70.510,00. Ocorre que desde a instalação os equipamentos apresentaram defeitos, o que obrigou a Autora a retornar à produção manual. Em julho de 2017 Arcangel ajuizou esta ação pedindo o ressarcimento do valor pago pelas máquinas.

Deduziu a Autora a pretensão de restituir as máquinas adquiridas em julho de 2014 sustentando que jamais funcionaram adequadamente, mas também que não atendem à NR-12, Norma Regulamentar relativa à segurança do trabalho.

A sentença recorrida julgou improcedente a ação por reconhecer, com fundamento na prova pericial, que as máquinas estão aptas à produção para a qual se destinam, mostrando-se eficientes e em bom funcionamento, assegurando o perito que o mau desempenho está relacionado à falta de adequada manutenção e regulagem.

De fato a prova pericial deixou claro que as máquinas, desde que operadas com a necessária técnica na dedução dos parâmetros adequados para produtos e matéria-prima, funcionam satisfatoriamente, e mais do que isto, que os resíduos encontrados indicam que, diferentemente do anunciado na petição inicial, haviam sido usadas.

Entretanto, as máquinas não atendem às normas de segurança do trabalho. O perito esclareceu que "*na empacotadora Mecapack MD-200L não há dispositivos de intertravamento nas proteções móveis e na porta de acesso do quadro elétrico*". E ressaltou "*O equipamento foi operado (na realização da perícia) com acesso total às partes móveis e ao quadro elétrico. Já o dispositivo de parada de emergência está localizado na parte superior do equipamento ao lado oposto ao painel de operação. A quantidade e localização do dispositivo de parada de emergência são definidas no projeto inicial e análise de risco*" (fls. 544).

A desconformidade das máquinas com a NR-12 é aspecto incontroverso

Acesso ao Sumário

da demanda.

Sustentou a Ré, em sua defesa, que a norma era de observância facultativa, quadro que se confirma por meio de consulta ao seu *site* na *Internet*, que oferece equipamentos que "opcionalmente" podem ser construídos com observância da NR-12.

Ocorre que a observância da NR-12 é indeclinável desde 2013. A Secretaria de Inspeção do Trabalho, por meio de portaria, fixou prazo para que os usuários e fabricantes de máquinas se adaptassem às normas de segurança. A matéria fora objeto da Portaria SIT nº 197, de 17/12/2010. Suficiente observar que o mais longo prazo, então fixado para máquinas usadas, eis que mais curtos foram os prazos para as máquinas novas, foi de 30 meses. Para o item 12.45, relativo ao intertravamento das partes móveis, o prazo era de 18 meses. Portanto, ao tempo da venda das máquinas a observância da NR-12 era obrigatória.

Trata-se de vício que torna a máquina imprestável para os fins a que se destina, eis que expõe os que dela fazem uso profissional, como se dá no caso dos Autores, às sanções aplicáveis pela Administração Pública, especialmente pelos órgãos de proteção aos trabalhadores.

A Autora comprovou, ademais, que fora induzida em erro, eis que o vendedor lhe assegurou que a observância da NR-12 era opcional, quadro que autoriza o desfazimento do contrato.

Inaplicável, no caso, a regra do artigo 206, inciso V do Código Civil, eis que o que pretende a Autora não é a reparação civil, mas o desfazimento do contrato de compra e venda.

Entretanto, o caso não é, tampouco, de vício redibitório, que esbarraria no prazo decadencial, eis que decorrido o prazo máximo de 120 dias contados da compra e venda. Esta regra incidiria acaso a decisão tivesse por fundamento o mau funcionamento da máquina, isto é, vício que a tornasse imprópria para o uso ou que lhe reduzisse substancialmente o valor.

Impõe-se, antes, a anulação do negócio por erro, eis que fora a Autora induzida em erro quanto a característica essencial do objeto do negócio. Comprou uma máquina para dela fazer uso em sua atividade industrial, quando o equipamento, em razão de norma regulamentar, a tanto não se prestava. Evidenciou a responsabilidade da Ré pelo erro, eis que, mesmo em juízo, sustentou que a observância da norma regulamentar era opcional, conforme se vê, ainda, no *site* (endereço eletrônico constante no texto original). Ressalte-se neste ponto que, nada obstante apresentada com qualificação jurídica diversa, a desconformidade com a NR-12 também fora apontada como causa de pedir, quadro que autoriza o acolhimento da pretensão sem que se vislumbre nisto decisão *extrapetita* ou surpresa.

De outro lado, necessário reconhecer que o perito assegurou que a

Acesso ao Sumário

máquina esteve em uso e o desfazimento do negócio com a restituição integral do preço implicaria em enriquecimento sem causa em face da Autora, impondo-se, por conseguinte, a redução do percentual do preço para compensar a fruição do patrimônio alheio antes do desfazimento do negócio, mostrando-se razoável pelo período de detenção da coisa, desde a aquisição em julho de 2014 até a propositura da ação em julho de 2017, a redução de 30% do valor, anotando-se que, segundo a prova pericial, as máquinas estão em bom estado de conservação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para acolher a pretensão da Autora ao desfazimento do negócio, com a devolução das máquinas e a restituição do preço atualizado desde o desembolso, com redução de 30%. Arcará a Autora com terça parte das custas e despesas do processo e a Ré com os 2/3 restantes. A Autora pagará ao advogado da Ré 10% do valor da condenação, enquanto a Ré pagará ao advogado da Autora 10% sobre a diferença entre o pedido e o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000514-72.2018.8.26.0464, da Comarca de Pompéia, em que é apelante COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA, é apelada MARIA ALEXANDRE DE SOUZA ARAGÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39327)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - AÇÃO DE COBRANÇA PROCEDENTE - CONTRATO DE SEGURO DENOMINADO "BB SEGURO DE VIDA MULHER" - DIAGNÓSTICO DE ADENOCARCINOMA DE ENDOMÉTRIO - RECUSA DA SEGURADORA AO PAGAMENTO SOB ALEGAÇÃO DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA - APLICABILIDADE DO CDC -

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE COMPROVADA INFORMAÇÃO ACERCA DA EXCLUDENTE DE COBERTURA - INAPLICABILIDADE DA CLAUSULA LIMITATIVA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR DO CAPITAL SEGURADO EXPRESSO NA PROPOSTA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela requerida contra a r. sentença de fls. 137/140, cujo relatório fica aqui incorporado, que julgou procedente a ação de cobrança de indenização de seguro de vida e acidentes pessoais, condenando a parte ré ao pagamento do valor de R$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), com os acréscimos legais.

Inconformada, sustenta a ré em suas razões recursais (fls. 142/153), em síntese, que a autora é portadora de *adenocarcinoma de endometrio* e que esta doença não tem qualquer relação com as patologias para as quais há coberta securitária. Sustenta, assim, que a moléstia apresentada pela autora é expressamente excluída da cobertura, o que enseja o afastamento da condenação imposta em primeiro grau. Afirma, ainda, que nos termos da contratação, o capital segurado vigente na data do sinistro é de R$21.012,36. Requer, por fim, a reforma do julgado com a improcedência da demanda.

Recurso regularmente processado, com contrariedade (fls. 157/160).

É o relatório.

Não podem prosperar as razões do recurso.

Segundo consta dos autos, a autora contratou, em 31/03/2004, o seguro denominado "*BB Seguro de Vida Mulher*", o qual apresenta dentre outras coberturas a de "*Diagnóstico de Câncer*", no valor de R$45.000,00 (fls. 11/13).

A cobertura securitária foi negada sob o argumento de que a doença que acomete a apelada, câncer de endométrio, não constitui risco coberto pela apólice, cobertura que está restrita ao câncer de mama ou do colo do útero.

Ocorre que, a proposta de adesão trazida nos autos previa a cobertura para "diagnóstico de câncer", sem nenhuma especificação quanto à espécie de câncer, conforme se observa do documento de fls. 11/13.

Em se tratando de relação de consumo, incumbia à seguradora prestar as devidas informações, de forma clara e precisa, esclarecendo ao consumidor as hipóteses de exclusão do direito ao pagamento.

No entanto, não há prova nos autos de que tais informações tenham sido oferecidas a contento ao consumidor quando da contratação.

Nesse contexto, cabia à apelante comprovar que proporcionou a devida

Acesso ao Sumário

informação à apelada acerca da existência de cláusula limitativa de cobertura, dando-lhe ciência inequívoca acerca da exclusão do risco, o que não restou comprovado na espécie.

Diante disso, de rigor o reconhecimento, portanto de que houve afronta ao dever de informação, transparência e boa-fé objetiva que devem pautar as relações contratuais, sobretudo as de caráter consumerista.

Nesse sentido:

"SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - 'Seguro Vida Mulher' - Pretensão de cobrança da indenização deduzida pela segurada julgada procedente - Cobertura para diagnóstico de câncer no ovário - Negativa da cobertura fundada na alegação de que só há cobertura para câncer de mama ou de colo de útero - Cláusulas restritivas de direitos que, dada a natureza do seguro, voltado particularmente para mulheres, devem ser redigidas com clareza e destaque, pena de serem interpretadas de forma favorável à consumidora - Nulidade das cláusulas que atenuam a responsabilidade do fornecedor ou redundem em renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor, ou ainda desvirtuem direitos inerentes à natureza do contrato - Inteligência dos artigos 47 e 51, do Código de Defesa do Consumidor - Indenização devida - Falta de interesse recursal no tocante à pretendida modificação do termo inicial da correção monetária - Recurso não provido." (*in* TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1005629-02.2015.8.26.0037, Relator Des. Sá Duarte, j. 21/11/2016).

"APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANCA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA FACULTATIVA - BB SEGURO DE VIDA MULHER - DIAGNÓSTICO DE CARCINOMA DE COLO DE ÚTERO IN SITU - RECUSA DA SEGURADORA SOB O FUNDAMENTO DE QUE SE TRATA DE RISCO EXCLUÍDO DA APÓLICE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA LIMITATIVA E ABUSIVA - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA - AUSENTE LESÃO ANÍMICA PASSÍVEL DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA - SUCUMBÊNCIA MANTIDA EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (*in* TJSP, 28ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1000723-42.2015.8.26.0627, Relator Des. Cesar Luiz de Almeida, j. 10/10/2018).

Diante de tais considerações, restou configurada afronta aos princípios da boa-fé e função social do contrato, além de violação às normas do Código de Defesa do Consumidor, restando exigível o pagamento securitário apontado na exordial.

Por fim, como salientou o juízo sentenciante, não pode ser acolhida

Acesso ao Sumário

a impugnação quanto ao valor do capital segurado do contrato, porquanto o documento trazido aos autos (fls. 11/13) indica expressamente o valor do capital segurado para hipótese de diagnóstico de câncer na época do sinistro (R$45.000,00).

Assim sendo, a Apelante não trouxe à colação em suas razões recursais nenhum elemento com o fito de modificar o julgado, restando a posição adotada pelo juízo como preponderante elemento de orientação da solução da questão.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, majorando os honorários sucumbenciais de 10% (dez por cento) para 12% (quinze por cento) (*sic*) do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000442-89.2018.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante FABRICIO JADER DE SOUZA DROGARIA - ME, são apelados MIGUEL SOUSA DA CUNHA, MARIELE SILMARA DE SOUSA e VICTOR CLARO PUPO DA CUNHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39243)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - VENDA DE MEDICAMENTO COM VALIDADE EXPIRADA - DANOS MORAIS - CARACTERIZAÇÃO PELO RISCO A QUE É SUBMETIDO O CONSUMIDOR-DANO MORAL CONFIGURADO MONTANTE DA CONDENAÇÃO REDUZIDO APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA

VOTO

Trata-se de ação de indenização por dano moral, proveniente de venda de

medicamento com data de validade expirada, julgada procedente pela r. sentença de fls. 153/158, cujo relatório fica aqui incorporado.

Contra tal pronunciamento, foi interposto recurso de apelação (fls. 163/174), buscando a Apelante a reforma do julgado.

Em suas razões recursais insiste na alegação de ilegitimidade passiva, pois não demonstrado nos autos que o medicamento com a data de validade vencida foi adquirido em seu estabelecimento. Sustenta, ainda, que recebe periódica fiscalização da autoridade competente e que jamais enfrentou situação similar à dos autos. Destaca, ainda, que o prazo de validade tem adicional de segurança, o que colide com a possibilidade do sintoma apresentado pelo menor (diarreia) ter sido causado pela medicação. Refuta a configuração de dano moral e o valor pretendido a título de indenização.

Recurso regularmente processado, com ciência do Ministério Público às fls. 162 e contrariedade às fls. 181/204, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

A prova documental produzida com a peça preambular confirma a aquisição do medicamento no estabelecimento da Apelante (fls. 5/7).

A discrepância entre o valor dos centavos do cupom de cartão de crédito (fls. 5) e da nota fiscal (fls.7), longe de estabelecer qualquer fato que favoreça à recorrente, nada diz, ou mesmo, faz confirmar a compra do produto, naquele estabelecimento.

Assim sendo, fica clara a irregularidade a que se referem os autores, ou seja, a venda de medicamento fora do prazo de validade estabelecido pelo fabricante, destacada a ausência de prova contraposta a cargo da fornecedora.

Pela natureza do produto (remédio) e sua destinação agravada pela idade do paciente, pouco importa se o sintoma que os Autores relataram (diarreia), após ministrada a dose indicada, guarda relação causal com o produto em si, prevalecendo a simples consideração sobre o **risco** que decorre da inobservância da especificação de validade, o que, por si só, é suficiente para concluir pela temerária conduta do fornecedor e pela consequência psíquica na família, tensão emocional, ante a incerteza que decorre da aplicação do produto.

Irrelevante a analogia entre o residual de segurança presente após a expiração do prazo de validade e de aspectos construtivos, pois que, a exigência de retirada de produtos farmacêuticos vencidos é objetiva e, sendo ignorada pelo fornecedor, converte-se em irregularidade grave, defeito grave de fornecimento do produto farmacêutico.

Dai a correta adoção pela Douta Juíza sentenciante da previsão do art. 14, do CDC, perfeitamente aplicável ao caso em exame.

Configurada a lesão extrapatrimonial, exsurge a obrigação de indenizar.

Acesso ao Sumário

A pretensão formulada pelos Apelados na fixação da parcela indenitária, acolhida pela sentença, é de R$9.540,00.

Entendo que esse montante foge às peculiaridades da causa, pois não houve qualquer evolução danosa após a consumação do fato.

Além disso, deveriam os responsáveis verificar a condição de validade do medicamente, antes de ministra-lo. A omissão não elide a falta mais grave, que diz respeito à venda do produto e o dever do vendedor, mas tem reflexo na estipulação da indenização, no caso sua mitigação, para adequá-la mais precisamente às peculiaridades do caso.

Reduzo, pois, o valor da parcela indenitária a R$4.000,00 (quatro mil reais), atualizados a partir desta data, com juros a partir da citação.

Quanto ao benefício concedido aos autores, não há elementos a partir dos quais seja possível a efetiva possibilidade financeira na satisfação das despesas do processo, razão pela qual outra providência não resta senão a manutenção do deferimento da gratuidade.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da ré, apenas para reduzir o valor indenitário, mantida a fixação da honorária em favor do advogado e arbitrado o montante de R$600,00 em favor do patrono da Apelante, observada a gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039914-24.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALLINY JENNIFER DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado EUCATUR EMPRESA UNIAO CASCAVEL DE TRANSPORTE E TURISMO LTDA.

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 38096)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Responsabilidade Civil. Contrato de transporte rodoviário. Furto de

bagagem de mão durante parada. Fato excludente de responsabilidade. Descabimento de indenização por danos materiais e morais. Decisão de improcedência confirmada, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 109/128) interposto contra a r. sentença de fls. 101/107 que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais, nos seguintes termos:

"*Posto isso, e considerando o que mais dos autos consta, julgo improcedentes os pedidos iniciais. Declaro resolvido o mérito, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.*

Diante da sucumbência, arcará a autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, condicionando a cobrança aos termos do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma legal."

No apelo a autora alegou furto do seu notebook havendo responsabilidade da transportadora já que possibilitou tal ocorrência diante da negligência na vigilância da entrada de pessoas no ônibus; confissão do motorista no boletim de ocorrência; cabimento de condenação em indenização por danos morais e materiais e, por fim, irregularidade na representação processual da ré quanto à sua procuradora.

O recurso, tempestivo e isento de preparo (assistência deferida às fls. 30), foi contrariado (fls. 131/136).

Valor da causa em 07/08/2018: R$ 10.868,00

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, devendo a r. sentença ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim dispõe: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.*"

Nesta Seção de Direito Privado, o dispositivo regimental tem sido utilizado, quer para evitar inútil repetição, quer para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros precedentes: Apelações 99406023739-8, 99402069946-8 (1ª Câmara);

Acesso ao Sumário

AI 99010153930-6 (1ª Câmara); Apelações 99405106096-7, 99404069012-1 (2ª Câmara); Apelação 99010031478-5 (3ª Câmara); Apelação 994050097355-6 (5ª Câmara); Apelação 99401017050-8 (6ª Câmara); Apelação 99109079089-9 (11ª Câmara); Apelação 99010237099-2 (13ª Câmara); AI 99010032298-2 (15ª Câmara); Apelação 99109084177-9 (17ª Câmara); Apelação 99100021389-1 (23ª Câmara); Apelação 99207038448-6 (28ª Câmara).

O E. Superior Tribunal de Justiça prestigia este entendimento quando reconhece em seus julgados "a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1.12.2003).

Transcrevem-se, por oportuno, trechos da r. sentença:

"*Vistos.*

ALLINY JENNIFER DA SILVA, qualificada nos autos, ajuizou ação indenizatória por danos materiais e morais em face de EUCATUR EMPRESA UNIÃO CASCAVEL DE TRANSPORTE E TURISMO LTDA., também qualificada, alegando em síntese que adquiriu da requerida uma passagem para viajar com destino ao Estado do Mato Grosso. O ônibus fez uma parada na rede Graal e o motorista solicitou a todos os passageiros que desembarcassem. Diz que o motorista solicitou a todos que deixassem suas bagagens no interior do ônibus, pois o mesmo ficaria com as portas fechadas e que somente adentrariam ao ônibus, após a parada para descanso, as pessoas que portassem os respectivos bilhetes. Ao retornar, observou que a porta estava aberta e presenciou uma pessoa estranha saindo de seu interior com o seu notebook que se encontrava dentro de sua bagagem. Alega que avisou imediatamente ao condutor a ocorrência que não tomou qualquer providência e, ao contrário, reconheceu que por um descuido, tinha deixado a porta do ônibus aberta e não havia solicitado ao estranho o respectivo bilhete. Sustenta que lavrou um Boletim de Ocorrência. Diz que houve danos morais indenizáveis. Requereu a procedência da ação para condenar a requerida ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais. Juntou documentos.

Citada, a requerida apresentou contestação (fls. 34/53). No que interessa, sustentou que não há responsabilidade pelo ocorrido. Os passageiros têm a faculdade de despachar seus pertences no bagageiro ou levá-los consigo. Que nas paradas realizadas não existe a obrigatoriedade dos passageiros desembarcarem. Sustentou a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Impugnou os pedidos indenizatórios. Requereu a improcedência da ação e

Acesso ao Sumário

juntou documentos.

Houve réplica na qual a autora alega a irregularidade da representação processual.

Ambas as partes declinaram da produção de outras provas.

É o relatório do necessário.

Fundamento e decido.

(...)

Inicialmente, observa-se que a relação mantida entre as partes é consumerista. Todavia, tal fato, por si só, não induz a procedência automática da pretensão do consumidor.

Não resta dúvida que a concessionária responsável pelo transporte de passageiros responde objetivamente pelos danos causados, independentemente da prova da culpa, sendo suficiente a prova da existência da relação de causalidade entre o fato e o dano, nos termos do que prescreve o artigo 734 do Código Civil e art. 37, § 6°, da Constituição Federal.

Todavia, no presente caso, para que a responsabilidade da requerida reste configurada é necessário que eventuais danos sofridos pelo passageiro estejam diretamente relacionados com a atividade desenvolvida pela prestadora do serviço, qual seja, o transporte de pessoas.

Diversamente da responsabilidade das empresas de transporte pelos danos materiais e morais suportados pelos usuários em decorrência de acidente, caso em que existe a garantia legal da incolumidade física dos mesmos e, em razão disso, exigisse apenas a prova do nexo de causalidade entre o fato e o resultado lesivo para que a empresa seja condenada a indenizar os danos sofridos pelo consumidor, pois acidentes de trânsito estão entre os riscos inerentes à própria atividade desenvolvida pela empresa transportadora, ou seja, trata-se de fato conexo com a atividade de transporte, o caso em exame é de inexistência de responsabilidade civil da requerida porque o furto de bens pessoais de passageiros por meliantes que ingressam no interior do ônibus com o propósito de furtar ou roubar os passageiros é fato totalmente desatrelado do serviço de transporte de pessoas explorado pela empresa ré. Trata-se de fato de terceiro inserido no conceito de fortuito externo, de modo que a responsabilidade da transportadora resta completamente afastada pela excludente de antijuridicidade.

O furto de bens que se encontrem na bagagem de mão do passageiro é totalmente desvinculada da atividade empresarial desenvolvida pela requerida, podendo, inclusive, ficar caracterizada a excludente, culpa exclusiva do consumidor, em razão do descuido do dever de vigilância de seus bens, justamente porque não se pode atribuir ao motorista do ônibus, preposto da transportadora, a obrigação de vigiar o comportamento de todos os passageiros

Acesso ao Sumário

e os pertences portados pelos transportados no interior do veículo a fim de evitar a ocorrência de delitos. Não fosse assim, estaria inviabilizada a execução do contrato e, consequentemente, a própria atividade de transporte a qual se dispôs a empresa de transporte a executar.

Observe-se que instada a dizer se havia outras provas a serem produzidas, a autora pugnou pelo julgamento antecipado da lide, sem comprovar a afirmação de que o preposto da ré solicitou que todos desembarcassem do ônibus.

A responsabilidade da requerida somente restaria configurada caso houvesse o furto ou roubo de bens guardados nas bagagens dos passageiros colocadas em compartimento próprio, ou seja, no bagageiro, porque se trata de carga, cuja guarda foi transferida à transportadora, consoante disposição do Decreto n° 2.521/98.

Confira-se:

'Apelação. Indenização. Danos materiais e morais. Transporte Intermunicipal. Furto de bagagem de mão. Sentença de improcedência. Responsabilidade objetiva da prestadora de serviço restrita à bagagem transportada no compartimento próprio. Não comprovada pelo autor a posse dos bens, dito furtados. Pleito de reforma do autor. Incidência do CDC quanto ao dever de garantir a segurança do passageiro, por parte da empresa requerida. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público de transporte coletivo, somente elidida por culpa exclusiva do passageiro (art. 37, § 6º, da CF/88 e art. 14 do CDC). Culpa pelo extravio dos pertences do autor que não pode ser imputada à empresa transportadora porquanto se encontravam sob guarda e depósito do próprio passageiro que assumiu o risco de transportar fora do bagageiro. Incidência da excludente de responsabilidade civil prevista no art. 14, § 3º, I do CDC. Sentença mantida. Recurso negado.' (TJSP-24ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0001609-18.2013.8.26.0081-Adamantina, J. 05.12.2013, np, vu, Rel. Des. ERSON DE OLIVEIRA, voto n° 11.219).

'Responsabilidade civil - Transporte rodoviário interestadual - Furto de bagagem não despachada - Danos materiais e morais - Cerceamento de defesa. 1. Não há cerceamento de defesa quando o julgamento da lide independe de dilação probatória. 2. Salvo se comprovada a culpa de seus prepostos, a transportadora não responde pelo extravio ou danos causados à bagagem não despachada, que acompanha o passageiro, permanecendo sob sua guarda e vigilância. Ação improcedente. Recurso não provido.' (TJSP-21ª Câmara de Direito Privado, Apelação n° 0024224-16.2011.8.26.0002 São Paulo, J. 13.08.2012, np, vu, Rel. Des. ITAMAR GAINO, voto n° 28.119).

Quanto ao alegado defeito de representação por não estar legalmente habilitada a advogada da requerida, a qual teria mais de cinco causas ativas em São Paulo, mas não promoveu a inscrição suplementar, a ausência de inscrição

Acesso ao Sumário

suplementar significa mera irregularidade administrativa, sem qualquer reflexo na regularidade da representação processual, na medida em que o inciso I do artigo 7º da referida lei prevê o direito do advogado exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional, além de não haver qualquer vedação no Código de Processo Civil acerca do exercício da advocacia fora da circunscrição em que o mesmo tenha a inscrição principal.

A respeito, confira-se:

'PROCESSO CIVIL. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. VEDAÇÃO À ATUAÇÃO DE ADVOGADO NOS AUTOS. AFIRMATIVA DE CONDUTA VIOLADORA DA NORMA DO ARTIGO 10, § 2º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA, POR AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO COMPLEMENTAR NA SEÇÃO DE SÃO PAULO DA OAB, APESAR DE AQUI OCORRER O EXERCÍCIO HABITUAL DA ADVOCACIA. INADMISSIBILIDADE. DIREITO AO EXERCÍCIO QUE DECORRE DA SIMPLES EXISTÊNCIA DA INSCRIÇÃO, AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE ADMITIR VÍCIO PROCESSUAL. MATÉRIA QUE INTERESSA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, TÃO SOMENTE, PARA EVENTUAIS PROVIDÊNCIAS DE CARÁTER DISCIPLINAR, A QUEM SE DEVERÁ COMUNICAR A OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA, COM OBSERVAÇÃO. A qualidade de advogado é decorrência da inscrição na OAB, em virtude do que o profissional fica habilitado ao Exercício da advocacia em todo o território nacional. O fato de o advogado desrespeitar a norma que lhe impõe obter inscrição complementar em virtude do exercício habitual da advocacia em Seção distinta, não tem qualquer significado no plano da validade dos atos processuais, que por isso não está impedido de realizar, sendo assunto que interessa apenas à OAB, a quem cabe a eventual adoção de providências de caráter disciplinar, e por isso deve ser cientificada do ocorrido.' (Mandado de Segurança nº 1.153.864-0/9, j. 10/6/08, 31ª Câmara de Direito Privado).

Inexiste nos autos o vício apontado. Assim, caso entenda pertinente, à autora é assegurado tomar as providências administrativas e disciplinares pertinentes perante o órgão de classe." grifo nosso

É sabido que há responsabilidade contratual objetiva pelo transporte, independentemente de culpa, pelos danos decorrentes da prestação de serviço defeituoso, conforme § 1º do art. 14 do CDC e arts. 734 e 735 do Código Civil, sendo a ré prestadora de serviço de caráter e utilidade pública, rodoviário, sua responsabilidade é regida pela chamada culpa objetiva, ou teoria do risco, inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Há a responsabilidade de conduzir o transportado em segurança até o seu destino final, constituindo obrigação de resultado.

Todavia, correta a r. sentença, pois no caso de furto de bagagem de mão há causa de excludente da responsabilidade objetiva da ré transportadora,

Acesso ao Sumário

afastando a obrigação de indenizar eventuais danos se provar que resultou de culpa exclusiva da vítima ou de fato exclusivo de terceiro ou de força maior. No caso o furto é fato de terceiro que não guarda qualquer conexão com o transporte.

Nesse sentido, segundo o artigo 29 e incisos do Decreto 2.521/98 os passageiros têm direito à indenização por extravio ou dano apenas quanto à bagagem transportada no bagageiro. Assim, quanto às bagagens de mão a responsabilidade pela sua guarda e vigilância é do passageiro, não se cogitando de responsabilidade objetiva do transportador, descabendo, portanto, acolhimento do pedido de indenização por danos morais e materiais.

Nesse sentido é o entendimento atual desta Corte:

"*CONTRATO DE TRANSPORTE. Viagem de ônibus. Decreto nº 2.521/98. Furto de bagagem de mão. Danos materiais e morais. Responsabilidade. Rompimento do nexo de causalidade. Dever de vigilância do passageiro. Excludente de responsabilidade. Improcedência mantida. Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1022755- 93.2017.8.26.0005; Relator (a): Silveira Paulilo; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2014; Data de Registro: 09/04/2019)

"*Apelação - Ação indenizatória - Contrato de transporte de pessoas - Furto de bagagem de mão - Excludente de responsabilidade da transportadora - No que tange à bagagem não despachada, ou seja, que não estava acondicionada no bagageiro do coletivo, mas junto com o passageiro, a este competia o dever de guarda e vigilância sobre os seus pertences, não assumindo a empresa transportadora o dever de guarda sobre os bens - Artigo 29, XIII combinado com o artigo 3º, II, ambos do Decreto nº 2.521/1998 - Descabimento da pretensão indenizatória formulada - Recurso a que se nega provimento.*" (TJSP; Apelação Cível 1019867-63.2017.8.26.0002; Relator (a): Mauro Conti Machado; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018)

"*CONTRATO - Transporte rodoviário - Aplicação do CDC - Extravio ou subtração da bagagem de mão - Fato incontroverso - Isenção da responsabilidade do transportado nesse caso - Culpa exclusiva do consumidor - Art. 14, §3º II do CDC - Rompimento do nexo causal - Precedentes - Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1066363-50.2017.8.26.0100; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2018; Data de Registro: 27/06/2018)

Acesso ao Sumário

E desta Câmara, cujo julgamento participou este Relator:

"*Ação de indenização por danos materiais e danos morais. Sentença que julgou o pedido improcedente. Ônus sucumbenciais carreados ao autor,*

com a ressalva da gratuidade judiciária a que faz jus. RESPONSABILIDADE CIVIL. Prestação de serviços. Transporte rodoviário interestadual. Alegado furto de pertences armazenados pelo passageiro em compartimento interno do ônibus. Responsabilidade da transportadora limitada à bagagem despachada, o que difere do caso dos autos. Inobservado o dever de vigilância do autor quanto aos volumes guardados no porta-embrulhos, o qual não se confunde com o bagageiro do veículo propriamente dito. Entendimento dos artigos 3º, inciso II e 29, inciso XI, ambos do Decreto nº 2.521/98, que regula a matéria. Culpa exclusiva do consumidor. Excludente de responsabilidade da requerida, nos termos do artigo 14, §3º, inciso II, do CDC. Sentença preservada. Recurso improvido." (TJSP; Apelação Cível 1011368-82.2014.8.26.0071; Relator (a): Marcos Gozzo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2017; Data de Registro: 20/06/2017)

Frisa-se que o motorista não confessou culpa no boletim de ocorrência, como alega a autora, mas que "a porta fica aberta" (fls. 26/28), e não que "ficou" aberta por descuido, sendo aquela a regra nas paradas de viagem, já que não se pode obrigar que todos os passageiros desçam e que esperem os demais para só então regressarem no interior do veículo.

Ademais, a autora não pleiteou prova testemunhal, após intimação, para comprovar sua tese de que o motorista teria dito que poderiam deixar seus pertences no interior do ônibus, pois, a porta permaneceria fechada até retorno de todos os passageiros.

Já no tocante à alegada deficiência de representação da advogada da ré, correta a r. sentença, tendo este Relator já se posicionado nesse sentido em seus votos.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Por fim, considerando que na origem a sucumbência foi fixada em 10% do valor atualizado da causa, cabe fixação nessa instância diante do desprovimento do recurso, a título de verba honorária recursal, o acréscimo de R$ 300,00 em favor do patrono do apelado, nos termos do art. 85 do NCPC.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1119363-28.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S.A., é apelado ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22808)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE REGRESSO - Energia elétrica - Ressarcimento de danos causados em razão de oscilação/descarga de energia elétrica - Sentença de improcedência - Recurso de apelação da autora - Ampla documentação carreada à inicial, como laudos, relatórios, orçamentos e comprovante de pagamento - Comprovação de que os danos nos equipamentos elétricos ocorreram em virtude de oscilação/descarga de energia elétrica - Responsabilidade da concessionária é objetiva - Art. 37, §6º da Constituição Federal - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor que não se afasta, diante da sub-rogação de direitos - Necessária observância da Súmula 188 do STF - Demonstração do nexo causal entre a falha no fornecimento de energia elétrica e os danos causados - Inexistência de demonstração da regular prestação de serviços por parte da concessionária - Falha na prestação de serviços configurada - Eventual ocorrência de raios que se trata de fortuito interno, comum, previsível e que compõe o risco da atividade da concessionária de energia elétrica - Inexistência de qualquer excludente de responsabilidade - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 165/171, que, em ação regressiva, julgou improcedente o pedido, determinando que a requerente arque com as despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R$1.000,00.

Apelou a autora às fls. 212/253, alegando, em síntese, que: a) após os distúrbios elétricos, houve a contratação dos serviços de empresas imparciais, sem qualquer relação com a apelante, as quais constataram que os bens foram danificados devido a oscilações de energia elétrica; b) é irrazoável esperar que o segurado, podendo acionar o contrato de seguro, tenha que esperar procedimento administrativo, muitas vezes moroso e burocrático, razão pela qual não se aplica a Resolução 414/10 da ANEEL; c) ademais, não é necessário o esgotamento da via administrativa; d) a apelante acostou aos autos provas documentais, com destaque aos laudos de regulação de sinistro, elaborados por empresas técnicas especializadas, que comprovaram que os equipamentos assegurados foram danificados por um pico de tensão; e) a má prestação do serviço pela apelada, por não atualizar sua rede com dispositivos de segurança, acarretou os danos nos equipamentos dos segurados; f) a responsabilidade da concessionária é objetiva e, pelas normas que regulam a matéria, a simples confirmação pelo laudo de oficina que o dano tem origem elétrica gera a obrigação de ressarcir; g) ao efetuar o pagamento da indenização securitária, a apelante sub-rogou-se em todos os direitos e ações que competiam ao segurado; h) a manutenção dos bens pela apelante para eventual perícia configura a imposição de prova diabólica; i) não há excludente de responsabilidade, eis que evento da natureza não caracteriza caso fortuito ou força maior.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 255/256) e respondido (fls. 329/346).

É o relatório.

2. - Cuida-se de ação de regresso, em que a autora busca receber o valor por ela desembolsado para pagamento a seus segurados, em razão de danos que estes sofreram em decorrência de descarga de energia elétrica.

De acordo com o pedido inicial, houve descargas de energia elétrica nas datas de 31.03.16, 15.01.17 e 13.03.17, nos endereços indicados na inicial, ensejando danos em equipamentos eletroeletrônicos instalados nos imóveis dos segurados, de modo que a autora pagou indenização a seus segurados no valor total de R$6.178,68, descontados os valores da franquia.

A sentença prolatada pelo D. Juízo de 1º grau entendeu ser improcedente o pedido, aos fundamentos, em síntese, de que não houve prova de oscilação de energia elétrica que tenha causado os danos nos equipamentos dos segurados nos dias dos fatos, sendo que era direito da ré apresentar contraprova consistente na perícia dos aparelhos.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Primeiramente, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor ao caso examinado, uma vez que a relação primária estabelecida entre o segurado e a concessionária é de consumo. Portanto, comprovado o pagamento da indenização aos segurados (fls. 52, 75 e 88), a seguradora assume a posição daqueles, sub-rogando-se em todos os seus direitos e deveres, inclusive no que diz respeito aos privilégios das normas protetivas do consumidor, conforme se dessume dos arts. 786 e 349 do CC.

Outrossim, independentemente do disposto na Resolução nº 414/10 da ANEEL, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º[1] da Constituição Federal, torna desnecessário o prévio pedido administrativo de ressarcimento do dano. Ressalta-se que resoluções de órgãos reguladores não têm força de lei e, portanto, não podem impor obrigações a consumidores, muito menos prever prazos prescricionais para exercício de direitos.

Frise-se que a responsabilidade da concessionária é objetiva, seja em razão do art. 37, §6º[2] da Constituição Federal, seja em razão do fato de a relação jurídica subjacente - aquela entre o segurado e a concessionária - ser de consumo, aplicando-se a ela, portanto, as normas consumeristas, que devem ser observadas também em relação à seguradora, diante da sub-rogação operada.

Também o art. 6º, parágrafo 1º da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê que:

> "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

Portanto, à autora cabia apenas demonstrar a existência dos danos, bem como o nexo causal entre estes e a prestação do serviço, o que restou suficientemente evidenciado pelos documentos anexados à inicial (apólices, ordens de serviços, laudos técnicos, notas fiscais eletrônicas, notificações - fls. 36/91); nesse sentido, caberia à ré comprovar, conforme art. 373, II[3] do CPC vigente, os fatos impeditivos do direito da autora, afastando o nexo causal, o que não ocorreu no presente caso.

Acesso ao Sumário

1 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

2 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

3 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A propósito da validade dos laudos e orçamentos apresentados pela autora, acerca dos danos em equipamentos e respectiva causa - oscilação/queda da rede de energia elétrica, bem como da necessidade de que a concessionária comprovasse a ausência de distúrbio em seus sistemas, confiram-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Fornecimento de energia elétrica - Ação regressiva proposta por seguradora, que se sub-rogou nos direitos da segurada - Alegação de oscilação na rede elétrica que causou dano em equipamentos da segurada da autora - Nexo entre tal ocorrência e os danos havidos nos equipamentos devidamente demonstrados - Regularidade dos laudos apresentados pela requerente, elaborados por terceiro sem relação com as partes, bem como do pagamento (comprovado) da indenização - Dispensabilidade de pedido administrativo - Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público (art. 37, § 6º, da CF) - Procedência da ação mantida - Correção do termo inicial dos juros de mora - Recurso desprovido, com determinação."[4]
>
> "REGRESSIVA. SEGURO. DANOS EM APARELHOS ELETRÔNICOS DO SEGURADO, EM RAZÃO DE OSCILAÇÃO DE TENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA PELA RÉ. 1. Via de regra, um acontecimento natural como a queda de um raio configura 'força maior', excludente de responsabilidade. 2. No ramo explorado pela ré (fornecimento de energia elétrica), todavia, esse tipo de evento faz parte dos riscos a que está exposta a prestação de serviços. 3. Equipara-se, portanto, no nosso entender, ao fortuito interno (ou seja, fato inerente aos riscos assumidos no exercício da atividade a que se prestou). 4. Essa é a razão pela qual a ela caberia demonstrar que se preparou adequadamente e se muniu do aparato tecnológico necessário para o enfrentamento de problemas relacionados com intempéries e seus desdobramentos. Ônus do qual não se desincumbiu. Recurso não provido.
>
> (...)
>
> O contrato de seguro e os valores desembolsados na indenização do segurado vieram aos autos.
>
> A apólice de seguro e os valores desembolsados na indenização dos segurados vieram aos autos e, não se tratam de documentos unilaterais.
>
> Portanto, a realização de perícia ou oitiva de testemunhas não se faz necessária.
>
> A autora não juntou meros "prints" de tela. Há inúmeros documentos nos autos, tal como laudo técnico, contrato e comprovantes de pagamento (fls. 24/40).
>
> (...)"[5]

4 Apelação Cível nº 1000084-19.2019.8.26.0648, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. em 24 de junho de 2019.

5 Apelação Cível nº 1103806- 98.2018.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Melo Colombi, j. em 17 de junho de 2019.

Acesso ao Sumário

A simples alegação de que os danos ocorreram por culpa exclusiva do segurado não é suficiente para afastar a pretensão, inexistindo qualquer prova sobre a ausência de falha na prestação dos serviços.

É aceitável, também, que os segurados tenham procurado a requerente para agilizar o conserto de seus equipamentos queimados, antes mesmo da visita técnica de incumbência da concessionária ré.

Isto porque, esta é a finalidade precípua do contrato de seguro, além do que, se o segurado fosse esperar as providências da ré na área administrativa, é certo que suportaria evidentes transtornos morais durante o período de análise do caso, considerando-se as semelhantes ocorrências em todo o Estado de São Paulo.

Assim tem se pronunciado este E. Tribunal de Justiça (grifos nossos):

"SEGURO - Ação regressiva ajuizada por seguradora sub-rogada no direito dos segurados visando ressarcimento de valor pago sobre sinistros envolvendo danos em equipamentos elétricos por oscilações de energia - Hipótese dos autos em que a seguradora, sub-rogada nos direitos dos segurados, pretendendo o reembolso dos valores pagos, dirigiu suas pretensões diretamente ao causador dos danos, ou seja, a distribuidora de energia - Possibilidade (Súmula 188 do STF) - Legitimidade passiva da ré ÔNUS DA PROVA - SEGURO - Ação regressiva ajuizada por seguradora sub-rogada no direito dos segurados - Ré que alega fornecimento adequado de energia elétrica - Especialmente para o caso em apreço, o ônus da prova a ela ré, pertencia, nos termos do artigo 373, inciso II, do Novo CPC - Contudo não logrou êxito nesta comprovação - Imposição do ônus da prova ao réu - Ônus da prova. Art. 373, II, CPC/15 - Sentença mantida, pelos seus próprios fundamentos. Seguro residencial. Ação regressiva. **Descarga elétrica. Danificados equipamentos eletrônicos do segurado. Queda de raios que não configura caso fortuito ou força maior, de modo a excluir a responsabilidade da concessionária. Responsabilidade da ré pelo sinistro**. Pagamento da indenização ao segurado devidamente comprovado. Ressarcimento devido. Ausência de pedido administrativo não desobriga a ré ao ressarcimento. Sentença mantida. HONORÁRIOS RECURSAIS - Majoração (art. 85, § 11 do Novo CPC).- RECURSO NÃO PROVIDO"[6]

"APELAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. Seguro residencial. Queima de equipamentos em razão de oscilação na tensão de energia elétrica. Sub-rogação da seguradora nos direitos do segurado, em razão do pagamento de indenização. Art. 786 do CC. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Ré que não se desincumbiu de demonstrar a normalidade da tensão fornecida na data do sinistro. **Ausência de caso fortuito ou força maior. Descargas atmosféricas que são previsíveis, cujos danos deveriam**

6 AP 1063160-17.2016.8.26.0100, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 23.2.2017.

Acesso ao Sumário

ser evitados com o uso de tecnologia adequada. Desnecessidade de pedido administrativo. Art. 204 da Resolução N.º 414/2010 da ANEEL que não se sobrepõe ao direito de ação, constitucionalmente previsto. RECURSO PROVIDO."[7]

Não se olvide, outrossim, que a autora comprovou ter enviado notificação à ré, inclusive para verificação dos bens sinistrados, sobre o que não se pronunciou especificamente a requerida (fls. 55/56, 76/77 e 90/91).

No mais, ainda que se trate de descarga de energia em razão de raio, há de considerar tratar-se de fortuito interno, comum, previsível e que compõe o risco da atividade da concessionária de energia elétrica.

Portanto, comprovados os danos nos equipamentos dos segurados, o nexo causal entre estes e a prestação dos serviços, bem como o valor pago pela seguradora a título de indenização (sendo os documentos de fls. 52, 75 e 88 idôneos para tal fim, sem qualquer indício de falsidade), remanesce o dever de indenizar.

Vale dizer: demonstrado o nexo de causalidade entre a falha na prestação dos serviços por parte da concessionária e a ocorrência dos danos causados nos aparelhos descritos na inicial, bem como efetuado o correspondente pagamento pela seguradora aos segurados, remanesce o dever da concessionária de energia elétrica de indenizar a autora, nos termos do pedido inicial, com correção monetária desde o respectivo desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação válida (art. 405 do Código Civil).

Diante da inversão do resultado do julgamento, deverá a ré arcar com as custas e despesas do processo, bem como com os honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil.

Advirtam-se que eventual recurso a este acórdão estará sujeito ao disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 1.026[8] do Código de Processo Civil.

3.- Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

7 AP 1121840-63.2014.8.26.0100; Rel.Des. Azuma Nishi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 18.8.2016.

8 Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004241-45.2017.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE ORIENTE, é apelado FABIANO CARLOS DE LIMA GOMES (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 11.846)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - Ação de reparação de danos parcialmente acolhida - Recurso do Município invocando culpa exclusiva ou concorrente do autor para a ocorrência do evento - Colisão do ônibus da ré, com veículo do autor estacionado - Presunção de culpa do condutor do veículo que se encontrava em movimento - Estacionamento irregular que, se comprovado, não afastaria responsabilidade culposa - Sentença mantida, elevada a verba honorária arbitrada - Recurso improvido.

VOTO

Sentença proferida a fl. 77/80 acolheu parcialmente ação indenizatória, decorrente de acidente de trânsito, proposta por Fabiano Carlos de Lima Gomes contra a Fazenda Pública do Município de Oriente, condenando-a em R$ 2.327,48, atualizados pelo IPCA-E, com juros calculados na forma do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, ambos desde o evento danoso e honorários de advogado de 15% do valor da condenação. Em igual percentual, sobre o valor da causa, foi condenado o autor, observada a gratuidade processual.

Apela a ré, insistindo na improcedência da ação. Afirma que a responsabilidade pela ocorrência do acidente foi do autor, que estacionou seu veículo de forma incorreta. Ressalta ter havido sucumbência recíproca.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Acesso ao Sumário

A r. sentença proferida deve ser mantida, pelos seus próprios fundamentos.

Trata-se de acidente envolvendo um ônibus, de propriedade da ré, e o VW Gol do autor, fundamentando-se a petição inicial no fato de que o segundo veículo estava estacionado regularmente, quando foi atingido pelo outro.

Em sua defesa, a ré limitou-se a imputar ao autor culpa exclusiva pelo acidente, por estacionar o seu veículo, de forma irregular.

A ação foi parcialmente acolhida, assim fundamentada:

> "..., a responsabilidade do Município de Oriente subsiste, ainda que se venha a aceitar a tese formulada pela testemunha Douglas dos Santos, condutor do ônibus pertencente ao Município. Assim porque se, por hipótese, o carro do autor estava mesmo estacionado nas proximidades da esquina, em desacordo com a legislação de trânsito, cabia à testemunha, então condutor do ônibus, calcular se de fato havia espaço existente para efetuar a manobra de conversão com segurança. Verificando a inexistência de espaço suficiente, deveria o condutor ter abortado a manobra e alterar sua trajetória, mas assim não agiu, com o que fica caracterizada a sua imprudência e configurada a responsabilidade civil administrativa do Município de Oriente, a quem pertencia o ônibus e em favor de quem agia o motorista.
>
> Daí porque considero que, aqui, a responsabilidade civil administrativa cabente à Fazenda requerida é inquestionável."

Evidenciada sua responsabilidade objetiva, a Ré só se isentaria dela se provasse ter havido culpa exclusiva da vítima, uma vez que responde pelo risco administrativo, em conformidade com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

E a única testemunha ouvida, Douglas dos Santos Silva, condutor do ônibus (fl. 69), confirmou que o veículo Gol estava estacionado, ressalvando somente que não observada distância regular.

E ainda que restasse comprovado que o veículo estaria estacionado sem observar a distância mínima para a esquina, o que não ocorreu, isto se constituiria em mera infração administrativa, insuficiente para a reversão da decisão recorrida.

Neste sentido:

> Apelação Cível. Ação indenizatória por danos morais, fundada em acidente de trânsito. Sentença de procedência. Apelo dos réus. Culpa concorrente não verificada. Não é possível afirmar, com segurança, que o veículo do autor estava estacionado a menos de 5 metros de distância da esquina. Mas, ainda que tivesse isso ocorrido, tal conduta configuraria mera infração administrativa e não teria o condão de caracterizar a culpa concorrente do autor para a colisão. A culpa concorrente só se verifica quando tenha também relevância, como concausa, para a ocorrência do

Acesso ao Sumário

evento danoso. Manutenção da condenação no valor do menor orçamento apresentado pelo autor. Apelação desprovida.

(TJSP, Apelação nº 1009792-90.2017.8.26.0510, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morais Pucci, j. 5.12.2018).

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso, elevados os honorários de advogado arbitrados a favor do autor para 20% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004890-15.2015.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é apelante GLAUCILENE SOUSA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada INEZ CARVALHO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39935)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: POSSE - Reintegração - Bem imóvel - Demonstração de posse anterior pela apelada autora - Provas apresentadas nos autos que indicam ocupação posterior - Discussão quanto à propriedade incabível em demanda possessória - Esbulho demonstrado - Inteligência do art. 1.210 do Cód. Civil - Sentença mantida - Apelação improvida.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Valmir Maurici Júnior - que julgou procedente ação dita de "reintegração de posse" relativa a imóvel; honorários de advogado arbitrados em 10% do valor da causa.

Insiste a apelante em que "restou provado que o imóvel em questão pertence ao falecido Sr. José Brito dos Santos pai da Apelante; GLAUCILENE

SOUSA DOS SANTOS; a Apelante", em que o imóvel foi adquirido por seu pai, em que a juntada posterior de documentos pela apelada não se deu de boa-fé, em que a apelada "nunca possuiu a posse do imóvel em questão" e, menos ainda, sua propriedade.

Intimada, a apelada não respondeu.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

Como se sabe, em se tratando de ação possessória, a discussão está limitada à posse, verificando-se apenas se a posse da apelante ré é ou não justa em relação à apelada autora, vale dizer, não se discute propriedade, exceto naqueles casos em que o pedido e a defesa nesta se fundem.

No caso, como se vê na petição inicial, a apelada fundou seu pedido de reintegração de posse na afirmação de que, tendo adquirido a posse do imóvel em 25.04.2013, fez uma série de obras e, em 2014, decidiu aluga-lo.

Todavia, depois da saída de seu inquilino, o imóvel foi ocupado pela apelante, o que fez sem autorização sua e de forma clandestina.

É verdade que o instrumento de locação trazido pela apelada indica que como locador o marido da apelada e pai da apelante, todavia, não é menos certo que, conforme a prova testemunhal indicou, era em favor da apelada que os pagamentos eram feitos, vale dizer, era ela quem efetivamente exercia a posse sobre o bem.

Não se desconhece que há nos autos elementos que indicam que a propriedade do bem aparentemente seria de seu marido, como defende a apelante, contudo, tal situação não impede que a posse fosse exercida pela apelada, como, aliás, reforçam as provas documentais e testemunhais apresentadas.

A apelante, por sua vez, não trouxe nenhum elemento que indique a transmissão da posse do bem de seu pai para si, limitando seu pedido na alegação de propriedade, o que, como já observado acima e ressaltado pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, extrapola os limites da demanda possessória e exige discussão na via adequada.

Não há, portanto, elementos nos autos que indiquem o exercício da posse anterior pela apelante; ao contrário, e como dito, estes apontam para o ingresso posterior e clandestino.

Assim, não há dúvida de que a apelante cometeu esbulho, devendo a apelada ser reintegrada na posse do imóvel (art. 1.210 do Cód. Civil), exatamente como decidido.

Feitas essas considerações, mantem-se, no mais, a r. sentença tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça: "**nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**") como, ainda, pelos aqui adicionados; tendo em vista este recurso, majorando-se os honorários de advogado para 15% do valor da causa, conforme o disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do Cód. de Proc. Civil; observar-se-á a justiça gratuita.

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002501-71.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, é apelado MANOEL COSMO BARBOSA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.642)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente sem voto), CARLOS DIAS MOTTA e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: SEGURO DPVAT - Acidente de trânsito - Lesões corporais - Ação de cobrança de indenização securitária - Sentença de procedência parcial - Apelo da ré - Nexo de causalidade comprovado - Falta de pagamento do prêmio pelo proprietário do veículo, que ao mesmo tempo é a vítima do acidente - Hipótese de não exclusão da abrangência da Súmula 257 do Superior Tribunal de Justiça - Prova pericial que constata invalidez parcial e permanente, quantificando a porcentagem de perda funcional - Artigo 3º, inciso II, da Lei nº 6.194/74 - Encargos da sucumbência corretamente fixados - Apelação desprovida

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 138/139, cujo relatório é adotado, complementada pela decisão de fls. 297/298 proferida em sede de embargos de declaração, julgou parcialmente procedente a ação para o fim de condenar a ré ao pagamento da quantia de R$ 1.687,50 (mil e seiscentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos), corrigida a partir do sinistro e acrescida de juros mora contados da citação. Em razão da sucumbência recíproca e por força do disposto nos artigo 82, § 2º, 84, 85, § 14, e 86, todos do Código de Processo Civil, condenou o autor ao pagamento de 80% das despesas processuais e a ré dos restantes 20%. Com relação aos honorários advocatícios, tendo em vista o disposto no artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil, condenou o autor a pagar honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa e a ré ao pagamento de 20% sobre o valor atualizado da condenação, ressalvado o disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil em relação ao autor.

Apela a ré (fls. 300/315) sustentando, em resumo, que a dinâmica do acidente não foi comprovada, pois o boletim de ocorrência está parcialmente ilegível, não sendo possível verificar a descrição do fato, que o autor é proprietário do veículo envolvido no acidente e encontrava-se inadimplente naquela ocasião, razão pela qual não faz jus ao recebimento de indenização e que não é aplicável a Súmula 257 do Superior Tribunal de Justiça, considerando que "*o proprietário será, em última análise, credor e devedor da mesma obrigação: efetuado o pagamento da indenização pela seguradora, o proprietário inadimplente, que, até então, era credor, tornar-se-á, em razão do direito de regresso da seguradora, devedor dessa mesma quantia. As obrigações, portanto, são compensadas e, por consequência, extintas*". Pede seja a sucumbência suportada integralmente pelo autor ou que seja reduzido o percentual dos honorários advocatícios a cujo pagamento foi condenada.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 319/326).

É o relatório.

Consta da inicial que o autor foi vítima de acidente de trânsito ocorrido em 29 de julho de 2016 e sofreu lesões corporais graves no membro inferior esquerdo, motivo pelo qual formulou pedido administrativo para receber a indenização referente ao seguro obrigatório, o qual foi indeferido.

Inconformado, propôs a presente ação postulando a condenação da ré ao pagamento da indenização do seguro DPVAT no valor de R$ 13.500,00 ou de acordo com as sequelas apuradas em perícia judicial.

Apresentadas contestação (fls. 81/106) e réplica (fls. 242/250), sobreveio a sentença de procedência parcial, tendo concluído o MM. Juiz de primeiro grau que "*Verte-se dos autos, nomeadamente dos documentos que instruíram a petição inicial, que em 29 de julho de 2016, o autor foi vítima de um acidente de trânsito que lhe causou lesões corporais. Submetido a exame pericial, o*

Acesso ao Sumário

expert judicial constatou que o autor sofreu dano anatômico e/ou funcional permanente que compromete apenas em parte um segmente corporal, no caso o tornozelo esquerdo. Com isso, definiu que o autor experimentou uma invalidez parcial incompleta permanente, de grau médio, correspondente a 12,5% da tabela divulgada pela SUSEP. A perícia deve ser acolhida na íntegra, porquanto não foi infirmada por outras provas de mesma envergadura. (...) Por tudo isso, tendo o autor experimentado uma redução em sua capacidade física na ordem de 12,50% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento), faz jus ao recebimento da quantia de R$ 1.687,50 (um mil, seiscentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos)".

A sentença dirimiu com acerto as controvérsias, devendo, pois, ser mantida.

Descabe falar em ausência de nexo de causalidade, diante do que consta do boletim de ocorrência ("*Comparece neste Distrito Policial a vítima acima qualificada, apresentando Boletim de Ocorrência emitido pela Polícia Militar, número 11065, Sd PM Mota e Sd PM Diego, componentes da VTR M-08 107, versando sobre acidente de trânsito com vítima, solicitando-nos a elaboração do presente boletim para fins de DPVAT. Segundo a vítima, a mesma estava com o motociclo de placas FAF-5498, parado na Rua Ipojuca, altura do número 58, momento em que teve seu motociclo colidido por outro motociclo, cujo placa a vítima não sabe declinar, restando a vítima lesionada, Senhor MANOEL COSMO BAROSA SILVA. O local dos fatos foi prejudicado no campo pericial, pelos próprios motoristas que retiraram seus veículos. A vítima assevera que já providenciou os reparos ao veículo, motivo pelo qual não foi requisitado I.C. para o veículo. Requisitado I.M.L. (exame de corpo de delito) para a vítima. (...)*") e do relatório médico ("*acidente de moto com fratura luxação de tornozelo E*") (fls. 36/41).

As lesões físicas e a incapacidade parcial e permanente de que é portador o autor, vinculadas ao acidente descrito na peça inaugural, estão, ademais, confirmadas pela prova pericial, tendo perito judicial concluído que "*após análise criteriosa do histórico, documentação médica e exame clínico específico foi possível estabelecer NEXO DE CAUSALIDADE entre os fatos narrados e a fratura apresentada*" (fl. 270).

No mais, ao contrário do que sustenta a apelante, o não pagamento do prêmio não torna inexigível a indenização securitária, tendo em vista o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 257 ("*A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização*"), ao que se acrescenta que o proprietário inadimplente não está excluído da abrangência da súmula.

No tocante à indenização, não há controvérsia quanto ao valor da indenização a ser paga, de modo que o valor da indenização fixado na sentença

Acesso ao Sumário

observou os parâmetros trazidos no laudo pericial e deve ser mantido.

Em suma, considerando que o laudo pericial reconheceu a invalidez parcial e permanente do autor e que não houve pagamento administrativo, afigura-se de rigor a ratificação da sentença.

Rejeita-se, por fim, o pedido voltado a se condenar o autor ao pagamento dos encargos de sucumbência.

O autor requereu na inicial o recebimento da quantia de R$ 13.500,00 ou, em caráter sucessivo, "*de acordo com as sequelas apuradas por perito imparcial*".

A sentença acolheu o pedido sucessivo e condenou a ré ao pagamento da quantia de R$ 1.687,50 (mil, seiscentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos), equivalente a 12,50% do valor total indenizável, circunstância que descaracteriza possível sucumbência integral do apelado.

Bem andou, pois, o MM. Juiz de primeiro grau ao condenar o autor ao pagamento de 80% das despesas processuais e a ré dos restantes 20%.

Melhor sorte não está a comportar apelação na parte referente ao pedido de redução da condenação da apelante ao pagamento da verba honorária de 20% sobre o valor da condenação, já que a prevalecer tal pretensão ocorrerá o aviltamento da remuneração do advogado do autor, o que é inadmissível.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000016-25.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelada SEBASTIANA DA CONCEIÇÃO ANTUNES (JUSTIÇA GRATUITA) e Interessado CASSIO RODRIGUES, é apelado/apelante WILSON APARECIDO MIRANDA.

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 à apelação e ao recurso adesivo, com observação. V.U. Declara voto o 3.º juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.650)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), MORAIS PUCCI E FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

GILBERTO LEME, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA. CONTRATO PRORROGADO POR TEMPO INDETERMINADO. EXEGESE DO ART. 39 DA LEI N.º 8.245/91. FIANÇA. RESPONSABILIDADE ASSUMIDA ATÉ EFETIVA DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL AO LOCADOR. AUSÊNCIA DE PROVIDÊNCIA PARA EXONERAÇÃO DA GARANTIA PELO INTERESSADO. ALUGUÉIS E ENCARGOS DEVIDOS COM OS ENCARGOS MORATÓRIOS PACTUADOS. MULTA POR INFRAÇÃO CONTRATUAL. INVIABILIDADE DA COBRANÇA. DANOS AO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 201/205 que julgou procedente em parte a pretensão inicial para condenar os réus ao pagamento do valor de R$10.690,96, corrigido a partir do ajuizamento da ação e acrescido de juros de mora desde a citação. Decaindo o demandante em parte mínima do seu pedido, arcarão os demandados com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, ressalvada a assistência judiciária concedida à fiadora-requerida.

Apela a corré-garantidora, sustentando que as chaves foram devolvidas pelo locatário ao locador em 8.8.2016 em virtude de não ter mais condições de arcar com os aluguéis por se encontrar desempregado. Afirma que não foi comunicada a respeito da prorrogação do vínculo locativo, assim, não teve a oportunidade de exonerar-se ou confirmar a fiança, não devendo ser responsabilizada por débito posterior ao vencimento do contrato em questão. Discorre a respeito da função social do contrato.

Recorre adesivamente o autor, alegando ser devida a multa equivalente a três aluguéis por infração contratual, que não se confunde com a penalidade decorrente da mora.

Apelação interposta em 11.3.2019, tempestivo pela publicação da sentença em 15.2.2019, dispensada de preparo e respondida. Recurso adesivo interposto no prazo do art. 997, §2º, do CPC, preparado e sem resposta.

É o relatório.

Cuida-se de ação de cobrança de aluguéis e acessórios da locação ajuizada pelo locador contra o locatário e a fiadora fundada em pacto locativo do imóvel

Acesso ao Sumário

descrito na petição inicial prorrogado por prazo indeterminado. Somente a garantidora apresentou contestação, deixando o inquilino transcorrer *in albis* o prazo da defesa.

Pois bem. No que tange à limitação das obrigações oriundas do contrato acessório (fiança) ante a prorrogação da locação sem a anuência expressa da ré-fiadora prescreve o art. 39 da Lei n.º 8.245/91 que "salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado".

Esta Corte materializou o entendimento na Súmula n.º 7 com o seguinte teor: "Nos contratos de locação, responde o fiador pelas suas obrigações mesmo após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado se não se exonerou na forma da lei."

A par disso, pode-se dizer que a regra é a extensão da garantia pelo período de prorrogação da locação, independentemente de notificação dos fiadores.

Infere-se dos autos que as partes celebraram contrato de locação por prazo determinado de doze meses, com início em 15.6.2012 e término em 14.6.2013, respondendo a fiadora solidariamente pelas obrigações contratuais, "mesmo depois de findo ou rescindido o prazo contratual" (fl. 12).

Nessa vereda, não se vislumbra no caso a necessidade de anuência da fiadora na prorrogação do contrato por prazo indeterminado, mesmo porque não houve qualquer aditamento, nem há estipulação que importe em agravamento da responsabilidade da garante.

Sendo assim, não se há de falar em desobrigação por parte da fiadora.

Por outras palavras, sem que a corré-fiadora tenha pleiteado a exoneração da fiança depois de vencida a locação por prazo determinado, como lhe incumbia, não há como deixar de reconhecer a subsistência da responsabilidade solidária até a entrega do imóvel locado.

Destarte, a fiadora responde pelos débitos oriundos do contrato de locação até a entrega das chaves pelo locatário, como constou da r. sentença.

Por outro lado, não se há de falar em infração contratual a ensejar a imposição da multa prevista na cláusula porque não demonstrado danos no imóvel. Registre-se que no demonstrativo de débito que acompanhou a exordial verifica-se a inclusão de R$800,00 por "manutenção", levando a crer se tratar de algum reparo no bem, contudo, nem sequer o locador especificou a que diz respeito.

Frise-se que as partes foram questionadas a respeito da pretensão em produzir provas, sendo que o locador-autor informou seu desinteresse (fl. 199).

Desse modo, acertadamente a r. sentença não acolheu este tópico da pretensão inicial.

Acesso ao Sumário

Por fim, de se observar que o valor de R$10.690,96 já está acrescido de correção monetária e juros de mora, ambos contados a partir dos vencimentos. A sentença condenou ao pagamento do mencionado valor, com juros de mora desde a citação, o que caracteriza capitalização de juros, pelo que declaro de ofício que condenados os réus ao pagamento dos aluguéis descritos a fls. 49, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde os vencimentos.

Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo, observando que deverão incidir sobre os aluguéis correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde os vencimentos. Por força do art. 85, §11, do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela ré-apelante em favor do patrono do autor para 15% do valor da condenação, observada a gratuidade de justiça e fixo honorários advocatícios devidos pelo demandante ao patrono da demandada em R$1.000,00, corrigidos a partir dessa decisão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês do trânsito em julgado.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 22929)

Incabível a fixação de honorários da fase recursal - o que não se confunde com a eventual alteração da distribuição das verbas da sucumbência.

Contudo, considerando que a Câmara entende majoritariamente que possível tal fixação, acompanho o voto, ressalvado o meu entendimento pessoal.
FLAVIO ABRAMOVICI, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação Cível nº 1011047-81.2019.8.26.0100, da Comarca São Paulo, em que é apelante/apelada AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado/apelante H.I.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da Ré e deram provimento ao recurso do Autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.
(Voto nº 23.206)

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 7 de agosto de 2019
JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Autor que é portador de "Transtorno do Espectro Autista" (CID10 - F 84.0). Negativa de cobertura para seu tratamento. Ré que alega ausência de previsão no rol da ANS. Abusividade reconhecida. Incidência das Súmulas 96 e 102 deste Tribunal de Justiça. Pretendida limitação quanto ao número de sessões prescritas pelo profissional médico que, da mesma forma, é abusiva. Sentença reformada em parte. Sucumbência de responsabilidade da Ré, que arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 20% sobre o valor da causa. Recurso da Ré não provido e provido o recurso do Autor.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de págs. 242/244, cujo relatório adoto, para condenar a Ré a autorizar e custear os tratamentos prescritos ao Autor e confirmar a tutela concedida. Determinou que: 1) o atendimento poderá ser realizado na rede credenciada; 2) enquanto não realizado o credenciamento, o atendimento poderá ser realizado de forma particular, com custeio integral pela Ré; 3) havendo profissional credenciado e, elegendo o Autor profissional particular, o custeio observará estritamente os termos contratados para reembolso; 4) poderá a Ré observar o número de sessões de acompanhamento psicológico, fonoaudiologia e terapia ocupacional previstos em contrato. Determinou, ainda, que não se deve falar em custeio integral de tratamento futuro e, acaso alterada a prescrição de pág. 61, excepcionando o número de sessões deverá ser objeto de ação própria. Sucumbência recíproca. Condenou a cada uma das partes o pagamento das custas e despesas processuais em igual proporção, bem como ao pagamento de honorários advocatícios aos seus respectivos patronos.

Ambas as partes apelaram.

A Ré (págs. 246/273) para alegar, em síntese, que o contrato firmado entre as partes estabelece de forma simples e sistemática como será realizado o reembolso das despesas, quando o beneficiário optar por não utilizar a rede referenciada. Desse modo, se faz necessário o encaminhamento de documentação especifica para cada um dos procedimentos, a fim de se analisar

Acesso ao Sumário

se haverá ou não cobertura. Afirma possuir profissionais aptos à realização dos tratamentos solicitados, todavia não é possível autorizar os procedimentos pelo método ABA, uma vez que não há cobertura no rol da ANS, logo não houve pretensão resistida. Refere que não há óbice ao pagamento, desde que seja via reembolso, nos termos pactuados no contrato e após análise da cobertura contratual. Argumenta que o tratamento solicitado pelo Autor não se encontra do rol de procedimentos da ANS, inclusive por se tratar de terapia nova. Desse modo, embora comprovada a necessidade do tratamento à patologia do Autor, não há cobertura para o procedimento. Todavia, possui cobertura total parra o tratamento, uma vez que não há exclusão de cobertura para psicoterapia e fonoaudiologia, contudo não através dos métodos ABA/Denver. Argumenta que assegura aos usuários cobertura dentro dos limites e modalidades previstas nas condições gerais do contrato. Esclarece ser patente que age em perfeita simetria aos dispositivos contratuais, à Lei n° 9.656/98, ao Código Civil, bem como às Regulamentações Normativas da ANS. Ressalta ser licito estabelecer, em contrato, quais serão os riscos assumidos, uma vez que a taxa do prêmio é fixada livremente em razão dos riscos previstos no contrato e, portanto, não pode o Autor reclamar aquilo que não estiver expressamente previsto. Requer a reforma da r. sentença, a fim de ser julgada totalmente improcedente a ação, com a condenação do Autor ao pagamento dos ônus de sucumbência.

O Autor (págs. 281/319) para alegar, em síntese, que o presente caso não se trata de escolha por conveniência, mas sim do melhor tratamento, cuja prescrição foi feita por profissional médico especialista. Afirma que o objetivo da presente ação foi, justamente, a limitação de quantidade de sessões ofertadas pela Ré, além da necessidade de tratamento contínuo, até avaliação e possível alta médica. Refere que, conforme os relatórios médicos, o tratamento multidisciplinar precisa ter inicio imediato, contínuo e por tempo indeterminado, além da necessidade de reavaliação constante. Esclarece que somente o médico pode prescrever o tratamento especifico para a patologia de seu paciente. Destaca que o artigo 12 da Lei nº 9.656/98 garante a cobertura de tratamento e demais procedimentos, em clínicas especializadas e em número ilimitado. Observa que o rol de procedimentos da ANS é meramente exemplificativo e a ausência de previsão de determinada modalidade não é causa impeditiva para a cobertura. Argumenta ser abusiva e nula de pleno direito a cláusula que limita o número de sessões de tratamento. Desse modo, requer a reforma da r. sentença, a fim de serem julgados totalmente procedentes os pedidos iniciais, com a condenação da Ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Preparo da Ré realizado (págs. 274/275). Isento de preparo o recurso do Autor, ante a concessão da gratuidade processual (pág. 75). Contrarrazões ofertadas (Ré - págs. 326/346 e Autor - págs. 347/370).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se (págs. 375/380) pelo

não provimento do apelo da Ré e pelo provimento do recurso do Autor.

É o relatório.

Ressalvado o convencimento do i. Magistrado sentenciante, o recurso do Autor merece prosperar, como também entende a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, na qual argumenta o Autor que mantém contrato de seguro saúde com a Ré e necessita da realização dos tratamentos que indica. Pretende a condenação da Ré ao custeio total das despesas relacionadas à terapia ocupacional, acompanhamento psicológico e fonoaudiologia, pelo método ABA/Denver.

A Ré defendeu a necessidade de serem observadas as cláusulas contratuais. Afirma que o método de tratamento pretendido não está previsto no contrato, tampouco está previsto no rol dos procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde (ANS). Todavia, apesar de previsão de cobertura pelo método convencional, deve ser observado o limite de sessões estipulado pela ANS.

Assim apresentada a ação, de início enuncie-se que a proteção contra o desequilíbrio contratual encontra guarida no Código Civil, em razão da função social do contrato, enunciado em seu artigo 421, e a observância ao princípio da boa-fé, enunciado em seu artigo 422. Ademais, necessário dizer que, em relação aos contratos de adesão, o Código Civil estabelece que se adote a interpretação mais favorável ao aderente (artigo 423).

No que concerne ao diagnóstico indicado na inicial e o tratamento indicado pelo médico que acompanha o Autor não existe controvérsia, conforme enunciado no laudo médico pericial (pág. 61).

É incontroverso ainda que a Ré negou cobertura ao tratamento. No entanto, a negativa de cobertura da Ré afigura-se abusiva, em razão da aplicação das Súmulas 96 e 102 deste Tribunal de Justiça que enunciam:

> *"Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento".*
>
> *"Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".*

Nesse passo, irrelevante se mostra o argumento da Ré de que o contrato garante apenas os procedimentos listados no rol da ANS, uma vez que a lista de procedimentos possui natureza de diretriz e constitui referência básica aos operadores de planos de saúde na prestação dos serviços a que se propuseram e, portanto, não tem força para limitar direitos estipulados contratualmente, de

Acesso ao Sumário

modo que não prospera a insurgência em análise.

Anote-se, não ser lícito restringir o número de sessões do tratamento, uma vez que, conforme referido, se trata de patologia coberta pelo plano, de modo que, o respectivo tratamento deve se dar do mesmo modo, de forma ilimitada, qual seja, com o número de sessões que, no caso, se fizerem necessárias.

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual pode justificar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é expressamente prevista, pois ao conceder cobertura à doença, impossível o afastamento do tratamento necessário, e aqui a doença se encontra satisfatoriamente demonstrada. O quadro clínico do Autor permite concluir que os tratamentos terapêuticos indicados pelo médico especialista visam proporcionar melhor qualidade de vida a ele, Autor, com menos limitações e dependência de terceiros.

Sobre o assunto, ainda, colacionam-se julgados deste Tribunal de Justiça, em casos análogos:

"*APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. Negativa dos procedimentos e tratamentos de 'Fisioterapia motora tradicional, Fisioterapia intensiva e manutenção com o Método Therasuit, Equoterapia, Hidroterapia, Terapia Ocupacional pelo Método Bobath, Fonoaudiologia e Musicoterapia'. Alegação de que os procedimentos não estão autorizados pela Agência Nacional de Saúde - ANS. Os fundamentos utilizados pela requerida são contrários as Súmulas 96 e 102 desta Corte. Aplicação do artigo 932, inciso IV, alínea 'a', do Código de Processo Civil. RECURSO IMPROVIDO*". (Apelação 1001436-06.2015.8.26.0663; Relator (a): ANA MARIA BALDY; 6ª Câmara de Direito Privado - Data do Julgamento: 06/04/2017);

"*PLANO DE SAÚDE - Negativa, pela ré, de cobertura para as terapias de que necessita o autor, portador de 'transtorno do espectro autista' - Recusa à utilização de técnicas diferenciadas de psicoterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional - Descabimento - Sentença que condenou a requerida ao fornecimento direto das terapias recomendadas ao demandante, ou então ao reembolso das despesas com profissionais fora da rede credenciada, nos limites do que pagaria aos seus cooperados - Insurgência do autor contra o último comando do decisum que merece prosperar - Dever da ré de reembolso integral das despesas do autor com terapias feitas fora da rede referenciada, à míngua de profissionais especializados em seus quadros - Recurso provido*". (Apelação 1028363-36.2017.8.26.0114; Relator: FRANCISCO LOUREIRO - 1ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/04/2018);

"*PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Tutela*

Acesso ao Sumário

provisória deferida em parte para impor à ré a disponibilização de clínica credenciada para o tratamento indicado ao autor, portador de autismo, ou o reembolso das terapias indicadas, nos termos do contrato. Pedido de extensão da ordem para que o reembolso das despesas com clínica particular seja integral. Cabimento. Alegação de ausência de clínicas credenciadas especializadas para o tratamento. Limitação imposta que excluiria o tratamento que foi prescrito como meio adequado e indispensável à tentativa de recuperação da higidez física do paciente, negando, pois, o próprio objetivo do contrato, o que não pode ser admitido. Medida que garante o custeio integral do tratamento. Recurso provido". (Agravo de Instrumento nº 2048157-43.2018.8.26.0000, Rel. Des. GALDINO TOLEDO, JÚNIOR, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 10.04.2018).

No mesmo sentido, desta 3ª Câmara de Direito Privado:

"*APELAÇÃO - Plano de Saúde - Obrigação de fazer c/c cobrança - Reembolso de despesas com hospital - Empresa ré que insiste no reembolso parcial com base em tabela própria, mas não nega que o hospital seja conveniado para atendimento da autora - Cobertura do tratamento que se impõe - Reembolso que deve ser integral - Sentença que, por equívoco, não computou valores apresentados pela autora - Necessidade de correção dos valores que devem ser reembolsados - Limitação do número de sessões de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional por ano - Abusividade da cláusula reconhecida - Aplicação do art. 51, IV e §1º, II, do CDC e da Súmula nº. 102 do TJ/SP - Cobertura devida. Recurso da empresa ré Improvido, com Parcial Provimento do recurso da autora.*" (Apelação 1049464-16.2013.8.26.0100; Relator: EGÍDIO GIACOIA; Julgamento: 16/06/2015);

Desse modo, deve a Ré arcar com o custo de todo o tratamento especializado multidisciplinar indicado ao Autor, quais sejam: terapia ocupacional, acompanhamento psicológico e fonoaudiologia, pelo método ABA/Denver, sem limitação ao número de sessões.

Conforme também entendeu a douta Procuradora de Justiça (págs. 378 e 380):

"Com relação ao número de sessões, deve ser reformada a r. sentença nesse ponto, haja vista que, sendo incontroversa a existência da doença e a necessidade da terapia multidisciplinar prescrita, esta deve ser fornecida por inteiro e de modo efetivo".

(...)

"Desta forma, deve ser declarada nula qualquer cláusula que limite as sessões de terapia multidisciplinar necessárias ao tratamento da

Acesso ao Sumário

enfermidade coberta pelo plano, obrigando-se a operadora a custear as sessões, por prazo indeterminado e enquanto necessárias ao tratamento do autor".

Os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Por fim, em razão do decidido, diante da alteração do resultado da ação, responderá de forma exclusiva pelo pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária arbitrada em 20% sobre o valor atualizado da causa, já considerada a fase recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da Ré e dou provimento ao recurso do Autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000860-93.2017.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante GLEICE DE ALMEIDA LIRA, é apelado MOTOROLA MOBILITY COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.008)**

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

São Paulo, 8 de agosto de 2019.

GOMES VARJÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Compra e venda de bem móvel. Dois aparelhos celulares que apresentaram defeitos que não puderam ser resolvidos pela assistência técnica. A autora, além de ter buscado a assistência técnica inúmeras vezes, tentou administrativamente a substituição dos produtos e a rescisão do contrato, sem sucesso. Dano moral caracterizado pela aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte. Indenização fixada em R$3.500,00, que se mostra compatível com as circunstâncias do caso vertente, sem impor

gravame excessivo ao agente ou gerar vantagem desproporcional à vítima. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 97/99, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para declarar desconstituído o contrato de compra e venda dos dois aparelhos celulares e condenar a ré a restituir à autora a importância de R$2.010,90, acrescida de correção monetária a partir da data da compra (20.01.2016) e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (28.07.2017). Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Apela a autora (fls. 109/120). Sustenta que os fatos descritos nos autos denotam a ocorrência do abalo moral provocado pela conduta da ré. Afirma que a não condenação da ré ao pagamento da referida indenização servirá de estímulo para que ela continue causando danos aos seus clientes e desprezando a legislação consumerista. Aduz que as circunstâncias descritas não caracterizam mero descumprimento contratual. Alega que os aparelhos celulares continuaram a apresentar funcionamento irregular, mesmo após os reparos feitos pela assistência técnica. Argumenta que apenas depois de um período desgastante de tratativas, a ré propôs a troca dos aparelhos. Assinala que a ré tentou fazê-la aceitar aparelhos de especificações inferiores aos adquiridos. Assevera que, diante disso, recusou a troca e optou pela rescisão da compra e venda, que foi negada pela ré. Sob tais fundamentos, requer a reforma parcial da r. sentença para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais causados.

Recurso contrariado (fls. 125/132).

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual a apelante pretende ser indenizada pelos danos materiais e morais que a apelada lhe teria causado.

Na inicial, relatou que, em janeiro de 2016, adquiriu dois aparelhos celulares, modelo Moto G3, fabricados pela apelada, pelo valor total de R$2.010,90, e que, menos de 5 meses após a compra, os aparelhos apresentaram defeitos que não puderam ser resolvidos pela assistência técnica. Afirmou que a apelada propôs a troca dos referidos aparelhos por outros, com especificações e preços inferiores. Asseverou ter recusado os aparelhos ofertados pela recorrida e optado pela rescisão do contrato de compra e venda. Acrescentou que a recorrida não aceitou a rescisão do contrato, motivando a propositura da presente demanda, além de tê-la tratado com descaso.

A exordial foi instruída com as ordens de serviços emitidas pelo centro

Acesso ao Sumário

de assistência técnica autorizada da apelada, em 24.06.2016, 18.08.2016 e 25.08.2016, que demonstram que a apelante solicitou, inúmeras vezes, que a apelada resolvesse os problemas apresentados pelos aludidos produtos (fls. 23/28).

Respeitada a convicção do d. magistrado *a quo*, assiste razão à apelante.

Está evidente que a situação relatada denota um descumprimento contratual, tanto que a r. sentença declarou rescindida a avença celebrada pelas partes.

Não se ignora que a jurisprudência assentou o entendimento de que não cabe dano moral em virtude do mero descumprimento do contrato. Em hipóteses como o ora em análise, a caracterização do alegado dano exige que do inadimplemento contratual tenha resultado reflexo realmente significativo na vida do lesado.

No presente caso, é forçoso reconhecer que os fatos esposados nos autos ultrapassam aqueles vividos no cotidiano e excedem o razoavelmente esperado na vida em comunidade, sendo manifesto o dano moral.

Inicialmente, a apelante buscou a assistência técnica da apelada, em mais de uma oportunidade, e solicitou o reparo dos aparelhos. Frustradas tais tentativas, a apelante buscou a troca dos produtos por outros iguais, com funcionamento adequado. Novamente frustrada, a apelante optou por rescindir com contrato, nos termos do inc. II, do §1º, do art. 18, do CDC, sem êxito.

O quadro delineado, portanto, demonstra claro desvio produtivo do consumidor, na medida em que a recorrente investiu tempo e diligências excessivos, tentando obter uma solução para os problemas apresentados pelos equipamentos adquiridos, fabricados pela apelada. E, como já dito, foi compelida a buscar a tutela do judiciário, inclusive.

Sobre o tema, o E. STJ tem adotado o posicionamento de que, apesar de o mero inadimplemento contratual, em regra, não causar dano moral, o empenho do tempo produtivo do consumidor em razão de ato ilícito do fornecedor resulta em dano indenizável na seara moral.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: AREsp 1.260.458/SP, 3ª T., rel. Min. MARCO AURELIO BELLIZZE, j. 25.04.2018; AREsp 1.241.259/SP, 4ª T., rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 27.03.2018; AREsp 1.132.385/SP, 3ª T., rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 03.10.2017; e REsp 1.634.851/RJ, 3ª T., relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, j. 12.09.2017.

A propósito, esta E. Corte assim já observou:

APELAÇÃO - RESCISÃO DO CONTRATO - DANOS MATERIAIS - DANOS MORAIS - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - NEXO DE CAUSALIDADE - ACOLHIMENTO PARCIAL - REFORMA -

INTEGRAÇÃO. - Danos materiais rechaçados - inviável o acolhimento de danos hipotéticos (‘*estimados’*), com base no artigo 402, do Código Civil. Prejuízo decorrente da frustração do contrato de aluguel não imputável à requerida - administradora que não responde pelo êxito ou adimplemento dos locatários, sem indícios de que tenha recebido a quantia e deixado de repassá-la - nexo de causalidade repelido, indenização improcedente; - Dever de indenizar (artigos 186 e 927, do Código Civil) - responsabilidade civil que tem o condão de punir condutas ilícitas, especialmente quando reiteradamente adotadas por justificativas econômicas (“lucro ilícito”). ‘Tese do ‘desvio produtivo do consumidor’ - valor de acordo com a extensão do dano (art. 944, do Código Civil); RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação nº 1053502-69.2016.8.26.0002, Relª. Desª. MARIA LÚCIA PIZZOTTI, j. 14.03.2018).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Cancelamento incontroverso - Cobrança indevida - Dano moral caraterizado - No caso concreto, descumprimento contratual que se afasta da normalidade - Indenização pelo desvio produtivo do consumidor. Recurso parcialmente provido.

(Apelação nº 1015438-58.2014.8.26.0002, Rel. Des. SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, j. 13.02.2017).

No tocante ao valor da indenização, cumpre observar que deve ser o suficiente para inibir a apelada de práticas dessa natureza, capazes de macular a honra e sentimentos alheios e, de outro lado, não importar enriquecimento sem causa da ofendida.

Tendo em vista a natureza do dano, suas consequências para a apelante, bem como as condições das partes, a indenização por dano moral deve arbitrada na importância de R$3.500,00. Tal quantia é suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento ilícito da recorrente.

Por fim, a fixação da indenização por dano moral em valor inferior ao pedido na exordial não caracteriza sucumbência recíproca. É o que estabelece a Súmula 326 do E. Superior Tribunal de Justiça: “*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*”. Tal se dá porque o valor postulado na exordial é meramente estimativo, importando somente que tenha sido deferida a indenização pleiteada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, a fim de reformar a r. sentença, para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral, na quantia de R$3.500,00, a qual deverá ser corrigida monetariamente, a partir desta data, e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação. Com fundamento no art. 85, §11, do CPC, majoro os honorários advocatícios de

Acesso ao Sumário

sucumbência para 15% do valor total e atualizado da condenação.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009115-49.2018.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante YILENA VELERO CABRERO, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.933)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Sentença de parcial procedência - Recurso da autora - DANO MORAL - Caracterização - Dificuldades enfrentadas por refugiada na abertura de conta corrente junto ao banco requerido - Autora que busca ter acesso a contas bancárias, contas de depósitos em instituição financeira, em igualdade de condições com brasileiros natos e naturalizados - Requerido que se recusa abrir conta corrente a estrangeira solicitante de refúgio - Dever do réu de indenizar em razão do risco de sua atividade econômica - Falha na prestação do serviço - Dano moral configurado - Hipótese dos autos em que deve ser concedida a indenização por dano moral em razão do descumprimento da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017 - artigo 4º inciso XIV) - Autora que sofreu diversos transtornos, sobretudo com a perda de tempo na solução do impasse, a necessidade da contratação de um advogado para vir a juízo e o desgaste emocional com a tentativa frustrada de resolução do problema, configurando falha no serviço prestado pelo banco-requerido, uma

vez que administrativamente a questão poderia ter sido facilmente resolvida - Aplicação ao caso da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor - Dano moral configurado - Indenização fixada em R$ 5.000,00, para não constituir causa de enriquecimento, mas cumprir o intuito ressarcitório e punitivo da indenização - Sentença parcialmente reformada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

1.- A sentença de fls. 59/62, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 02.04.2019, cujo relatório é adotado, parcialmente procedente a ação para tornar definitiva a liminar concedida em sede recursal, e determinar a abertura da conta corrente mediante apresentação do documento provisório de identidade de estrangeiro e julgou extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, Código de Processo Civil. Determinou o magistrado que ante a sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais deverão ser rateadas entre as partes e os honorários do advogado da autora e do requerido em 10% sobre o valor dado à causa. Ambas as verbas deverão ser atualizadas até a data do pagamento, respeitada eventual gratuidade.

Apela a autora a fls. 139/143, requerendo a reforma para que ação julgada inteiramente procedente. Insiste na indenização por dano moral sustentando, em síntese, que restou demonstrado que o banco réu de forma consciente ou com culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, viola direitos fundamentais de estrangeiros refugiados. Afirma que deve ter acesso a contas bancárias, contas de depósitos em instituições financeiras, em igualdade de condições com brasileiros natos e naturalizados.

Recurso tempestivo, ausente preparo, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, e foi respondido (fls. 163/167).

É o relatório.

2.- Assiste razão à recorrente.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer na qual narrou a autora na petição inicial - como fato antecedente a existência de uma decisão liminar concedida pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual determinou que instituições financeiras - Inclusive o Banco Bradesco, ora apelado - abrisse conta corrente aos refugiados, sob pena de multa diária, no valor de R$ 10.000,00. Esclarece que é de nacionalidade cubana e se encontra refugiada no país desde 20.04.2018, em posse do Documento Provisório de Identidade do Estrangeiro, expedido pela Polícia Federal de São José do Rio Preto, SP, devidamente protocolado sob o número 08502.001823/2018-41 e, contudo, tem enfrentado dificuldade em abrir

Acesso ao Sumário

conta corrente perante diversas instituições financeiras, o que tem dificultado o acesso à vida econômica no país. Requereu a procedência para permitir acesso ao serviço mencionado e a condenação do requerido no pagamento de danos morais no valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

O requerido foi citado e apresentou resposta, aduzindo que não lhe pode ser imposta a contratação, nem a aceitar a autora como cliente, visto que possui o direito de escolher com quem deseja fazê-lo. Argui que a requerente não apresentou comprovante de residência e que o documento em questão, por ser temporário, torna a situação muito arriscada, causando-lhe sérias dificuldades em perseguir o crédito em caso de inadimplência. Que a recusa se deu em exercício regular de um direito, não havendo ilícito que possa justificar dano moral. Pugnou pela improcedência

A sentença acolheu parcialmente o pedido formulado na inicial nos seguintes termos:

"(...) A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) prevê:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...) XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

(...)

E ainda,

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:
(...)

XIV - direito a abertura de conta bancária;

(...)

Já a condição de refugiado e extensão ao grupo familiar obedece aos requisitos previstos na Lei nº 9.474/97, em seus artigos 1º e 2º. Nessa condição, até a emissão de Carteira de Registro Nacional Migratório, é emitido um protocolo em favor do estrangeiro solicitante e grupo familiar que permite a estada no País até a decisão final do processo, conforme se infere do art. 21, in verbis:

Art. 21 Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo. § 1º O protocolo permitirá ao Ministério do Trabalho expedir carteira de trabalho provisória, para o exercício de atividade remunerada no País. § 2º No protocolo do solicitante de refúgio serão mencionados, por averbamento, os menores de quatorze anos.

No caso dos autos, a autora fez prova suficiente de deter referido protocolo,

Acesso ao Sumário

que está coligido aos autos à pg. 17. Além disso, o Banco Central do Brasil emitiu Carta Circular nº 3.813 de 7 de abril de 2017 que elenca entre os documentos hábeis a identificação do depositante o Protocolo do Pedido de Refúgio de que trata o art. 21 da Lei nº 9.474/1997. Dessa forma, restou demonstrada a suficiência do documento apresentado pela autora como requisito a sua identificação perante a Instituição Bancária que pretende a abertura de conta.

No que tange ao dano moral, melhor sorte não socorre a autora. A esse respeito, vale lembrar a lição de Sérgio Cavalieri Filho: (...)

É certo que o desconforto e preocupação gerados estão fora da órbita do dano moral. Os aborrecimentos e contrariedades fazem parte do cotidiano. A vida é composta por prazeres e desprazeres. Quem quer que viva em uma sociedade está sujeito a dissabores e nem por isso se pensará em, a cada um desses pequenos aborrecimentos, movimentar a máquina judiciária para a obtenção de ressarcimento. Além disso, como é sabido, o atendimento bancário para abertura de conta se dá individualmente, não havendo qualquer exposição da autora.

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE esta ação que YILENA VALERO CABRERA propôs em face de BRADESCO S/A para tornar definitiva a liminar concedida em sede recursal, e determinar a abertura da conta corrente mediante apresentação do documento provisório de identidade de estrangeiro.

Com o trânsito em julgado, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, Código de Processo Civil.

Ante a sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais deverão ser rateadas entre as partes. Honorários do advogado da autora e do requerido em 10% sobre o valor dado à causa.

Ambas as verbas deverão ser atualizadas até a data do pagamento, respeitada eventual gratuidade." (fls. 131/136).

Contra referido *decisum*, insurgiu-se a autora nesta oportunidade, postulando a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral.

Respeitado o entendimento do magistrado, a sentença comporta reparo parcial.

A autora busca ter acesso a conta bancária, conta de depósito junto a instituição financeira ré, em igualdade de condições com brasileiros natos e naturalizados.

No caso dos autos, o magistrado reconheceu que foi demonstrada a suficiência do documento apresentado pela autora como requisito a sua identificação perante a Instituição Bancária ré onde pretende a abertura de conta. A r. sentença não reconheceu à requerente o direito à indenização por dano moral.

Contudo, da análise da situação retratada nos autos, fica evidenciado o

Acesso ao Sumário

dever do réu de indenizar em razão do risco de sua atividade econômica.

Cumpre salientar que houve a propositura de uma Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal (Processo nº 5014226-06.2018.4.03.6100) no qual processa os bancos (Bradesco, Caixa Econômica, Citibank, Santander, Banrisul e Banco do Brasil) por negarem ou dificultarem abertura de conta a estrangeiros solicitantes de refúgio.

E nesta ação promovida pelo Ministério Público Federal contra as instituições financeiras: Caixa Econômica Federal, Banco Bradesco S.A., Banco Citibank S.A., Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A., Banco Santander (Brasil) S.A. e Banco do Brasil S.A., perante a Justiça Federal, houve a concessão da liminar pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Agravo de Instrumento nº 5017820-92.2018.4.03.0000, Rel. Des. Cotrim Guimarães, j. em 27.08.2018, determinando a esses bancos, inclusive ao banco apelado que admitisse o documento de identificação do depositante para fins previsto no inciso 1, alínea "a", do artigo 1°, da Resolução BACEN n°2.025/1993, o Protocolo de Pedido de Refúgio de que trata o artigo 21 da Lei n° 9,474/1997 para que possa firmar contrato de abertura de contrato de contas de depósitos (bancários, conta- correntes ou contas poupança), sob pena de multa fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), a referida decisão foi proferida nos seguintes termos:

> "(...) Diante do exposto, defiro parcialmente a liminar para determinar aos réus que doravante sejam admitidos como documento de identificação do depositante, para fins do previsto no inciso 1, alínea 'a', do artigo 1º, da Resolução BACEN nº2.025/1993, o Protocolo de Pedido de Refúgio de que trata o artigo 21 da Lei nº 9.474/1997 e o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório de que trata o Decreto nº 9.277/2018. para que se possa firmar contratos de abertura de contas de depósitos (bancários, contas-correntes ou contas poupança, fixando-se multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser aplicada sempre que houver recusa de abertura de contrato nas modalidades citadas sob o fundamento de que o Protocolo de Pedido de Refugio ou o Documentos Provisório de Refugio ou o Documentos Provisório de Registro Nacional Migratório não forem documentos hábeis para tanto, nos termos da fundamento supra." (fls. 67/70)

Na hipótese dos autos, deve ser concedida a indenização por dano moral em razão do descumprimento da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017 - artigo 4º inciso XIV), que assim dispõe:

> "A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) prevê:
>
> Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: (...)

Acesso ao Sumário

XIV - direito a abertura de conta bancária;"

Cumpre registrar que além de as agências de atendimento das instituições bancárias criarem obstáculos para a abertura das contas de depósito, é comum a falta de orientação aos funcionários, que desconhecem a validade do protocolo provisório e, com isso, dificultam ou impedem que estrangeiros refugiados possam abrir contas bancárias.

De fato, a conduta dos funcionários da agência do banco réu, *in casu*, viola o Código de Defesa do Consumidor, configurando prática abusiva e discriminatória.

Sendo assim, pode-se concluir que com essa conduta irregular do banco réu agravou a situação de vulnerabilidade da solicitante de refúgio, pois certamente dificultou a contratação por empregadores que realizam pagamento por meio de depósitos bancários, impossibilitou a remessa de recursos para apoio e subsistência de familiares que ficaram no país de origem e, ainda, colocou em risco a segurança dela, ao forçá-la a guardar consigo todos os rendimentos auferidos com seu trabalho, muitas vezes cuida-se de trabalho duro e em condições adversas, considerada a condição de estrangeira - com as naturais barreiras de se comunicar em outra língua - fatos que foram bem pontuados pelo representante do Ministério Público nas peças da ação civil púbica juntada a estes autos às fls. 21/49, *in verbis*:

> "Quanto ao risco de dano irreparável, a demora na mudança de postura dos bancos impõe maiores sacrifícios àqueles que mais necessitam, que são estrangeiros solicitantes de refúgio no Brasil, e que por não conseguirem abrir conta em banco podem ter dificultada sua contrafação por empregadores que realizam pagamento por meio de depósitos bancários, ficam impossibilitados de enviar recursos para apoio e subsistência de familiares que ficaram no pais de origem e, ainda, são expostos aos riscos e inseguranças de guardar consigo todos os rendimentos auferidos com seu trabalho." (fls. 47)

Demonstrada pela autora que houve falha na prestação do serviço por parte do banco-apelado, o réu-apelado deve responder frente à consumidora lesada.

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer em uma variedade de situações a aplicação da chamada a "Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor", segundo a qual a condenação deve considerar o desvio de competências do indivíduo ao realizar tentativas de solução de um problema causado pelo fornecedor de serviços, com reiteradas frustrações, ante a ineficiência e descaso deste.

Nas palavras do Ministro Moura Ribeiro do Superior Tribunal de Justiça, proferida na decisão monocrática do REsp 1763052[1], o desvio produtivo se

1 REsp 1763052, STJ, decisão monocrática, publicada em 27.09.2018.

Acesso ao Sumário

caracteriza:

> "quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos".

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais. Condutas ilícitas e protelatórias da instituição financeira que, reconhecidamente, como consta de outras decisões judiciais com trânsito em julgado, causaram transtornos e prejuízos ao consumidor. Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo. Prejuízo imaterial que decorre da reiteração da conduta irregular praticada pelo banco. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido."[2]

Não há como se negar que foram diversos os transtornos experimentados pela autora, sobretudo com a perda de tempo na solução do impasse, a necessidade da contratação de um advogado para vir a juízo e o desgaste emocional com a tentativa frustrada de resolução do problema, também configurando falha no serviço prestado pelo banco-requerido, uma vez que administrativamente poderia a questão ter sido facilmente resolvida, que ensejou o desvio produtivo que também acarreta o dano moral.

Na espécie, houve transtorno suportado pela autora. Isso porque ao criar obstáculo para a abertura das contas o banco interferiu diretamente na sua qualidade de vida e da sua família de maneira a extrapolar os meros percalços cotidianos, de forma que restou configurada a ocorrência do dano moral.

Desse modo, a autora faz jus a indenização por danos morais, nos termos da legislação vigente, devendo ser reconhecida a responsabilidade direta do banco-requerido pelo fato de não supervisionar ou orientar adequadamente seus funcionários, principalmente os responsáveis pelo atendimento ao público que deixou de prestar informações, causando prejuízo à autora.

Quanto ao valor da indenização, é cediço que para sua fixação deve o juiz observar as funções ressarcitória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento.

Sob tal perspectiva, o montante no valor de R$ 5.000,00 mostra-se adequado, na medida em que atende aos princípios da proporcionalidade e

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 0043534-28.2009.8.26.0309, Rel. Des. Flavio Cunha da Silva, j. 24.10.2018.

razoabilidade, considerando que o valor não se destina a constituir fonte de enriquecimento.

Merece a sentença ser parcialmente reformada para o fim de condenar o apelado ao pagamento de indenização por dano moral no montante de R$ 5.000,00, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária pela tabela prática do TJSP, a contar da data da publicação deste julgamento, conforme Súmula 362 do STJ.

Em razão do resultado do julgamento e tendo em vista a total procedência dos pedidos iniciais, o ônus da sucumbência deve ser atribuído ao apelado, que fica condenado a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00, verba que é fixada de acordo com o grau de zelo do profissional, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço.

O dano moral é arbitrável, pouco importando a estimativa feita na petição inicial, que tem caráter provisório, podendo ser modificada quando da prolação da decisão de mérito (cf. Súmula 326 do Colendo STJ: "Na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca").

3.- Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2162966-46.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante JOSE DA COSTA VINAGRE, são embargados BANCO DO BRASIL S/A e CABOMAR S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO, SANDRA GALHARDO ESTEVES, RENATO RANGEL DESINANO, MARINO NETO,

Acesso ao Sumário

CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 28 de junho de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Inocorrência de contradição, obscuridade ou omissão - Acórdão que expressamente apreciou toda a matéria controvertida - Inadmissibilidade de utilização de recurso integrativo quando o que se considera aviltado é a própria pretensão do recorrente - Insistência nas mesmas teses já analisadas nos autos, inclusive relativas ao mérito que resvalam na litigância de má-fé - Embargos de declaração que não se prestam a tanto - Manutenção do quanto decidido - Embargos rejeitados.

VOTO

1. Cuida-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão de fls. 56/58 que negou provimento ao recurso do embargante, mantendo a decisão monocrática proferida por este Relator que indeferiu sua reclamação, extinguindo o feito sem análise do mérito, eis que inexistiu descumprimento de ordem emanada por órgão superior a justificar o manejo da demanda.

Aponta a embargante para a existência de infração ao disposto no art. 1.022 do CPC, alegando que o v. acórdão seria contraditório e obscuro, **sem especificar onde restaria configurada a referida violação, tecendo as mesmas teses insistentemente lançadas nos autos**.

Recurso formalmente em ordem e tempestivo.

É o relatório do essencial.

2. Os presentes embargos não comportam acolhimento, já que de nenhuma mácula se ressente o v. acórdão atacado.

Percebe-se que o embargante não concorda com o entendimento do acórdão vergastado e pretende rever a posição do julgado; contudo, não se reveste de qualquer mácula a decisão proferida.

A contradição, obscuridade ou omissão a que se refere o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil é aquela de caráter interno, entre diferentes colocações constantes do mesmo *decisium*, tornando inconsistente a perfeita compreensão do resultado final do julgamento.

Nesse sentido o C. Superior Tribunal de Justiça já consignou que: "*A contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele*

Acesso ao Sumário

mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte" (STJ - 4ªT, REsp 218.528-EDcl, Min. Cesar Rocha, j. em 07.02.03, DJU 02.04.02).

E tal não ocorreu no caso.

O bem fundamentado v. acórdão destacou que "*... apesar da tentativa do autor no sentido de que estaria havendo descumprimento das decisões proferidas por esta Corte, o fato é que a 11ª Câmara - que substituiu a 19ª Câmara Extraordinária após sua extinção - não pode ser considerada órgãos que esteja descumprindo ordem superior, porque* ***sucedeu*** *aquela Câmara, estando apenas proferindo suas decisões ao analisar os recursos relativos aos mesmos interessados.*" (fls. 58 - grifos originais).

Assim, vê-se que inexiste qualquer contradição ou obscuridade no *decisum*, sendo inadmissível a utilização do presente recurso quando o que se considera contrariado é a pretensão do recorrente que apenas se insurge manejando os presentes para discutir as questões relativas ao mérito, cabendo destacar que **a insistência em tais argumentos será tida como deslealdade processual, podendo ser condenado nas penas relativas à litigância de má-fé, a teor do que dispõe o art. 80, VI, do Código de Processo Civil, pelo que fica advertido desde já**.

Destarte, não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses contidas no art. 1.022 do NCPC, uma vez que o v. acórdão apreciou todas as questões devolvidas ao Tribunal, o certo é que pretende o embargante forçar novo julgamento da questão posta em juízo, conforme o seu entendimento, em nítido caráter infringente.

E nestas condições, diante do caráter meramente infringente dos presentes embargos, estes não merecem ser acolhidos.

3. Rejeitam-se, pois, os presentes embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2079568-70.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é embargado RONALDO DE OLIVEIRA RAMOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.313)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS

Acesso ao Sumário

MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 12 de julho de 2019.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Alegação de obscuridade e, assim, de necessidade de esclarecimento do conteúdo do julgado. Vício inexistente. Julgamento do agravo que define de modo suficiente o incidente submetido ao reexame. Adequação do julgado ao anterior e, assim, para ficar definido o que é objeto real da constrição ordenada. RECURSO DENEGADO.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração manejados por agravada contra o v. acórdão editado no Agravo de Instrumento nº 2079568-70.2019.8.26.0000, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de execução de título extrajudicial.

Buscou o agravante a reforma da decisão que ordenou a penhora de dinheiro aplicado em plano de previdência complementar, verba tida como impenhorável dado o seu caráter alimentar, tendo nesse sentido já ficado anteriormente decidido.

Com o improvimento do recurso apontado, a agravante manejou os embargos de declaração em questão para esclarecimentos sobre que toda a soma em dinheiro mencionada deve ser declarada como passível de constrição, porque não houve anteriormente levantamento de dinheiro em soma correspondente a 40 salários mínimos tida como impenhorável.

É o relatório.

O objeto do recurso foi no sentido de não ser dada acolhida à alegação de impenhorabilidade da soma em dinheiro aplicada em previdência privada, por ainda não estar integralizada, sem, pois, que haja necessidade de se descer a minúcias para deixar assentado se deve ou não ser alcançada a soma integral objeto do bloqueio ou se é imprescindível a dedução da soma em dinheiro correspondente a 40 salários mínimos.

No v. acórdão que decidiu o agravo de instrumento foi anotado que: "Assim, como já ficou explicitado no anterior julgamento desta colenda Câmara no qual se embasa o agravante erradamente, o saldo em dinheiro além do preservado é passível de penhora, pelo fato daquela circunstância apontada no parágrafo acima, ou seja, a falta de exaustão da fase de encerramento do ciclo de investimento dessa espécie de negócio. Apenas houve na ocasião do julgamento

Acesso ao Sumário

passado a indisponibilidade de quantia em dinheiro correspondente a quarenta salários mínimos porque pela orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça, até esse montante, é considerado impenhorável qualquer modalidade de aplicação financeira ou mesmo em moeda corrente. Em suma, o agravante está interpretando às avessas o que ficou assentado em anterior julgamento".

Assim, o v. acórdão dentro do que entendeu ser objeto do reexame, deu solução à controvérsia, e será somente em primeiro grau que cumpre ser interpretado em sintonia com o julgamento anterior e, assim, poder-se concluir se é caso de deduzir do valor correspondente à aplicação em plano de previdência privada a quantia correspondente a 40 salários mínimos.

Em face do exposto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1097109-66.2015.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é embargado FÁBIO SEBASTIÃO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.193)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente sem voto), MARINO NETO e GILBERTO DOS SANTOS.

São Paulo, 16 de julho de 2019.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: RECURSO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Caráter infringente não admitido - EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A em face do acórdão que deu parcial provimento ao seu recurso de apelação, conforme a seguinte ementa:

"AÇÃO REVISIONAL - Contrato de financiamento de veículo - Validade da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro

do contrato - Serviço efetivamente prestado - Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado - Exclusão dos encargos eventualmente cobrados de forma cumulada com comissão de permanência - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."

O embargante requer a aplicação do que restou decidido no Recurso Especial nº 1.578.553/SP, devendo ser reconhecida a legalidade da cobrança relativa a serviços de terceiros.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O teor da peça processual demonstra, por si só, que a parte deseja alterar o julgado, em manifesto caráter infringente, do qual os presentes embargos estão excluídos, uma vez que seu âmbito é restrito: visam a suprir omissão, aclarar ponto obscuro ou, ainda, eliminar contradição eventualmente existente em decisão, sentença ou acórdão.

Na hipótese, o acórdão foi claro ao analisar todas as questões postas em julgamento, não havendo qualquer fundamento para alteração do quanto julgado.

Assim, conclui-se que as alegações do embargante possuem caráter nitidamente infringente.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2022143-85.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de Boituva, em que é embargante WALTER FARIA, são embargados CLERIO DA SILVA FARIA, VANUSA REGINA FARIA e WEDER FARIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 15.139-ED-JV)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

FORTES BARBOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: - Embargos de declaração Vícios inexistentes - Pretendido reexame da causa - Inadmissibilidade - Embargos rejeitados.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que deu provimento a recurso de agravo de instrumento interposto pelos embargados (fls. 272/279).

O embargante sustenta que o acórdão possui vícios, argumentando que foi omisso e contraditório, explicando que foi ignorada a decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, ainda que não haja deliberação da Corte Superior, foi possibilitada a retomada do andamento do cumprimento provisório de sentença por mera comunicação da parte. Frisa que, ao se entender que não há necessidade de comunicação formal do E. Superior Tribunal de Justiça, foi contrariado o artigo 520 do CPC de 2015. Insiste que a ausência de trânsito em julgado da sentença impede a instauração da fase de cumprimento de sentença, inclusive podendo ser declarada a nulidade de todo o processado na fase de cumprimento provisório de sentença, posto que pende de julgamento recursos nas instâncias superiores (fls. 01/06).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, só servindo os presentes embargos para veicular o inconformismo do embargante, não sendo possível alterar o comando já pronunciado.

No aresto, foi enfatizado que o cumprimento provisório de sentença permanecerá suspenso, sendo feita observação apenas no sentido de não haver necessidade de que se aguarde formal comunicação de instância superior (inclusive deste Tribunal de Justiça) para que se prossiga ou se julgue extinto o cumprimento de sentença.

Repete-se:

> "Nos termos do artigo 1029, §5º, inciso II do CPC de 2015, concedido efeito suspensivo ao recurso especial, o cumprimento provisório de sentença fica suspenso, o que é indiscutível e não está sendo questionado.
>
> Os agravantes pretendem afastar a parcela da decisão que vinculou a suspensão do trâmite do cumprimento provisório de sentença até que sejam julgados os recursos especiais pendentes e ocorra uma formal comunicação das instâncias superiores.
>
> Assiste razão aos recorrentes. Caso seja revogada a decisão

Acesso ao Sumário

que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Especial 1.538.326, o cumprimento provisório de sentença poderá retomar seu prosseguimento e, da mesma forma, não há necessidade de que se aguarde uma formal comunicação do E. Superior Tribunal Justiça ou desta Corte para que se prossiga ou que se julgue extinto o cumprimento de sentença, cabendo mera comunicação das partes acerca do resultado final do julgamento dos recursos ou acerca de eventual revogação da decisão que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Especial 1.538.326.

Cabe, então, seja determinada a suspensão do cumprimento provisório de sentença até eventual revogação da decisão de deferimento ao recurso especial pendente ou até que haja comunicação pelas instâncias superiores ou pelas partes acerca do julgamento definitivo dos recursos.

Ressalta-se, no entanto, que, na atualidade, não há qualquer alteração relevante, porquanto o efeito suspensivo concedido ao recurso especial permanece e o cumprimento provisório em pauta não pode ter seguimento imediato. É feito, de toda maneira, pequeno reparo na decisão atacada, consubstanciando apenas um ajuste sem implicações imediatas, respeitado o disposto no artigo 1.025, §5º, inciso II do CPC de 2015.".

O embargante, simplesmente, de maneira imprópria, lança afirmações sem respaldo no texto do acórdão proferido (sobretudo, no sentido de ter sido ignorada decisão proferida no E. Superior Tribunal de Justiça, o que só pode ser tido como um equívoco lamentável), denotando a ausência de leitura adequada e atenta, persistindo, ao contrário do proposto, respeito ao artigo 520 do CPC de 2015, em especial de seu "caput", que se refere, tão somente, à "sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo".

Não há vício a ser sanado, não sendo viável alterar o comando já pronunciado, que se acha devidamente fundamentado, ausente omissão ou contradição.

Rejeitam-se, por isso, os presentes embargos.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0010298-90.2019.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante NELSON SAN THIAGO BIFANO, é impetrado

EXCELENTÍSSIMO SR DESEMBARGADOR RELATOR DA 22ª CAMARA DE DIREITO PRIVADO TJSP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34261)**

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

São Paulo, 11 de junho de 2019.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração contra V. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto mantendo o indeferimento do pedido de justiça gratuita - Inconformismo com o conteúdo do julgado - Hipótese que desafia, em tese, Recurso especial - É inadmissível o Mandado de segurança como sucedâneo de Recurso especial, o que inviabiliza o writ - Petição inicial indeferida - Processo extinto.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança manejado por Nelson San Thiago Bifano contra ato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Roberto Mac Cracken da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal do Estado de São Paulo, em que se postula a concessão dos benefícios da justiça gratuita que foram indeferidos pelo v. acórdão impugnado.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que o indeferimento da assistência judiciária à parte obsta seu acesso ao sistema judiciário; que as provas dos autos demonstram a hipossuficiência da parte, inclusive que o nome de sua genitora foi inscrito no cadastro de inadimplentes. Argumenta que, por tratar-se o impetrante de menor impúbere, de rigor a concessão da gratuidade judiciária; que o menor não possui renda. Aduz que há precedente do STF neste sentido.

É o relatório.

Pretende o impetrante que seja "julgado procedente o pedido do presente mandado de segurança para, concedendo a segurança, determinar que a autoridade coatora proceda em definitivo a liminar pleiteada e seja ordenado

Acesso ao Sumário

o prosseguimento do Processo nº 1000635-55.2018.8.26.0576", com a consequente "concessão do benefício da assistência judiciária gratuita" (fls. 12).

Pois bem, em que pesem as alegações da parte, é o caso de indeferimento liminar do presente *writ* em atenção ao o art. 10, *caput*, da Lei nº 12.016/2009, pelo descabimento na espécie dos autos do remédio em análise.

Isto porque, na realidade, pretende a parte desafiar o v. acórdão de fls. 42/52, Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Roberto Mac Cracken da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao agravo de instrumento manejado pela parte, mantendo a r. decisão de primeiro grau que indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita a parte. Destaca-se que foram opostos embargos de declaração pela parte, os quais foram rejeitados.

Destarte, incabível na hipótese o presente mandando de segurança, porquanto a decisão impugnada é recorrível por meio de recurso especial. Confira-se o art. 105, III da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

Neste sentido segue o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"Mandado de Segurança. Impetração contra ato Judicial recorrível. Impossibilidade. O acórdão proferido em agravo de instrumento ou agravo regimental que o decide é passível de recurso especial (cf, art. 105, iii e Súmula nº 86 do eg. STJ). Aplicação do art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009 e da Súmula nº 267 do STF. É inadmissível o mandado de segurança como sucedâneo de recurso especial, o que inviabiliza o writ - Petição inicial indeferida." (Mandado de Segurança nº 2023952-81.2017.8.26.0000, rel. Des. Edgard)

"Mandado de segurança. Impetração contra decisão judicial colegiada que desproveu agravo de instrumento. Inconformismo com o conteúdo do julgado. Alegação de inexistência de recurso com efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Hipótese que desafia, em tese, Recurso especial que pode ser dotado de efeito suspensivo por ato do Presidente da Seção (CPC, art. 1.019, § 5º, III). Inicial indeferida" (Mandado de Segurança nº 2186563-78.2017.8.26.0000, 5º Grupo da Seção de Direito Privado, rel. Des. Araldo Telles).

"Mandado de segurança. Impetração contra V. Acórdão desta Colenda Câmara que indeferiu o pedido de justiça gratuita e determinou o recolhimento do preparo recursal sob pena de deserção. Descabimento. O mandamus não é palco para brainstorming em face da inexistência de

direito liquido e certo a ser amparado, tampouco sucedâneo de recurso não interposto. Inteligência do artigo 5º, inciso II, da Lei 12.016/09 e Súmula 267 do STF. Segurança denegada." (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2161032-53.2018.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Rui; Órgão Julgador: 11º Grupo de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/10/2018; Data de Registro: 10/10/2018)

"Mandado de segurança. Impetração contra decisão colegiada da C. 31.ª Câmara da Seção de Direito Privado. Julgamento de agravo de instrumento, juntamente com agravo interno, em que se discute despacho interlocutório proferido no processo em fase de cumprimento de sentença condenatória. Agravo provido para permitir substituição da constrição originária de bens imóveis por outro. Pretensão a rediscutir fundamentos da decisão colegiada. Impossibilidade de atuação como órgão revisor. Não ocorrência, ademais, de manifesta teratologia ou ilegalidade. Via inadequada. Indeferimento da inicial e extinção do processo sem julgamento do mérito. A via escolhida é inadequada e ofende a dicção do inciso II, do artigo 5º, da Lei 12.016/2009, mesmo porque possível o uso do remédio heroico apenas nos casos em que ausente recurso previsto nas leis processuais, observando que se mostra possível acesso ao Tribunal Superior e com possibilidade de obtenção de efeito suspensivo. Ademais, não é este órgão revisor dos fundamentos do acórdão impugnado, não indicando a parte ocorrência de teratologia ou ilegalidade. Falta, portanto, à impetrante o necessário interesse processual para rever a decisão judicial, sendo o caso de indeferir liminarmente a inicial, julgando extinto o processo sem resolução do mérito." (TJSP; Mandado de Segurança 2082479-89.2018.8.26.0000; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 16º Grupo de Câmaras de Direito Privado; Foro de Monte Alto - 3ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 28/06/2018; Data de Registro: 28/06/2018)

O impetrante, ao se valer do presente mandado de segurança, sem se atentar à disciplina instituída, acaba por propor uma inversão lógica da impugnabilidade prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Não bastasse, "o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial é admitido somente de forma excepcional, quando se tratar de ato manifestamente ilegal ou teratológico, e não houver instrumentos recursais próprios da via ordinária, previstos na legislação processual, de modo a impedir lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, cuja comprovação dispensa instrução probatória" (AgInt. nos EDcl no RMS 51535/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/11/2017).

Destarte, não pode o mandado de segurança ser utilizado quer como

Acesso ao Sumário

sucedâneo recursal quer como forma de alterar a sistemática de recorribilidade vigente, de modo que, para a admissibilidade de tal meio impugnativo externo seria preciso que se estivesse em face de decisão teratológica de primeiro grau ou de um mal efetivamente irreparável, decorrente, de abuso de poder ou de ilegalidade flagrante, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, o que não se verifica *in casu*.

Por conseguinte, ausentes os requisitos para a impetração do mandado de segurança, de rigor, pois, o seu indeferimento liminar, ante a falta de interesse processual do impetrante.

Isto posto, extingue-se o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 10 da Lei nº 12.016/09 e art. 485, I e VI do CPC.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2088588-85.2019.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é autor SILVIO BEZERRA NETO, é réu INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), ALDEMAR SILVA, VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, JOÃO NEGRINI FILHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 19 de junho de 2019.

ALBERTO GENTIL, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Violação à norma jurídica e erro de fato – CPC, art. 966, V e VIII – Não ocorrência – Falta de interesse processual do autor (art. 330, III, do CPC) – Indeferimento da inicial.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Rescisória proposta por Silvio Bezerra Neto visando rescindir o V. Acórdão trasladado a fls. 159/161 que, negando provimento ao recurso de apelação, manteve a improcedência da ação por ele ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vistas à concessão de auxílio-acidente.

Aduz que o laudo pericial realizado no feito subjacente apurou a doença de perda auditiva, mas afastou o nexo causal pelo tempo de serviço, não avaliando as funções anteriores que exerceu ao longo de anos de trabalho em outras empresas.

Sustenta erro de fato no julgado porque não considerou a concausa, nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 19 a 21 da Lei 8.213/91, tampouco a possiblidade de concessão de auxílio-acidente independentemente do grau da perda auditiva, nos termos do artigo 86, § 4º, da Lei 8.213/91.

Narra ainda que o Juiz de Primeiro Grau entendeu desnecessária a prova testemunhal, em ofensa à lei.

Assim, com arrimo no artigo 966, V e VIII, do CPC, pugna pela desconstituição do V. Acórdão.

É o relatório.

Sob a alegação de que o V. Acórdão de fls. teria violado norma jurídica e incidido em erro de fato, busca o autor a rescisão do julgado trasladado a fls.

Não assiste razão ao autor.

Com efeito.

A questão relativa à existência ou não de nexo causal entre a perda auditiva de que o autor alega ser portador e o exercício de suas atividades laborativas foi decidida pelo V. Aresto à luz das provas carreadas aos autos e do entendimento da C. Câmara julgadora.

O simples descontentamento da parte com a solução apresentada pelo julgador não representa erro de fato e nem permite o reexame da matéria já enfrentada pelo Tribunal.

Aliás, conforme registra THEOTONIO NEGRÃO ("Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 47a. edição, Saraiva, página 867, artigo 966, nota 36):

- "Não cabe ação rescisória para 'melhor exame da prova dos autos'" (STJ – 1ª Seção, Ar 3.3731-AgRg, Min. Teori Zavascki, J. 23.05.07, DJU 4.6.07).

"Se o juiz, 'errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível (Bol. AASP 1.600/197, citando Barbosa Moreira).

"O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela" (Bol. AASP 1.678/supl., p. 6, com farta jurisprudência). No mesmo sentido: RF 331/300".

Por outro lado, cabe registrar que o autor na petição inicial da ação de conhecimento indicou como local de trabalho a empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Gerais, atribuindo a esta empresa o ambiente ruidoso e causador da alegada perda auditiva.

Acesso ao Sumário

Ao que se verifica do laudo pericial carreado aos autos (fls. 82/95 e 104/108), foi realizada vistoria na empregadora indicada pelo autor. Porém, o nexo causal foi afastado.

Assim, embora tenha o autor trabalhado em outras empresas, fato este, inclusive, destacado pelo perito judicial, certo é que na petição inicial não foi apontada a presença de ruído ocupacional nas outras empregadoras, não se justificando, portanto, a avaliação da presença ou não de nexo causal nas atividades laborativas realizadas pelo autor nas referidas empresas.

Destarte, diante da prova produzida, inadmissível o reconhecimento do nexo causal ou concausal.

E uma vez afastada a presença do nexo causal, incabível se mostra a concessão do benefício acidentário, ainda que presente a perda auditiva, em qualquer grau (artigo 86, § 4, da lei 8.213/91).

Afinal, para a concessão do benefício acidentário, exige-se a presença do binômio: - incapacidade laborativa e nexo causal. Ausente um destes requisitos, incabível a reparação infortunística.

Melhor sorte não assiste ao segurado no tocante a alegada violação de lei ante a não realização de prova testemunhal.

Isto porque, no recurso de apelação trasladado a fls. 143/145, o autor pugnou apenas pela conversão do julgamento em diligência para a realização de nova perícia, não se insurgindo contra a não realização de prova oral.

Assim, a questão relativa à prova testemunhal sequer foi submetida à apreciação da Colenda Turma Julgadora, não havendo, pois, que se falar em violação de lei.

Em suma: - sob o argumento de que o V. Acórdão de fls. teria violado manifestamente norma jurídica e incidido em erro de fato, busca o autor, via ação rescisória, a rediscussão da matéria já enfrentada pelo julgado rescindendo, o que é inadmissível.

E neste passo, ausentes as hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas no art. 966 do CPC, carece ao autor interesse processual (art. 330, III, CPC).

Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, indefiro a petição inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2246902-66.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor JOSÉ ANTONIO

Acesso ao Sumário

DE FREITAS, é réu MINISTÉRIO PUBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Extinguiram o processo sem resolução de mérito. Declara voto convergente o Desembargador Souza Nery", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.993)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI, SOUZA NERY, OSVALDO DE OLIVEIRA, RICARDO ANAFE e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Ação rescisória – Improbidade Administrativa – Desconstituição de acordão que deu parcial provimento ao recurso de apelação e condenou o requerido nas penas cominadas nos art. 12, III, e art. 11, *caput*, e I, da Lei de Improbidade Administrativa – Transcurso do prazo decadencial, nos termos do art. 975, *caput*, do CPC - certidões obtidas perante o Tribunal de Contas, a pedido do autor e após a condenação, que não se qualificam como prova nova hábil a ensejar a rescisão do acordão - interposição de agravo regimental intempestivo não interrompe o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento de demanda rescisória – Extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, IV, e artigo art. 975, *caput*, ambos do CPC/15.

VOTO

Acesso ao Sumário

Ação rescisória ajuizada por José Antônio de Freitas em face do **Ministério Público do Estado de São Paulo**, objetivando, em juízo rescindente, a desconstituição do v. Acórdão de relatoria do ínclito **Des. Ivan Sartori**, proferido em decorrência de julgamento realizado pela **C. 13ª Câmara de Direito Público** deste **E. Tribunal**, nos autos de Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa nº 0010686-58.2001.8.26.0053.

O processo de origem foi ajuizado pelo Parquet em face do ex-prefeito de São Paulo, Celso Roberto Pitta do Nascimento e seu Secretário de Finanças, ora autor, "*tendo em vista apuração do Tribunal de Contas do Município (TC 72.004.713198*84), no sentido de que, na gestão orçamentária de 1997, os requeridos descumpriram recomendações e determinações do parecer alusivo*

ao exercício de 1996 e, por meio de decretos Ideologicamente falsos e sem respaldo legislativo, propiciaram a abertura de créditos adicionais fundados em excesso de arrecadação previsto e não realizado, dando causa, ao final do exercício, a expressivo déficit e ao agravamento do desequilíbrio orçamentário. Entende o autor ter sido violada não só a lei orçamentária então vigente (12.287 /96), mas também o art. 167, incisos II, V e VII, da Carta da República; 29, 30, 31,42 e 43 da Lei Federal nº 4.320/64 e, por conseguinte, o art Il, I, da Lei de Improbidade. Pretende, assim, a nulidade dos atos viciados e a condenação dos réus ao ressarcimento do erário de formas postuladas sucessivamente, a par das penas cabíveis." (fls. 215).

Em **24.12.2007**, a Turma Julgadora, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso de apelação nº 349.656-5/ 7-00, interposto pelo Ministério Público, para reformar a sentença que havia extinguido o processo sem resolução de mérito e dar procedência ao pedido ministerial, condenando os requeridos nas penas cominadas nos **art. 12, III,** e **art. 11, *caput*,** e **I,** ambos da **Lei de Improbidade Administrativa** (fls. 213/231).

Em **28.5.2008**, os embargos de declaração opostos pelo ora autor foram rejeitados (fls. 478/481). O v. Acórdão foi disponibilizado no DJE em **18.4.2013**, tendo transitado em julgado em **4.7.2013.**

Em face da condenação supramencionada, **José Antonio de Freitas** insurgiu por meio de recursos especial e extraordinário, os quais não foram admitidos pela **Presidência** desta **E. Seção de Direito Público** em **2.3.2009**. Assim, o autor interpôs agravos regimentais, respectivamente, perante o **A. STJ** e o **E. STF.**

O agravo regimental desafiando decisão que negou seguimento ao recurso especial não foi provido pela **E. Segunda Turma** do **A. STJ**, conforme Acórdão publicado em **5.8.2013** (fls. 494).

Por sua vez, o agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário (AgRg em RE nº 800.312) sequer fora conhecido. Como se dessume da decisão proferida pelo **Ministro Ricardo Lewandowski** (fls. 813), posteriormente confirmada pelo **Plenário** do **E. STF** (fls. 835), o agravo regimental era intempestivo, na medida em que a decisão agravada foi publicada em **4.8.2014** e o recurso interposto em **13.8.2014**, após o transcurso do prazo regimental, portanto. Com efeito, a decisão que denegou curso ao recurso extraordinário havia transitado em julgado em **12.8.2014**, conforme certidão às fls. 812.

Nesse cenário, **José Antônio de Freitas** ajuizou, em **14.11.2018**, a presente ação rescisória, alegando, inicialmente, a ausência do transcurso do prazo decadencial, sob o fundamento de que o Acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 800.312 foi disponibilizado

Acesso ao Sumário

no DJE em **17.11.2016**, ocorrendo somente após tal data o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, nos termos do **art. 975** e **Súmula nº 401** do **A. STJ**. Aduz, ainda, que "*pretendia ajuizar esta ação logo após o conhecimento da imutabilidade da derradeira decisão. Infelizmente, porém, não foi comunicado a tempo pelos seus advogados, que somente o alertaram após o início das providências relativas ao cumprimento da decisão judicial*."

No mérito, em meio aos argumentos de inconformismo do autor com a solução da lide, extrai-se a existência de *(i)* prova nova, da qual o autor não pôde fazer uso, em virtude do julgamento antecipado, da reversão do resultado e do não conhecimento dos recursos extremos e subsequente trânsito em julgado do Acórdão (art. 966, inciso VII, do CPC/15); *(ii)* erro de fato verificável do exame dos autos (art. 966, VIII do CPC/15); e *(iii)* insuficiência de instrução, o que malfere norma jurídica (art. 966, V, do CPC/15).

Tal, em abreviado, o relatório.

Ao que pese aos argumentos aventados pela requerente, a decadência do direito à rescisão deve ser reconhecida, com fulcro no **art. 975, *caput*, do CPC/15.**

Inicialmente, cabe salientar que a coisa julgada é instituto de extrema importância no processo civil brasileiro, garantidor da segurança jurídica e, por conseguinte, da paz social a cargo do Estado- juiz, pois sem a imutabilidade do provimento jurisdicional o processo não seria apto a pacificar litígios, mas apenas a fomentá-los indefinidamente.

Conforme bem sintetiza **PONTES DE MIRANDA**, "*seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 100).

Em vista da essencialidade da coisa julgada, o legislador elegeu excepcionalíssimas hipóteses para sua desconstituição. Para que a decisão imutável seja rescindida, não basta que ela seja injusta (o que sequer está no âmbito de cognição da ação rescisória): deve restar caracterizada alguma das hipóteses expressamente previstas no **art. 966** do **CPC/15**.

Acesso ao Sumário

Nessa perspectiva, as certidões obtidas perante o Tribunal de Contas após a condenação do autor não se qualificam como prova nova hábil a ensejar a rescisão do v. Acórdão. Nesse sentido, em comentários ao **art. 966, VII** do **CPC/15, NELSON NERY JÚNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY** esclarecem com brilhantismo a necessidade da prévia existência da prova à prolação da decisão rescindenda e sua impossibilidade de utilização:

> **"O atual CPC é mais abrangente do que o CPC/1973, pois admite não só a apresentação de documento novo, mas também de tudo que**

possa formar prova nova em relação ao que constou das instruções no processo original. Mas, da mesma forma que ocorria em relação ao documento novo, por prova nova deve entender-se aquela que já existia quando da prolação da sentença. Mas, cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso – portanto, não cabe, no caso, dar início a nova perícia judicial, por exemplo. São enquadráveis, portanto, neste dispositivo, apenas os documentos, os depoimentos e os testemunhos. A prova nova deve ser de tal ordem que, sozinha, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idônea para o decreto da rescisão. (*Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. 2ª tiragem. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1922/1923 – o grifo o foi por nós).

Não é outro o entendimento deste **E. Tribunal de Justiça:**

AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, art. 966, V, VII e VIII. Previdência privada. Aplicação e cobrança de expurgos inflacionários à conta de reserva de poupança. Execução. Perícia. Inexistência de diferenças. Extinção. – 1. Violação à norma jurídica. Rescinde-se o acórdão que ofende norma jurídica; mas quando a norma ofendida seja aquela aplicada pelo julgador, bem como a ofensa seja clara, literal e decorra dos próprios termos da decisão. A retificação do cálculo pelo perito não implica em violação a norma jurídica, que sequer foi especificada pelo autor. – 2. Prova nova. A "prova nova" a que se refere o art. 966, VII do CPC é aquela já existente ao tempo do processo em que proferida a decisão que se pretende rescindir, mas cuja existência se ignorava ou que por algum motivo não pode fazer uso a parte; o parecer técnico juntado a inicial data de 20-6-2016 e teve como objeto a verificação das inconsistências do laudo pericial produzido em 16-3-2012. Autor que foi intimado para a se manifestar sobre o laudo pericial, mas manteve- se silente. – 3. Erro de fato. O erro de fato previsto no art. 966, VIII do CPC decorre da inadvertência do julgador, que vê o que dos autos não consta ou não vê o que dele consta; não se trata do acerto ou desacerto quanto à interpretação ou valoração da prova. – Inicial indeferida. (Apelação nº 2151546-15.2016.8.26.0000. Relator(a): Torres de Carvalho; Comarca: Votuporanga; Órgão julgador: 5º Grupo de Direito Público; Data do julgamento: 21/03/2017; Data de registro: 25/03/2017 - o grifo o foi por nós).

Agravo Interno. Ação Rescisória. Decisão monocrática de indeferimento da inicial. Ajuizamento da rescisória com fundamento no art. 966, VII, do CPC/15, a saber, obtenção pelo autor de prova nova cuja existência era ignorada ou de que não pôde fazer uso, capaz por si só de lhe assegurar pronunciamento favorável. Autor que, após o trânsito em julgado, produziu prova técnica (topografia do imóvel) e foto do empreendimento a fim de demonstrar que o

Acesso ao Sumário

> **imóvel que ocupava não era aquele que a ré detinha a posse. Provas que poderiam ter sido produzidas na demanda originária. O autor, no entanto, não demonstrou a impossibilidade de produção de tais provas naquele processo. Não cabimento da ação rescisória. Indeferimento da inicial. Decisão monocrática mantida. Agravo interno não provido.** (AgRg nº 2243138-43.2016.8.26.0000. Relator(a): Morais Pucci; Comarca: Cotia; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/03/2017; Data de registro: 20/03/2017 – o grifo o foi por nós)

De fato, as certidões emitidas pelo Tribunal de Contas (fls. 241/250) foram todas emitidas após o decreto de procedência dos pedidos condenatórios, notadamente em decorrência de requerimento formulado pelo próprio autor. Fato é que a parte autora poderia ter feito (se não o fez) uso de tais certidões em momento oportuno, especialmente à míngua de qualquer prova de que fora impedido de requerer administrativamente as referidas certidões ou de usá-las no processo quando contestou a demanda.

De toda forma, incabível eventual alegação de impossibilidade de utilização oportuna desses documentos, vez que tais certidões são facilmente obtidas de forma pública, com respaldo no direito de petição constitucionalmente resguardado.

Restando caracterizada a inexistência de prova nova em conformidade com o disposto no art. 966, VII do CPC, de rigor **o reconhecimento da decadência do direito à rescisão**, vez que o prazo aplicável ao presente caso é de 2 (dois) anos contados a partir do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, nos termos do ***caput*** do **art. 975 do CPC**.

A parte autora equivocadamente considerou como termo inicial do prazo decadencial o trânsito em julgado da decisão que não conheceu do **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 800.312**, ocorrida posteriormente a **17.11.2016**. Contudo, como já mencionado, o referido agravo regimental sequer fora conhecido por ser intempestivo.

Consabido, a interposição de recurso intempestivo não interrompe o transcurso o prazo decadencial para ajuizamento de demanda rescisória. Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência do **A. STJ** e deste **E. Tribunal de Justiça**:

> **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. NÃO-INTERRUPÇÃO DO PRAZO. DECADÊNCIA. ART. 495 DO CPC. 1. Conforme reiterados precedentes desta Corte, o recurso intempestivo não interrompe o prazo para a ação rescisória. 2. O trânsito em julgado ocorre após o prazo para a interposição dos recursos cabíveis. Eventual decisão posterior, que reconheça intempestividade de pleito recursal, apenas confirma o trânsito em julgado anteriormente ocorrido. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.** (AgRg no REsp

Acesso ao Sumário

n.º 1054280/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 28.8.2012, DJe 6.9.2012 – o grifo o foi por nós).

AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA (ART. 495 DO CPC). INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTOS AO ACÓRDÃO RESCINDENDO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL. INOCORRÊNCIA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA (ART. 295, INC. IV DO CPC). EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, INC. I DO CPC). A interposição de recursos intempestivos ao acórdão rescindendo não interrompe o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. Ajuizamento da ação rescisória posterior ao decurso do prazo decadencial contado da data do trânsito em julgado do acórdão. Extinção do processo sem resolução do mérito pelo indeferimento da petição inicial (art. 267, inc. I, e 295, inc. IV, do CPC). (TJSP; Ação Rescisória 2111699-40.2015.8.26.0000; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 18º Grupo de Câmaras de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 03/08/2015; Data de Registro: 07/08/2015 – o grifo o foi por nós).

AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. Decadência configurada. Inaplicabilidade da Súmula 401 do STJ quando o recurso especial não foi admitido por ausência de pressuposto legal. A interposição de recurso inadmitido não tem o condão de interromper a fluência do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. Precedentes do STJ. Ação improcedente. Extinção do processo com base no art. 269, IV, do CPC." (Ação Rescisória nº 0159304-84.2013.8.26.0000, 3.º Grupo de Direito Público, Rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 16.6.2014 – o grifo o foi por nós).

Por derradeiro, insta consignar a total irrelevância, para aferição do transcurso do prazo decadencial, do argumento da parte autora de que pretendia ajuizar a ação logo após o conhecimento da imutabilidade da última decisão do processo, o que não fez porque não fora comunicado a tempo pelos seus advogados. Ora, eventual negligência ou imperícia dos patronos em nada altera a constatação da decadência do direito do autor, devendo tal matéria ser, eventualmente, ventilada em demanda própria.

Nesse contexto, **é inafastável o reconhecimento da decadência do direito da parte autora**, vez que o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo a ser considerada para fins de contagem do prazo decadencial ocorreu em **12.8.2014**, conforme certidão acostadas às fls. 812, e a presente ação foi ajuizada somente em **novembro de 2018**, ou seja, mais de 2 (dois) anos após o trânsito em julgado **(art. 975 do CPC).**

Reitera-se: o manejo intempestivo do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 800.312 não interrompeu o transcurso do prazo decadencial, na medida em que não possui o condão de protrair no tempo o trânsito em

Acesso ao Sumário

julgado da decisão impugnada. Como brilhantemente manifestou-se o **Min. Herman Benjamin**: "*O recurso intempestivo não interrompe o prazo para a Ação Rescisória, sob pena de se ampliar indefinidamente o período para o exercício do direito processual. De fato, após o prazo para a interposição dos recursos cabíveis ocorre, inapelavelmente, o trânsito em julgado. Eventual decisão posterior, que reconhece a intempestividade de pleito recursal, apenas confirma o trânsito em julgado anteriormente ocorrido*." (AgRg no AREsp 675.009/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 04/08/2015 – o grifo o foi por nós)

Dessa forma, a ação rescisória não pode ser banalizada, por excepcionar instituto jurídico caríssimo ao sistema processual, de tal sorte que, em situações que não se enquadrem perfeitamente nas hipóteses do **art. 966** do **CPC/15** ou não tenha sido observado estritamente o biênio decadencial, não se admite desconstituir a coisa julgada, mas sim prestigiar a decisão imutável.

Como bem leciona **TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER**: "*Parece claro que a ação rescisória, medida excepcional que é, não se pode transformar numa ação de revisão, pura e simplesmente, do que tenha sido decidido no processo de onde emanou a decisão rescindenda, como se de uma apelação se tratasse"* (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, 2ª ed.,São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 514).

Diante do exposto, de rigor o reconhecimento da decadência do direito da parte autora, nos termos do **artigo 975**, ***caput*****,** do **CPC.**

Em razão da decadência do direito do autor e ausência de condenação ao pagamento de ônus sucumbenciais, deixo de apreciar os pleitos de gratuidade e/ou de redução da base de cálculo das custas e do depósito inicial.

Antecipo-me, por diretiva de economia processual e, sobretudo, visando a **agilizar o acesso aos Tribunais Superiores**, expender os principais critérios que ordinariamente balizam esta Relatoria no juízo de admissibilidade dos embargos declaratórios, os quais expressam a compreensão majoritária deste **Egrégio Tribunal de Justiça** e do **A. Superior Tribunal de Justiça** e, uma vez observados, prestam-se como roteiro seguro para se suprimir eficazmente o risco de serem recepcionados como procrastinatórios e incorrerem as partes na sanção pecuniária estipulada no **art. 1.026, parágrafo segundo**, do **Código de Processo Civil**:

> **I – desnecessidade do enfrentamento pelo magistrado de todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão** (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 8.6.2016).
>
> **II – Não se exige enumeração ou interpretação expressa de dispositivos legais, pois...**

"não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico[1]."

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

I - Incabíveis os embargos de declaração se inexiste omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido.

II - O Tribunal não fica obrigado a pronunciar-se acerca de todos os artigos de lei invocados pela parte, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional.

III - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no RMS 11.909/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 268 – o grifo o foi por nós).

III – os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado:

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Repetição de indébito. Restituição por via de precatório. Possibilidade. Matéria decidida pela 1a. seção no REsp 1.114.404/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 22/02/2010, sob o regime do art. 543-C do CPC. Inexistência de omissão. Revisão do julgado. Inadmissibilidade. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados.

(...)

4. É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido.

5. Não se presta este recurso sui generis à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da extensa peça recursal, observa- se claramente ser esse o intuito da embargante.

Acesso ao Sumário

1 EDcl nº 147.433-1/4-01/SP, 2ª Câmara Civil, citados nos EDcl nº 199.368-1, julgado pela 1ª Câmara, Des. Rel. Guimarães e Souza.

6. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos Declaratórios. (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.086.243/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma,

j. 5.2.2013 – o grifo o foi por nós).

IV - Ainda que se entenda que o julgado contém vícios, o art. 1.025, do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que:

"Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com fulcro no **artigo 485, IV**, e **artigo art. 975, *caput***, ambos do **CPC/15**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 47.106)

Concorde com o voto do eminente Desembargador SOUZA MEIRELLES, ilustre Relator sorteado, penso, entretanto, seja meu dever esclarecer que o não acompanho na parte final de sua manifestação, aquela referente à antecipação de seu entendimento acerca dos embargos de declaração.

E assim o faço por entender ser vedado ao Poder Judiciário antecipar-se ao pedido do eventual interessado, pedido cuja formulação ainda nem sequer é possível, por isso que não há como oferecer embargos declaratórios antes de proferido o julgamento.

É do próprio voto do eminente Desembargador Relator o reconhecer estar ele antecipando-se às partes, para estabelecer critérios de admissibilidade de eventuais, futuros e incertos embargos de declaração.

Tais condições, no entanto, não se encontram elencadas no dispositivo legal que trata dos embargos declaratórios (CPC, art. 1.022), decorrendo apenas de construção jurisprudencial e esbarrando na vedação insculpida no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A advertência quase soa como ameaça ao asseverar que observados os critérios referidos "suprime-se eficazmente o risco da sanção pecuniária estipulada no art. 1.026, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil".

Estas as razões pelas quais meu voto, embora acompanhe aquele proferido pelo eminente Des. SOUZA MEIRELLES, não o subscreve em relação à prepostera abordagem da questão dos embargos de declaração.

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY, Desembargador

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026952-21.2019.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante DE PAULA LOCADORA DE AUTOMÓVEIS LTDA. EPP, é agravado MUNICÍPIO 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 34.564)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação anulatória – Infração de trânsito – Pessoa Jurídica – Dupla notificação – Licenciamento do veículo sem o pagamento das multas – Tutela de urgência – Indeferimento – Irresignação – Descabimento – Ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada recursal – Decisão que não se mostra teratológica ou revestida de qualquer ilegalidade – Ademais, o risco de irreparabilidade não se mostra latente, o que afasta a verossimilhança e plausibilidade do pedido.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

De Paula Locadora de Automóveis Ltda. EPP interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba, na ação proposta em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, a qual indeferiu o pedido de tutela de urgência que objetiva o licenciamento do veículo, sem o pagamento das multas de trânsito. Aduz razões para a reforma, pedindo a concessão da tutela antecipada recursal e o acolhimento do recurso.

A liminar foi indeferida, às fls. 129.

Não foi apresentada contraminuta (certidão às fls. 140).

É o relatório.

Insurge-se o agravante contra r. decisão de fls. 153/154 dos autos principais, a qual indeferiu o pedido de tutela de urgência que objetiva o licenciamento do veículo, sem o pagamento das multas de trânsito, por entender que milita em favor da requerida a presunção de que os procedimentos administrativos concernentes às autuação de trânsito observaram o regramento jurídico, com a notificação do autor.

Em que pese a argumentação, o certo é que bem andou o douto Magistrado ao indeferir a concessão da medida, considerando que não restou evidenciada, ao menos nesta fase de cognição superficial, a suposta ilegalidade ventilada pela agravante, o que afasta, por ora, a possibilidade de deferimento da tutela antecipada recursal, uma vez que não constatada *in limine* a probabilidade do direito, tampouco do perigo de dano, nos moldes previstos no art. 300 do NCPC.

Neste sentido é o escólio de Theotonio Negrão em sua obra *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 47ª ed. Ed. Saraiva, ao comentar o art. 300, pág. 366:

*"**A tutela antecipada deve corresponder à tutela definitiva** que será prestada se a ação for julgada procedente. Assim: 'Medida antecipatória, consequentemente, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido' (STF – Pleno: RTJ 180/453; a citação é da decisão do relator, confirmada em Plenário)."*

*"**Probabilidade do direito**. 'Não existe a verossimilhança necessária para a concessão da tutela antecipada se a tese que dá suporte ao pedido diverge da orientação jurisprudencial dominante' (STJ 3ª T, REsp 635.949-AgRg Min. Luiz Fux, j. 21.10.04, DJU 29.11.04)."*

Ademais, a questão inerente à ausência da dupla notificação da pessoa jurídica nas infrações de trânsito é matéria que deverá ser submetida à dilação processual, não se mostrando compatível com o presente incidente, em face do seu caráter perfunctório, ressalvando-se, ainda, que as prerrogativas inerentes aos atos administrativos (veracidade e legitimidade) somente podem ser elididas mediante prova robusta não evidenciada *in limine* nos presentes autos.

Importante destacar que a r. decisão do douto Magistrado não se mostra teratológica ou revestida de qualquer irregularidade ou ilegalidade, a justificar sua reforma nesta fase de cognição sumária.

Ressalte-se, por fim, que não se trata de julgamento definitivo, mas, apenas, de análise preliminar em etapa de cognição superficial, devendo todas as alegações do agravante serem submetidas e examinadas pelo Juízo, sob o crivo do contraditório.

Nesta ordem, a r. decisão combatida merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, observado o aspecto de que a matéria aqui analisada ficou circunscrita ao restrito âmbito da liminar.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2026732-23.2019.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante COMPANHIA DE HABITAÇÃO POPULAR BANDEIRANTE - COHAB BANDEIRANTE, é agravado MUNICÍPIO DE VALINHOS.

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 19.551)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 3 de julho de 2019.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e Taxa de Coleta e Destinação de Lixo Domiciliar – Exercícios de 2.008 a 2.010 – Objeção prévia de executividade rejeitada – Compromisso de compra e venda que não exime o proprietário da responsabilidade fiscal – Imunidade recíproca reconhecida, apenas em relação ao IPTU – CF, art. 150, VI, letra "a", parágrafos 2º e 3º – Recurso provido, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que, em execução fiscal[1] para a cobrança de IPTU no período de 2.008 a 2.010, rejeitou a objeção prévia de executividade por considerar a agravante parte legítima passiva para figurar no passivo da ação, uma vez que não comprovado o registro de transmissão da propriedade a terceiro, sem gozar de isenção ou de imunidade tributária.

A agravante alega, em síntese, ilegitimidade passiva pelo fato de ter compromissado o imóvel tributado à venda e imunidade tributária por prestar serviço público em regime de monopólio estatal, nos termos do artigo 23, inciso IX e 150, da Constituição, daí propugnando pela reforma da decisão agravada.

Recurso processado com efeito suspensivo e respondido pela parte agravada.

Relatado.

O fato de o imóvel ter sido compromissado à venda não comprova a transmissão da posse nem da propriedade por falta do necessário registro imobiliário em nome do compromissário comprador, até porque, as convenções particulares não servem de fundamento para a pretendida desoneração da obrigação tributária, como preconizam os arts. 123 e 130, do CTN, de modo a prevalecer o disposto nos artigos 32 e 34, do CTN e, na Súmula 399, do STJ – *Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU*. Dessa maneira, tanto o proprietário promitente vendedor como o possuidor promitente comprador respondem solidariamente pelos tributos incidentes sobre o imóvel e, portanto, podem figurar como sujeito passivo da execução fiscal respectiva, cabendo à Fazenda Pública optar pela manutenção de ambos ou escolher um deles para obter a satisfação do crédito tributário, sem embargo de eventual direito de regresso.

Nesse sentido, o entendimento expresso no REsp nº 1.204.294/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro MAURO CAMPBELL, da 2ª Turma, julgado em 14/05/2011, e diversos outros julgados daquela mesma corte: REsp 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/06/2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 17/04/2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 08/02/2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 11/09/2007; REsp 8689.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/08/2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20/02/2006.

Já em relação à imunidade, o parágrafo segundo, do artigo 150 e o inciso VI, letra "a", da Constituição Federal, estendem as prerrogativas estatais *às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que*

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa em maio de 2.011: R$ 696,36.

se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às destas decorrentes. Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal para conferir às empresas públicas e às sociedades de economia mista, que prestam serviços públicos essenciais e/ou inerentes à atividade estatal, a chamada imunidade recíproca, conforme a ementa que segue:

> *CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2 . A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral.* (RE 580264, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator (a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-192 DIVULG 05-10-2011 PUBLIC 06-10-2011 EMENT VOL-02602-01 PP-00078).

Destarte, tendo em vista que a COHAB é criada com vistas ao desenvolvimento da política habitacional municipal, fica descaracterizada a natureza de simples exploradora de atividade econômica, sujeitando-se às normas do direito público, com incidência da imunidade recíproca, conforme já decidiu este E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *Exceção de pré-executividade acolhida. Execução fiscal cobrança de IPTU do exercício 2004. Imunidade tributária recíproca. A sociedade de economia mista em questão é substituta de pessoa política na prestação de serviço público essencial previsto na Constituição Federal construção de moradias populares/melhoria das condições habitacionais. Não sujeição às normas que regulam a livre iniciativa. Artigo 150, VI, "a", §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. Honorários advocatícios devidos. Manutenção da sentença. Ratificação de seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega- se provimento ao recurso* (Apelação nº 0501274-11.2008.8.26.0438, Relatora Desembargador BEATRIZ BRAGA; Data do julgamento: 27/03/2014).

Porém, cumpre observar que a imunidade consagrada no artigo 150, VI, da Carta Magna, restringe-se ao imposto, de modo que a cobrança da Taxa de Lixo em face da COHAB não está abrangida pela imunidade tributária, e, portanto, deve ser mantida.

Acesso ao Sumário

Por fim, importante asseverar que, conquanto o art. 173, § 2º, da Constituição Federal preveja que as sociedades de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado, atendidos os requisitos constitucionais e legais, é possível reconhecer- se a imunidade recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista, como já decidiu o STF ao julgar o RE nº 407.099.

Portanto, merece ser acolhida a pretensão recursal relação ao IPTU, condenando a exequente ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido (CPC, art. 85, § 3º, I), porquanto já pacificada nos Tribunais Superiores a possibilidade de arbitramento contra a Fazenda Pública, se acolhida a exceção de prévia de executividade (REsp 978538/PE – Min. Castro Meira – Data do Julgamento 02/10/2007 e AgRg no REsp 1.143.559/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/12/2010).

Daí porque, **dá-se parcial provimento ao recurso**, para afastar a exigibilidade do IPTU em relação à agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2089146-57.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MATEL PRODUÇÕES LTDA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Marcos Engel Vieira Barbosa", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 27 de junho de 2019.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA – Autos de infração lavrados devido ao recolhimento a menor de ISS, haja vista o enquadramento equivocado da atividade desenvolvida pela agravante – Insurgência da empresa autora

contra a concessão da tutela provisória de urgência requerida, consistente na suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido, condicionada à prestação de caução – Cabimento – Requisitos legais do art. 300 do CPC/2015 efetivamente presentes – Suspensão da exigibilidade que deve ocorrer nos termos do art. 151, V, CTN – Alteração da r. decisão de primeiro grau que se impõe – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

MATEL PRODUÇÕES LTDA., nos autos de ação anulatória (proc. n. 1014823-36.2019.8.26.0053, da E. 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital), que move em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, objetivando, em síntese, a anulação dos 2 (dois) autos de infração arrolados em exordial, interpõe recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão de primeiro grau que condicionou a concessão da tutela provisória de urgência requerida (suspensão da exigibilidade do crédito tributário) à prestação de caução pela agravante. Assevera esta, em síntese, que se encontram presentes os requisitos autorizadores da tutela pretendida sem qualquer condicionamento, nos termos do art. 151, V, CTN, haja vista que a Municipalidade lavrou os autos de infração partindo-se de uma premissa equivocada acerca da atividade desenvolvida pela agravante, bem como que o recolhimento de ISS sempre foi feito nos termos do subitem 17.09 da lista de serviços, aprovada pelo art. 1º da Lei Municipal nº 13.701/03, tendo havido, inclusive, ratificação pelo fisco municipal dos recolhimentos efetuados em momentos anteriores. Requer, assim, que seja conhecido e provido o presente recurso, com a reforma parcial da r. decisão proferida, a fim de que seja concedida a tutela provisória de urgência sem a necessidade de caução. Junta a documentação de fls. 18/548.

Concedeu-se o efeito suspensivo ativo pleiteado (fl. 550).

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 562/583).

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

Malgrado o notório saber jurídico do douto magistrado de primeiro grau, entende-se, com a devida vênia, que o recurso interposto *reúne condições de prosperar*.

Senão, vejamos.

Descabe, no presente momento processual, entrar-se nas longas considerações aduzidas pela empresa agravante, aliás *do mais puro mérito*,

Acesso ao Sumário

pouco se disfarçando a intenção da mesma de obter desta Corte, desde já, um pronunciamento quanto à questão de fundo.

Limita-se este Relator, portanto, a examinar a *correção – ou não – do deferimento do pedido liminar condicionado à prestação de caução* formulado nos autos do processo principal.

E o que se verifica é que, na verdade, S. Exa. não agiu com acerto.

O digno magistrado deferiu condicionalmente a tutela provisória de urgência após proceder à análise dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido formulado pela empresa autora, ora agravante; ou seja, condicionou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário à prestação de caução, reconhecendo a existência apenas de um dos requisitos do art. 300 do CPC; qual seja, o *periculum in mora.*

Pois bem.

Inicialmente, consigne-se que não há impedimento à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O Código Tributário Nacional expressamente consigna a possibilidade de se conceder tal tutela antecipada, no art. 151, inciso V, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 104/2001.

Desta maneira, o que se verifica é que *há fundamento legal* para pleitear-se o provimento jurisdicional visado pela agravante, e que, aqui, foi desatendido pelo magistrado de primeiro grau.

Por outro lado, imprescindível é observar-se que os requisitos legais para a concessão da tutela provisória *efetivamente estão presentes.*

O art. 300 do Código de Processo Civil aduz ser cabível a referida tutela quando: "houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

In casu, não se há de negar a existência do *periculum in mora*, na esteira do que foi reconhecido pelo digno juízo *a quo*, haja vista que a agravante poderá sofrer prejuízos, caso a cobrança impugnada não seja suspensa, sobretudo diante da possibilidade de penhora de bens para garantia do valor cobrado, situação esta que certamente poderá comprometer o regular funcionamento da empresa recorrente, bem como diante da possibilidade de inserção de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, fato este que, além de abalar a idoneidade da agravante, colocaria em risco a disponibilidade a seu favor de créditos no mercado.

Acesso ao Sumário

No mais, o cerne da discussão posta *sub judice*; qual seja, o correto enquadramento das atividades desenvolvidas pela agravante na lista de serviços aprovada pela Lei Municipal nº 13.701/03, nos parece amparar a empresa agravante, haja vista ter a mesma classificado e recolhido o ISS pelos serviços por ela prestados no item 17 ("*serviços de apoio técnico, administrativo,*

jurídico, contábil, comercial e congêneres"), subitem 17.09 ("*planejamento, organização e administração de feiras, exposições, congressos e congêneres*") da lista mencionada e não no item 12 ("*serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres*"), subitem 12.08 ("*feiras, exposições, congressos e congêneres*"), conforme entende correto a Municipalidade agravada.

Isto, pois afere-se, de uma análise perfunctória realizada no presente momento, que o objeto social da agravante, conforme consta de seu contrato social (fls. 134/142) caracteriza-se pela "*organização de feiras; criação e montagem de stands para feiras e exposições; aluguel de espaços para publicidade; aluguel de bens móveis; cessão do direito de uso de espaços para instalação de stands; cessão de direito de uso de espaço para exibição de automóveis; cessão e licenciamento de propriedade industrial e intelectual e transferência de tecnologia*", atividades estas que, a nosso ver, enquadram-se melhor no serviço descrito no subitem 17.09.

Tal conclusão, acresça-se, não foi extraída apenas da análise em abstrato das atividades exercidas pela recorrente, mas, segundo se denota dos documentos amealhados aos autos, a atividade fim da agravante consiste em organizar e planejar uma infraestrutura apta sobretudo à exposição de veículos ("Feirão Autoshow"), realizando para tanto, uma série de atos de organização, dentre os quais a contratação de terceiros e providências tomadas junto aos órgãos públicos.

Ao que nos parece, até o presente momento, é que o expositor, ao participar do evento, estaria buscando toda uma infraestrutura de assessoria, segurança e limpeza que, consequentemente, viabiliza a realização da própria feira.

No mais, verifica-se que a classificação questionada pelo fisco (subitem 17.09 da lista de serviços) vem sendo adotada pela agravante há anos e já foi, inclusive, ratificada pelas próprias autoridades fiscais em oportunidades anteriores.

Logo, diante deste cenário, constata-se a existência da *verossimilhança do direito pleiteado*, para o fim de concessão da objetivada antecipação de tutela.

Tal matéria, à evidência, ainda deverá ser objeto de análise mais pormenorizada, ao ser examinado o mérito da matéria, na oportunidade processual apropriada; contudo, diante do cenário delineado, forçoso é concluir que S. Exa. não agiu bem ao condicionar a concessão da tutela provisória requerida ao oferecimento de caução, impondo-se, por consequência, o *provimento do presente recurso*, para o fim de conceder- se a tutela pleiteada sem qualquer condicionamento, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário em debate, até a decisão final a ser proferida neste feito, abstendo-se, portanto, a municipalidade de: a) ajuizar execução fiscal para respectiva cobrança; b) protestar possíveis CDAs; c) bem como inscrever o nome da agravante no

Acesso ao Sumário

CADIN, SERASA ou outros órgão de proteção ao crédito.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104732-37.2019.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante MUNICÍPIO DE ITU, é agravado FRANCISCO JOSE BRUNI (JUSTIÇA GRATUITA).

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Obrigação de fazer – Fornecimento de medicamento a portador de arritmia cardíaca crônica, acometido por AVC isquêmico – Ilegitimidade passiva do Município não configurada – Obrigação solidária dos entes políticos, o que implica na possibilidade de escolha conferida ao Autor – Preliminar afastada – XARELTO – Tutela de urgência deferida – Manutenção – O acolhimento da pretensão do interessado, em sede de tutela provisória ou de tutela definitiva, está condicionado ao preenchimento dos requisitos definidos pelo STJ, no REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106) – Comprovação pelo agravado – Prevalência do valor da vida/saúde – Manutenção do prazo estabelecido para o cumprimento da tutela provisória e da multa diária em face do ente público – Contudo o valor da multa deve ser reduzido e limitado – R. decisão reformada nesse tocante.

Acesso ao Sumário

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 101/102, que deferiu a tutela antecipada, determinando o fornecimento do medicamento XARELTO, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Sustenta que a decisão esgotou o objeto da ação, em violação à Lei 8.437/92. Aduz sua ilegitimidade passiva. Afirma que há ofensa aos bens jurídicos e à ordem e economia pública. Pugna pela denunciação da lide à FESP. Requer a exclusão da multa diária (fls. 01/29).

Indeferido o efeito suspensivo, foram prestadas informações do MM. Juiz de Primeiro Grau (fls. 148/149), dispensada a apresentação de contraminuta fls. 168/169.

É o Relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por portador de arritmia cardíaca crônica, acometido por AVC isquêmico, que busca o recebimento do medicamento XARELTO, em que concedida a tutela de urgência para o seu fornecimento, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Não há que se tentar atribuir a responsabilidade a outros entes federativos, já que entre estes existe obrigação solidária, cabendo à parte escolher frente a qual deles irá propor a ação, sendo descabido o pedido da Municipalidade para se eximir da obrigação.

Este o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Há, entre as entidades de direito público interno (União, Estados e Municípios), solidariedade a inviabilizar qualquer escusa da parte do acionado, como segura a jurisprudência a respeito ("Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda") (STJ – 1ª T. – REsp. 507.205-0 – Rel. José Delgado – j. de 07.10.2003).

Aliás, a questão já está sumulada neste C. Tribunal de Justiça Paulista: *"Súmula 37: A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno".*

No caso em tela, não se questiona que a pretensão do agravante está respaldada na própria Carta Magna, que proclama o atendimento à saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196), cujo atendimento deve ser integral (art. 198, inciso II), compreendendo, por força dessa norma, o fornecimento de insumos, medicamentos e tratamentos, inclusive pelo que dispõe a Lei nº 8.080/90, ao regulamentar o Sistema Único de Saúde.

Acesso ao Sumário

E, para a concessão da tutela de urgência exige-se a presença dos requisitos do art. 300, do CPC, vale dizer, "*a probabilidade do direito*" e o "*perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

Nesse contexto, deve-se observar o decidido pelo STJ, pelo rito dos recursos repetitivos, no REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), que definiu critérios cumulativos para o fornecimento de medicamentos não fornecidos pelo SUS, a saber:

"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018."

Dessa forma, partindo-se da decisão do STJ, e considerando-se que a demanda principal foi proposta em 2019, de rigor o preenchimento dos requisitos acima, não só como forma de caracterização da tutela de urgência prevista no art. 300, do CPC, mas também como condição indispensável para a concessão da tutela definitiva.

E, diante dos elementos de prova trazidos pelo agravado, verifica-se que os requisitos cumulativos previstos no Tema 106/STJ estão presentes.

A parte agravada apresentou relatório médico (fls. 18 dos autos principais) que, na verdade, se adequa à exigência do laudo médico fundamentado e circunstanciado, porquanto nele indica a necessidade do fornecimento do medicamento, sendo que já tentou outros, além da contraindicação do varfarina, que é o único anticoagulante disponível em rede pública, e anteriormente concedido em decisão judicial.

Acesso ao Sumário

Cumpre salientar ser duvidosa a litispendência vez que o medicamento fornecido no processo nº 1006090.37.2014.8.26.0286 não está surtindo o efeito desejado, autorizando a propositura de nova demanda, aliás como decidido em Primeiro Grau.

No mais, a condição de incapacidade financeira de arcar o medicamento é

plausível, considerando-se o valor de aposentadoria auferido pelo agravante (fls. 21/22), que não é elevado frente ao valor que seria necessário para aquisição mensal do fármaco e demais despesas pessoais do agravado e de seu lar.

Além disso, há comprovação de que o medicamento possui registro na ANVISA, conforme certidão de fls. 68.

Portanto, conclui-se que o agravado preenche os requisitos cumulativos previstos no Tema nº 106/STJ.

E, não se cogita da impossibilidade de concessão de tutela de urgência em face do ente público.

É esse o entendimento da melhor doutrina, que afirma que "*Atualmente, parece não haver mais dúvida de que cabível a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. Com efeito, 'muito se discutiu sobre a submissão da decisão concessiva da tutela antecipada ao reexame necessário, quando contrária à Fazenda Pública, eis que satisfativa e antecipatória do mérito. A melhor solução é a que aponta para a não sujeição de tal decisão ao duplo grau obrigatório, porquanto não se trata de sentença. Haverá, isto sim, proibição de concessão, de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Nesse caso, não se admite a antecipação de tutela, em razão de vedação legal que toma como premissa regras financeiras e orçamentárias. Em se tratando, no entanto, de caso em que seja permitida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não há razão legal para submeter a correspondente decisão ao reexame necessário'. Ora, se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos na Lei nº 9.494/1997, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública*" (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA – *A Fazenda Pública em Juízo*, Editora Dialética, 2010, p. 252).

De fato, o direito buscado pelo autor/agravado é questão especialíssima, com vista a garantir o seu direito à saúde, o que justifica a concessão de decisão antecipatória, ainda que esgote o mérito da demanda. Em outros termos, a leis suscitadas pelo agravante (8.437/92, 9.494/97 e 12.016/09) não vedam todo e qualquer caso *sub judice*.

Nesse sentido:

> *"A vedação da Lei n° 8.437/92, sobre excluir a medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação, nos feitos contra o Poder Público, bem como as restrições do art. 1º da Lei n. 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não podem ter o alcance de vedar toda e qualquer medida antecipatória, em qualquer circunstância, senão que o juiz, em princípio, não deve concedê-la, mas poderá fazê-lo, sob pena de frustração do próprio direito, em casos especialíssimos" (RSTJ 136/484; do voto do Min. Gilson Dipp, à p.*

Acesso ao Sumário

486).” (THEOTÔNIO NEGRÃO - Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor - 43ª ed. atual. e reform. - São Paulo: Saraiva, 2011 - nota 4 do art. 1º - pág. 2050).

“Conquanto o Colendo STF, quando do julgamento em plenário da ADC n. 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado” (STJ, 5ª T., REsp 409.172, Min. Felix Fischer, j. 4.4.02, DJU 29.4.02)” (ob. cit. - pág. 2051).

E não pode o Poder Público criar obstáculos, sob o argumento de que deve atender sem favorecimento o maior número de pessoas, observados os recursos orçamentários, deixando assim de cumprir o direito fundamental à saúde.

Como bem decidido neste Tribunal:

“Ora, se a saúde constitui, de um lado, direito público subjetivo do cidadão e, de outro, dever do Estado, é inadmissível que o Poder Público crie obstáculos ao fornecimento dos medicamentos de que necessita a impetrante, sob a alegação de que tal prática implicaria no atendimento de interesse individual em detrimento do interesse coletivo.

É desnecessário haver previsão orçamentária para a aquisição do medicamento imprescindível à saúde da impetrante, visto que a aquisição respectiva se enquadra nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na forma do disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei n° 8.666/93, não havendo, portanto, tal sorte de óbice para o fornecimento do remédio.

O Poder Público pode dispor de recursos financeiros para gerenciar tais situações de crise, havendo, sim, meios viáveis para se adquirir a medicação ora pleiteada, em prol da saúde, interesse público que deve ser cuidado pelos administradores” (AC nº 9257347-73.2008.8.26.0000, Relator Prado Pereira, 12ª Câmara de Direito Público, j. 18.02.2009).

Assim sendo, deve o Estado, como um todo, fornecer os tratamentos necessários incontinenti, não subsistindo justificativas em sentido contrário.

Nessa linha de entendimento:

“Ação de obrigação de fazer tratamento e/ou internação compulsória de dependente químico com medida liminar de busca e apreensão. Obrigação do Poder Público, inclusive municipal. Legitimidade ativa e interesse de agir do Ministério Público. Pedido de antecipação de tutela. Possibilidade. Precedentes. Possibilidade de internação em qualquer estabelecimento adequado, pelo tempo necessário, a critério médico.

Agravo de instrumento não provido." (AI nº 2074517-54.2014.8.26.0000, Relator Antonio Celso Aguilar Cortez, 10ª Câmara de Direito Público, J. 16/06/2014).

Por fim, a imposição de multa em face do ente público, para a hipótese de descumprimento da obrigação pode ser fixada, como de fato o foi, para garantir a efetividade da antecipação de tutela.

Observe-se que a penalidade deve ser arbitrada em montante suficiente para compelir a Administração ao cumprimento da obrigação, sendo possível a modificação do valor e periodicidade até mesmo de ofício (art. 537, parágrafo 1º, do CPC).

No caso, inobstante o valor da multa deva ser mesmo elevada, impõe-se alguma modificação do que foi arbitrado em Primeiro Grau, de modo que passa a ser diária, no valor de R$ 500,00, limitada ao montante total de R$ 10.000,00.

Nesse contexto, o prazo estipulado de 30 dias não pode ser majorado, não havendo escusas legítimas em sentido contrário, ressaltando-se que o medicamento é imprescindível à saúde do paciente.

Aliás, por esse mesmo motivo que a multa não deve ser excluída, podendo ser majorada oportunamente, caso a Administração Pública obstaculize a pretensão do agravado.

Por isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para reduzir a multa diária, que será de R$ 500,00, limitada ao montante de R$ 10.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2131290-46.2019.8.26.0000, da Comarca de Capivari, em que é agravante SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE CAPIVARI - SAE, é agravada FABIANA DE FATIMA RODRIGUES DOS SANTOS.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.133)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), CARLOS VIOLANTE e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 2 de julho de 2019.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Execução fiscal. Indeferimento da penhora de veículo pela ferramenta eletrônica (Renajud). Cabimento, conforme previsão do artigo 3º, § 9º, do Decreto-lei nº 911/69, com redação dada pela Lei nº 13.043 de 2014, bem como pelas novas disposições do CPC. Medida, outrossim, dependente de intervenção judicial. Irresignação que comporta acolhimento. Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Capivari - SAAE** contra a decisão que, nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **Fabiana de Fátima Rodrigues dos Santos**, indeferiu o pedido de restrição de veículo pelo sistema *Renajud*, por entender que tal providência caberia apenas ao oficial de justiça.

Sustenta a Municipalidade-agravante, em síntese, que a medida constritiva via sistema eletrônico encontra-se prevista no novo Código de Processo Civil; cita jurisprudência (fls. 01/05).

Não há pedido de tutela recursal.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A execução fiscal foi ajuizada em dezembro de 2012 visando à satisfação de crédito (serviço de água e esgoto) no valor de R$ 4.257,60 (fls. 6/7).

Realizada a citação da executada e diante da falta de pagamento ou nomeação de bens à penhora, foram indicados dois veículos em nome da usuária, conforme certidão Prodesp de fls. 9, a fim de que fossem penhorados pelo sistema informatizado *Renajud.*

No entanto, o juízo indeferiu o pedido por entender que a penhora de veículo deveria ser feita exclusivamente por oficial de justiça.

Conforme acertadamente apontado pela exequente-agravante, nos termos das novas disposições do Código de Processo Civil de 2015, em especial do art. 845, § 1° era cabível a restrição judicial dos veículos da agravada-executada pela ferramenta eletrônica do *Renajud.*

A respeito, a decisão do juízo: "*Nos termos do art. 845, § 1º, do CPC[1], é possível efetuar a penhora de veículo por simples termo nos autos, por meio do sistema eletrônico Renajud, com base na certidão do órgão de trânsito local de*

Acesso ao Sumário

1 Art. 845. Efetuar-se-á a penhora onde se encontrem os bens, ainda que sob a posse, a detenção ou a guarda de terceiros.
§ 1º A penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, e a penhora de veículos automotores, quando apresentada certidão que ateste a sua existência, serão realizadas por termo nos autos.

fl. 47 (doc. anexo), suficiente para atestar a existência do veículo.

A avaliação dos bens, por sua vez, dispensa diligência por oficial de justiça, pois pode ser efetivada com base no valor de mercado, conforme se depreende do disposto no art. 871, inc. IV, do CPC.[2]"

No mais, o artigo 3º, § 9º, do Decreto-lei 911/69, com redação dada pela Lei nº 13.043/2014 já dispunha sobre a utilização do sistema *Renajud*: "*Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão*.".

Por fim, a atitude do juízo – necessidade de diligência por oficial de justiça – vai contra ao princípio norte da execução civil que, nos termos do artigo 797 do CPC traça que os feitos executivos são processados no interesse dos credores, onde o juiz deve efetivamente dispor de seu poder geral de cautela.

Deste modo, a decisão agravada deve ser reformada, a fim de possibilitar-se a restrição judicial dos veículos da executada pelo sistema *Renajud.*

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução. Decisão que determinou a penhora dos veículos constritos por meio de oficial de justiça. Insurgência. Admissibilidade. Desnecessidade de diligência de oficial de justiça para a penhora e avaliação de veículos automotores, bastando seja lavrado termo nos próprios autos e intimado o proprietário/executado. Art. 845 do NCPC. Veículos de foro diverso do da ação. Possibilidade de penhora pelo sistema RENAJUD. Avaliação dos bens deve proceder-se nos termos do art. 871, IV, do NCPC. Decisão reformada. Recurso provido".[3]

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso para reformar-se a decisão agravada e deferir-se a restrição judicial dos veículos da executada pelo sistema *Renajud.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212118-68.2015.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante UNIALIMENTAR COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA., é

2 "Art. 871. Não procederá à avaliação quando:
IV - se tratar de veículos automotores ou de outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação de mercado."

3 TJSP; Agravo de Instrumento 2217111-23.2016.8.26.0000; Relator (a): Hélio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Paulo - 4ª Vara; Data do Julgamento: 21/02/2017.

agravado FAZENDA 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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.189)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 5 de julho de 2019.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – Substituição de ativo da empresa por Agravo de Instrumento – Execução Fiscal - Nomeação de precatório à penhora – Admissibilidade – Efeito liberatório reconhecido – Inteligência do art. 100, § 9º, da CF, com redação ditada pela emenda nº 62/09 e art. 78, § 2º, do ADCT, ainda que suspenso pelo STF (ADIs 2.356 e 2.362) – Repercussão geral reconhecida (RE 566.349-3).

Acórdão exarado pelo STJ que cassou a decisão supra, determinando a aplicação de sua jurisprudência sobre o tema, após dar provimento ao recurso especial interposto – Análise de questões distintivas – Decisão mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela empresa Unialimentar Comércio e Serviços de Alimentos Ltda. em face de decisão copiada digitalmente às fls. 34, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Gustavo Pisarewski Moisés, que, nos autos de execução fiscal, indeferiu a nomeação à penhora de créditos de precatórios originários de cessão, determinando, por conseguinte, o prosseguimento do feito executivo, em seus devidos termos.

Inconformada, pugna a empresa Agravante pelo provimento do recurso em questão, com vistas à reforma da r. decisão agravada, sob o argumento de que a ordem prevista no art. 11 da LEF não é absoluta. Afirma que o art. 8º, 9º, inc III, da Lei nº 6.830/1980 confere ao devedor o direito de nomear bens à penhora para garantia do processo executivo fiscal. Cita jurisprudência.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo/ativo pleiteado (fls. 220/221).

Acesso ao Sumário

Contraminuta às fls. 232/239.

Por decisão unânime, foi dado provimento ao recurso de apelação interposto pelo Agravante (fls. 243/251).

O Estado de São Paulo interpôs recurso especial (fls. 253/264), contrarrazoado a fls. 266/280.

Considerando o julgamento do mérito do REsp 1.337.790/PR, que concluiu que, em princípio, nos termos do art. 9°, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal, sendo dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, em cumprimento ao disposto no inc. II do art. 1.030 do Código de Processo Civil, o feito foi devolvido para esta Douta Câmara, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão (fls. 281).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 285/288).

Diante disso, o recurso especial interposto foi ratificado (fls. 290), o recurso foi admitido (fls. 292/293) e foi conhecido e provido pelo STJ (fls. 296/309), nos seguintes termos: "(...) conheço do recurso especial da Fazenda Nacional e, aplicando o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/15 c/c 255, § 5º do RISTJ), hei por bem, de ofício, cassar o acórdão recorrido por *error in procedendo*, determinando, em consequência, o retorno dos autos à Corte de origem para que, no juízo de retratação a que alude o art. 1.030, II, do CPC/2015, decida em conformidade com a diretriz firmada no repetitivo consubstanciado no REsp 1.337.790/PR (Tema 578)".

É o relatório.

Remete-se, de início, ao bojo e fundamentos dos Acórdãos de fls. 243/251 e 285/288, a fim de reiterar o posicionamento ali expresso por este Relator.

Pois bem. Ocorre que, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.690.369/SP, o d. Ministro Sérgio Kukina determinou:

> *"(...) hei por bem, de ofício, cassar o acórdão recorrido por error in procedendo, determinando, em consequência, o retorno dos autos à Corte de origem para que, no juízo de retratação a que alude o art. 1.030, II, do CPC/2015, decida em conformidade com a diretriz firmada no repetitivo consubstanciado no REsp 1.337.790/PR (Tema 578)"*

Neste contexto, o recurso do Agravante não merece provimento.

Esvaziada está a função intelectiva deste Douto Colegiado, pois a fundamentação consta no REsp (fls. 296/309) e nos precedentes do STJ (Tema nº 578), entendendo a Corte Superior que "inexiste qualquer peculiaridade ou distinção a excepcionar a aplicação do posicionamento de há muito consolidado nesta Corte Superior".

Em face do exposto, **nega-se provimento ao recurso da Agravante.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064291-14.2019.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - 4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE COTIA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Georghio Alessandro Tomelin e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 17 de julho de 2019.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE COTIA. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. ASSISTÊNCIA. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE.

Ação principal ajuizada pelo Ministério Público também em face de advogados, visando apurar irregularidades existentes na contratação de shows com inexigibilidade de licitação, sendo alguns através de empresas intermediárias. Corréus advogados que respondem a ação por terem, conforme alegado pelo Ministério Público, praticado condutas ímprobas enquanto servidores públicos municipais.

Pleito da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil de ingressar no feito como assistente. Inadmissibilidade. Artigos 49 e 54, inciso II da Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) que devem ser interpretados conjuntamente com o art. 119 do CPC/2015. Inexistência, no caso em tela, de interesse jurídico ou de violação às prerrogativas da categoria que pudesse ensejar o deferimento da intervenção da OAB como assistente. Precedentes do E. STJ e desta C. Corte.

Acesso ao Sumário

R. decisão agravada mantida.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Seção São Paulo**, contra r. decisão proferida em "Ação de Responsabilidade por ato de improbidade administrativa" (nº 1006538-82.2018.8.26.0152) ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de ANTONIO CARLOS DE CAMARGO, SERGIO HENRIQUE CLEMENTINO FOLHA, MARCIO CESAR DE CAMARGO, GILCIMAR CAVALCANTE, EVERALDO COSTA DA SILVA, WAGNER BOTELHO CORRALES, FRANCISCO ROQUE FESTA, SÂMOR PROMOÇÕES ARTÍSITCAS S/S LTDA, RIO NEGRO & SOLIMÕES LTDA, SILVIA MOREIRA SANTOS PRODUÇÕES ME e MUNICÍPIO DE COTIA**, que rejeitou seu pedido de intervenção nos autos, na qualidade de assistente dos advogados e corréus Francisco Roque Festa, Everaldo Costa da Silva e Wagner Botelho Corrales.

A r. decisão agravada (fls. 77 deste agravo e fls. 1.955 dos autos principais) integrada pela r. decisão de fls. 83 (deste agravo fls. 1.970 dos autos principais) proferida em sede de embargos de declaração pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia, possuem os seguintes teores:

"Vistos.

Fls. 1933/1937 e 1951/1954:

Legitimidade para atuação da Ordem dos Advogados do Brasil nestes presentes autos dar-se-ia na hipótese de debate em torno da defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social e da boa aplicação das leis. Não há interesse da OAB em intervir neste feito em defesa de interesse de particular, ainda que envolva advogados como parte.

Neste feito apura-se eventual conduta ilícita praticada pelos réus, dentre os quais há advogados, a envolver a licitação para contratação de shows diversos ao longo do ano de 2012.

Tratou-se de atuação individualizada e particular dos requeridos. Nada tem a classe dos advogados que ver com os fatos em debate.

Dito isso, rejeito o pedido de intervenção formulado pela OAB.

No mais, certifique-se nos termos de fl. 1954, tal como requerido pelo MP.

Int".

"Vistos.

Embargos de declaração. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, quando nela houver pontos obscuros ou contraditórios, erro material ou omissão (artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil).

A parte embargante, deveras, busca pela tortuosa via dos embargos a alteração da decisão embargada fora das hipóteses legais.

Por isso, sem razão.

Em boa verdade, para obter a esperada alteração da decisão, deverá a embargante valer-se de via recursal adequada.

Ante o exposto e diante limites ora apresentados, conheço dos embargos por tempestivos; entretanto, por ausentes erros, pontos omissos, obscuros ou em contradição, NEGO acolhimento aos embargos.

Aguarde-se devolução das cartas precatórias e após, abra-se vista ao Ministério Público.

Int".

Aduz a OAB, ora agravante, em síntese, que: a) a lei federal nº 8.904/1994 (Estatuto da Advocacia) atribui competência à Ordem dos Advogados do Brasil representar, em juízo ou fora dele, interesses coletivos ou individuais dos advogados, razão pela qual, não há de se cogitar ausência de interesse ou mesmo de legitimidade em processos que analisam a atuação profissional dos advogados, como no presente caso; b) possui legitimidade para intervir em casos que envolvam as prerrogativas profissionais (art. 49 do referido Estatuto); c) as ilegalidades imputadas na sobredita demanda judicial transcendem os interesses pessoais dos advogados nela insertados, pois, não dizem respeito às suas condutas enquanto cidadãos, mas sim enquanto profissionais, afinal, perquire-se a aplicação de sanções em face dos advogados única e exclusivamente em razão da emissão de pareceres jurídicos (atividade advocatícia) nos autos de contratações travadas pelo Poder Público; d) a situação dos advogados em questão estarem ocupando cargos públicos à época dos fatos apurados nas demandas judiciais retro referenciadas, todos atrelados à então Consultoria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Cotia (SP), não lhes retira a condição de advogados, nos termos do art. 3º, § 1º da Lei Ordinária Federal n.º 8.906/94; e) o interesse da Ordem dos Advogados do Brasil é inconteste em razão de a r. decisão atacada ter desrespeitado o quanto decidido pelo Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1127-8, julgada em 17 de maio de 2006, com acórdão relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski; f) a r. decisão agravada, ademais de negar vigência a vários dispositivos do EOAB também frustra a vigência do art. 121 do CPC, em franca inversão tumultuária do feito, ao abrir vigência ao Ministério Público e não aos assistidos para que se manifestassem se aceitem ou não a entrada da OAB nos autos, razão pela qual ficam prequestionados todos os dispositivos

Acesso ao Sumário

acima referidos. Requer: a) o recebimento do presente agravo de instrumento e o seu regular processamento, com a oitiva da Procuradoria de Justiça em Segundo Grau, na condição de "custos legis"; b) seja julgado em definitivo o presente agravo anulando-se a r. decisão objurgada e consolidando-se a admissão da OAB/SP nos autos na qualidade de assistente dos advogados requeridos, seja em razão do interesse individual dos mesmos, seja diante do flagrante impacto do que aqui vier a se decidir nas atribuições de todos os advogados pareceristas perante a administração pública brasileira.

Agravo de instrumento processado sem análise sobre a concessão ou não de efeito, pois não houve pedido neste sentido (fls. 88/91 deste agravo).

A agravante manifestou sua oposição ao julgamento virtual (fls. 93/94 deste agravo).

Contraminuta do Ministério Público às fls. 98/102 (deste agravo).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo desprovimento do presente recurso (fls. 1106/110 deste agravo).

É o breve relatório.

Pelo que se depreende dos autos principais, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou "Ação de Responsabilidade por ato de improbidade administrativa" (proc. nº 1006538-82.2018.8.26.0152) em face ANTÔNIO CARLOS DE CAMARGO (ex-prefeito do Município de Cotia), SÉRGIO HENRIQUE CLEMENTINO FOLHA (ex-Secretário Municipal de Cultura e Turismo de Cotia), MÁRCIO CÉSAR DE CAMARGO (ex-Secretário Geral de Gabinete do Município de Cotia), GILCIMAR CAVALCANTE (ex-Secretário Municipal de Cultura e Turismo de Cotia), **dos advogados EVERALDO COSTA DA SILVA, WAGNER BOTELHO CORRALES, FRANCISCO ROQUE FESTA,** das empresas SÂMOR - PROMOÇÕES ARTÍSTICAS S/S LTDA., RIONEGRO & SOLIMÕES LTDA. e SÍLVIA MOREIRA SANTOS PRODUÇÕES-ME, sustentando, em breve síntese, que estes causaram dano ao erário por haverem praticado ilicitudes em contratações de shows, com inclusão de materiais e serviços, para o Município de Cotia de forma superfaturada, por meio de inexigibilidade de licitação sem comprovação de consagração dos artistas pela crítica ou pelo público e utilizando-se, para tanto, de "empresas intermediárias".

Sustenta, ainda, o Ministério Público do Estado de São Paulo na ação supra indicada que o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo encontrou evidentes sinais de superfaturamento nas inexigibilidades de licitação realizadas, bem como que os shows foram utilizados para autopromoção do então prefeito e vice-prefeito municipal e do presidente da Câmara dos Vereadores, além de vários shows terem conotação religiosa em razão do Secretário Geral de Gabinete ter sido eleito deputado estadual pelo PSC Partido Socialista Cristão.

Acesso ao Sumário

Sustenta, brevemente por fim, que houve também irregularidade na contratação de serviços e materiais para realização dos shows, pois estes não se encontram no rol de hipóteses de inexigibilidade de licitação, previstas no art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/1993.

No que se refere à conduta dos corréus advogados, EVERALDO COSTA DA SILVA, WAGNER BOTELHO CORRALES, FRANCISCO ROQUE FESTA, ponto que interessa a este agravo de instrumento, o Ministério Público assim especificou na ação principal:

> *"Com efeito, os demandados devem responder pelas violações referidas às cominações previstas na Lei nº 8.429/1992, observada a individualização de suas respectivas condutas, que são as seguintes:*
>
> a) [...]
>
> b) [...]
>
> *c) EVERALDO COSTA DA SILVA, WAGNER BOTELHO CORRALES e FRANCISCO ROQUE FESTA, todos advogados, devem também responder pelo disposto no art. 12, inc. II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, na proporção de suas condutas.*
>
> *O advogado EVERALDO COSTA DA SILVA firmou pareceres nos procedimentos de Inexigibilidade de Licitação nºs 01/2012(fls. 159), 04/2012(fls. 270), 07/2012 (fls. 336), 19/2012 (fls. 1445),11/2012 (fls. 404), 12/2012 (fls. 482), 13/2012 (fls. 609), 17/2012(fls. 673), 18/2012 (fls. 735) e 19/2012 (fls. 800). O advogado WAGNER BOTELHO CORRALES subscreveu parecer jurídico no procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº 13/2012(fls. 537). Em nome da Consultoria de Assuntos Jurídicos do Município, firmaram pareceres pífios, todos iguais e genéricos, sem qualquer análise ao caso concreto e aos documentos, concordando com as contratações ilegais.*
>
> *Da mesma forma o fez o advogado FRANCISCO ROQUE FESTA, Consultor Jurídico do Município que, também de forma genérica, sempre igual e sem qualquer análise técnica, acolheu os pareceres jurídicos, concordando com todas as contratações (fls. 161, 272, 338, 406, 484, 539, 611, 675, 737, 802e 1447).*
>
> *Referidos pareceres também serviram de lastro para que ANTÔNIO CARLOS DE CAMARGO ratificasse a inexigibilidade procedimento licitatório, nos termos do artigo 25, inc. III, da Lei Federal nº 8.666/93, e autorizasse a elaboração dos contratos e permitisse os pagamentos.*
>
> [...]" – fls. 35/39 dos autos principais.

Acesso ao Sumário

Requer, assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo na referida Ação denominada de Responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a nulidade dos contratos firmados, a condenação dos réus ao ressarcimento integral do dano, com a devolução aos cofres públicos do valor de R$ 1.928.151,22, corrigido monetariamente, além da perda da função pública, suspensão dos

direitos políticos e pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Pois bem.

Passo à análise sobre a possibilidade ou não de ingresso da OAB como assistente dos advogados réus nos autos principais.

Em que pese todo o alegado pela OAB, entendo que a r. decisão que indeferiu o pedido de intervenção da referida entidade merece ser mantida, pelos motivos a seguir expostos.

Sustenta a OAB que deve ser deferido o seu pedido de intervenção **como assistente dos corréus advogados**, pois a Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) assim permite em seu art. 54, inciso II, c.c art. 49, "verbis";

"Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

[...]

II - representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados;

[...]".

"Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB".

Por sua vez, os artigos acima mencionados devem ser interpretados conjuntamente com o art. 119 do CPC/2015 que traz um conceito de assistência.

Observa-se que o art. 119 do CPC/2015 estabelece que poderá intervir no processo como assistente o **terceiro juridicamente interessado**, "verbis":

"Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre".

Neste aspecto, os ilustres doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam quando há interesse jurídico de terceiro:

"Há interesse jurídico quando o terceiro encontra-se sujeito á eficácia reflexa do provimento prolatado no processo pendente. Vale dizer: há interesse jurídico quando a decisão pode alcançar de maneira negativa a esfera jurídica do terceiro que entretém uma relação jurídica conexa àquela afirmada em juízo" (Novo Código de Processo Civil, 3ª ed.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 268).

No mesmo sentido ensina o ilustre doutrinador Humberto Theodoro Junior:

> *"A intervenção do terceiro, como assistente, pressupõe interesse. Mas seu interesse não consiste na tutela de seu direito subjetivo, porque não integra ele a lide a solucionar; mas na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida"* (Código de Processo Civil Anotado, 20ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 168).

Ainda quanto ao interesse jurídico, o E. STJ no julgamento do REsp nº 821.586/PR, de relatoria do Min. Luiz Fux, em 07.10.2008, ainda sob a égide do CPC de 1973 (mas cujos fundamentos ainda são aplicáveis também ao regramento do CPC/2015), assim explicou:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA. OAB/PR. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO POR "ADVOGADO EMPREGADO", OBJETIVANDO A PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS CONSIDERADOS DEVIDOS À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA EMPREGADORA. ARTIGO 4º, DA LEI 9.527/97. INTERESSE JURÍDICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 51, DO CPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.*
>
> ***1. O instituto da assistência é modalidade espontânea, ou voluntária, de intervenção de terceiro, que reclama, como pressuposto, interesse jurídico que se distingue do interesse institucional.***
>
> ***2. É que o assistente luta pela vitória do assistido ou porque a sua relação jurídica é vinculada àquele, ou a res in iudicium deducta também lhe pertence. De toda sorte, além desses fatores, o assistente intervém porque a decisão proferida na causa entre o assistido e a parte contrária interferirá na sua esfera jurídica.***
>
> ***3. É cediço em doutrina abalizada que: "Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. Por exemplo, há interesse jurídico do sublocatário em ação de despejo movida contra o locatário. O interesse meramente econômico ou moral não enseja a assistência, se não vier qualificado como interesse também jurídico." (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 232). Precedentes do STJ: AgRg na Pet 5.572/PB,***

Acesso ao Sumário

Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 05.11.2007; MS 10.597/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 27.06.2007, DJ 22.10.2007; e REsp 660.833/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.09.2006, DJ 16.10.2006.

4. In casu, a Ordem dos Advogados do Brasil, da Seção do Paraná, requereu sua intervenção, na qualidade de assistente do advogado DELVANI ALVES LEME, que interpôs agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que, nos autos de ação ordinária, entendeu que os honorários advocatícios arbitrados no feito pertencem à empresa autora (a Cia Paranaense de Energia - COPEL) e não aos advogados que patrocinaram a causa, tendo em vista o disposto no artigo 4º, da Lei 9.527/97, que afasta as disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei 8.906/94, relativamente à Administração Pública Direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

5. O interesse institucional, não obstante encerre também interesse jurídico para a propositura da ação coletiva, não enseja a intervenção ad adjuvandum em processo inter partes.

6. O artigo 51, do CPC, reclama exegese compatível com o artigo 50, do mesmo diploma, por isso que o primeiro dispositivo deve ser interpretado no sentido de que, não havendo impugnação, o pedido do assistente será deferido, desde que presente o interesse jurídico.

7. Recurso especial desprovido".

E, ainda:

"1. Constata-se o interesse jurídico que viabiliza o deferimento do pedido de assistência quando os resultados do processo puderem afetar a existência ou inexistência de direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente.

2. O deferimento do pedido de assistência prescinde da existência de efetiva relação jurídica entre o assistente e o assistido, sendo suficiente a possibilidade de que algum direito daquele seja atingido pela decisão judicial a ser proferida no curso do processo". (REsp 1143166/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 03/11/2011).

Desta feita, entendo que para ser o terceiro juridicamente interessado, que permita sua intervenção como assistente, deve a decisão judicial favorável ou desfavorável ao assistido lhe atingir reflexamente, o que não ocorre no caso em tela, como se verá a seguir.

In casu, a ação principal não versa sobre as prerrogativas do advogado, cuidando-se de ação por improbidade administrativa em razão da notícia de terem sido firmados contratos com "empresas intermediárias" e com fundamento

Acesso ao Sumário

em inexigibilidade de licitação para realização de shows no Município de Cotia.

Por sua vez, em análise preliminar, pode-se extrair dos autos principais que os processos administrativos para contratações dos artistas por inexigibilidade de licitação e através de empresas intermediárias receberam pareceres favoráveis da Consultoria de Assuntos Jurídicos do Município de Cotia, por meio dos advogados e, ao que tudo indica servidores municipais, EVERALDO COSTA DA SILVA, FRANCISCO ROQUE FESTA e WAGNER BOTELHO CORRALES.

Num primeiro momento, observa-se que em tais pareceres não houve qualquer pronunciamento sobre a possibilidade ou não de contratação de mencionados shows por meio de empresas intermediárias, o que, segundo afirma o Ministério Público, viola o art. 25, inciso III da Lei nº 8.666/1993 que condiciona a validade da contratação à contratação direta com o artista ou com seu empresário exclusivo, sendo este último aquele escolhido pelo artista para intermediar todas as suas contratações.

Neste ponto, consoante explicitado pelo TCE/SP no acórdão que entendeu pela irregularidade das inexigibilidades de licitações para contratação de shows pelo Município de Cotia, o fato da empresa intermediária deter a exclusividade do artista, estando esta adstrita a um determinado local e a um período de tempo, não se afiguraria suficiente a comprovar que se trata de "empresário exclusivo" como determinado na legislação (fls. 914 dos autos principais). Assim, em tese, não poderia o Município de Cotia contratar shows através de empresas intermediárias.

Além disso, os documentos até então lançados nos autos levam a crer que os pareceres elaborados pelos advogados foram genéricos e iguais para todas as contratações diretas realizadas (fls. 222/228, 282/284, 356/358, 427/429, 484/486, 544/546 e 603/605 deste agravo).

No mais, o que se verifica nos autos, em análise perfunctória, é que os advogados (corréus na ação civil pública) eram servidores da Consultoria Jurídica do Município de Cotia na época dos fatos e cabia a eles a análise, no âmbito legal da questão, sobre a possibilidade ou não de contratação dos shows com inexigibilidade de licitação e por meio de empresas intermediárias, não podendo ser acolhida a tese, em princípio, de que atuaram como mero advogados pareceristas.

Ademais, depreende-se, em princípio, que após o acolhimento dos pareceres pelo Consultor de Assunto Jurídico (FRANCISCO ROQUE FESTA) os processos de inexigibilidade de licitação seguiram ao departamento de compras do Município de Cotia.

Assim sendo, s.m.j, a conduta dos advogados (corréus da ação civil pública) será analisada como conduta praticada **por servidor público da**

Acesso ao Sumário

Municipalidade de Cotia a quem incumbia apresentar manifestação sobre a legalidade ou não da realização e contratação de shows, com dispensa de licitação e por meio de empresas intermediárias.

Ora, se assim não fosse, não haveria razão para a existência de concurso público para profissionais que atuam nas Consultorias Jurídicas nos âmbitos dos entes públicos, bem como os pareceres por eles emitidos seriam simplesmente "*pro forma*".

Contudo, este não é o entendimento que se extrai da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) que estabelece em seu art. 38 que:

> *"Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:*
>
> *I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;*
>
> *II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;*
>
> *III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;*
>
> *IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;*
>
> *V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;*
>
> *VI - **pareceres** técnicos ou **jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;***
>
> *VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;*
>
> *VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;*
>
> *IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;*
>
> *X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;*
>
> *XI - outros comprovantes de publicações;*
>
> *XII - demais documentos relativos à licitação".*

Portanto, a própria Lei nº 8.666/1993 consigna a importância do parecer jurídico nos casos de licitação, pois caso assim não fosse, esta não indicaria a necessidade de sua juntada nos autos do processo administrativo de licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Desta feita, não há que se falar em violação as prerrogativas dos advogados, que poderia ensejar interesse jurídico da OAB em atuar como assistente, seja nos termos dos arts. 48 e 54, inciso II da Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) seja nos termos do art. 119 do CPC/2015, pois como dito as condutas praticadas pelos corréus advogados serão analisadas por serem servidores públicos, aos quais incumbia a análise da legislação em vigor para as

Acesso ao Sumário

mencionadas contratações dos artistas e no âmbito de ação civil pública.

Além disso, a r. sentença que poderá ser favorável ou desfavorável aos corréus advogados em nada afeta a existência ou inexistência de direito ou obrigação da OAB, ou seja, nenhum direito da OAB será atingido pela decisão judicial que será proferida nos autos da Ação por Improbidade Administrativa.

Cabe aqui ressaltar que o corréu e advogado FRANCISCO ROQUE FESTA, contra r. decisão proferida por esta Relatora nos autos do agravo de instrumento nº 2163371-82.2018.8.26.0000, no qual se discutiu a possibilidade ou não de indisponibilidade dos bens dos réus da ação civil pública, interpôs Reclamação nº 32.146/SP perante o E. STF, sustentando, em síntese, desrespeito à autoridade do decidido por aquela C. Corte nos autos da ADI nº 1.127/DF.

Por sua vez, nota-se que o mesmo julgado (ADI nº 1.127/DF) é colacionado pela OAB, ora agravante, ao presente recurso a fim de fundamentar seu interesse na intervenção pretendida, pois a r. decisão agravada estaria desrespeitando o quanto decidido pelo E. STF naquela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade que, por seu turno, entendeu que "*a imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público*". (fls. 09/10 deste agravo)

Contudo, entendo que, por ora, esse fundamento não merece prosperar.

Isto porque, como já acima explicitado, a ação principal, no que se refere aos corréus advogados, não versa sobre as prerrogativas do advogado, mas sim sobre a existência ou não de conduta improba praticada por servidores públicos do Município de Cotia.

Além disso, extrai-se do andamento processual constante no "site" do E. STF que por r. decisão proferida em 09.11.2018 o Min. Celso de Mello indeferiu o pedido de medida liminar na Reclamação nº 32.146 interposta pelo agravado FRANCISCO ROQUE FESTA, sob o fundamento de que não estavam presentes concomitantemente os requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora", bem como de que as declarações emanadas de agentes públicos, no caso as informações prestadas por esta Relatora, gozam, quanto ao seu conteúdo, da presunção de veracidade.

Acesso ao Sumário

Extrai-se, ainda, do andamento processual da Reclamação nº 32.146 constante no "site" do E. STF que, em 30.05.2019, aqueles autos foram remetidos ao Procurador Geral da República, razão pela qual ainda não foi proferida r. decisão ou v. acórdão pelo E. STF sobre o mérito da questão.

No entanto, para o que interessa no momento, é o fato do Min. Relator da Reclamação nº 32.146 ter entendido que não havia "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" para conceder a liminar naquela oportunidade.

No mais, como bem observado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, argumentos os quais acolho também como razões de decidir:

"Não há interesse institucional da Ordem dos Advogados do Brasil que legitime o seu ingresso em ação na qual se discute a responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Ademais, por não se tratar de garantia e prerrogativas da classe, deve ser afastado o argumento de que a assistência perseguida encontra respaldo no artigo 49 do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), vez que a possibilidade de assistência e representação dos advogados prevista neste dispositivo é autorizada na hipótese de infrações especificamente àquele diploma legal.

Em verdade, as questões tratadas nos autos de origem restringem-se às condutas pessoais perpetradas pelos corréus Francisco Roque Festa, Wagner Botelho Corrales e Everaldo Costa da Silva, não possuindo o condão de afetar direito ou interesse da categoria de advogados considerada coletivamente" (fls. 107/108 deste agravo).

Também como bem observado pela D. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer de fls. 107/108 (deste agravo), o indeferimento do pedido de intervenção da OAB encontra respaldo na jurisprudência do E. STJ:

"AGRAVOS INTERNOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NÃO CONHECIMENTO.

I - AGRAVO INTERNO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PARTICIPAÇÃO COMO ASSISTENTE. DESCABIMENTO NA ESPÉCIE. HIPÓTESE RESTRITA AOS CASOS EM QUE O DIREITO DISCUTIDO DIGA RESPEITO À CLASSE. HIPÓTESE EM QUE DISCUTE-SE APENAS DIREITO INDIVIDUAL E DISPONÍVEL. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

II - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO ESPECIFICAMENTE. ARTIGO 1.021, § 1º, CPC/2015. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. ARTIGO 1.021, § 4º, CPC/2015, APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO". (AgInt no AREsp 897.635/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ASSISTÊNCIA. INTERVENÇÃO NEGADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. MÉRITO DO APELO PREJUDICADO.

*1. **Em Ação de Improbidade Administrativa cujo objeto é a contratação ilegal de serviços advocatícios, o Tribunal de origem manteve a condenação dos réus e indeferiu o ingresso da OAB como assistente por entender que, a) não versando a demanda sobre prerrogativas de causídicos, inexiste repercussão na esfera jurídica da entidade; e b) o alegado interesse em defender o direito à contratação de serviços advocatícios sem licitação não guarda pertinência com a hipótese dos autos, fundada na desnecessidade***

da contratação realizada.

2. Ao prover o Ag 1.254.513/SP e o Ag 1.246.159/SP, determinei a subida do Recurso Especial dos réus, para melhor análise.

3. ***A OAB, em suas razões, aponta ofensa ao art. 49 da Lei 8.906/1994 com base no argumento de haver interesse jurídico em intervir como assistente dos réus para demonstrar a licitude da inexigibilidade de licitação para contratação de seus inscritos, considerando que os orienta, de modo geral, a avençar desse modo.***

4. ***Se a demanda não trata das prerrogativas dos advogados, nem das "disposições ou fins" do Estatuto da Advocacia (art. 49, caput, da Lei 8.906/1994), descabe a intervenção da OAB em Ação de Improbidade Administrativa, como em qualquer outra.***

5. Ocorre que, ao rechaçar o pedido de assistência, o Tribunal a quo asseverou que não cuidam os autos de mera inexigibilidade do procedimento licitatório, e sim de contratação desnecessária, porque os serviços contratados poderiam ter sido prestados por servidores municipais.

6. Com efeito, o instituto da inexigibilidade da licitação diz respeito a situações em que cabe contratação, mas em que é inviável a competição ante a especialidade do serviço e a notória especialização do contratado. Tal não se confunde com a contratação prescindível e ilegal de quem quer que seja, o que vai além da inviabilidade afirmada pela agravante.

7. Nas razões do Recurso Especial, a OAB limitou-se a manifestar o interesse em defender que a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados é legal e ética. Não sustentou, contudo, interesse em assistir aos advogados contratados desnecessariamente pelo Poder Público, a par da distinção feita pelo Tribunal local.

8. A ausência de combate específico ao fundamento do acórdão recorrido obsta o conhecimento do apelo, conforme inteligência da Súmula 283/STF.

9. Os argumentos lançados no Memorial são inábeis a afastar a conclusão de que a tese lançada nas razões recursais firma-se em premissa diversa do acórdão recorrido, não combatido devidamente naquela oportunidade.

10. Levando-se em conta que a agravante não logrou ingressar no feito, fica prejudicada sua insurgência quanto à questão de fundo.

11. Agravo Regimental não provido". (AgRg no Ag 1253420/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 04/05/2011).

O entendimento manifestado pelo E. STJ nos precedentes citados pela D. Procuradoria Geral de Justiça permanece nos dias atuais, conforme ementa abaixo transcrita de julgado proferido em 25.04.2019:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ***AÇÃO DE IMPROBIDADE. INGRESSO DA OAB COMO ASSISTENTE SIMPLES.***

Acesso ao Sumário

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. ***De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Ordem dos Advogados do Brasil só poderá ingressar no feito como assistente simples nos casos em que demonstre interesse jurídico, sendo insuficiente o simples interesse econômico ou corporativo.***

3. ***No caso, eventual condenação no bojo da ação de improbidade administrativa não será capaz de interferir na esfera jurídica da OAB, de modo a autorizar o seu ingresso como assistente simples.***

4. Agravo interno a que se nega provimento". (AgInt no REsp 1682547/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, **julgado em 25/04/2019, DJe 20/05/2019**).

Além dos acima colacionados, cito, nesta oportunidade, outros julgados do E. STJ no mesmo sentido:

"ADMINISTRATIVO. ***ATO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SHOWS SEM LICITAÇÃO. OFERECIMENTO DE PARECER DESPROVIDO DE FUNDAMENTAÇÃO****. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO PELA 140ª SUBSEÇÃO DE PIRAJUÍ, SP, DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO QUE RECEBERA A AÇÃO EM FACE DO ADVOGADO.* ***AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DE CARÁTER INSTITUCIONAL A AUTORIZAR A INTERVENÇÃO PROCESSUAL****. FALTA DE LEGITIMIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DO VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADO N. 211 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*

I - Não há ofensa ao art. 535, do CPC, quando o aresto a quo decide plenamente a controvérsia e se apresenta devidamente motivado, sem omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas, não sendo necessário que o magistrado efetue o prequestionamento numérico dos dispositivos legais aplicáveis ao caso ou que este se manifeste sobre cada um dos argumentos apresentados pela parte.

II - O Ministério Público Federal, em manifestação do custus legis, opinou pelo desprovimento do recurso especial.

III - O enfrentamento das alegações atinentes à caracterização ou não de atos de improbidade administrativa, sob a perspectiva subjetiva - consubstanciada pela existência ou não de elemento anímico, não foi objeto de discussão nos autos, pois somente se decidiu que a parte recorrente não possui legitimidade para interposição do agravo de instrumento. Falta, portanto, o necessário prequestionamento da matéria, incidindo quanto a este ponto o enunciado n. 211 da Súmula do STJ,

Acesso ao Sumário

segundo o qual: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

IV - Verifica-se, assim, que as pretensões recursais, assim como o pedido do amicus curiae, esbarram no entendimento consolidado na jurisprudência desta Corte, incidindo, na espécie, a Súmula n. 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

V - As afrontas ao artigo 499 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 2º, § 3º, e artigo 49, parágrafo único, ambos da Lei n. 8.906/94 não comportam acolhimento.

*VI - **Neste órgão jurisdicional de superposição, está consolidado o entendimento quanto ao descabimento da intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB em demandas que não versam sobre as prerrogativas dos advogados ou, então, "disposições ou fins" da Lei n. 8.906/94. Precedentes: AgRg no Ag 1253420/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 04/05/2011; AgRg no REsp 1478095/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015.***

VII - Agravo interno improvido" (AgInt no REsp 1587658/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELA OAB. INTERESSE INDIVIDUAL DE APENAS UM DE SEUS ASSOCIADOS. INDEFERIMENTO. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A OAB/SP não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para negar seguimento ao recurso especial. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

*2. **A Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp nº 1.172.634/SP, de relatoria do Ministro MASSAMI UYEDA, firmou entendimento de que, nas ações propostas contra advogados em razão de condutas praticadas no exercício de seu múnus que causem dano moral ou material a outrem, não significa que a OAB será afetada diretamente, não sendo razoável admitir a sua intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa**. Decidiu, ainda, que eventual sentença de procedência do pedido indenizatório que repercute apenas na esfera individual direta do associado não é suficiente para deferir o pedido da OAB como assistente. É o caso dos autos.*

3. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1478095/SP, Rel.

Acesso ao Sumário

Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. SÚMULAS Nºs 5 E 7/STJ. ***PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELA OAB****. ARTIGO 50 DO CPC. INTERESSE INDIVIDUAL DE APENAS UM DE SEUS ASSOCIADOS. INDEFERIMENTO.*

1. ***O interesse na defesa de direito que repercute apenas na esfera individual direta do associado não é suficiente para deferir o pedido da OAB como assistente.***

2. Ao decidir a questão à luz do contrato de prestação de serviços coligido nos autos, o tribunal de origem decidiu que a propositura da ação de cobrança contra o banco revela-se indevida, pois, no caso, o único que teria legitimidade para responder pelos honorários reclamados seria o advogado que substitui autora, ora agravante, na condução do processo executivo, que recebeu da ex adversa a totalidade da referida verba.

3. Rever tais conclusões encontra óbice insuperável nas Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

4. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, o qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 996.033/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

Por sua vez, o entendimento consolidado pelo E. STJ também é adotado em diversos julgados desta C. Corte de Justiça:

"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO POPULAR. PROCESSUAL CIVIL. ***INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. ASSISTÊNCIA. Não se verifica interesse jurídico da agravante. O simples fato de o polo passivo ser também composto por advogados não enseja a intervenção, por si só, do respectivo órgão de classe****. Decisão mantida. Recurso desprovido".* (TJSP; Agravo de Instrumento 2256968-08.2018.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Salto - 3ª Vara; Data do Julgamento: 11/02/2019; Data de Registro: 11/02/2019).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ***Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Pretensão de intervenção da OAB nos autos como assistente de advogado que emitiu parecer.*** *Ausência de contraditório. Violação aos artigos 119 e 120 do Código de Processo Civil. Ademais, ausência de interesse jurídico na demanda. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO".* (TJSP; Agravo de Instrumento 2188198-60.2018.8.26.0000; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Fartura - Vara Única; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 30/01/2019).

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ***Ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra suposta ilegalidade na licitação e na contratação de escritório de advocacia. Inadmissibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo para figurar como assistente. Ausência de interesse jurídico****. Manutenção dos capítulos da r. decisão agravada. Precedente desta C. 8ª Câmara de Direito Público. RECURSO DESPROVIDO".* (TJSP; Agravo de Instrumento 2123751-63.2018.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Salto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/08/2018; Data de Registro: 10/08/2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*** *– CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA –* ***INTERVENÇÃO DA OAB. Ação Civil Pública objetivando condenação por improbidade administrativa, em razão de contratação direta de supostos serviços técnicos e especializados de consultoria e assessoria tributária, jurídica e administrativa, com emprego de fraude para burlar a Lei de Licitações. Decisão agravada que indeferiu o ingresso da OAB, sob o entendimento de que a prática de ato ímprobo por advogado ou por escritório de advocacia, por si só, não confere o interesse necessário à causa. Pretensão recursal de admissão da OAB na lide, na qualidade de assistente simples de correquerido advogado público, que emitiu parecer favorável, e reconhecimento de ilegitimidade passiva desse.*** *Legitimidade dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB limitada aos casos de infração às próprias disposições do Estatuto da Advocacia e da OAB –* ***Ação que busca apuração da possibilidade dos réus, incluso inscrito na OAB, terem praticado ato ímprobo – Situação que não confere legitimidade necessária à Ordem – Ausência de violação às prerrogativas dos Advogados*** *– Precedente deste E. Tribunal – Membro da Advocacia Pública que deve ser civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude exercício de suas funções, nos termos do artigo 184, do CPC. Decisão mantida. Recurso desprovido".* (TJSP; Agravo de Instrumento 2250122-09.2017.8.26.0000; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Carapicuíba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 21/03/2018).

"PROCESSO CIVIL. ***Intervenção de terceiros. Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo que pleiteia admissão como assistente simples de advogado réu em ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Inadmissibilidade. Ausência de interesse jurídico para intervenção como assistente (art. 119, caput, CPC). Normas do Estatuto da OAB que não dispensam o cumprimento dos requisitos legais de admissão no processo****. Entendimento desta 10ª Câmara e jurisprudência do Tribunal. Recurso não provido".* (TJSP; Agravo de

Instrumento 2025800-69.2018.8.26.0000; Relator (a): Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São Sebastião da Grama - Vara Única; Data do Julgamento: 12/03/2018; Data de Registro: 13/03/2018).

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO – **INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – ASSISTÊNCIA SIMPLES – Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa – Inclusão de assessor que deu parecer, no polo passivo da demanda – Pretensão de a OAB intervir nos autos como assistente simples – Inadmissibilidade – Ausência de interesse jurídico que justifique o pedido** – Decisão mantida – Recurso improvido."* (TJSP; Agravo de Instrumento 2225787-57.2016.8.26.0000; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de São Luiz do Paraitinga - Vara Única; Data do Julgamento: 08/03/2017; Data de Registro: 08/03/2017).

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. ASSISTÊNCIA. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. Ação ajuizada pelo Ministério Público em face de advogados, visando apurar irregularidades existentes na contratação de serviços advocatícios sem prévia licitação. Pretensão da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil - de ingressar no feito como assistente. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 119, do CPC/2015, que só autoriza a assistência de terceiros, desde que haja interesse jurídico na causa. Requisito, no entanto, inexistente.** Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso não provido".* (TJSP; Agravo de Instrumento 2240244-94.2016.8.26.0000; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2017; Data de Registro: 09/02/2017).

Deste modo, verifica-se que a decisão judicial favorável ou desfavorável aos corréus advogados na Ação por Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em nada afetará a entidade de classe, tampouco ficou demonstrada a alegada violação as prerrogativas da categoria.

Assim sendo, não há interesse jurídico que pudesse ensejar o deferimento da OAB como assistente dos corréus advogados na Ação por Improbidade Administrativa (ação principal).

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, mantendo-se a r. decisão agravada que indeferiu a intervenção da OAB como assistente nos autos principais, pelos seus próprios fundamentos e pelos aqui acrescidos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2276187-07.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são agravados RONILSON BEZERRA RODRIGUES, EDUARDO HORLE BARCELLOS, CARLOS AUGUSTO DI LALLO LEITE DO AMARAL, LUÍS ALEXANDRE CARDOSO DE MAGALHÃES e CONDOMÍNIO SÃO PAULO EMPREENDIMENTO SPE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 15 de julho de 2019.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa – Município de São Paulo – "Máfia dos fiscais" – Enriquecimento ilícito e dano ao erário – Fortes indícios – Indisponibilidade de bens pelo valor do dano e do potencial valor da multa civil – Possibilidade:

– A existência de fortes indícios da participação em esquema fraudulento lesivo ao erário público autoriza a indisponibilidade de bens, que deve se dar pelo valor do dano e do potencial valor da multa civil.

VOTO

RELATÓRIO

Determinada a indisponibilidade de bens somente pelo valor auferido ilicitamente pelos agentes públicos, excluindo o valor potencial da multa civil.

Daí o agravo, no qual o município de São Paulo alega que o deferimento parcial da medida, com a exclusão do montante correspondente ao valor da multa, não atende às necessidades de garantia de eventual execução das penalidades, além de contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que a dosimetria do valor da multa somente venha a ser realizada na

sentença condenatória, é possível conceder a liminar com base em seu patamar máximo previsto em lei, como forma de garantir a futura execução.

Sem contrarrazões (fls.37).

FUNDAMENTOS

1. Trata-se na origem de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Município de São Paulo contra Ronilson Bezerra Rodrigues e outros.

Consta da inicial que o Condomínio São Paulo Empreendimento SPE Ltda. efetuou o pagamento de R$44.000,00, a título de propina, para obter a redução do ISS de R$96.882,26 para R$4.441,13. Consta que, do valor da propina, R$4.400,00 foram repassados para um despachante e o restante – R$39.600,00 – dividido entre Ronilson Bezerra Rodrigues, Eduardo Horle Barcellos, Carlos Augusto Di Lallo Leite do Amaral e Luís Alexandre Cardoso de Magalhães, que à época exerciam o cargo de auditor fiscal tributário do município de São Paulo.

Descoberta a fraude, a Municipalidade efetuou o recálculo do imposto e lavrou auto de infração no valor de R$107.068,89, que foi pago pela construtora demandada (fls.11 dos autos da ação civil pública).

Pretende-se a condenação dos réus à devolução dos valores auferidos ilicitamente pelos agentes públicos, no montante de R$44.000,00, e a imposição de multa civil de até três vezes referido valor, dentre outras sanções previstas na Lei de Improbidade, daí o pedido de indisponibilidade de bens de cada um dos requeridos no limite de R$176.000,00.

Sobreveio a decisão agravada, que limitou a indisponibilidade ao valor auferido ilicitamente pelos agentes públicos, excluindo o valor potencial da multa civil.

2. A decisão agravada limitou a indisponibilidade de bens ao valor do enriquecimento ilícito auferido pelos agentes públicos, fixando-o em R$107.068,89, que representa o montante do imposto devido e a multa imposta à construtora que se beneficiou do esquema ilícito arquitetado pelos agentes públicos.

Contudo, como o tributo e a multa tributária já foram pagos, como informou o autor na inicial (fls.11), e o pedido de ressarcimento é de R$44.000,00, valor da suposta propina paga pelo Condomínio São Paulo Empreendimento SPE Ltda., evidente a existência de erro material.

Quanto à matéria de fundo, restringe-se a questão à possibilidade de ampliar a indisponibilidade de bens a fim de assegurar o pagamento da multa civil prevista no art.12, inc. I, da Lei 8.429/92, de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial ilícito.

No tocante à indisponibilidade de bens, a jurisprudência do Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça é firme no sentido de que esta deve se dar pelo valor total do dano mais o montante da multa civil prevista, a saber:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI 8.429/92.

INDISPONIBILIDADE DE BENS. VALOR DO DANO AO ERÁRIO, ACRESCIDO DO VALOR DE POSSÍVEL MULTA CIVIL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)III. Com efeito, "o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil" (STJ, AgRg no REsp 1.260.737/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014). No mesmo sentido: STJ, MC 24.205/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/04/2016; REsp1.313.093/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/09/2013; STJ, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2013.

(...)

V. Agravo interno improvido."

(AgInt no AREsp 913.481/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA

TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016).

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO LIMITE DA INDISPONIBILIDADE. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO, ACRESCIDO DO VALOR DA MULTA CIVIL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

6. O entendimento dominante neste Superior Tribunal é que a constrição patrimonial deve observar o valor da totalidade da lesão

Acesso ao Sumário

ao erário, acrescido do montante de possível multa civil, excluídos os bens impenhoráveis. Tal posicionamento se justifica na medida em que há solidariedade entre os responsáveis pelos atos reputados como ímprobo.7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, no mérito, negado provimento."

(REsp 1637831/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDATURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016).

Contudo, para garantir a uniformidade das decisões judiciais, adoto o entendimento que prevaleceu no julgamento do Agravo de Instrumento 2094075-07.2017.8.26.0000, em 24.7.2017, no sentido de que a indisponibilidade de bens deve se dar pelo valor do suposto enriquecimento ilícito em dobro, para abranger também uma vez o valor da multa prevista no art.12, I, da Lei 8.429/92, com a ressalva de meu entendimento, no sentido de que a indisponibilidade deve se dar pelo valor total do dano ou enriquecimento ilícito e o da multa máxima prevista no art.12, inc. I, da Lei 8.429/92 (*três vezes o valor do acréscimo patrimonial*).

Dessa forma, o valor da indisponibilidade será de R$88.000,00.

Destarte, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a indisponibilidade de bens pelo valor do suposto enriquecimento ilícito em dobro.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000486-27.2015.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante MARCIA APARECIDA DE SIQUEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TAQUARAL.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.774)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 5 de junho de 2019.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Indenização por danos materiais e morais – Peculato – Busca domiciliar de objetos públicos subtraídos, determinado por juízo criminal, em sede de inquérito policial – Provas documentais e testemunhais que não retratam atribuição de comportamento desabonador à autora, no exercício da função pública – Ausência de demonstração de ato ilícito – Danos não evidenciados – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 167/169.

Recorreu a autora (fls. 172/180), buscando a procedência da ação, aduzindo, em suma, que os documentos juntados e provas produzidas confirmam os fatos narrados na inicial, asseverando caber a indenização por danos morais pelo constrangimento experimentado e sofrimento suportado.

O recurso recebeu resposta (fls. 184/190). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Marcia Aparecida de Siqueira, servidora municipal, ajuizou a presente ação de indenização por danos morais e materiais em face do Município de Taquaral, em razão de busca policial realizada em sua residência a procura de bens pertencente ao requerido, que teria lhe acarretado constrangimento, humilhação e perseguição política.

Narra que após a diligência se sente constrangida, pois na cidade onde reside e trabalha é vista como criminosa, vindo a sofrer perseguições por parte do prefeito municipal, mesmo não tendo cometido qualquer delito, como ficou demonstrado.

A r. sentença houve por bem julgar a ação improcedente, por não comprovado ato ilícito, nexo de causalidade e dano sofrido.

Irresignada, recorre a autora.

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal prevê que 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.

Hely Lopes Meirelles em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 24ª edição, página 593, ensina:

"Para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública

Acesso ao Sumário

e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração".

Ou seja, há necessidade de o autor da ação de indenização demonstrar, de forma evidente, o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, sendo certo que o fato lesivo deve derivar de ação ou omissão praticados por agentes estatais.

No caso dos autos, a análise da matéria recai sobre a atuação policial de busca e apreensão, na residência da autora, de bens materiais pertencentes à Municipalidade de Taquaral, que teriam sido furtados, e as consequências decorrentes dessa ação, causando prejuízo à autora de ordem moral, de responsabilidade da demandada e passíveis de indenização.

De início, insta salientar que embora a inicial formule pedido de indenização por danos materiais, como bem anotou o d. juízo "*a petição inicial sequer especificou em que consistiram os danos materiais, ou qual teria sido o efetivo prejuízo patrimonial da requerente na hipótese vertente".*

A autora não apresentou nenhuma prova de prejuízo material.

Assim, não comprovado o dano material, indevido qualquer ressarcimento nesse sentido.

Quanto ao pleito de indenização por danos morais, aduz a autora que o ato policial lhe trouxe demasiado transtorno e sofrimento, pois seus vizinhos e colegas de trabalho passaram a vê-la como "ladra", vindo a sofrer perseguições políticas até os dias de hoje.

Inconteste a realização de busca domiciliar na residência da autora pela autoridade policial.

No entanto, diante do que se observa nos autos, de fato, não se pode atribuir responsabilidade pela busca e apreensão à Municipalidade.

Conforme o boletim de ocorrência de fls. 12/13, verifica-se que a nova administração, ao tomar posse, após auditoria, constatou a subtração de bens patrimoniados pertencentes a alguns departamentos e outros guardados em depósito.

Ressalta-se que o BO registrado pelo assessor de gabinete da Prefeitura Municipal de Taquaral narra a constatação da falta dos bens públicos, sem, contudo, atribuir a subtração à determinada pessoa.

Inquérito policial foi aberto para a apuração de ocorrência de infração penal e respectivos autores, nos termos legais, quando então solicitada a prestação de depoimentos dos funcionários responsáveis pelos materiais desaparecidos,

Acesso ao Sumário

dentre eles o da autora. Porém, em razão de encontrar-se afastada, não prestou informações.

Sem vistas a outras diligências eficazes, o Ministério Público solicitou busca domiciliar, deferida pelo juízo, conforme fls. 33/34, 36 e 37.

Dessa forma, o mandado de busca domiciliar foi expedido por determinação do juízo criminal, no referido inquérito policial, autos 331/2013, que instruiu o processo nº 0002480-78.2013.8.26.0459, requerido pelo Ministério Público, com a finalidade de eventual localização e apreensão dos produtos desaparecidos.

Nenhum registro de abuso no exercício do cumprimento do mandado foi descrito.

Tampouco se fez prova de dano apto a ser indenizado.

Portanto, incabível qualquer atribuição de responsabilidade da Municipalidade pela ação investigativa da autoridade policial, realizada nos estritos ditames legais.

Por outro lado, ouvidos os depoimentos das partes, das testemunhas e de informantes do juízo, que, na ausência de mídia eletrônica (fls. 193), foram acessados por compartilhamento de arquivo com a vara de origem, e nenhum testemunho incriminador ou desabonador em relação à autora foi percebido.

A testemunha da requerente, Flávio Aparecido Chiquini, funcionário à época dos fatos como assessor de gabinete da Prefeitura, e quem registrou o BO, não reconhece a participação da autora no desaparecimento dos equipamentos.

José Claudio dos Santos, ouvido como informante do juízo, funcionário municipal, cuja residência também sofreu busca e apreensão, alegou que se sentiu constrangido com o cumprimento do mandado, mas nada além disso. Acredita que foi investigado por ter sido chefe de departamento. Afirma não ter sido imputado a ele ou a autora a subtração dos bens, nem insinuação nesse sentido, durante as investigações.

Josiana Aparecida Balducci, testemunha e vizinha da requerente, relata ter, após a busca, assinado termo entregue pelo policial apontando que nenhum objeto buscado foi encontrado na residência da autora. Afirma, ainda, que a requerente se sente envergonhada com a diligência policial, mas assevera que ela não é vista na cidade onde vivem como pessoa criminosa, e sim pessoa honesta.

Acesso ao Sumário

Laércio Vicente Scaramal, Prefeito Municipal de Taquaral, afirma não terem sido localizados os equipamentos e materiais, mas que nenhum procedimento administrativo disciplinar foi aberto contra a autora.

Em depoimento, a autora, embora relate sentir-se constrangida com a ação policial, afirma não sofrer constrangimento no ambiente de trabalho, nem

perseguição por parte do prefeito municipal.

Ouvida Shyrla Mara de Oliveira, como testemunha do juízo, participante da comissão do processo administrativo, afirma não ter ciência de que atribuem à autora responsabilidade pelo desaparecimento dos bens.

Portanto, embora a requerente relate constrangimento, sentimento de humilhação em seu ambiente de trabalho e perante a família, bem como ser vista como "criminosa", contudo, após a conclusão da diligência policial, não foi o que se verificou, inexistindo fatos atribuíveis a requerida aptos a ensejar indenização.

Assim, a r. sentença deve ser mantida, tal como lançada.

Inalterado o panorama sucumbencial e, para fins do disposto no art. 85, § 11, do estatuto processual civil (quantificação dos honorários na fase recursal), majora-se a verba honorária para 12% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade processual concedida (fls. 85).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado ser desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000640-02.2018.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante RÔMULO LUIZ DA SILVA, são apelados FABIO LEVI e PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.995)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Autor que suportou queimaduras geradas por incêndio iniciado ao instalar botijões de gás em imóvel residencial – Pretensão a ressarcimento de danos materiais e morais

provocados pelo incêndio – Irregularidades no imóvel ou falha na fiscalização municipal não comprovadas – Laudo pericial que concluiu que as instalações elétricas na residência não estavam relacionadas com o evento causador do incêndio – Ausência de nexo causal – Cerceamento na produção de provas não reconhecido – Recurso de apelação não provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 234/242, que julgou improcedente ação ordinária movida por Rômulo Luiz da Silva em face de Fábio Levi e da Prefeitura Municipal da Estância de Campos do Jordão, para afastar o pedido de indenização por danos morais e materiais em decorrência de queimaduras geradas em razão do incêndio ocorrido ao ser instalado botijão de gás na residência do réu Fábio, por não vislumbrar nexo de causalidade entre as condutas dos réus e o dano sofrido pelo autor a ensejar a responsabilidade civil, arbitrados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor alegando que houve cerceamento de defesa, porquanto o juízo *a quo* indeferiu a oitiva de testemunhas requerida às fls. 194/195 e julgou antecipadamente a lide; aponta a existência de documento do Corpo de Bombeiros demostrando que havia irregularidade na ligação elétrica da residência do réu; pleiteia a anulação da sentença para permitir a regular instrução processual ou a reforma da decisão para julgar procedente a ação. Pede o provimento do recurso (fls. 245/247).

Recurso tempestivo e com gratuidade (fls. 42); contrarrazões apresentadas por Fábio Levi às fls. 251/255 e duas contrarrazões apresentadas pelo Município de Campos do Jordão às fls. 251/255 e 256/257.

É o relatório.

Em relação a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento na produção de provas em razão do julgamento antecipado da lide, anoto que a prova técnica, elaborada por órgão oficial – Instituto de Criminalística –, não mereceu impugnação técnica específica.

De outra parte, requerida na apelação a produção de prova oral para comprovação do "dano moral", observo que o dano – decorrente de lesões sofridas pelo autor – é incontroverso, todavia, necessária a prova relativa a responsabilidade dos requeridos; a inicial aponta como causa irregularidades nas instalações elétricas, a exigir comprovação técnica, logo, a prova testemunhal para confirmar o dano moral ou para contrariar laudo técnico, não impugnado, mostrava-se mesmo desnecessária.

Em consequência, fica afastada a preliminar de nulidade da sentença.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, o autor alegou que, em 26/05/2017, no exercício do seu trabalho, ao instalar botijão de gás na residência do réu, Fábio Levi, foi surpreendido por uma faísca e, na sequência, uma explosão que lhe causou queimaduras em diversas partes do corpo.

Afirmou que a causa da explosão foi irregularidade na ligação elétrica próxima ao local em que se armazenava o botijão de gás, conforme testemunhado pelo autor e por terceiros que estiveram no local no momento anterior ao acidente.

Por considerar que o proprietário assumiu o risco ao instalar de forma irregular a eletricidade em sua residência e que o Município de Estância de Campos do Jordão foi omisso ao deixar de realizar fiscalização de obras e edificações na residência do réu, ingressou em juízo pretendendo a responsabilização dos réus pelos danos morais e materiais suportados, pedido afastado pela r. sentença ora recorrida.

A responsabilidade do Município, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, denominada responsabilidade objetiva, não implica reconhecer responsabilidade com base na teoria do risco integral da Administração, por toda e qualquer falha/omissão na prestação dos serviços públicos, tornando-a verdadeiro "segurador universal", na expressão de Celso Antonio Bandeira de Mello.

As denominadas excludentes de responsabilidade podem atuar no rompimento do nexo causal, afastando a responsabilidade da Administração Pública.

Além disso, "*o serviço público deve estar dirigido a uma ação determinada, não configurando responsabilidade do Estado a alegação de deveres genéricos da Administração*" (Sérgio Severo, Tratado da Responsabilidade Pública, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 226).

Esclarece Sérgio Cavalieri Filho que "*no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu de sua omissão*" (Programa de Responsabilidade Civil, 9ªed., p.252).

Ou, ainda, na colocação de Celso Antonio Bandeira de Mello: "*Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo*" (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., p. 871/872).

Acesso ao Sumário

A lesão sofrida pelo autor e os danos decorrentes são incontroversos e estão devidamente comprovados nos autos, discutindo-se no feito se houve conduta irregular na instalação elétrica na residência do réu ou na fiscalização daquela instalação e o nexo de causalidade entre eventual irregularidade na instalação da rede elétrica e o incêndio e a explosão ocorridos no momento da instalação do botijão de gás, que geraram os prejuízos suportados pelo autor.

Ao que consta nos autos, verifica-se que a residência possui o "habite-se" (65/97), ou seja, o Município analisou o projeto apresentado e autorizou a sua ocupação, o que demonstra que a construção atendia as normas e parâmetros exigidos pelos órgãos responsáveis, incluindo a legislação específica que regulamenta a instalação de rede elétrica em residências.

Não se presume, portanto, omissão específica do Município em relação ao seu dever de aprovar e fiscalizar a construção do imóvel; alterações internas posteriores sem prévia autorização, não comprovadas, não se incluem no dever específico de fiscalização do Município.

Quanto ao proprietário do imóvel, foi demonstrado que o autor estivera no imóvel em datas anteriores ao evento danoso (fls. 126/128) e, caso constatada alguma irregularidade na instalação elétrica daquele imóvel, poderia ter informado as autoridades competentes a efetuarem a apuração necessária ou mesmo não realizado seu trabalho, se presente o risco alegado.

O laudo pericial produzido pelo Instituto de Criminalística (fls. 100/116) foi conclusivo ao afirmar que "***as instalações elétricas apresentavam-se sem danos aparente e não foram encontrados indícios aparentes de estarem relacionadas com o evento causador do incêndio***" (fls. 103 – g.n.).

Aquele mesmo laudo constatou, igualmente, que, "***por motivo não identificado pela perícia, houve acúmulo de material inflamável, possivelmente GLP (gás liquefeito de petróleo), que ao contato com uma fonte de calor, não identificada pela perícia, deu causa à reação que iniciou o incêndio***" (fls. 103 – g.n.).

Acesso ao Sumário

A perícia técnica realizada na residência do réu à época do acidente apurou que o incêndio ocorrido no imóvel não foi decorrente do contato do material inflamável (gás) com faísca gerada pela rede elétrica da residência, não tendo sido identificada pela perícia qual a fonte de calor que, em contato com o gás vazando, deu causa ao incêndio.

Não restou configurado, portanto, o nexo causal entre as lesões sofridas e os danos suportados pelo autor em decorrência do incêndio ocorrido no imóvel e eventual conduta irregular, ainda que omissiva, da Municipalidade e/ou do proprietário do imóvel.

Inexistindo nexo de causalidade, inviável a responsabilização civil dos réus pelos danos morais e materiais gerados ao autor, a afastar o dever de

reparação.

Por conseguinte, a r. sentença deve ser integralmente mantida, cujos fundamentos são igualmente adotados.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso de apelação, majorados os honorários advocatícios para 11%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, ressalvada a gratuidade deferida (fls. 42).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0010624-11.2013.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS, é apelado/apelante MARITSA HELENA LUCIDI, Apelados SIDIRLEI LEIDE GARCIA e LEILA FLAVIA MONTECHI ROSA GARCIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso do Município e recurso adesivo desprovidos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.080)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 4 de junho de 2019.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCHENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. 1. Comprovação da culpa, do nexo causal e do evento danoso. Presentes os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar os danos materiais e também morais causados por enchente em imóvel no qual a parte autora é usufrutuária, ocasionada em razão de negligência da apelante, isto é, do ineficiente sistema de contenção pluviométrico (Municipalidade).

2. Não existe responsabilidade dos proprietários do terreno lindeiro pelo qual escoaram as águas. Não há ilegalidade na demolição do muro e nem prova do nexo causal entre este fato e os danos ocorridos. Improcedência em relação aos proprietários que foi

Acesso ao Sumário

acertada. 3. Dano moral. Ocorrência. Indenização fixada em patamares adequados, sem necessidade de majoração ou minoração. R. sentença mantida. Recurso do Município e recurso adesivo desprovidos.

VOTO

Vistos;

Trata-se de análise de apelação interposta pelo Município de São Carlos, bem como de recurso adesivo interposto pelos autores em face da r. sentença (fls. 458/470), por meio da qual o D. Magistrado *a quo*, nos autos de ação de indenização por dano material e por dano moral, ajuizada por MARITSA HELENA LUCIDI e outros, julgou parcialmente procedente o pedido formulado a fim de condenar o município, ora apelante, a pagar indenização cada autor por danos morais no importe de R$ 7.500,00, bem como os danos materiais no montante de R$ 7.332,00 para os coautores Maritsa e Pedro; R$ 12.000,00 para a coautora Aranilva; e R$ 2.850,49 para os coautores Elvismar e Eunice. Improcedente em face dos réus Siderlei e Leila.

O MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS (apelo de fls. 474/481), em apertada síntese, que o laudo pericial não levou em consideração a intensidade das chuvas no período e que o laudo não poderia ter feito juízo sobre a culpabilidade. Apontou, ainda, falha do laudo quanto á consideração do nexo de causalidade relativo à demolição irregular que consta dos autos, bem como falta de construção e mureta de contenção. A administração não foi omissa e o resultado decorreu de caso fortuito. Pede a reforma da sentença pela improcedência.

Os autores apresentaram recurso adesivo (fls. 487/493) pela majoração da indenização pelos danos morais, bem como pela responsabilização dos corréus Siderlei e Leila.

Vieram contrarrazões (fls. 495/498, 508/506, 512/516, 519/522, 525/531 e 533/536).

É o breve relatório. Passo ao voto.

Os recursos foram bem processados e, presentes os pressupostos recursais, passo à análise do mérito.

Segundo consta dos autos, os autores são moradores do município réu, próximos a um terreno que teve uma construção demolida, sem as licenças apropriadas. Em fevereiro de 2013, durante um intenso temporal, o mencionado imóvel foi alagado e, em consequência, foi derrubado o muro da divisa entre os imóveis, o que ocasionou graves danos aos autores, mormente pela perda de diversas pertenças que guarneciam suas residências.

Tais fatos ensejaram a presente ação indenizatória, cuja sentença de fls. 210/214 acertadamente julgou os pedidos, em parte, procedentes.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

Não obstante os argumentos apresentados, nada há que se reformar no tocante ao desate eleito pelo julgador a quo referentemente ao tema substancial do pedido.

De antemão, tem razão tanto as partes quanto o juízo ao afirmar que, quando diante de um ato omissivo, vale dizer, um não-fazer estatal, que acarreta danos, a responsabilização do ente público não dispensa uma perquirição maior sobre os motivos e os fatos precedentes aos danos vez, vez que não se cuida de responsabilidade objetiva.

Deve-se sim verificar se a omissão foi culposa, vale dizer, se o dever de agir existia em concreto e se, mesmo ciente da omissão e do risco de dano, a administração municipal nada fez para impedir a concretização destes.

Deveras, há culpa da Municipalidade, sendo a conclusão da prova pericial produzida no bojo dos autos assertiva no sentido de que a falta de projetos de escoamento para a região, o que é responsabilidade do município, ocasionou o resultado.

Anoto que a impugnação feita ao laudo pela prefeitura, com base numa alegada parcialidade, é absolutamente infundada.

Trata-se de uma simples discordância, que deve ser formulada em bases técnicas, sem que isso implique na quebra da imparcialidade do perito.

Eventuais questionamentos sobre impedimentos ou suspeições do perito devem ser feitos com base em fatos específicos que indiquem que pretende simplesmente favorecer uma das partes em detrimento da outra ou então que esteja incurso em uma das hipóteses legais que vedam sua participação no processo.

Nada disso ocorreu no caso, pelo que considero absolutamente regular o laudo e as conclusões técnicas a que chegou o perito, que são idôneas a subsidiar as conclusões do juízo.

Isso posto, destaco o trecho da conclusão do laudo, sobre as responsabilidades, que bem resume o ocorrido (fl. 379): *"à Prefeitura Municipal, pela inexistência de um sistema de drenagem de águas pluviais, em uma rua de grande declividade com uma bacia de contribuição com grande área, deverá ser imutado os prejuízos causados"*

Como demonstrou o perito, o local no qual se localiza o terreno periciado e os imóveis danificados é no final de uma encosta, em alta declividade, o que certamente contribui para o acúmulo de água e exige especial atenção do Poder Público.

Transcrevo o trecho relevante: "*se o local da ocorrência, rua Major Manoel Antonio de Matos, fosse servido por um sistema de galerias de águas*

Acesso ao Sumário

pluviais, bem projetado, não haveria a invasão pelas águas da chuva do terreno, que teve a sua construção demolida, consequentemente, não haveriam os danos causados as o construções de jusante".

Veja-se que eventual elevação do índice pluviométrico não elimina totalmente a responsabilidade do município, pois, nas palavras do perito: "*os sistemas públicos de coleta de águas pluviais devem ser projetados para uma chuva crítica de 150mm/h. Com esse valor de precipitação são projetados os diâmetros das canalizações coletoras, a quantidade e dimensão das bocas de loco ou grelhas coletoras, a localização das mesmas, bem com, os perfis de sarjetas*".

No mais, é cediço que a chuva, ainda que mais forte, não é algo absolutamente imprevisível, mormente par ao mês de fevereiro, sendo fato notório que nessa época do ano a incidência de chuvas é alta e, para tanto, devem estar precavidos os entes públicos.

Por pertinente, destaco a resposta do perito para questionamento da prefeitura: "*na vizinhança (afora os autores), há notícia de histórico de alagamentos no local? Resposta: Não consta dos autos, porém, não justifica a inexistência em uma rua de grande declividade com um extensa área de contribuição, não possuir um sistema efetivo de coleta de águas pluviais*".

Veja-se que, em momento algum, a prefeitura destacou que efetuou obras para construção de redes de esgoto e escoamento de águas pluviais no local que, frise-se, é altamente suscetível a alagamentos.

Há, portanto, omissão culposa da prefeitura que não cumpriu seu dever de realizar as obras de engenharia na região dos danos o que, se feito, teria evitado estes últimos, de maneira que existe, de fato, nexo de causalidade entre a omissão e os danos.

Nesse sentido, é de se destacar ainda que a prefeitura, enquanto detentora de poder de polícia, tem o dever- poder de intervir na esfera particular, em especial quando diante de riscos graves como é o caso dos autos.

Poderia, portanto, ter providenciado uma construção de mureta, nos termos regulamentares, a fim de evitar maiores danos, o que não foi feito, contribuindo para o cenário de negligência.

Acesso ao Sumário

Não há, ademais, que se falar em aplicação do art. 945 do CC e nem em ocorrência de força maior. A negligência da Municipalidade, como ponderado acima, foi cabal para o dano sofrido. O evento era evitável, caso não houvesse omissão da apelante, o sistema de captação de águas se mostraria em condições plenas de funcionamento e eficiente para chuvas mais fortes, que, embora excepcionais, ocorrem algumas vezes ao ano.

Ainda nesse tópico, não procede a alegação dos recorrentes no sentido de ser imputada responsabilidade aos réus Sidirlei e Leila.

Isso porque, como bem ponderou o juízo, é incontroversa a demolição e sua clandestinidade, vale dizer, que efetivamente deitou-se por terra a construção, sem, contudo, anuência ou qualquer intervenção do poder púbico.

Contudo, não há qualquer evidência de que este fato efetivamente contribuiria cabalmente para o resultado. De fato, inexistem evidências de que o muro demolido, se de pé estivesse, efetivamente impediria que as águas da enchente atingissem os imóveis.

Ademais, igualmente no mesmo sentido do juízo a quo, a norma que exigia a construção do muro de contenção efetivamente estava revogada à época, não se podendo nem mesmo falar em responsabilidade por infração de dever legal dos proprietários do terreno.

Se o caso, quando muito, devem ser responsabilizados administrativamente perante a prefeitura pela demolição sem autorização ou estudos.

É o caso, portanto, de se negar provimento ao recurso adesivo dos autores.

Superadas as invectivas lançadas pela apelante quanto aos pressupostos da indenização, descabe também cogitar de que os danos experimentados pela autora traduziram-se em mero desconforto.

Os postulantes viram seus respectivos imóveis serem devassados pelas águas chuvosas, que danificaram suas residências e provocaram danos em eletrodomésticos, bens de valor afetivo, além de outros devidamente arrolados na inicial.

Não se trata de mero desconforto, mas de fato que evidentemente impactou seu estilo de vida, além de sua tranquilidade, além da dignidade inerente à posse dos bens que guarnecem minimamente a residência.

Nestas condições, descabe estabelecer questionamentos acerca da existência dos danos morais, e neste sentido 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 se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta*" (C. R. Gonçalves, "*Responsabilidade Civil*", 9ª ed., S. Paulo, Saraiva, p. 570).

Também descabe cogitar de minoração ou majoração o valor fixado na r. sentença se mostra proporcional e razoável com o caso concreto, não merecendo modulação.

Anoto que, no que diz respeito aos, valores, inexiste qualquer controvérsia nos autos, pelo que tomo como acertada a liquidez da sentença.

Destarte, ante tal robusto elemento de convicção, deve ser mantida a respeitabilíssima sentença de lavra do Exmo. Juiz de Direito Diego Migliorini Junior.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, voto pelo ***desprovimento da apelação e do recurso adesivo*** e, em consequência, majoro os honorários devidos aos patronos dos Réus Sidirley e Leila para 12% e devidos pela prefeitura aos patronos dos autores para 18%.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033468-82.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado MARCELINO TRINDADE, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA.

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 da ré e julgaram prejudicado o recurso do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.303)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Anulatória de ato administrativo que, em desvio de finalidade, teria determinado a alteração de turno do autor, enfermeiro municipal – Ato administrativo fundamentado na necessidade do serviço – Prova testemunhal que, dado o caráter genérico das declarações quanto à ocorrência de perseguição, de um lado, não se presta a afastar a afirmação de que a transferência do autor foi motivada pela existência de déficit de funcionários durante o período diurno – Ausência de demonstração dos fatos constitutivos do direito invocado – Recurso da ré provido e recurso do autor julgado prejudicado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária proposta por **Marcelino Trindade** em face da **Prefeitura Municipal de Sorocaba** a fim de obter provimento jurisdicional

que reconheça o direito do autor, enfermeiro municipal, de permanecer escalado para os plantões noturnos da Unidade Pré-Hospitalar Zona-Norte de Sorocaba. Requer, ainda, a condenação da ré ao pagamento de danos morais em decorrência de perseguição sofrida em ambiente de trabalho.

Indeferida a liminar (f. 53), a r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para determinar a recondução do autor à jornada de trabalho noturna. Para tanto, salientou que os motivos determinantes do ato de mudança de turno de trabalho (a existência de necessidade de serviço) não correspondem à realidade fática comprovada pela prova oral. Nesse sentido, entendeu que o ato administrativo atacado não estava devidamente motivado e que se prestava, na verdade, a punir o servidor e a atender a reclamações formuladas por munícipes com relação ao trabalho por ele realizado. Afastou, no entanto, a pretensão de condenação da ré ao pagamento de danos morais, diante da ausência de ofensa a direitos da personalidade no caso concreto.

Inconformadas, recorrem as partes.

De um lado, o autor visa à condenação da Prefeitura Municipal de Sorocaba ao pagamento de danos morais, que entende configurados por ter sido obrigado a trabalhar em horário indevido exclusivamente em função de conduta praticada em desvio de finalidade (f. 143/150).

De outro, a ré argumenta que o ato administrativo atacado está devidamente motivado e que o conteúdo das provas testemunhais reflete impressões subjetivas dos depoentes com relação aos fatos relatados. Salienta que a questão da verificação das necessidades do serviço é fundada em parâmetros técnicos, e não em opiniões pessoais, e que a manutenção da decisão de primeiro grau levará a indevida ingerência do Judiciário sobre a discricionariedade administrativa (f. 151/157).

As contrarrazões foram apresentadas pelo autor a f. 158/163 e pela ré a f. 167/169.

É o relatório.

Conforme se verifica da inicial, a pretensão do requerente de ser mantido no período noturno se funda nas afirmações de que "*o autor, ao realizar o concurso público, optou pela vaga noturna, ou seja, realizar os plantões, como técnico em enfermagem, durante a noite. Sendo assim, impossível agora, quase três anos após seu exercício, modificar o turno, trazendo grandes prejuízos ao servidor" (f. 4) e de que "tudo não passa de retaliação, tentativa de prejudica-lo e reprova-lo. Na 2ª fase de avaliação a reprova ocorreu por acato de FALSA DENÚNCIA, onde sem qualquer prova foram atribuídos fatos caluniosos e difamatórios ao autor, que posteriormente 'caíram por terra', visto a ausência de prova, comprovando não passar de alegações mentirosas*" (f. 5).

Por outro lado, o ato administrativo que resultou na mudança de turno do

Acesso ao Sumário

autor está fundamentado na "*necessidade de serviço, visto que é o período com maior número de atendimentos e déficit*" (f. 79) – e, nesse sentido, ressalte-se que o requerente já fora comunicado da mudança de seu horário de trabalho em agosto de 2017, conforme se constata da leitura do documento de f. 42/43, em que o requerente afirma que "*foi avisado informalmente por servidores da mesma Unidade de que terá modificado seu plantão para o período diurno, a partir de setembro*".

Quanto à afirmada perseguição, que teria levado primeiro a reprovação em estágio probatório e, depois, a alteração de turno, destaque-se o afirmado no Ofício SES/UPHZN nº 308/2017 (f. 83):

> *"A antecipação de seu estágio probatório foi por motivo de sindicância por conduta e comportamento inadequado que ainda está em andamento no Processo Administrativo nº 25.858/2015 e na Polícia Civil Boletim de Ocorrência 1577/2016. Contudo, a antecipação do Estágio Probatório foi tratada no Processo Administrativo nº 30.077/2015 e consta anexo com a ciência do advogado do servidor Dr. Daniel Henrique Mota da Costa em 10/07/2017. Esses processos estão a cargo da Seção de Assuntos Jurídicos. Ressaltamos que o funcionário não foi reprovado nas avaliações do Estágio Probatório.*
>
> *Informo que o colaborador não foi afastado da Prefeitura Municipal de Sorocaba e sim do Estado, segundo o Despacho do Secretário de 19/06/2017, Processo Administrativo Disciplinar nº 001/0262/000.804/16."*

O assunto relativo à reprovação em estágio probatório e à perseguição sofrida pelo autor também foi objeto das declarações prestadas a f. 123. Nesse aspecto, extraem-se dos depoimentos prestados, em síntese, duas linhas narrativas: de um lado, há afirmações genéricas trazidas por colegas de trabalho do autor no sentido de que sua alocação para o turno diurno teria se revestido de caráter punitivo (sem, no entanto, que se indique qual seria a origem do comportamento que teria gerado a represália, como no caso do depoimento da testemunha Regina Fátima da Silva Ramos); de outro, dois de seus superiores afirmam que a transferência para o período da manhã teria sido motivada por razões de necessidade serviços (já que há maior necessidade de servidores ao longo do dia) e em função de denúncias efetuadas contra o autor, que fora acusado por munícipes da prática de assédio por duas ocasiões (uma delas levada a registro no Boletim de Ocorrência acima mencionado), que recebeu reclamações de erro na administração de medicamentos e que se envolveu em briga com o namorado de uma de suas pacientes.

Acesso ao Sumário

O que se conclui, a partir de tal conjunto probatório, é que não há demonstração de que a conduta administrativa aqui atacada tenha se dado em

desvio de finalidade – o que demandaria prova mais robusta tanto no sentido de que não havia necessidade de serviço quanto de que o autor fora específica e injustamente prejudicado pela transferência de turno.

Relevante, ainda, a afirmação de que, para além do déficit de servidores no período diurno (indicada, aliás, pela ausência de realocação de novo servidor para a vaga então ocupada por Marcelino, que passou a ser intermitentemente preenchida por funcionários em regime de hora extra), também se mostra razoável a afirmação de que a transferência do requerente para o turno matutino visava a possibilitar um maior controle de seus superiores sobre a qualidade dos serviços prestados, já que, conforme a prova oral, os funcionários do período noturno estavam sujeitos à supervisão de apenas um funcionário, ao contrário do que acontecia durante o dia consideração esta que, ainda que não tenha integrado as razões que motivaram a alteração dos horários, não basta, por si só, a eivar o ato administrativo de nulidade, especialmente diante da gravidade das denúncias apresentadas pelos munícipes.

Por fim, há que se observar que as provas apresentadas pelo autor se limitam a uma série de declarações de caráter genérico apresentadas por colegas de trabalho (f. 14/39), a comprovante de escolaridade (f. 40), a declaração de necessidade especial de seu filho (f. 41 e 44) e poucas cópias de documentos administrativos (f. 42/43 e 47/50).

Não trouxe o autor qualquer dos documentos emitidos nos Processos Administrativos nº 25.858/2015 e nº 30.077/2015 – e, baseada a causa de pedir em vício de fundamentação dos atos administrativos, não há, diante do conjunto probatório, da não impugnada existência de déficit de servidores no período matutino, da gravidade das denúncias apresentadas por munícipes e do caráter genérico da afirmada perseguição, demonstração do fato constitutivo do direito invocado.

Por conta disso, dou provimento ao recurso da Municipalidade de Sorocaba para, reformada a decisão de primeiro grau, julgar improcedente o pedido.

Invertido o resultado da demanda, fica prejudicado o recurso do autor, que se refere exclusivamente ao pagamento de danos morais em razão da ocorrência de perseguição.

Condeno o requerente, por fim, ao pagamento das custas e das despesas processuais. Fixo os honorários advocatícios em 12% do valor atualizado da causa, já consideradas as fases de conhecimento e recursal, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 3º, e 11, e observada a condição do autor de beneficiário da gratuidade processual (f. 11).

O caso é, assim, de dar provimento ao recurso interposto pela **Prefeitura Municipal de Sorocaba** e de julgar prejudicado o recurso interposto por

Acesso ao Sumário

Marcelino Trindade nos autos da ação ordinária ajuizada por este em face daquela (Processo nº 1033468-82.2017.8.26.0602 – Vara da Fazenda Pública do Foro de Sorocaba, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: deram provimento ao recurso da ré e julgaram prejudicado o recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007364-75.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é apelado WILSON PROENÇA (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: Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.686)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: PENSÃO POR MORTE – Ação de restabelecimento de pensão – Pensão por morte – Beneficiário é viúvo de servidora falecida, e portador de deficiência visual – Comprovada dependência econômica – Inteligência da Lei Complementar nº 180/78 – Tema 905 STJ – Condenações de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC para fins de correção monetária – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação de restabelecimento de pensão proposta por Wilson Proença em face da São Paulo Previdência – SPPREV, pleiteando que seja

restabelecido o pagamento do benefício previdenciário de pensão por morte, que recebia na qualidade de viúvo de servidora falecida, que foi suspenso sob o fundamento que havia contraído novas núpcias.

II. A ação foi julgada procedente, reconhecendo o direito ao restabelecimento da pensão por morte, condenando a SPPREV ao pagamento das parcelas atrasadas, com correção monetária e juros de mora. Condenando a requerida em R$2.000,00 (dois mil reais) à título de verba honorária, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

III. Interposto recurso de apelação pela SPPREV, pugnando pela reforma da sentença.

IV. Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação interposto pela São Paulo Previdência, em autos de ação de restabelecimento de pensão por morte julgada procedente na origem, sob o fundamento que a autarquia não se desincumbiu do ônus probatório consistente a suposta união estável do autor.

Em seu recurso de apelação, a SPPREV alega que em visita social domiciliar datada de 19/04/2013 o apelado declarou ao Censo que convivia com a Sra. Jucilene em união estável.

Sustenta que a prova de união estável é inequívoca, pois retrata livre manifestação de vontade, insuscetível de ser derrogada por prova oral em sentido contrário. Subsidiariamente, requer o afastamento da tese do RE 870.947 do STF, vez que ainda é precário, passível de recurso infringente.

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, a Lei Complementar nº 180/1978, em seu art. 147 estabelece duas classes de beneficiários: a primeira abrangendo o cônjuge ou companheiro e filhos, que prescindem de comprovação de dependência econômica; e a segunda compreendendo os pais, desde que ausente qualquer beneficiário da classe antecedente, e comprovem dependência econômica em relação ao servidor.

"Artigo 147 – São beneficiários obrigatórios do contribuinte:

I – o cônjuge sobrevivente;

II – os filhos incapazes e os inválidos, de qualquer condição ou sexo e as filhas solteiras;

III – os pais do contribuinte solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado, desde que vivam sob sua dependência econômica, mesmo quando não exclusiva, e não existam outros beneficiários obrigatórios ou instituídos nos termos do artigo 152.

Não obstante, no caso concreto, o autor era beneficiário de pensão por morte em razão do falecimento de sua esposa, Amália Lopes Proença, recebendo o benefício desde 19/04/2003.

Acesso ao Sumário

Entretanto, devido à instauração de processo administrativo teve seu benefício suspenso em 19/07/2013, sob o fundamento que vivia em união estável com a Sra. Jucilene Tenório dos Santos, de acordo com visita oficial de agente do IDORT.

A norma que regulamenta a matéria trata da hipótese em seu art. 148, §4°, LC nº180/1978:

> *§4º - O cônjuge sobre vivente que contrair novas núpcias perderá, o direito à pensão em benefício dos filhos do contribuinte falecido, na forma do parágrafo anterior.*

Deste modo, como a união estável foi equiparada a casamento, após a Constituição Federal de 1988 a ter reconhecido como entidade familiar (art. 226, § 3º), o Código Civil disciplinou o instituto como sendo a "*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*" (art. 1.723).

Todavia, analisando detidamente os autos, o conjunto probatório não demonstra a existência de qualquer vínculo com essa conotação.

A mera alegação da São Paulo Previdência – SPPrev, na contestação e nas razões recursais não é suficiente para provar a existência de relação pública, contínua, duradoura entre o apelado e a Sra. Jucilene.

Assim, não há como deferir o pedido sem a prova inequívoca do fato alegado.

Ademais, não há como deixar de considerar a condição física do autor – como portador de deficiência visual, uma vez que o Estado-Juiz deve dar ao caso concreto a solução justa, ligada efetivamente a pretensão tutelada pelo jurisdicionado na petição inicial, nos termos do princípio da congruência.

Nesse contexto, observa-se que o autor necessita de cuidados médicos especiais fornecidos perante o IAMSPE-CEAMA, o qual foi incluído em razão da sua condição de beneficiário de pensão por morte.

Estando provado nos autos que o autor necessita do benefício, tendo em vista que utiliza seu benefício para assistência médica, bem como, que não alterou seu estado civil, é de rigor a manutenção do seu benefício.

Acesso ao Sumário

Por fim, quanto à aplicação dos juros e da correção monetária, nos autos do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 STJ, firmou-se a seguinte tese dos débitos da Fazenda Pública de natureza previdenciária:

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei nº 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91.

Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da

caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

Para eventual efeito, considera-se desde já prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional objeto do recurso.

Daí o porquê, **dá-se parcial provimento ao recurso**, reformando a sentença no que tange a correção monetária, aplicando o índice do INPC, por se tratar de natureza previdenciária, e juros de mora pela lei de vigência da Fazenda Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0016022-38.2004.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ADRIANA MORESCO, ANAHI BICHIR, ANGELA MARIA TEIXIERA LEITE PACHECO DI FRANCESCO, ALTIERE PINTO RIOS JUNIOR, ANNA MARIA DE CARVALHO RIBEIRO, BETTY LIA TUNCHEL, CARLOS JOSE TEIXEIRA DE TOLEDO, CICERO PASSOS DA SILVA, CÍNTIA TERESINHA MILOZZI OCTAVIANO NOGUEIRA, CRISTINA FREITAS CAVEZALE, DIOGENES SEGATTO, EURICO SOUZA LEITE FILHO, HELENA OMENA LOPES DE FARIAS, JOSE DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, LILLY TOOP REBOUCAS, LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, MARCIA FERREIRA COUTO, MARTHA COELHO MESSEDER, MILTON DEL TRONO GROSCHE, OSCAR DE MELLO NETTO, OSVALDO RATHSAN, RENATO FRANCO DO AMARAL TORMIN, REGINA CELI PEDROTTI VESPERO FERNANDES, SANDRA REGINA SILVEIRA PIEDADE O. BARROS, VANDERLEI JOSE TEZOTO SACCONI e VITORINO FRANCISCO ANTUNES NETO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso interposto e deram parcial provimento à remessa necessária, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.387)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 3 de julho de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível. Direito Administrativo e Processual Civil.

Inépcia da petição inicial – *Petitum* alinhado com a *causa petendi*, possibilitando oferecimento de resistência à pretensão Ausência de substrato formal de inépcia da petição inicial – Preliminar afastada – Carência da ação – Pretensão voltada à cessação de incidência de contribuição previdenciária sobre fração de honorários advocatícios devida a cada autor, efetivada antes do rateio da verba – Legitimidade *ad causam* manifesta – Preliminar afastada.

Procurador do Estado – Contribuição previdenciária – Desconto de 6% sobre o montante das verbas honorárias antes do rateio, com base no convênio PGE/IPESP, firmado nos idos de 1975, incidindo novo desconto sobre os honorários advocatícios pagos após o rateio, por força da LC 180/78 – Inviabilidade – A partir da criação do regime previdenciário geral advindo com a LC 180/78, o regime especial que outrora vingava para os integrantes da carreira de Procurador do Estado foi tacitamente extinto, mormente porque o artigo 55 da LC 93/74, que outrora autorizava a celebração do convênio, teve sua redação alterada pela LC 205/79.

Juros de mora – Tema 810 – Inconstitucionalidade da L 11.960/09 declarada pelo STF quanto a sua incidência sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária declarada pelo STF – Princípio da isonomia – Aplicação dos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário – Sentença que fixou os juros à razão de 0,5% ao mês, da citação – Manutenção quanto ao percentual dos juros, ante a vedação a *reformatio in pejus*, porém incidentes a partir do trânsito em julgado (art. 167, § único, do CTN) – Sentença omissa em relação à correção monetária – Possibilidade de fixação nessa fase processual – A atualização monetária deve corresponder àquela utilizada na taxa SELIC, cujo percentual será apurado mediante decomposição, a fim de que não haja dupla incidência da taxa remuneratória.

Acesso ao Sumário

Nega-se provimento ao recurso interposto e dá-se parcial provimento à remessa necessária, com observação.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação proposta por Adriana Moresco e outros em face do Estado de São Paulo deduzindo, em síntese, a ilegalidade do desconto de 6% a título de contribuição previdenciária incidente sobre o montante da verba honorária antes do rateio, por força de convênio firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e o IPESP, aprovado pelo Decreto nº 6.748/75, com arrimo no artigo 55, parágrafo 7º, da Lei nº 93/74, vez que após o rateio a fração de honorários advocatícios de cada autor sobre novo desconto de contribuição previdenciária, por força da Lei Complementar nº 180/78. Postulam o reconhecimento do direito à cessação da exação e a condenação do Estado ao pagamento das verbas pretéritas, acrescidas de correção monetária e juros de mora.

Julgado procedente o pedido, foi o processo anulado por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Público, a fim de que o IPESP fosse incluído no polo passivo da ação, sobrevindo, então, a sentença de 632/633vº, decretando a procedência da pretensão.

Embargos de declaração interpostos pelos autores (fl. 638/639) acolhidos (fl. 675).

Inconformado, apela o Estado, visando, em resumo, a reforma da sentença, com inversão do julgado. Alternativamente, postulam a incidência da Lei nº 11.960/09 (fl. 640/673).

Processado regularmente com as contrarrazões (fl. 682/714), subiram os autos a esta Instância.

Reexame necessário.

É o relatório.

2. A respeitável sentença merece pequeno reparo.

Ex ante, de rigor a cognição das preliminares suscitadas pelo Estado de São Paulo.

A sistemática processual civil moderna guarda estrutura de análise de tese, antítese e síntese, correspondendo, pois, a petição inicial à "tese", pelo que o repertório vigente elenca requisitos que a peça deve conter, dentre eles a causa de pedir, que tanto se refere à próxima, como à remota.

A causa de pedir é elemento essencial da petição inicial, assim como seu alinhavo correspondente ao pedido, pois diante deles é que a parte contrária produz a antítese, desenvolvendo, pois, a resistência à pretensão.

Acesso ao Sumário

Assim, a causa de pedir deve conter todos os fatos que dizem respeito àquilo que se almeja, inclusive, as circunstâncias próprias, sendo defeso formular pedido sem a correspondente razão de ser, no que o processo civil guarda equivalência ao processo penal, no que atine à proibição da acusação oculta.

Na hipótese, a petição inicial revela pretensão voltada a determinar que o Estado se abstenha "**de apreender, ou mesmo reter, 6% (seis por cento) das frações dos honorários advocatícios cabíveis mensalmente aos autores**" (CF. fl. 50).

Tal pedido decorre da *causa petendi* descrita na petição inicial, na qual os autores, Procuradores do Estado, deduzem a ilegalidade da incidência de contribuição previdenciária de 6% sobre a respectiva fração dos honorários advocatícios que compõe o Fundo de Despesa da Procuradoria Geral do Estado, vez que, segundo sustentam, o desconto, prévio ao rateio, efetivado por força de convênio celebrado entre a Procuradoria Geral do Estado e o IPESP e aprovado pelo Decreto nº 6.748/75, com fundamento no parágrafo 7º do artigo 55 da Lei nº 93/74 Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, implica em *bis in idem*, na medida em que a verba, destacada em contracheque próprio, sofre novo desconto de 6% a título de contribuição ao IPESP, por força da Lei Complementar nº 180/78.

Demais, vale anotar que o pleito não verte à cessação do desconto de 6% sobre o montante dos honorários advocatícios ou sobre a verba destacada nos contracheques dos autores, mas apenas e tão-somente à fração devida a cada autor antes do rateio, ou seja, sobre a respectiva parcela que compõe o montante, pelo que manifesta a legitimidade do pleito.

Desta feita, não se vislumbrando a propalada ilegitimidade *ad causam* ou substrato causal de inépcia da petição inicial, em especial porque os requeridos lograram oferecer resistência à pretensão, afasto as preliminares.

Do *meritum causae.*

A Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, de 28.05.1974, ao dispor em seu artigo 55 sobre as vantagens que integram os vencimentos dos cargos da carreira de Procurador do Estado, dispôs também sobre a celebração de convênio entre a PGR e o IPESP para fixação, desconto e repasse ao Instituto de contribuição sobre os honorários advocatícios para fins de concessão de pensão mensal, *in verbis*:

> **Artigo 55 - Os honorários advocatícios concedidos em qualquer feito judicial à Fazenda do Estado, ainda quando recolhidos nos termos da Lei nº 10.421, de 3 de dezembro de 1971, sob o título de acréscimo incidente sobre o valor do débito fiscal inscrito para cobrança executiva, serão destinados a Procuradoria Geral do Estado para**

Acesso ao Sumário

distribuição aos integrantes da carreira de Procurador do Estado, aos ocupantes dos cargos de Assessor Chefe da Assessoria Técnico-Legislativa, Assistente Jurídico Chefe do Serviço de Assistência Jurídica e Procurador Geral do Estado, bem como aos aposentados nesses cargos.

(...)

§ 7º - Para fins de pensão mensal, a Procuradoria Geral do Estado, mediante convênio a ser firmado com o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, fixará a contribuição-base sobre os honorários e procederá aos descontos que forem devidos, recolhendo-os ao mesmo Instituto, o qual estabelecerá, se necessário, plano especial para a concessão do benefício"

Por conta disso, foi firmado em 15.01.1975 convênio entre a Procuradoria Geral do Estado e o IPESP, aprovado pelo Decreto nº 6.748, de 16.09.1975, cujo teor, em parte, ora transcrevo:

"Os integrantes da carreira de Procurador do Estado, os ocupantes dos cargos de Assessor Chefe da Assessoria Técnico-Legislativa, Assistente Jurídico Chefe da Assessoria Jurídica do Governo e o Procurador Geral do Estado, bem como os aposentados nesses cargos ou que neles venham a se aposentar, serão inscritos no IPESP, nos termos desse convênio, como contribuintes obrigatórios do regime da pensão mensal instituída pela Lei nº 4.832, de 4 de setembro de 1058 e modificações posteriores, relativamente ao rateio da verba honorária que lhes é atribuída pelo artigo 55 e seus parágrafos da Lei Complementar nº 93, de 28 de maio de 1974 – Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado.

A contribuição devida para efeito do benefício da pensão mensal é indicada em Lei própria, sendo, atualmente, a Lei nº 4.832, de 4 de setembro de 1958, a saber:

I - de 6% (seis por cento) sobre o montante que mensalmente for colocado à disposição da Procuradoria Geral do Estado nos termos do parágrafo único, item 2 do artigo 1º do Decreto nº 4.009 de 17 de julho de 1974;

II - de 6% (seis por cento) sobre o rateio mensal que couber a cada inscrito nos termos deste convênio."

De fato, o convênio outrora firmado determinava o desconto e repasse ao IPESP de 6% sobre o montante dos honorários advocatícios disponibilizados à Procuradoria Geral do Estado, destinado à concessão de pensão mensal aos beneficiários dos Procuradores do Estado, Assessores Chefe da Assessoria Técnico-Legislativa, Assistentes Jurídico Chefe da Assessoria Jurídica do

Acesso ao Sumário

Governo e do Procurador Geral do Estado, nos moldes estabelecidos na Lei nº 4.832/58.

Entrementes, em 12.05.1978 foi editada a Lei Complementar nº 180, que instituiu o Sistema de Administração de Pessoal aos funcionários públicos civis e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado de São Paulo.

O novel diploma, dentre outras cousas, modificou o regime de pensão mensal outrora estabelecido pela Lei nº 4.832/58, que passou a ser regido pelas disposições contidas no Capítulo I do Titulo XIII, abrangendo, como contribuintes obrigatórios do sistema previdenciário, todos os funcionários públicos e servidores civis do Estado, *in verbis*:

> **"Artigo 132 - O regime de pensão mensal, instituído pela Lei nº 4.832, de 4 de setembro de 1958, com alterações posteriores, passará a obedecer às disposições deste Capítulo.**
>
> **Artigo 133 - São contribuintes obrigatórios todos os funcionários públicos e servidores civis do Estado, inclusive os inativos, sob qualquer regime jurídico de trabalho, que recebam dos cofres públicos estipêndios de qualquer natureza, compreendendo:**
>
> **I – os funcionários públicos e servidores civis da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado;**
>
> **II – os funcionários e servidores da Assembléia Legislativa do Estado;**
>
> **III – os membros da Magistratura, do Ministério Público e os funcionários e servidores do Poder Judiciário;**
>
> **IV – os conselheiros, funcionários e servidores do Tribunal de Contas do Estado;**
>
> **V – os inativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Tribunal de Contas de Estado."**

A partir da criação do regime previdenciário geral advindo com a Lei Complementar nº 180/78, o regime especial que outrora vingava para os integrantes da carreira de Procurador do Estado e ocupantes dos cargos de Assessor Chefe da Assessoria Técnico-Legislativa, Assistente Jurídico Chefe da Assessoria Jurídica do Governo e de Procurador Geral do Estado foi tacitamente extinto.

Acesso ao Sumário

Não por outra razão, ao editar a Lei Complementar nº 205, de 02.01.1979, que conferiu nova redação ao artigo 55 da Lei Complementar nº 93/74, deixou o legislador de prever a celebração de convênio entre a PGE e o IPESP para fixação de contribuição para fins de concessão de pensão mensal, benefício que passou a ser disciplinado, repise-se, pela Lei Complementar nº 180/78.

Sob tal enfoque, forçoso reconhecer que o convênio outrora celebrado

para fixar, descontar e repassar ao IPESP contribuição sobre o montante dos honorários advocatícios destinados a Procuradoria Geral do Estado para concessão de pensão mensal aos beneficiários dos integrantes da carreira de Procurador do Estado perdeu sua eficácia quando da entrada em vigor da Lei Complementar nº 180/78, sobretudo porquê, ao instituir o regime previdenciário geral para os servidores públicos estaduais, o novel diploma elencou os contribuintes obrigatórios e facultativos (artigos 133 a 136), fixou alíquota de contribuição e detalhou as verbas que compõem a base de cálculo da exação, que incluem a fração da verba honorária paga a cada autor após o rateio (CF. contracheques fl. 63, 69, 76 e 79).

Dos juros de mora e correção monetária.

Como sabido é, as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, de modo que, na hipótese de repetição de indébito, dever-se-á aplicar, por força do princípio da isonomia, o mesmo critério adotado pelo Estado para remunerar seus créditos, ou seja, o regramento disposto no artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> **"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.**
>
> **§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."**

No Estado de São Paulo, o artigo 1º da Lei nº 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais liquidados com atraso, não havendo nenhum vício formal ou substancial na sua adoção, consoante entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula 523:

> **"A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices."**

Por tais razões, a repetição das contribuições previdenciárias devem ser atualizadas monetariamente com base na Tabela Prática editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do desconto indevido até a data do trânsito em julgado, incidindo, a partir daí, a Taxa Selic, que traduz a fusão da correção monetária e dos juros, compreendendo, num único coeficiente, a atualização da moeda e o percentual de remuneração do capital, importando na substituição da incidência de índices distintos de correção monetária e juros moratórios fixados.

Acesso ao Sumário

Entrementes, a despeito do regramento que determina a aplicação da taxa SELIC, a sentença de fl. 632/633vº fixou os juros de mora à razão de 0,5% ao mês%, a contar da citação, sem nada dispor acerca dos critérios da atualização monetária.

Como sabido é, não pode o Tribunal, em análise da remessa necessária, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula 45, do Superior Tribunal de Justiça), pelo que de rigor a manutenção do percentual dos juros de mora fixado na origem, o que não obsta, no entanto, determinar sua incidência a partir do trânsito em julgado, na forma do artigo 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Por fim, no que toca à atualização monetária, a omissão da sentença permite sua fixação de ofício, vez se tratar de pedido implícito, acessório à obrigação principal.

Nesse norte, dada a natureza tributária das contribuições previdenciárias, as verbas pretéritas devem ser atualizadas na forma da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até o trânsito em julgado, incidindo a partir daí, o índice de correção monetária que integra a taxa SELIC, que deve ser decomposta para que não haja dupla incidência da taxa remuneratória.

Por epítome, se conclui do desprovimento do recurso interposto e do parcial provimento da remessa oficial, a fim de fixar a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado, observando-se, outrossim, que o *quantum debeatur* deverá ser atualizado com base no índice de correção monetária que compõe a taxa SELIC, na forma suso alinhavada.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto e dou parcial provimento à remessa oficial, com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0011718-69.2012.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE HORTOLÂNDIA, é apelado VERA LÚCIA BORGES DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento à remessa necessária e ao recurso voluntário do Município apenas para reduzir o valor da indenização, nos termos do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.370)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY

ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação – Ação de indenização por danos morais – Falecimento em razão de demora no diagnóstico de H1N1 em atendimento hospitalar – Sentença de procedência – Remessa necessária e recurso pelo Município requerido.

Recurso do Município – Nas ações indenizatórias em face da Fazenda Pública aplica-se o prazo quinquenal do Decreto n.º 20.910/32 – Não ocorrência do transcurso do lapso de cinco anos entre a ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo e a data da propositura da ação – Prescrição afastada. No mérito, sustenta a inexistência de nexo causal – Requer improcedência da demanda ou redução do valor arbitrado a título de danos morais – É incontroversa a prova acerca da dinâmica das circunstâncias que causaram a morte da filha da autora – Responsabilidade civil objetiva do Estado – Teoria do risco administrativo – Indenização por danos morais ora arbitrada em R$ 100.000,00 – Necessidade de atenção ao binômio pelo qual a indenização não pode ser nem excessiva, sob pena de configurar enriquecimento sem causa do lesado, nem ínfima, sob pena de desmerecer o lesado e servir de estímulo a outras condutas indevidas – Precedentes.

R. Sentença parcialmente reformada. Remessa necessária e recurso do Município requerido parcialmente providos.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 602/615, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Hortolândia, nos autos de **Ação de Indenização por Danos Morais** proposta por **Vera Lúcia Borges de Oliveira** em face de **Município de Hortolândia**, assim decidiu: "***JULGO PROCEDENTE*** *o pedido inicial, para condenar a ré, a título de danos morais, ao pagamento da quantia de R$ 280.000,00, montante que deverá ser corrigido de acordo com a tabela modulada DEPRE do E. Tribunal de Justiça, e acrescido de juros de*

Acesso ao Sumário

mora, de acordo com o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, ambos do arbitramento, de acordo com a Súmula nº 362, do STJ. Pela sucumbência, arcará a ré com as despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 8% do valor da condenação (art. 85, § 3º, II, CPC).”

Suscitada a remessa necessária.

Irresignado, apela o Município de Hortolândia com razões de fls. 600/604, pretendendo a improcedência do pedido. Aduz, preliminarmente, prescrição. No mérito, sustenta que a menor apresentava saúde frágil, com diversas internações, não havendo nexo causal. Alternativamente, pugna pela redução do valor da indenização a título de danos morais.

Com contrarrazões (fls. 612/616), subiram os autos.

É o relatório.

2. Comporta reforma parcial r. Sentença recorrida.

Trata-se de demanda indenizatória por danos morais proposta pela autora em razão de ocorrência de falha no atendimento hospitalar. Narra que em razão de sua filha apresentar paralisia cerebral tinha dificuldade de alimentação, tendo sido colocada uma sonda gástrica em 26/06/2009 no Hospital Mario Covas em Hortolândia. Após quatro dias de internação começou a apresentar febre, vômito e convulsão, permanecendo, no entanto, por mais de 30 dias internada sem que houvesse diagnóstico de H1N1, doença que teria sido adquirida durante o período de internação. Após esse período, em 30/07/2009, com o quadro clínico bastante agravado, a criança foi transferida para a UTI do Hospital Sumaré onde foi feito o diagnóstico de H1N1, vindo, no entanto, a falecer em 17/08/2009. Requer, assim, indenização pelos danos morais sofridos.

Por primeiro, não há que se falar em ocorrência de prescrição trienal, vez que em se tratando de Município, aplicável, o prazo prescricional quinquenal do Decreto-Lei nº 20.910/32.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou esta discussão, no julgamento do Resp. n.º 1.251.993/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmando o entendimento de que o prazo prescricional das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é o quinquenal, previsto no Decreto n. º 20.910/32, diante da regra especial por ele criada, que prevalece sobre a regra geral do lapso trienal das ações indenizatórias, conforme se pode verificar na Ementa:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, ***está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32).***

2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREspsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho ('Manual de Direito Administrativo', 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha ("A Fazenda Pública em Juízo", 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).

3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, ***o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.***

4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum, 2ª Ed. Belo Horizonte, 2010; pág. 1042).

5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal

Acesso ao Sumário

Justen Filho (Curso de Direito Administrativo. Editora Saraiva, 5ª Ed. São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. No caso concreto, a Corte a quo aplicou corretamente a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32 na ação indenizatória ajuizada pelo particular em face do Município, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.

8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.251.993-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012).

Com essas considerações, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso especial (art. 544, § 4º, II, b, do CPC). Publique-se. Intimem-se. Brasília-DF, 1º de agosto de 2013. Min. Rel. MINISTRA ELIANA CALMON".

No caso, não decorreu prazo superior a cinco anos, a contar do ato lesivo até a data da propositura desta ação (princípio da *actio nata*), de modo que fica rejeitada a preliminar de prescrição arguida.

No mérito, inexistem dúvidas acerca da dinâmica das circunstâncias que causaram a morte da menor Vitória Talita Borges de Oliveira, filha da autora, consoante se depreende do arcabouço probatório.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais dúvidas sobre a possibilidade de serem indenizados os danos morais.

Inicialmente, urge destacar que o objeto do contrato médico realmente não é a cura, obrigação de resultado, mas sim o tratamento diligente e conforme as técnicas atuais recomendadas pela Medicina.

Contudo, na hipótese em testilha, verifica-se que os profissionais da área da saúde envolvidos não agiram com a atenção necessária, mormente em se considerando o já estado frágil de saúde da filha da autora, bem como a epidemia de H1N1 à época dos fatos.

Desse modo, em que pesem as alegações do Município apelante, da compulsa dos autos, fácil constatar que houve falha no atendimento e

Acesso ao Sumário

responsabilidade do réu no desfecho trágico experimentado pela autora.

Ademais, embora tenha o perito concluído que "mesmo que tivesse sido feito diagnóstico de Vírus da Influenza A (H1N1), no Hospital e Maternidade Governador Mário Covas, não podemos afirmar que o desfecho do quadro fosse diferente", fato é que havia uma epidemia da doença na região, conforme afirmado pelo médico do Hospital de Sumaré à fl. 166. Diante desse quadro, aliado à já frágil situação da paciente, por óbvio, deveriam os médicos que assistiam a paciente, ter tomado as medidas necessárias para o diagnóstico da doença já que previsível seria sua infecção.

Com relação ao Município de Hortolândia, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, segundo a qual o dano sofrido, por qualquer indivíduo, em decorrência do funcionamento do serviço público, deve ser indenizado, **independente de comprovação de culpa**, somente podendo ser excluída a responsabilidade do Estado em caso de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima (Teoria do Risco Administrativo), importando, assim, apenas a relação de causalidade (nexo causal) entre o dano e a conduta (ato ou omissão) do agente.

Bem se vê, assim, haver nexo causal entre a conduta falha e os danos sofridos (estes inexoravelmente representados pela perda da filha e enorme sofrimento imposto à sua mãe).

Nesta ordem de fatos e da análise dos elementos de convicção contidos nos autos, resta evidente ter havido falha no atendimento hospitalar, passível de indenização.

Nesse sentido, jurisprudência desta C. Corte:

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil da Administração Pública – Erro médico – Delonga na expulsão fetal – Criança que nasceu com mazelas que a levaram ao óbito quatro dias após o parto – Inversão do ônus da prova – Teoria da carga dinâmica da prova – Réus que não se desincumbiram do ônus de demonstrar que o parto ocorreu a contento – Sentença de improcedência – Recurso provido. (Ap. nº 0035820-09.2009.8.26.0053, Rel. Des. REINALDO MILUZZI, j. de 02.02.2015).

"Responsabilidade Civil – Indenização por danos morais e materiais – Erro médico – Mau atendimento culminando com a amputação da perna direita da Autora – Responsabilidade objetiva – Culpa caracterizada – Tratamento inadequado dispensado à infante – Quantum indenizatório fixado reduzido observada a razoabilidade e proporcionalidade [...]" (Ap. nº 0040655-90.2005.8.26.0405, Rel. Des. MARREY UINT, j. de 15.01.2013).

AGRAVO RETIDO. Falta de reiteração na apelação que inviabiliza o seu conhecimento. ILEGITIMIDADE PASSIVA –

Acesso ao Sumário

Municipalidade – Descabimento – Convênio com hospital particular. RESPONSABILIDADE CIVIL – Condutas desidiosas que implicaram amputação de membro (perna direita) – Caracterizado o dever de indenizar – Dano moral – Redução do valor arbitrado – Alteração da forma de cômputo da correção monetária. Sentença reformada em parte (Ap. nº 0030797-15.2006.8.26.0562, Rel. Des. LEME DE CAMPOS, j. de 24.10.2013).

Presentes os pressupostos caracterizadores, era mesmo o caso de se impor o dever de indenizar, não havendo como se afastar a responsabilidade do Município de Hortolândia.

Neste ponto, assim constou do laudo pericial: "*Tão importante quanto o tratamento específico para a doença respiratória aguda grave acarretada pelo Vírus da Influenza A (H1N1), é a adoção oportuna de todas as medidas de suporte clínico ao paciente, segundo avaliação médica de cada caso, além do uso de medidas não farmacológicas*".

Desse modo, se acaso não houvesse demora no diagnóstico da filha da autora, talvez estivesse ela ainda viva.

Comprovado, portanto, o nexo de causalidade entre a falha na prestação do serviço médico e os danos morais experimentados pela autora.

E, presentes os requisitos legais, forçoso reconhecer a responsabilidade civil e consequente dever de indenizar pelos danos causados de ordem moral.

O caso vertente encerra verdadeira situação de dano moral presumido, haja vista que patente a submissão a situação causadora de forte abalo psíquico, mormente porque a filha da autora encontrava-se no hospital quando contraiu o vírus H1N1, em situação de epidemia do vírus, de modo que houve tempo hábil para que fosse feito o diagnóstico e prestados os devidos atendimentos.

Patente, pois o dano moral.

Neste particular, como lembra 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", 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 614).

Desse modo, provada a conduta do agente estatal, o dano suportado e o nexo causal, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Quanto ao dano moral, é claro e patente que familiares próximos sofrem a perda de um ente querido, evidenciando-se não haver dúvidas quando à necessidade do ressarcimento.

Ora, a perda de uma filha, nas condições ocorridas, trouxe à autora dor infinita, sofrimento que exorbita a normalidade, afetando profundamente o comportamento psicológico dela, causando-lhe aflições, desequilíbrio e angústia, sendo que tais estados psicológicos são consequências do dano sofrido.

A angústia, o sofrimento pelo falecimento da vítima, está naturalmente caracterizado no caso em pauta. Desnecessário qualquer tipo de prova a ser produzida nos autos.

O problema, por certo, está na quantificação do dano moral, pois se objetiva, tão somente, uma compensação pelos males sofridos, em não havendo meios de mensurar a dor da autora.

Em nosso sistema vige o critério do arbitramento pelo juiz para a fixação do *quantum* devido a título de dano moral, sendo certo que o Magistrado tem de agir com prudência ante às peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, a fim de que esta não se converta em fonte de enriquecimento e tampouco em valor inexpressivo.

Neste diapasão, orienta **Maria Helena Diniz**:

> ... na reparação do dano moral não há ressarcimento, ***já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado***, que, via de regra, tem **caráter imaterial**. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da ***violação a um direito da personalidade: vida***, integridade física, honra, liberdade etc. Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. ***Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, inibindo comportamentos lesivos.*** *(...) Em suma,* ***a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas***, de modo a 'inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo (**Curso de Direito Civil Brasileiro**, 18ª ed. Ed. Saraiva, 2004. p. 105).

Por fim, impõe deitar consideração sobre o quantum indenizatório devido ao autor pelo dano moral suportado.

Nesse sentido, deve ser asseverado que, na questão atinente ao valor da indenização, as palavras de Sérgio Cavalieri Filho elucidam a questão no sentido de que "***na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que***

Acesso ao Sumário

o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de dano novo"

Adiante, continua o autor com os critérios atinentes à fixação do valor no sentido de que "***o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar um quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes***" (*in* Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, Ed. Malheiros, 6ª ed, pág. 115/116).

Nesse sentido, vale destacar a jurisprudência deste Tribunal acerca da fixação do dano moral:

> ***DANO MORAL – Responsabilidade Civil – Fixação do valor – Montante que não pode ser irrisório, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico, nem pode ser excessivo, de modo a propiciar o enriquecimento sem causa – Redução da verba determinada – Recursos parcialmente providos*** (TJSP, Apelação Cível com Revisão n. 212.568-4/7-00 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Elliot Akel - 20.12.05 - V. U. - Voto n. 17.873).
>
> ***DANO MORAL – Responsabilidade civil – Indenização – Valor excessivo – Redução Considerando a extensão do dano, a capacidade econômica das partes e as demais peculiaridades do caso concreto, a indenização deve ser reduzida para dez salários mínimos atuais, corrigidos e com juros contados de hoje, valor que alcança a reparação do dano em suas duas vertentes, a compensatória (minimizando a angústia experimentada pelo jurisdicionado) e sancionatória (desestimulando o autor do ilícito a reincidir no ato danoso), sem constituir modo oblíquo de enriquecimento sem causa - Recurso da demandante improvido e provido, em parte, o recurso do demandado.*** (TJSP, Apelação Cível n. 1.020.791-0/7 - Piracicaba - 35ª Câmara de Direito Privado - Relator: Artur Marques 03.07.06 - V.U. - Voto n. 11.427).
>
> No mesmo sentido:
>
> ***PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. CABIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.***
>
> ***1. A indenização a título de danos morais deve ser estabelecida em termos razoáveis.***
>
> ***2. A indenização não pode ser instrumento de enriquecimento indevido.***

Acesso ao Sumário

Contudo, deve ser suficiente para desestimular aquele que causou o dano, no sentido de que não venha a provocá-lo novamente.

3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 334781/PR, RECURSO ESPECIAL 2001/0089786-8, Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 03/05/2005, Data da Publicação/Fonte, DJ 13/06/2005, p. 225).

Portanto, no caso concreto, ao analisar-se o grau da culpa do município requerido, e o nível socioeconômico da vítima e de sua família, entendo que mais razoável se mostra o valor ora arbitrado a título de indenização pelos danos morais.

Desta forma, considerando, de um lado, a razoabilidade e a proporção como critérios de mensuração da reparação e, de outro, os consequentes transtornos, reputo a quantia de **R$ 100.000,00 (cem mil reais)**, ora fixada, ser suficiente a reparar o dano moral, bem como servir de desestímulo à prática de iguais causas, com incidência de juros de mora e correção monetária, nos termos estabelecidos na Sentença.

Portanto, comportam parcial acolhimento a remessa necessária e o recurso voluntário do Município de Hortolândia, apenas para reduzir o valor a título de danos morais para R$ 100.000,00, mantida no mais a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados.

Para efeito de prequestionamento, importa registrar que não houve violação dos preceitos da Constituição Federal ou de qualquer lei infraconstitucional, restando expressamente prequestionados todos os dispositivos legais implícita e explicitamente mencionados.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento à remessa necessária e ao recurso voluntário do Município** apenas para reduzir o valor da indenização, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0011670-90.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODOANEL SUL 5 ENGENHARIA LTDA., é apelado DERSA DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao

recurso. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Fernando Brito e Guilherme Afonso Dourado", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 3 de julho de 2019.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: DIREITO PÚBLICO – APELAÇÃO DA AUTORA – CONTRATO DE EMPREITADA PARA IMPLANTAÇÃO DO RODOANEL-TRECHO SUL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

MÉRITO – ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO – TAC E ADITIVOS CELEBRADOS LIVREMENTE PELAS PARTES QUE VEDAM NOVA MAJORAÇÃO DOS VALORES CONTRATUAIS – Ação de indenização com o objetivo de receber valores complementares decorrentes de contrato administrativo de empreitada, sob o argumento de significativa elevação dos preços dos encargos e insumos – Teoria da imprevisão inaplicável – Celebração de Aditivos contratuais e de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta aumentando o valor a ser pago à contratada, abarcando todo e qualquer custo posterior, comprometendo-se a empreiteira a não pleitear qualquer quantia na esfera administrativa ou judicial – Melhor exegese daqueles instrumentos que vedam novo acréscimo aos valores recebidos.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – REDUÇÃO – ADMISSIBILIDADE – Adoção de percentual sobre o valor da causa, extremamente elevado, que se afigura desproporcional ao trabalho realizado, desvirtuando o escopo da legislação em vigor e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a configurar verdadeiro enriquecimento indevido, não obstante o excelente trabalho desempenhado pelos patronos da autora – Redução devida, atendendo-se, assim, os

Acesso ao Sumário

parâmetros previstos nos incisos do § 2º do artigo 85 do N.C.P.C.

Improcedência mantida – Recurso parcialmente provido para reduzir a verba honorária.

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela autora contra a r. sentença de fls. 1.884/1.889, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a ação de *indenização*, condenando-a ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Foram interpostos embargos de declaração pela requerente (fls. 1.893/1.897) e pela requerida (fls. 1.899/1903), ambos rejeitados (fls. 1.919).

Em apelação (fls. 1.922/1.948), a autora sustentou que:

a) a discussão nesta demanda não se referiria aos valores que seriam englobados no 3º Termo Aditivo do contrato original, que decorreria do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TAC MPF/SP nº 018/2009, celebrado com a participação do Dersa, da apelante, consórcios responsáveis pela execução dos demais lotes do Rodoanel, DNIT e Ministério Público Federal;

b) a demanda teria por objeto indenização pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, durante sua execução, eis que a autora teria se deparado com significativa elevação dos encargos suportados para a prestação dos serviços contratados, notadamente em razão da majoração dos preços dos insumos;

c) o TAC celebrado não teria abordado eventual modificação na fórmula de reajustamento ou condição para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente do substancial e imprevisível aumento do preço dos insumos necessários para a execução da obra;

d) o acréscimo dos custos teria ocorrido na fase de execução das obras, cujo cronograma estaria atrasado em decorrência de fatores alheios à sua vontade, discorrendo acerca dos custos e elementos econômicos que teriam dado causa àquele desequilíbrio financeiro, cuja recomposição estaria garantida pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e pelo artigo 65 da Lei nº 8.666/93, além do artigo 884 do Código Civil, que vedaria o enriquecimento ilícito;

e) a prova pericial elaborada nos autos deveria ser devidamente valorizada, eis que concluiu pela ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro na execução do contrato, reiterando que os valores que estariam sendo pleiteados nesta demanda não teriam sido contemplados naquele TAC e, consequentemente, no 3º Termo Aditivo, apegando-se aos termos do artigo 479 do N.C.P.C..

Acesso ao Sumário

Subsidiariamente, alega que a demanda teria sido ajuizada na vigência do C.P.C./73, e a r. sentença teria sido proferida sob o pálio do N.C.P.C./2015, razão pela qual deveriam ser expostos os fundamentos que levaram ao arbitramento da verba honorária em elevada quantia, quando deveria ser fixada por equidade.

O recurso, preparado (fls. 1.949/1.950), foi processado (fls. 1.953) e contra-arrazoado (fls. 1.961/1.987).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

2.1) Do mérito

Preambularmente, deve ser apreciada a controvérsia acerca do alcance do 3º Termo Aditivo do contrato original, que, por sua vez, decorreria do *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - TAC MPF/SP nº 018/2009*, celebrado com a participação do Dersa, da apelante, dos outros consórcios responsáveis pela execução dos demais lotes do Rodoanel, DNIT e Ministério Público Federal.

E diante da análise dos termos daquele aditamento, não há como deixar de aplicar suas disposições à hipótese versada nos autos.

Com efeito, após subscrito o contrato para execução das obras do Rodoanel Trecho Sul entre o Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A. e o Consórcio OAS/Mendes (fls. 474/493), foram celebrados aditivos modificativos das cláusulas originais, sendo que o 1º Aditivo estipulou uma redução do valor a ser pago ao Consórcio contratado (fls. 794/501); o 2º Aditivo para alterar a razão social da empresa contratada, diante da constituição de Sociedade de Propósito Específico denominada *Rodoanel Sul 5 Engenharia Ltda*. (fls. 502/503).

Posteriormente, foi celebrado o citado *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta* (fls. 513/523), que embasou o *3º Termo Aditivo e Modificativo* do contrato (fls. 504/508).

E, com vistas ao deslinde da controvérsia, cumpre analisar as disposições destes últimos dois instrumentos, para verificar se se aplicam à pretensão de revisão conforme proposto na vestibular, devendo ser salientado que fora celebrado um *4º Termo Aditivo*, que, porém, somente prorrogara em dois meses o prazo para conclusão da obra (fls. 509/510).

Acesso ao Sumário

Nesses termos, não há como se acolher a pretensão da autora em cobrar novos valores sob o argumento de desequilíbrio econômico financeiro, pois, segundo seu entendimento, "*Durante a execução do contrato, a Autora deparou-se com a significativa elevação dos encargos suportados para a prestação dos serviços contratados, notadamente em razão da majoração dos preços dos insumos*." (fls. 06, *in fine*).

Ora, a Cláusula Segunda, § 5º do *Termo de Compromisso de Ajustamento*

de Conduta, encontra-se assim redigida:

*"**CLÁUSULA SEGUNDA** – O DERSA, com a interveniência do DNIT, obriga-se a celebrar os Termos Aditivos e Modificativos aos contratos mencionados na Cláusula Primeira, com a obrigação de efetuar os pagamentos dos valores indicados nas minutas em anexo, que fazem parte integrante do presente TAC.*

(...)

*§ 5º - O valor do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato nº 3.587/06, com o CONSÓRCIO OAS/MENDES, relativo ao LOTE 5, corresponderá a **R$ 110.981.977,08 (cento e dez milhões, novecentos e oitenta e um mil, novecentos e setenta e sete reais e oito centavos)**, equivalente a **22,56%** do valor contratual de 491.935.562,34, base dezembro/2005 (com desconto de 4% obtido quando do 1º TAM).*

Já as cláusulas seguintes dispõem:

*"**CLÁUSULA TERCEIRA** – Os valores indicados na Cláusula Segunda e parágrafos **correspondem à remuneração da totalidade dos serviços considerados nos contratos, necessários à conclusão de todos os lotes do Trecho Sul do Rodoanel Mario Covas**, bem assim dos serviços extracontratuais previstos e dos previsíveis até a celebração do presente TAC.*

***§ 1º - Estão contemplados na remuneração descrita no caput os valores devidos pelo DERSA relativamente a todos os pleitos apresentados pelos CONSÓRCIOS** até a data da celebração do presente Termo.*

***CLÁUSULA QUARTA** – Os CONSÓRCIOS **desistem, expressamente, do direito de requerer, nas vias processuais administrativas ou judiciais, em face da DERSA e do DNIT, quaisquer outros valores a título de remuneração, pelos serviços contratuais e extracontratuais**, referidos na Cláusula Terceira."* (fls. 517/518 – destaquei em negrito).

Diante desses parâmetros, foi celebrado o *3º Termo Aditivo e Modificativo*, que estipulou:

"***CLÁUSULA I***

Ao valor contratual de R$ 491.935.562,34 (quatrocentos e noventa e um milhões, novecentos e trinta e cinco mil, quinhentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos), referido a Dezembro/2005, referido a Dezembro 2005, (sic) estabelecido na Cláusula III do 1º Termo Aditivo ao Contrato acima citado, fica acrescida a parcela de R$ 110.981.977,08 (cento e dez milhões, novecentos e oitenta e um mil, novecentos e setenta e sete reais e oito centavos), passando o novo valor contratual a ser de R$

Acesso ao Sumário

602.917.539,42 (seiscentos e dois milhões, novecentos e dezessete mil, quinhentos e trinta e nove reais e quarenta e dois centavos), referido a Dezembro/2005. O Valor ora aditado está previsto no item Orçamentário da Secretaria dos Transportes, Secretaria do Planejamento e Secretaria da Fazenda." (fls. 504).

Já as cláusulas II e III reproduziram as disposições do *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta* acima mencionadas.

Assim, diante do conteúdo das cláusulas livremente pactuadas pelas partes contratantes, com a participação do Ministério Público Federal, DNIT, e demais empresas que executavam outros trechos daquela obra, não havia mesmo como se atender à pretensão inaugural.

Como constou no trecho anteriormente destacado, na cláusula terceira e parágrafo primeiro do *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta*, os valores indicados naquele documento "***correspondem à remuneração da totalidade dos serviços considerados nos contratos, necessários à conclusão de todos os lotes do Trecho Sul do Rodoanel Mario Covas"***, e ***"Estão contemplados na remuneração descrita no caput os valores devidos pelo DERSA relativamente a todos os pleitos apresentados pelos CONSÓRCIOS***".

Dessa forma, diante da melhor exegese das disposições subscritas livremente pelas partes, deve se entender que naquela oportunidade a empresa contratada, ora apelante, indicou todos os valores que entendia devidos, abrindo mão de qualquer outra eventual pretensão posterior.

Inclusive, a corroborar esse entendimento, merece destaque o teor da cláusula quarta, pela qual "***Os CONSÓRCIOS desistem, expressamente, do direito de requerer, nas vias processuais administrativas ou judiciais, em face da DERSA e do DNIT, quaisquer outros valores a título de remuneração, pelos serviços contratuais e extracontratuais***".

A própria apelante, ao subscrever aquele Termo, obviamente verificou a realidade de seus custos para a finalização da obra, tanto que se comprometeu a não pleitear, administrativa ou judicialmente, qualquer outro valor.

E como já decidido por esta Corte de Justiça, em demanda envolvendo as mesmas partes aqui litigantes:

"Não há absolutamente nada nos autos a indicar que os valores pagos quando do aditamento contratual realizado são insuficientes para que reequilibrar o contrato firmado.

Ainda, a própria recorrente, quando assinou o TAC e os aditamentos contratuais, abriu mão de receber novos valores, ficando evidente que concordou com o montante que lhe foi pago, não podendo haver o aumento dos valores.

Como bem observou a decisão de primeiro grau, a fls. 2496, ***uma***

empresa experimente como a recorrente tinha condições de saber qual o seu prejuízo, quando assinou o aditamento, não podendo, agora, ingressar em juízo, alegando que não poderia analisar com precisão o montante que lhe era devido.*"* (Apelação nº 0007206-86.2012.8.26.0053; rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, 3ª Câmara de Direito Público; j. em 11/12/2018).

No mesmo sentido:

"CONTRATO ADMINISTRATIVO. Construção do Trecho Sul do Rodoanel Mário Covas. Trecho entre a BR-116 (Rodovia Régis Bittencourt) e o acesso à Avenida Papa João XXIII, no município de Mauá. Contrato nº 3.584/06. Lote 02. Aumento significativo dos custos da construção civil. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 018/2009, firmado pela Dersa, consórcios contratados, DNIT e Ministério Público Federal. Pretensão ao recebimento de indenização correspondente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. 1. Cerceamento de defesa. O juiz tem livre apreciação sobre a necessidade de produção de provas; o indeferimento de provas inúteis, protelatórias ou irrelevantes é permitido pelo art. 130 do CPC, não constitui cerceamento de defesa e não viola o art. 5º, LV da CF. Afasto a preliminar. 2. Reequilíbrio econômicofinanceiro. ***O estudo elaborado pela Fundação Getúlio Vargas ignora o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta TAC MPF - SP no 018/2009 e do 2º Termo Aditivo e Modificativo do Contrato no 3.584/06, ocorridas posteriormente à significativa majoração dos preços ocorrida entre os meses abril e dezembro de 2008, que importou em acréscimo contratual de R$-33.327.537,60, superior às supostas perdas de faturamento estimadas até o mês de fevereiro de 2010. O valor acrescido abrange os valores dos serviços extracontratuais previstos e dos previsíveis até a celebração do TAC (revisão retrospectiva) e os serviços ainda necessários à finalização das obras (revisão prospectiva e prefixação do preço).*** *Ausência de elementos capazes de autorizar a alteração contratual, a teor do art. 65, II, 'd' da LF nº 8.666/93."* (Apelação nº 0055082-37.2012.8.26.0053; rel. Des. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público; j. em 26/01/2015 – destaquei em negrito).

De igual forma, decisão desta C. Câmara:

"Apelação Cível – Contrato administrativo – Pretensão à revisão da avença para pretenso restabelecimento da equação econômicofinanceira, com a consequente indenização por gastos tidos por imprevisíveis e irresistíveis, decorrentes de chuvas intensas no local em que realizadas as obras do Lote 5 do Rodoanel Sul – Impossibilidade – Intempéries climáticas que não podem ser consideradas álea extraordinária, à vista da larga expertise da requerente no ramo da construção civil,

Acesso ao Sumário

inclusive na consecução de obras públicas – ***Remuneração que, ademais, foi majorada em aditamento contratual autorizado em Termo de Ajustamento de Conduta, momento em que a requerente já tinha ciência do volume pluviométrico aumentado, tendo plenas condições de prever as consequências financeiras daí advindas – TAC que, ao que tudo indica, contemplou o aumento de custos em decorrência das chuvas, prevendo que a requerente desistia do direito de requerer, nas vias processuais administrativas ou judiciais, em face da DERSA e do DNIT, quaisquer outros valores a título de remuneração, pelos serviços contratuais e extracontratuais*** – *Impositiva redução dos honorários de sucumbência – Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.* (Apelação nº 0009696-18.2011.8.26.0053; rel. Des. Souza Meirelles; j. em 25/03/2015 – destaquei em negrito)

Assim, a autora, quanto à sua pretensão, sequer encontraria amparo na teoria da imprevisão, pois não é crível que, ao subscrever aquele Termo, não tivesse já se precavido quanto às vicissitudes inerentes ao mercado da construção civil, no qual, veteraníssima, atua de longa data, intensamente.

Ademais, tal teoria também não se aplica ao caso diante dos fundamentos que balizaram a petição inicial, no sentido de ressaltar a "*significativa elevação dos encargos suportados para a prestação dos serviços contratados, notadamente em razão da majoração dos preços dos insumos*.", merecendo, a respeito, destaque excerto de decisão deste E. Sodalício, trazendo a mais abalizada doutrina:

Não houve imposição compulsória; não houve rescisão contratual. Os aditamentos havidos superaram eventuais danos alegados no 'BDI'. Ademais, não houve oposição do consórcio autor ao maior prazo com que foi concluída a obra pública; trata-se, em verdade, de consórcio formado pelas maiores empresas de construção do Brasil, como se disse, com larga experiência no tema. Não era este o único canteiro de obras, à época, certamente; a tese do Consórcio autor pressuporia que esta teria sido a única obra que o mesmo fez e que esteve, todo o tempo, aguardando determinações da Administração.

6.6. *Não tendo havido fatos previsíveis de* ***consequências incalculáveis****, caso fortuito ou força maior, também sequer, no caso, de aplicar-se a teoria da imprevisão. São pressupostos da aplicação de tal teoria: primeiro, a alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; segundo, onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperável, diante dos termos do ajuste; e terceiro, por último, o enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência*

Acesso ao Sumário

direta da superveniência imprevista. São esses acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do contrato, por tal forma perturbando o seu equilíbrio, como inicialmente estava fixado, ***que torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter podido antes antever esses fatos****. Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal, em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza, em relação ao devedor. Consequentemente, a imprevisão tende a alterar ou excluir a força obrigatória desse tipo de contrato.*

Nas imorredouras palavras de um dos maiores juristas pátrios, ***CAIO TÁCITO*** *(negritos ausentes no original):*

*"****A teoria da imprevisão*** *é, contudo, uma ressalva extraordinária à regra do cumprimento obrigatório dos contratos. A sua invocação pressupõe um estado de crise,* ***uma transfiguração inaudita*** *da matéria de fato, que submeta o empreiteiro, inesperadamente, a um prejuízo intolerável. Não é demais lembrar o conselho de Gaston Jèze, quanto à sobriedade terapêutica: 'La teoría de la imprevisión es uma teoria excepcional; por eso que es preciso aplicaria* ***em forma restrictiva*** *y no extensiva' (ob. cit. p. 44). A álea ordinária, o* ***encargo previsível*** *ou* ***suportável****, cabe, por força de lei e do contrato,* ***a quem se obrigou a construir****. É o ônus usual do negócio, o risco comercial comum, que não pode recair sobre o outro contratante.* ***O fato de se verificar, no recurso da execução do contrato, acréscimo do custo de mão de bora ou dos materiais não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado****. A* ***teoria da imprevisão****, apenas, cogita da álea econômica* ***extraordinária****, que, pela* ***impossibilidade de previsão*** *e pelo excessivo peso de sua incidência, deve ser dividida entre os contratantes. Definem* ***Duez e Debeyre****, em obra recente, o âmbito do remédio da exceção:*

'...la théorie de l'imprévision, pour entrer em jeu, suppose des événements économique indépendents de la volonté des parties et qui présentent une triple caractéristique; 1.º faits exceptionels, ils sortent pour leur nature ou pour leur amplitude, de la normale; 2.º faits imprévisibles: ***il n'etait pas vraisemblament possible de les prévoir lors de la passation du contract****; 3.º faits determinant um bouleversement de la situation financière du concessionnaire, telle qu'elle resulte du contract' (traité de Droit Administratif, 1952, p 573).*

(...) ***Salientando a profunda diversidade entre os fundamentos da teoria no Direito Privado e no Direito Administrativo****, no qual se filia o princípio da continuidade do serviço público,* ***Laubadère*** *estuda, exaustivamente, os requisitos básicos do 'estado de imprevisão': a* ***imprevisibilidade*** *e a involuntariedade do fato gerador do prejuízo*

Acesso ao Sumário

e a extrema onerosidade deste desequilíbrio financeiro do contrato: "D'une manière générale, la bouleversement du contract implique une perturbation profonde, ***anormale****; une telle notion se relie à la distinction déja signalée entre les aléas 'ordinaires' et les aléas 'extraordinaires' de la vie contractuelle (A. de Laubadère, Traitè Théorique et Pratique des Contracts Administratifs, 1956, tomo III, p. 108). (...) As* ***modificações unilaterais*** *das prestações do contrato administrativo, que são uma de suas características especiais, como acima referido, não constituem, verdadeiramente em alterações do contrato,* ***pois a regra da mutabilidade é cláusula implícita que já se contém****, portanto,* ***na estrutura do negócio jurídico****. As* ***alterações bilaterais*** *dos contratos* ***supõem novo acordo de vontades*** *e deverão observar a mesma forma do contrato original, exprimindo-se* ***mediante termos aditivos*** *ou instrumentos complementares subordinados, igualmente, ao controle do Tribunal de Contas. (Temas de Direito Público, p. 631 e ss., 1.º v., Renovar, 1997)."* (Apelação nº 0032199-48.2002.8.26.0053; rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, 9ª Câmara de Direito Público; j. em 17/02/2016 – destaques no original).

Dessa forma, não era mesmo o caso de se acolher o pedido inaugural, devendo ser mantida a improcedência da ação.

2.2) Dos honorários advocatícios

Contudo, quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, acolhe-se os argumentos da recorrente, ainda que em parte.

Com efeito, a verba honorária sucumbencial foi fixada no mínimo legal previsto no N.C.P.C., incidente sobre o valor da causa.

Conquanto se respeite o trabalho desenvolvido pelos patronos da apelada, e sem que se pretenda aviltar aquela verba, ainda que estabelecida no mínimo legal, não há como se manter tal arbitramento, pena de se onerar em demasia a parte sucumbente.

Com efeito, inexiste óbice, *in casu*, à fixação de honorários por equidade, eis que, considerando-se o valor atribuído à causa (R$ 36.100.215,24 – fls. 29), a adoção de percentual estabelecido no artigo 85 do N.C.P.C., ainda que mínimo, implicaria em quase quatro milhões de reais.

Essa importância, sem nenhum demérito ao excelente trabalho desempenhado pelos patronos da requerida, mostra-se desproporcional à complexidade da causa, que tem por objeto questão exclusivamente de direito, de forma a que os nobres advogados, embora atuando diligentemente, não tiveram trabalho extraordinário na defesa dos interesses de sua cliente.

Nesse contexto, tem-se que adoção de outro parâmetro, que não a equidade, revelar-se-ia desproporcional e desarrazoado, e redundaria em flagrante enriquecimento indevido, não sendo esse o escopo da legislação

processual em vigor, salientando-se que, no caso, para a adequada fixação da verba honorária devem ser considerados os critérios objetivos estabelecidos nos incisos do § 2º do artigo 85 do N.C.P.C.

Nesse sentido, merece destaque excerto de decisão proferida por esta C. Câmara, *in verbis*:

> *"De outra parte, a fixação da verba advocatícia em percentual sobre o valor da causa, na hipótese dos autos, caracterizaria valor excessivo, fora dos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade.*
>
> *Como se sabe, estes critérios 'são objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária' (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nota 23 ao art. 20 do CPC, pág. 275).*
>
> *Dessa forma, inviável a majoração dos honorários advocatícios, tal como postulado."* (Apelação nº 1584812-68.2014.8.26.0014; Rel. Dr. Djalma Lofrano Filho; TJSP, 13ª Câmara de Direito Público; julgado em 03/05/2017).

Assim, arbitram-se os honorários sucumbenciais em R$110.000,00 (cento e dez mil reais) em favor dos advogados da requerida, já se levando em conta o trabalho realizado nesta instância.

Posto isso, mantendo-se a improcedência da demanda, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a verba honorária (item 2.2).

Anote-se que eventuais embargos declaratórios opostos em face deste acórdão serão julgados em sessão virtual, consoante o disposto na Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte Bandeirante, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

3) CONCLUSÃO

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045782-29.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WILMA APARECIDA FIALHO MEDINA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO TRANSPORTE S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.414)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 2 de julho de 2019.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação ordinária – Fornecimento transporte especializado "ATENDE" para portadora de "insuficiência renal crônica" – Admissibilidade – Dever do Estado – Artigo 196 da Constituição Federal – Precedentes – Sentença de improcedência da ação – Provimento do recurso da autora, para o decreto de procedência da ação, consoante especificado.

VOTO

I – Trata-se de ação ordinária com o objetivo de fornecimento do serviço de transporte especializado "ATENDE", de forma integral à autora, portadora de "*insuficiência renal crônica*".

A r. sentença de fls. 168/172, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Recorre a autora, alegando, preliminarmente, nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa quanto à necessidade de prova pericial. No mérito pretende a procedência da demanda.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

II – Primeiramente, cumpre observar aplicar-se ao caso em exame o Enunciado 2 oriundo do Plenário do STJ, no sentido de que "*aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na*

Acesso ao Sumário

forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

No mais, preservado o respeito ao convencimento da MMª. Juíza de Direito prolatora da r. sentença recorrida, tem-se pelo provimento do recurso, para o decreto de procedência da ação.

Sem cabimento a preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que a matéria controvertida, apesar de direito e de fato, encontra-se alicerçada em prova documental suficiente, de modo que nada impedia o julgamento da causa.

Consequência dos preceitos expressos nos artigos 23, inciso II, e 196 da Constituição Federal, forçoso reconhecer que a *saúde* é concebida como "*direito de todos e dever do Estado*", que a deve garantir, pois, de forma efetiva, não só "*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*", como também que proporcionem o "*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Consoante já decidiu a Egrégia Câmara Especial deste Tribunal, ao conhecer de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com o objetivo de compelir a Fazenda Pública estadual a prestar atendimento especializado a menor portador de deficiência (Apelação Cível nº 24.332-0 JTJ 179/12): "*Há que se entender que, quando o artigo 196 da Constituição da República estabelece "a saúde é direito de todos e dever do Estado...", está a dirigir-se não só à União, como aos Estados e Municípios, cujas ações e serviços públicos de saúde devem integrar regionalizada e hierarquizada, consistindo em sistema único (Sistema Único de Saúde – SUS), organizado de acordo com o artigo 198 e observadas as atribuições do artigo 200 da mesma Carta*".

No caso específico dos autos, embora diverso o objeto do pedido pormenorizado na petição inicial, ou seja, no sentido de compelir o Poder Público a fornecer transporte especializado "ATENDE" à autora, outro não se apresenta, no substancial, o dever do Estado de assegurar assistência integral à saúde, incluindo transporte especializado às pessoas portadoras de deficiência física ou que não apresentem condições de mobilidade e acessibilidade aos meios de transportes convencionais, em consonância com o que estabelece a Constituição Federal, tratando-se, pois, de responsabilidade solidária entre todos os entes federativos.

Ademais, conforme relatório médico de fls. 19/21, a autora é portadora de insuficiência renal crônica e de outras enfermidades, fazendo tratamento de hemodiálise há 24 anos, encontrando-se, atualmente, com dificuldade para locomoção devido a dores ósseas generalizadas e quadro de fraqueza geral.

Assim sendo, evidente o direito da autora ao transporte especializado

Acesso ao Sumário

"ATENDE", instituído pelo Decreto Municipal nº 36.071, de 09.05.1996, e alterado pelo Decreto nº 54.802, de 30.01.2014, ao estabelecer (art. 1º) destinar-se "*a transportar pessoas que não apresentarem condições de mobilidade e acessibilidade autônoma aos meios de transportes convencionais ou que manifestarem grandes restrições ao acesso e uso de equipamentos urbanos [...]*".

Nesse sentido, de inteira aplicação ao caso em exame, ante a similaridade de situações, o decidido por esta Corte na Apelação nº 1038137-16.2016.8.26.0053, de relatoria do eminente Desembargador Reinaldo Miluzzi, com a seguinte ementa:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Transporte especial – Programa ATENDE – Autora portadora de doença renal crônica beneficiária do programa – Alegação de prestação do serviço de forma inadequada Seções de hemodiálise que não admitem interrupção – É dever do Poder Público fornecer meios para que o necessitado possa submeter-se a tratamento – Hipótese em que não há afronta ao princípio da isonomia – Sentença de procedência – Recurso não provido" .

E acrescenta o venerando acórdão por esclarecedor:

"[...]. Ressalta-se, ademais, que a integração das pessoas portadoras de deficiências, bem como as portadoras de doenças graves e que não possuem condições físicas e financeiras para se utilizar dos transportes coletivos públicos, o fornecimento de transporte adaptado possibilita-lhes acesso adequado ao tratamento, ocorrência legal das normas jurídicas escritas nos dispositivos constitucionais acima mencionados.

Por conseguinte, está comprovada a juridicidade e razoabilidade do pedido inicial, corroborado na obrigação legal dos réus de prestar efetivo atendimento à pessoa carente, através do fornecimento de meio de transporte adaptado.

Inquestionável é o direito de o doente ter disponibilizado transporte adequado às suas necessidades, para deslocamento aos locais em que realiza tratamentos de saúde, terapias e para a escola, sendo certo que sua negativa implicaria, ordinária e necessariamente, em direta ofensa à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). [...]".

Também, segundo orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*À luz do Principio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da Republica, impõe-se a concessão do transporte para a realização de tratamento da deficiência, como instrumento da efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde*" (cf. REsp nº 937310/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.02.2009).

Em reforço, confiram-se os seguintes precedentes desta Corte: "*Apelação*

Acesso ao Sumário

nº 0123003-86.2007.8.26.0053, Rel. Des. Ferreira Rodrigues; Apelação nº 1012006-67.2017.8.26.0053, rel. Des. Ana Liarte; Apelação nº 1043616-58.2014.8.26.0053, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi; Apelação nº 0017753-54.2013.8.26.0053, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, dentre outros".

Assim sendo, incorporados os fundamentos supracitados, tem-se pelo provimento do recurso da autora, para o fornecimento do transporte especializado pormenorizado na petição inicial, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00, porquanto ao Judiciário compete tornar efetivo o direito expresso no artigo 196 da Constituição Federal, nas hipóteses de omissão ou inércia do Poder Público, o que não se confunde com o poder-dever da Administração de gerir os recursos destinados à saúde pública.

Em razão do princípio geral da sucumbência, arcarão as rés com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso da autora, para o decreto de procedência da ação, consoante especificado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001692-72.2018.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, são apelados M.F.O.Z. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), L.M.O.Z. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e M.V.O.Z. (TUTOR(A)).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público 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 22.811)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: PENSÃO POR MORTE. Caconde. Netas sob guarda. LF nº 9.717/98. LF nº 8.213/91. LCE nº 180/78. ECA, art. 33, § 3º. Indeferimento administrativo. Dependência econômica. LF nº 11.960/09. 1. Pensão.

Acesso ao Sumário

Menor sob guarda. A LF nº 9.717/98 veda a concessão pelos regimes próprios de benefício previdenciário não previsto na LF nº 8.213/91, que não inclui o menor sob guarda. A jurisprudência pacificada nesse sentido na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça não mais prevalece; segundo o entendimento adotado na 1ª Seção, a quem transferida a competência da matéria, o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevalece sobre a norma previdenciária e confere por si só o direito aqui pleiteado (A F P de A v. Estado de Mato Grosso, RMS nº 36.034-MT, STJ, 1ª Seção, 26-2-2014, Rel. Benedito Gonçalves, dois votos vencidos). Com a ressalva de meu entendimento, não há sentido em desafiar o entendimento assim pacificado, pelo que se reconhece o direito das autoras, menores sob guarda, à pensão deixada pela avó. – 2. Dependência econômica. A concessão do benefício exige, além da guarda, a demonstração da dependência econômica. As circunstâncias do caso apontam nesse sentido: não consta das certidões de nascimento das autoras o nome do pai ou dos avós paternos; a guarda foi dada à avó pelo fato da genitora apresentar histórico imoderado de drogas ilícitas e planejar mudar sem trabalho ou local para morar; não se sabe do paradeiro da mãe e a nova guarda foi atribuída ao tio; há notícia de que a avó realizava o pagamento das matrículas e mensalidades escolares; e o Conselho Tutelar da Comarca de Caconde declarou conhecimento de que as netas encontravam-se sob a guarda e tutela de avó, vivendo sob o mesmo teto, com manutenção das necessidades básicas. A concessão do benefício é medida de rigor. 3. LF nº 11.960/09. No julgamento das ADI nº 4.357-DF e 4.425-DF, Rel. Luiz Fux o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração da caderneta de poupança" do § 12 do art. 100 da Constituição Federal introduzido pela EC nº 62/09 e, em consequência e por arrasto, a disposição semelhante da LF nº 11.960/09; permanecem hígidos, no entanto, os juros de mora nela previstos. Modulação dos efeitos que não interfere na constituição do título (a fase de conhecimento), mas

Acesso ao Sumário

apenas na fase de pagamento (após a expedição do precatório). A correção monetária será calculada pela Tabela Prática do TJSP, desde a data em que cada parcela deveria ter sido paga. – Procedência. Recurso da SP-Prev desprovido, com determinação de ofício.

VOTO

1. A sentença de fls. 116/120, concedendo a tutela de urgência para determinar a imediata implantação do benefício, julgou procedente a ação para condenar a ré no pagamento às autoras, netas de servidora estadual falecida e menores sob guarda da 'de cujus', da pensão por morte desde a data do pedido administrativo; as parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente desde cada vencimento e acrescidas de juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da LF nº 9.494/97, com redação dada pela LF nº 11.960/09. Em razão da sucumbência, condenou a ré no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC. Deixou de recorrer de ofício, a teor do art. 496, § 3º, II do CPC.

Apela a SP-Prev (fls. 141/148); diz que os regimes próprios de previdência social não podem conceder benefícios nem prever beneficiários distintos dos previstos para o Regime Geral de Previdência Social regido pela LF nº 8.213/91; apesar de o art. 33, § 3º do ECA indicar que a guarda confere ao menor a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários, a LF nº 8.213/91 estabelece que apenas o enteado e o menor tutelado se equiparam a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica; não há previsão nas LF nº 8.213/91 e LCE nº 180/78 sobre a inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários; havendo conflito entre as normas, prevalece a especial LF nº 8.213/91 sobre o ECA; cita jurisprudência. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões a fls. 156/163.

É o relatório.

2. Fatos. As autoras, menores, são netas de M.A.O.Z., servidora pública estadual falecida em 1-4-2018 (fls. 15/17); conforme sentença proferida em 23-11-2012, nos autos do processo nº 0004417-95.2011.8.26.0103, Vara de Caconde, desde aquela época estavam sob a guarda da avó (fls. 22/23). Em 30-5-2018, representadas pelo tio e novo guardião M.V.O.Z., ingressaram com pedido administrativo de pensão por morte (fls. 24/25, 27); mas a concessão do benefício foi indeferida por ausência de amparo legal (fls. 28). Pedem a concessão da pensão.

Acesso ao Sumário

3. Pensão. Beneficiários. A previdência social é um direito de segunda geração, constitucionalmente assegurado (CF, art. 6º, 'caput'), cuja competência legislativa é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (CF, art. 24, XII). Neste contexto, cabe à União estabelecer as normas gerais sobre a matéria, o que não exclui a competência suplementar dos Estados (CF, art. 24, § 2º). A Constituição Federal cuida da previdência social, principalmente, nos art. 40, 201 e 202, que tiveram as suas redações originais alteradas, em sua maioria, pela reforma previdenciária de 1998, implantada por meio da Emenda Constitucional nº 20, que instituiu o sistema contributivo, dentre outra inovações, e determinou que lei federal traçasse as normas gerais do regime próprio da União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Foi então promulgada a LF nº 9.717/98 de 27-11-1998, norma nacional que rege a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Essa lei previu normas gerais de aplicação a todos os entes da Federação como, por exemplo, a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (art. 1º), o piso da alíquota de contribuição, que não pode ser inferior à dos servidores titulares de cargo efetivo da União (art. 3º), a impossibilidade de concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, salvo disposição em contrário da Constituição Federal (art. 5º), dentre outros. A lei não cuida dos beneficiários, e nem precisava; pois o beneficiário se confunde com os benefícios e são igualmente regrados pela lei geral da previdência social.

No Estado de São Paulo, o regime próprio dos servidores é regulado pela LCE nº 180/78, com as alterações dadas pela LCE nº 1.012/07, que adequou o sistema previdenciário paulista às novas diretrizes traçadas pelas normas gerais introduzidas pela EC nº 20/98 e LF nº 9.717/98.

4. É firme a jurisprudência do tribunal em invalidar os benefícios previdenciários que contrariem a LF nº 9.717/98, ainda que previstos na lei local; no caso do menor sob guarda, o entendimento se baseava, entre outros, na posição então pacificada no Superior Tribunal de Justiça da prevalência da lei previdenciária (que excluíra o menor sob guarda da lista de beneficiários da previdência social geral) sobre a previsão do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, a competência para a matéria foi transferida para a 1ª Seção que, depois de seguir a jurisprudência assente e de alguma hesitação, reverteu o entendimento para fazer prevalecer a legislação de proteção do menor. A ementa é a seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM

Acesso ao Sumário

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. 1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica. 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II). 6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor. 7. Recurso ordinário provido (A F P de A v. Estado de Mato Grosso, RMS nº 36.034-MT, STJ, 1ª Seção, 26-2-2014, Rel. Benedito Gonçalves, dois votos vencidos).

Assim, continua válido o entendimento de que a LF nº 9.717/98 veda a concessão de benefício não previsto na lei geral da previdência social, aí incluídos os netos e terceiros designados; mas não prevalece no caso de menor sob guarda ante a prevalência do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que, segundo entendeu a Corte Superior, confere por si só a inclusão como beneficiário. Não é a melhor posição no entendimento deste relator, pois o menor continuará sob a guarda de outra pessoa ou do Estado, a

Acesso ao Sumário

quem compete prover-lhe o necessário à sobrevivência e à sadia criação; mas não vejo razão para contrariar a jurisprudência agora pacificada de outro modo.

5. Dependência econômica. Mostra-se imprescindível a demonstração de dependência econômica, que é pressuposto do sistema previdenciário e pode ser estendido ao regime estadual por força do art. 40, § 12 da CF. Em suma, a dependência econômica é presumida, nos casos do art. 147, I, II e III, primeira parte da LCE nº 1.012/07, ou não, nos demais casos, em que há necessidade de comprovação da dependência; esse entendimento ganha força com a disposição do § 5º do art. 147 da lei complementar. É o posicionamento firmado nesta 10ª Câmara de Direito Público:

> PREVIDÊNCIA. Pensão. Instituição de beneficiário. Neto. Art. 153 da LCE 180/78. Contribuinte que instituiu seu neto, menor incapaz, como beneficiário. Dependência econômica não demonstrada. Requisito necessário à concessão do benefício. Segurança concedida. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário providos (IPESP v. Rafael Mori Figueiredo, AC nº 918.836.5/1-00, 24-8-2009, Rel. Antônio Carlos Villen, v.u.).
>
> PREVIDÊNCIA. Pensão por morte. IPESP Instituição de beneficiário. Neto. Art. 153 da LCE 180/78. Dependência econômica não demonstrada, requisito necessário à concessão do benefício. Ação improcedente. Recurso não provido (Matheus Santos Batista e outros v. IPESP, AC nº 0001648.19.2009, 1-8-2011, Rel. Urbano Ruiz, v.u.).

6. A situação concreta denota a dependência econômica das netas em relação à avó falecida, como anotei no AI nº 2236750-56.2018, 26-11-2018 (fls. 127/131):

> Observo que nas certidões de nascimento das autoras não consta o nome do pai ou dos avós paternos (fls. 15/16); a guarda foi dada à avó pelo fato da genitora apresentar histórico imoderado de drogas ilícitas e planejar mudar sem trabalho ou local para morar (fls. 22/23); não se sabe do paradeiro da mãe e a guarda foi atribuída ao tio [M.V.O.Z.] (fls. 24/25). Há declarações de matrículas em escola das autoras, bem como informações de que a avó efetuou o pagamento das matrículas e mensalidades (fls. 29/31); o Conselho Tutelar [da Comarca de Caconde] declarou o conhecimento de que as netas encontravam-se sob a guarda e tutela de avó, vivendo sob o mesmo teto, com manutenção das necessidades básicas (fls. 32).

Considero que a dependência econômica exigida para a concessão do benefício está suficiente demonstrada; por isso, a concessão do benefício previdenciário era mesmo medida de rigor.

7. LF nº 11.960/09. No julgamento das ADI nº 4.357- DF e 4.425-DF, Pleno, 6-3-2013, Rel. Luiz Fux o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração da caderneta de

Acesso ao Sumário

poupança" do § 12 do art. 100 da Constituição Federal introduzido pela EC nº 62/09 e, em consequência e por arrasto, a disposição semelhante da LF nº 11.960/09; manteve hígidos, contudo, os juros nela indicados. A modulação se refere apenas aos precatórios já expedidos ou pagos; não se aplica às ações de conhecimento e execução em curso, às quais se amoldam de imediato à inconstitucionalidade da correção monetária prevista na LF nº 11.960/09.

Diante da orientação firmada, assim fica resolvida a questão: os atrasados serão corrigidos monetariamente pelos índices oficiais expressos na Tabela Prática do TJSP (afastada a aplicação da LF nº 11.960/09), desde a data em que cada parcela deveria ter sido paga, e acrescidos de juros de mora nos termos do art. 1º-F da LF nº 9.494/97, com redação dada pela LF nº 11.960/09, a contar da citação.

O voto é pelo **desprovimento do recurso da SP- Prev; de ofício**, determino que os atrasados sejam corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, desde quando os pagamentos deveriam ter sido realizados. Majoro os honorários anteriormente fixados para 12% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020360-18.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ FERREIRA DA SILVA, 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, deram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado. Prosseguindo o julgamento, na forma do artigo 942 do Código de Processo Civil, com a participação dos Desembargadores Afonso de Barros Faro Júnior e Marcelo Lopes Theodósio, por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 2º Juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.829)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JARBAS GOMES, vencedor, RICARDO DIP (Presidente), vencido, RICARDO DIP (Presidente), OSCILD DE LIMA JÚNIOR, AFONSO FARO JR. e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 26 de junho de 2019.

JARBAS GOMES, Relator designado

Acesso ao Sumário

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – Complementação de proventos de aposentadoria. FEPASA. Acolhida a pretensão do autor ao recálculo de seus proventos, segundo os índices de correção monetária correspondentes a 84,32% (IPC de março/1990) e a 44,80% (IPC de abril/1990), de forma acumulada. Inteligência dos artigos 192 e 193 do Decreto nº 35.530/59, 4º da Lei estadual nº 9.343/96 e 40, § 8º, da Constituição Federal. Exame da jurisprudência. Prescrição do fundo do direito não caracterizada. Sentença de improcedência. Reforma.

RECURSO PROVIDO COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Adota-se o relatório elaborado pelo DD. Relator Sorteado, Des. Ricardo Dip:

"1. Luiz Ferreira da Silva, representado por sua curadora, ajuizou a presente ação contra a Fazenda do Estado de São Paulo, com o fim de obter o pagamento de diferenças de reajuste do complemento de seus proventos, segundo a indexação plenária, relativa aos meses de março e abril de 1990, pelo Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.

2. A r. sentença de origem reconheceu a incidência de óbice prescricional, arbitrando os honorários advocatícios em 8% do valor da causa (e-págs. 189-91), tendo o Ministério Público opinado pela procedência da demanda (e-pág. 185-8).

3. Do decidido, apelou o demandante, pleiteando a suspensão do processo até o julgamento do RE 590.880 pelo STF, em caráter de repercussão geral. No tocante com o mérito, insiste, em resumo, na juridicidade de sua pretensão (e-págs. 193-208).

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 211-21).

Propiciou-se vista do feito à digna Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 8 de abril de 2019 (e-pág. 230)".

Embora com incondicionado respeito à convicção do I. Relator Sorteado, entendo que o caso concreto reclama outra solução.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de prescrição do fundo do direito, uma vez que os efeitos da supressão dos índices de 84,93%, correspondente ao IPC de março de 1990, e de 44,80%, de abril de 1990 sobre a complementação dos proventos de aposentadoria e pensão repercutem no tempo, renovando-se

Acesso ao Sumário

mês a mês, revelando típica relação de trato sucessivo, em que o fundo de direito não foi explicitamente negado pela Administração.

Logo, somente as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação podem ser alcançadas pela prescrição, à luz da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura".*

Confiram-se os julgados daquela E. Corte:

> *"Na situação em que se busca a extensão de reajuste salarial sobre o benefício de complementação de aposentadoria (variação do IPC nos meses de março/1990 e abril/1990), a prescrição atinge tão somente as prestações vencidas há mais de 5 (cinco) anos da propositura da ação, uma vez que se trata de relação jurídica de trato sucessivo, nos termos da Súmula nº 85/STJ. Precedentes. Destaque-se, portanto, que não se pretende, no caso, o reconhecimento de um novo direito, mas apenas o reajuste de um benefício de natureza continuada que vem sendo pago a menor, renovando-se a lesão mensalmente."*
>
> (AgRg no AREsp nº 8.008/SP, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 2.10.2012);
>
> *"A jurisprudência do STJ é no sentido de que, na situação em que se busca a extensão de reajuste salarial sobre o benefício de complementação de aposentadoria (variação do IPC nos meses de março/1990 e abril/1990), a prescrição atinge tão somente as prestações vencidas há mais de 5 (cinco) anos da propositura da ação, uma vez que se trata de relação jurídica de trato sucessivo, nos termos da Súmula 85/STJ."*
>
> (REsp nº 1.509.754/SP, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9.6.2015);
>
> *"Esta Corte firmou o entendimento de que, no que tange a extensão de reajustes salariais sobre o benefício de complementação de aposentadoria, a prescrição, nos termos da Súmula nº 85/STJ, atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação. Precedentes."*
>
> (AgRg no REsp nº 1.510.395/SP, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 23.6.2015).

Superado esse aspecto, tem-se que o direito à complementação dos proventos de aposentadoria e de pensão foi claramente disciplinado pelo Estatuto dos Ferroviários das Estradas de Ferro de propriedade e administração do Estado, aprovado pelo Decreto nº 35.530/59, ainda em vigor, nos artigos 192 e 193:

Acesso ao Sumário

"Artigo 192. O pessoal dos serviços ou repartições criados, mantidos ou administrados pelo Estado, associado obrigatório de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões quando aposentado terá direito ao provento assegurado aos demais funcionários ou servidores do Estado.

Parágrafo único. A diferença entre o provento pago pelo Instituto ou Caixa respectiva e aquêle a que tiver direito o servidor, na forma legal, correrá por conta da Estrada."

"Artigo 193. Ao servidor aposentado de acôrdo com o disposto no artigo anterior, é assegurado o aumento dos seus proventos no caso de majoração geral dos salários dos ativos da categoria e funções iguais às que respectivamente pertencia, bem como no caso de aumento geral de salários concedido sob a forma de promoções que abranjam uma ou mais categorias de servidores do serviço ou repartição.

Parágrafo único. Neste caso, os proventos serão, proporcionalmente ajustados aos novos salários, na conformidade das leis que regulam a aposentadoria dos funcionários públicos."

A Lei Estadual nº 9.343/96, que autorizou o Poder Executivo a contrair financiamento, a outorgar garantias, a transferir o controle acionário de empresa e a assumir obrigações, a fim de viabilizar a cisão parcial do patrimônio da FEPASA, determinada pela Lei Estadual nº 9.342/96, não se distanciou do Estatuto dos Ferroviários quanto à complementação sob exame:

"Artigo 4º. Fica mantida aos ferroviários, com direito adquirido, a complementação dos proventos das aposentadorias e pensões, nos termos da legislação estadual específica e do Contrato Coletivo de Trabalho 1995/1996.

§ 1º - As despesas decorrentes do disposto no "caput" deste artigo serão suportadas pela Fazenda do Estado, mediante dotação própria consignada no orçamento da Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes.

§ 2º - Os reajustes dos benefícios da complementação e pensões a que se refere o "caput" deste artigo serão fixados, obedecendo os mesmos índices e datas, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou dissidio coletivo na data-base da respectiva categoria dos ferroviários." (grifamos)

Por seu turno, o *Acordo acerca do reajuste de salários da categoria, a vigorar a partir de 19 de janeiro de 1990 e outras avenças* assegurou aos trabalhadores da FEPASA, vinculados a distintos sindicatos, que "*a partir da aplicação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) referente a janeiro de 1990 e enquanto perdurar a Lei nº 7.780 de 03/07/89, que dispõe sobre a política salarial em vigor, fica assegurada a correção dos salários pelo índice pleno do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), do mês anterior, a todas as faixas*

Acesso ao Sumário

salariais" (cláusula 4).

Pois bem.

A exegese das normas incidentes na espécie conduz à inarredável conclusão de que o autor faz jus às diferenças pecuniárias que, porventura, vierem a ser apuradas em liquidação, decorrentes dos efeitos do referido acordo sobre a complementação dos proventos.

Lembre-se que os benefícios conferidos em favor dos aposentados e dos pensionistas da FEPASA o foram muito antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003 e estão salvaguardados pelo artigo 40, parágrafo 8º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Diante desse cenário, não vingam as teses defendidas pela Fazenda, no sentido de que inexistiria direito adquirido a ser preservado, em particular ante a revogação da Lei nº 7.788/89, e de que os trabalhadores da ativa não teriam sido favorecidos pelos reajustes.

Outrossim, a simples alegação de que o contrato coletivo relativo ao biênio 1991/1992 teria abrangido as perdas referentes ao ano de 1990 não abala o pedido, na medida em que a cláusula 4.17, caput, prevê apenas que sobre os salários vigentes em 31.12.1990 será aplicada correção no patamar de 69,61%, "*ficando acordado com as Entidades Sindicais a conclusão das negociações, no tocante aos índices de correção salarial referente ao ano de 1990*". Nada mais.

Sobre o tema são definitivas as palavras do Des. Guerrieri Rezende:

> *"A norma constitucional em destaque prevê garantias ao aposentado e ao pensionista, outorgando a eles os mesmos direitos e as mesmas vantagens dadas ao servidor da ativa.*
>
> *Isto porque a Regra Maior é clara ao assentar que "que são estendidos os benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade, ainda quando oriundos de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a pensão".*
>
> *Ao interpretar-se referido cânon superior, percebe-se que o legislador constituinte deu paridade real em relação aos valores pagos aos titulares de cargo ou função, correspondentes àqueles que, no passado, serviram de referência para os proventos ou para os benefícios dos pensionistas.*
>
> *Assim, como critério de justiça absoluta, o Texto Constitucional proíbe qualquer descompasso entre o que percebe o servidor da ativa, que intitula cargo ou função pública, com aqueles que receberam a aposentação e que exerciam, na ativa, os mesmos cargos ou as mesmas funções.*

Acesso ao Sumário

A paridade real existente entre ativos e inativos amarrada no plano constitucional não pode, sob qualquer pretexto, permitir o desatrelamento entre ativos e inativos, sob pena de inconstitucionalidade.

De outro lado, norma infraconstitucional não pode, sob pena de burlar o preceito e o princípio desatrelar os servidores, aduzindo que os benefícios conferidos o foram aos servidores em atividade, discriminando os aposentados. De efeito, se ocorrer alguma peculiaridade ou singularidade tipificada na norma inovadora da ordem jurídica, essas circunstâncias não podem obstar o pagamento aos servidores inativos. (grifamos).

(Embargos Infringentes nº 824.667-5/1-01, 7ª Câmara de Direito Público, j. em 28.9.2009)

O Supremo Tribunal Federal fornece o balizamento necessário a amparar o entendimento acima exposto:

"1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Inativos da FEPASA: extensão de abono concedido aos servidores em atividade (CF, artigo 40, § 8º): precedentes."

(EDec no AI nº 534960/SP, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9.8.2005);

"Agravo regimental e embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Recurso de Benedito Celso de Andrade Lima e outros. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Verba honorária. Aplicação do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC. Precedentes. 4. Recurso do Estado de São Paulo. Abono concedido aos trabalhadores da FEPASA, em atividade. Extensão aos inativos. Possibilidade. Caráter geral da gratificação. Precedente. 5. Agravos regimentais a que se nega provimento."

(EDec no AI nº 581.571/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.12.2007);

"Servidor Público. FEPASA. Abono concedido aos servidores em atividade. Extensão aos inativos. Possibilidade. Agravo improvido. I - É devido aos servidores inativos da FEPASA o abono concedido aos servidores em atividade. Precedentes. II - Agravo regimental improvido."

(AReg. no AI nº 694.707/SP, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25.8.2009).

O desfecho ora preconizado respalda-se, dentre outras, nas decisões deste Tribunal de Justiça a seguir indicadas:

"RECURSO DE APELAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FEPASA. 1. Cobrança de reajuste de 84,93% e

Acesso ao Sumário

44,80% referentes ao IPC de março e abril de 1990. Obrigação legal imposta à Fazenda do Estado. Admissibilidade. Benefício concedido aos ferroviários em atividade, oriundos da FEPASA, deve ser estendido aos inativos e pensionistas, de acordo com o artigo 4º, § 2º, da Lei n.º 9.343/96 e do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 7º da EC nº 41/03. 2. Incidência do regime de juros, nos termos em que estabelecidos pelo artigo 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97 (redação da Lei Federal nº 11.960/09), a partir da data de sua vigência. Constitucionalidade reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Julgamento da ADIN 4.357/DF e 4.425/DF que reconheceu a inconstitucionalidade dos critérios de correção monetária adotados pela referida norma. Aplicação, a todo período da dívida, do IPCA, por ser o índice que melhor reflete o fenômeno inflacionário. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido."

(Apelação nº 0004156-65.2015.8.26.0047, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. em 18.4.2016);

"FEPASA – Pretensão na aplicação de índices percentuais de reajuste – IPC de Março de 1990 (84,32%) e IPC de Abril de 1990 (44,80%) – Prescrição de fundo do direito afastada – Súmula nº 85 do STJ – Contrato Coletivo de Trabalho – Leis nºs 1.386/51, 1.974/52 e 9.343/96 – Admissibilidade – Sentença de improcedência reformada – Recurso provido."

(Apelação nº 1003506-80.2015.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ana Liarte, j. em 9.5.2016);

"PRESCRIÇÃO – Não ocorrência – Prestações de trato sucessivo – Preliminar rejeitada COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E DE PENSÃO – Aposentados e pensionista de ferroviário aposentado da extinta FEPASA – Pretensão ao pagamento de diferenças pertinentes à correção monetária de acordo com o IPC dos meses de março (84,93%) e abril (44,80%) do ano de 1990 – Impossibilidade – Inexistência do alegado direito adquirido (art. 269, I, do CPC) – Sentença de procedência – Recurso provido."

(Apelação nº 0026782-31.2013.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. em 9.5.2016).

Observa-se, entretanto, que, caso o instituidor da pensão tenha sido contemplado com a aplicação dos índices ou sobre os salários que percebia à época em que estava na ativa ou sobre os proventos de sua aposentadoria, não poderá ser reconhecido o direito às diferenças postuladas. De outra forma, verificar-se-ia duplo reajuste referente ao mesmo período, indevido *bis in idem*.

Assinale-se que a solução alvitrada não representa indevida ingerência do

Acesso ao Sumário

Judiciário em matéria de exclusiva competência do Executivo; vela, antes, pelo cumprimento a preceito legal, ao que está jungido o Administrador por força do ofício que desempenha.

Respeitada a prescrição quinquenal, aos valores apurados em regular liquidação aplicar-se-ão os acréscimos da mora, calculados segundo a orientação que vier a ser emanada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Tema 810.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, com observação, invertidos os ônus sucumbenciais.

A definição quantitativa dos honorários advocatícios em favor do patrono do autor será feita ao término da fase liquidatória, consoante o artigo 85, § 4º, inciso II, do diploma processual, oportunidade em que será aferido o exato conteúdo econômico da demanda e da verba, evitando, assim, remuneração irrisória ou excessiva.

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.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 53.368)

Ementa: SERVIDOR INATIVO DA FEPASA. AÇÃO REVISIONAL. IPC. MARÇO E ABRIL DE 1990.

- Em acordo coletivo celebrado entre os ferroviários e a Fepasa, em 1º de janeiro de 1990, foi previsto que os reajustes remuneratórios mensais seguiriam o disposto na Lei federal n. 7.788/1989 (de 3-7), norma que foi expressamente revogada pela Lei federal n. 8.030/1990 (de 12-4), remetendo seus efeitos à data da edição da Medida provisória n. 154/1990 (de 15-3).

- "A revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício de direito. Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio

Acesso ao Sumário

do pretenso titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção" (STF - MS 21.216)

Não provimento do recurso.

Voto vencido na preliminar:

- Pretensão de rever um ato concreto e eficaz de reajuste remuneratório datado de 1990, ajuizada esta ação somente em 2017.

- Quando o Poder público, de modo expresso, define a situação jurídica fontal de que emergem as prestações remuneratórias, tal se dá, por exemplo, nas decisões explícitas da Administração pública sobre aposentadorias, reenquadramentos, reclassificações etc., é da definição administrativa inaugural que nasce a pretensão, e é dela que tem curso o prazo prescricional.

Precedentes cônsonos do eg. STJ.

RELATÓRIO:

1. Luiz Ferreira da Silva, representado por sua curadora, ajuizou a presente ação contra a Fazenda do Estado de São Paulo, com o fim de obter o pagamento de diferenças de reajuste do complemento de seus proventos, segundo a indexação plenária, relativa aos meses de março e abril de 1990, pelo Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.

2. A r. sentença de origem reconheceu a incidência de óbice prescricional, arbitrando os honorários advocatícios em 8% do valor da causa (e-págs. 189-91), tendo o Ministério Público opinado pela procedência da demanda (e-pág. 185-8).

3. Do decidido, apelou o demandante, pleiteando a suspensão do processo até o julgamento do RE 590.880 pelo STF, em caráter de repercussão geral. No tocante com o mérito, insiste, em resumo, na juridicidade de sua pretensão (e-págs. 193-208).

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 211-21).

Propiciou-se vista do feito à digna Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 8 de abril de 2019 (e-pág. 230).

VOTO PRELIMINAR:

4. De partida, observa-se que o citado tema n. 106 do STF, referente ao

Acesso ao Sumário

RE 590.880, trata da:

> "a) Competência para, após o advento da Lei n. 8.112/90, julgar os efeitos de decisão anteriormente proferida pela Justiça do Trabalho. b) Extensão do reajuste de 84,32%, relativo ao IPC do mês de março de 1990 (Plano Collor), concedido pela Justiça Federal em decisão transitada em julgado, a outros servidores."

Aquela Corte reconheceu a existência de repercussão geral sobre a matéria em 5 de setembro de 2008, não havendo ainda decisão sobre o mérito.

Não se determinou, tampouco, a suspensão dos feitos em trâmite que versem o tema, de forma que não há óbice para o exame do presente recurso.

5. Trata o caso de ação promovida por ferroviário aposentado da Ferrovia Paulista S/A -Fepasa, com o escopo de obter o reajuste de seus proventos e pensões pela aplicação do Índice de Preços ao Consumidor -IPC, relativos aos meses de março e abril de 1990.

6. Ora, tanto a **base inicial** dos proventos se define a partir da transformação dos vencimentos com a jubilação, e das pensões, a partir da morte de seu instituidor por meio da conversão dos vencimentos ou proventos, quanto suas **revisões intercorrentes** são objeto de ato definitório, de tal modo que o marco para a **prescrição quinquenal** (Decreto nº 20.910/1932, de 6-1, art. 1º) é o da aposentadoria ou o da redefinição revisional.

Quando o Poder público, de modo expresso, define a situação jurídica fontal de que emergem as prestações remuneratórias, tal se dá, por exemplo, nas decisões explícitas da Administração Pública sobre aposentadorias, reenquadramentos, reclassificações etc., é da definição administrativa inaugural que nasce a pretensão, e é dela que tem curso o prazo prescricional, valendo aqui lembrar o paradigmático voto do Ministro MOREIRA ALVES no RE 110.419:

> "Fundo de direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco" (j. 8-3-1989).

Nesse mesmo sentido, Yussef Said CAHALI leciona que, havendo

> "necessidade de se reconhecer um direito através de uma ação, para só então se reconhecerem as prestações vencidas, a prescrição se inicia da data em que o mesmo direito deixa de ser observado", de modo que, ao revés, apenas se configura a prescrição das prestações de trato sucessivo, quando "as parcelas em débito decorrem de um direito já reconhecido"

Acesso ao Sumário

(*Prescrição e Decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304).

Em direção clássica no egrégio Supremo Tribunal Federal, podem recrutar-se estes julgados paradigmáticos:

– "Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa" (RE 59.122, *apud* RE 68.119, j. 9-10-1969).

– "(…) se o pretendente se omite de reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo de direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, àquele mesmo é que retira a acionabilidade. Atingido o próprio direito não há falar em prestações sucessivas que somente nele têm sua fonte" (RE 99.336, j. 23-5-1983).

Cabe acrescentar, a propósito:

– "Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça orientação no sentido de se reconhecer a prescrição de fundo de direito na hipótese de ação de retificação de aposentadoria em que se verifica o transcurso de mais de cinco anos entre o ato da aposentadoria e a propositura da ação que lhe objetiva modificar" (REsp 325.228, j. 26-2-2002).

– "I - Em se tratando de ação proposta com a finalidade de revisão de proventos de servidor aposentado, o prazo prescricional tem início a partir do ato de aposentação.

II - Tendo, *in casu*, transcorrido mais de cinco anos entre o ato de aposentadoria e a propositura da ação, prescrito está o próprio fundo de direito" (AgR no Ag 573.026 -STJ, j. 25-5-2004).

– "É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça no sentido de que, cuidando-se de ação onde, afinal, a revisão do benefício dependa da retificação do ato de reforma, prescrito se encontra o próprio fundo de direito se a ação é ajuizada posteriormente aos cinco anos daquele ato" (AgR no Ag 580.246 - STJ, j. 23-6-2004).

– "(…) A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o próprio fundo de direito quando o ato da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão judicialmente veiculada.

(…) Não tendo sido requerida a retificação da pensão, *opportuno tempore* , acarretando com isso o não pagamento do percentual ora postulado,

Acesso ao Sumário

apresenta-se evidenciada a ocorrência da prescrição quinquenal, por ter o ato da Administração atingido o próprio fundo de direito. Correto, portanto, o reconhecimento da prescrição, com fundamento no art. 1º e seguintes, do Decreto nº 20.910/32, pelo julgado de origem" (REsp 291.580 -STJ, j. 7-8-2001).

– "É entendimento pacífico nesta Corte que o prazo para a revisão de aposentadoria, tanto para o servidor como para a Administração, é fixado em lei específica e, na sua ausência, será de 5 anos entre o do ato concessivo e a propositura da ação judicial que visa à revisão" (AgR no Ag 428.116 - STJ, j . 25-2-2003).

"Em se tratando de ação pleiteando a revisão de aposentadoria a prescrição alcança o próprio fundo de direito, correndo o prazo da data do ato de aposentadoria" (AgR no Ag 573.893 - STJ, j . 12-4-2005).

– "I - A ação proposta objetiva, na realidade, a revisão dos proventos do autor através da correção dos cálculos do padrão em que se encontra, incluindo o tempo de serviço concernente à "agregação", fato ocorrido antes do ato de reforma.

II – Na presente situação, a revisão de proventos acarretaria a retificação do próprio ato de reforma, uma vez que pretende computar o citado tempo de serviço. Com isso, o termo *a quo* para a contagem da prescrição deve ser o próprio ato de reforma" (REsp 768.732 -STJ, j. 20-9-2005).

– "Versando o pedido inicial sobre revisão de aposentadoria com o objetivo de que sejam incorporadas as diferenças pagas a título de complementação pelo exercício de função junto a órgão diverso ao que pertenciam os recorridos, a hipótese é de prescrição do fundo de direito, relativa à alteração da própria situação funcional" (REsp 437.668 - STJ, j. 18-12-2002).

– "Em se tratando de ação proposta para se obter a revisão dos proventos do servidor, para o reconhecimento do seu direito à incorporação de incentivos referentes ao exercício de cargo de direção, a prescrição atinge o chamado fundo de direito, e o prazo prescricional tem início a partir do ato de aposentação" (REsp 421.772 - STJ, j. 16-5-2002).

No caso dos autos, **pretende o suplicante rever um ato concreto e eficaz de reajuste remuneratório datado de 1990, ajuizada esta ação somente em 2016.**

Descortina-se, pois, o óbice prescricional.

Pelo meu voto, pois, mantinha-se a r. sentença de primeiro grau.

VOTO - MÉRITO *STRICTO SENSU* :

7. Vencido na preliminar, prossigo na apreciação do caso.

Acesso ao Sumário

8. Em acordo coletivo celebrado entre os ferroviários e a Fepasa, em 1º de janeiro de 1990, foi previsto que os reajustes remuneratórios mensais seguiriam o referido índice, conforme disposto na Lei federal n. 7.788/1989 (de 3-7).

Ocorre que, em 15 de março de 1990, editou-se a Medida provisória n. 154, que determinou a suspensão de quaisquer reajustes, sendo essa norma convertida na Lei federal n. 8.030/1990 (de 12-4), que revogou expressamente a Lei n. 7.788/1989 (art. 14).

O direito ao reajuste remuneratório é adquirido ao término do mês, de forma que, quando a Medida provisória n. 154/1990 foi editada, havia mera expectativa de direito, pois não completado o período para sua efetivação, conforme decidiu o STF, no julgamento do MS 21.216, em 5 de dezembro de 1990, que versava o tema ora em pauta:

> "A revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício de direito. Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretenso titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção"
>
> Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:
>
> - "Embargos Infringentes. Ex-empregados da extinta Fepasa e pensionistas. Pretensão a haver, em seus proventos de aposentadoria e de pensão, reajuste salarial com base no IPC do IBGE relativo aos meses de março e abril de 1990. Inviabilidade. Leis federais de nºs. 7.788/89 e 7. 830/89 que foram revogadas pela M.P. 154/90, convertida na Lei federal n. 8.030, de 1990. "Revogada esta Lei pela Medida Provisória n. 154, de 16-3-90 (convertida na Lei 8.030-90), antes de que se houvessem consumados os fatos idôneos à aquisição do direito ao reajuste previsto para 1º-4-90 , não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição. Pedido indeferido, por maioria" (MS 21. 216 -1, Pleno, j . 5.12.1990, Rel. o Min. OCTAVIO GALLOTTI). Autores que não detêm o direito pleiteado." (EI 0010290 - 95.2012 - Rel. Des. AROLDO VIOTTI, j . 26-1-2016).
>
> - "FEPASA. Aposentados e pensionistas. Pretensão ao reajuste dos benefícios de acordo com o IPC de março e abril de 1990 (84, 93% e 44, 80%), nos termos das Leis nº 7.788 e 7.830/89. Impossibilidade. Leis revogadas pela Medida Provisória nº 154 /90, convertida na Lei nº 8.030/90. Inexistência de direito adquirido aos índices de correção monetária" (AC 1008243-63.2014 - Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, j. 19-3-2018).
>
> - "Complementação de pensão - Fepasa. Pretensão de pensionistas de ferroviários da extinta Fepasa de receber as diferenças de complementação

Acesso ao Sumário

de pensão referentes ao IPC dos meses de março e abril de 1990 . (…). Inexistência de direito adquirido" (AC 0043606-36. 2011 - Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS, j. 9-10-2017)

9. Em observância ao disposto no § 11 do art. 85 do Código de processo civil, cabe assinar o valor **total** desses honorários em 9% do valor da causa, observada a incidência do § 3º do art. 98 do Código de processo civil.

10. . Em remate, para o prequestionamento que se tem entendido indispensável à interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, cabe mencionar que todos os dispositivos legais indicados nestes autos já se encontram, de algum modo, sob a incidência dos fundamentos suficientes para o desate das questões decididas.

POSTO ISSO, vencido na preliminar, meu voto nega provimento à apelação de Luiz Ferreira da Silva (autos n. 1020360-18. 2016 da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo).

Em observância ao disposto no § 11 do art. 85 do Código de processo civil, cabe assinar o valor **total** desses honorários em 9% do valor da causa, observada a incidência do § 3º do art. 98 do Código de processo civil.

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.

RICARDO DIP, Desembargador, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005587-60.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA APARECIDA THEODORO GONÇALVES (E OUTROS(AS)) e IZOLINA ANTONIO ANTUNES, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.598)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

AFONSO FARO JR., Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual Civil – Sentença ilíquida proferida contra Fazenda Estadual – Reexame Necessário – Obrigatoriedade – Leitura do artigo 496, inciso I e § 3º, do CPC/2015, à luz do entendimento assentado na Súmula 490 do STJ e na Súmula 423 do STF.

Servidores públicos estaduais – Inativos e pensionistas – Adicionais temporais (quinquênios e sexta-parte) – Cômputo sobre todas as parcelas que compõem os proventos – Inteligência dos arts. 108 e 127 da Lei Estadual nº 10.621/68 e art. 129 da Constituição Estadual – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença de procedência mantida.

Débitos em atraso – Correção monetária – Há de ser observado o que vier a ser decidido no julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810 – STF.

Processual Civil – Honorários Advocatícios, incluídos honorários recursais, art. 85, incisos I e IV do § 2º e § 3º, inciso II do § 4º e § 11º do CPC/2015 – Fixação postergada para a fase da execução, por ausência de parâmetros.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO OFICIAL E DÁ-SE PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA.

VOTO

Vistos.

A sentença de fls. 63/70, cujo relatório é o adotado, julgou parcialmente procedente o pedido formulado por IZOLINA ANTONIO ANTUNES e MARIA APARECIDA THEODORO GONÇALVES na ação declaratória ajuizada em face da SÃO PAULO PREVIDÊNCIA SPPREV, para condenar a ré a proceder ao recálculo do adicional por tempo de serviço e da sexta-parte percebidos pelas autoras considerando as verbas de natureza permanente, tais como, adicional de insalubridade inativo, Gratificação Executiva e Piso Salarial, Reajuste Complementar, vedada a incidência sobre outros adicionais por tempo de serviço e outras vantagens eventuais ou transitórias, respeitada a prescrição quinquenal, com juros de mora e correção monetária na forma descrita. Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada parte ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor do proveito econômico obtido para as autoras e 5% sobre o proveito econômico obtido para a requerida.

Acesso ao Sumário

Ausente o reexame necessário, recorrem as autoras às fls. 84/89, a pugnar pela incidência dos adicionais temporais sobre a integralidade dos vencimentos, inclusive sobre a gratificação do art. 133 da CE, percebida pela coautora Maria Aparecida, que não faz parte da base de cálculo dos adicionais por ela recebidos.

Contrarrazões da requerida às fls. 96/99.

É o relato do necessário.

Em primeiro lugar, considera-se interposto o recurso de ofício, pois, ainda que em tese o valor da condenação não atinja o mínimo legal para o reexame necessário, trata-se na espécie de sentença ilíquida, a ensejar o recurso oficial, conforme entendimento da Súmula 490 do E. STJ "A dispensa do reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas" e da Súmula 412 do C. STF "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'."

Passa-se ao exame do mérito.

A r. sentença, ao acolher a pretensão, merece ser mantida por seus fundamentos.

Assim dispõe o art. 127 da Lei nº 10.261/1968 sobre o adicional por tempo de serviço, denominado **quinquênio**:

> *"O funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração, a que se incorpora para todos os efeitos".*

Por seu turno, o art. 108 da referida lei explicita que:

"vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao valor do respectivo padrão fixado em lei, mais as vantagens a ele incorporadas para todos os efeitos legais".

De outro lado, o art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, assim prescreve:

> *"Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta- parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI, desta Constituição".*

A exegese conjunta dos dispositivos acima transcritos permite concluir, com segurança, que os **quinquênios** devem incidir sobre o padrão fixado em lei, acrescido das vantagens suscetíveis de incorporação ou já incorporadas. E o mesmo entendimento se aplica à **sexta-parte.**

No caso em apreço, analisando-se as parcelas que compõem os proventos dos autores (conforme demonstrativos de pagamentos, fls. 16 e 19), verifica-se que:

a) a Gratificação Executiva, instituída pela Lei Complementar nº 797/95, é vantagem genérica, como há muito estabelecido pela Súmula 134 desta Seção de Direito Público. De fato, "*configura aumento geral de vencimentos, consoante seu artigo 1º, que contempla servidores de diversas Secretarias do Estado, bem assim por ser considerada no cálculo de diversos benefícios (artigo 3º) e, mais ainda, por estender-se a inativos e pensionistas (artigo 7º), devendo, assim, ser incluída na base de cálculo do quinquênio*" (Apelação nº 1013799-80.2013.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 25.03.2019);

b) o Reajuste Complementar sobre o Piso Salarial, inicialmente concebido pela Lei Complementar nº 323/83, alterada pela edição de seguidas leis (Leis Complementares nºs 1.106/10, 1.135/11 e 1.171/12), constitui "*um abono mensal com o objetivo de garantir uma retribuição mínima à categoria, (...) observada a jornada de trabalho, independentemente de classes e sistemas retribuitórios*". Ou seja, possui caráter geral, sendo, destarte, suscetível de incorporação ao vencimento.

c) o Adicional de Insalubridade, instituído pela Lei Complementar Estadual nº 432/85 e regulamentado pelo Decreto nº 25.492/86, é benefício criado em prol dos servidores "*pelo exercício, em caráter permanente, em unidades ou atividades consideradas insalubres*", entretanto, vez que incorporado aos proventos de aposentadoria das autoras, compõe os vencimentos integrais e deve ser considerado no cálculo dos adicionais temporais.

d) Art. 133 da CE – Diferença de vencimentos – O dispositivo deixa claro o caráter permanente, e, portanto, incorporável, da verba ali contemplada, partilhando da mesma natureza dos vencimentos, e deve assim ser a eles agregada para fins de cálculo dos adicionais.

Ressalte-se que o servidor com mais de 5 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 à função para a qual tenha sido admitido, terá incorporado um décimo dessa diferença por ano, até o limite de dez décimos, cuja metodologia de cálculo está disciplinada no Decreto Estadual nº 35.200/92. Estabelece que se considera a diferença de remuneração o valor pecuniário resultante da subtração entre vencimentos e/ou salários, de cargos ou funções distintos, excluídas quaisquer vantagens pecuniárias.

Acesso ao Sumário

Nessa linha, do teor da lei não se extrai que os quinquênios já integrem a base de cálculo dos décimos do art. 133 da Constituição Estadual, o que, de todo

modo, não foi demonstrado pelo Estado de São Paulo.

Assim, confere-se provimento ao recurso das autoras quanto ao ponto.

Em suma: tendo a Administração definido como parcelas permanentes dos proventos a Gratificação Executiva e o Reajuste Complementar do Piso Salarial, devem ser computados na base de cálculo dos quinquênios e da sexta-parte, bem como as diferenças de vencimentos do art. 133 da CE, no caso da coautora Maria.

Nesse sentido, confiram-se precedentes deste E. Tribunal:

"Processual Civil - Ação ajuizada somente em face da SPPREV e condenação congruente, extinto o feito sem julgamento do mérito em relação ao Estado de São Paulo, nos termos do artigo 485, VI CPC - Não conhecimento do apelo do Estado que se impõe. Servidores Públicos Estaduais Inativos - Pretensão ao recebimento dos adicionais por tempo de serviço - quinquênios - sobre os proventos integrais - Admissibilidade - Incidência dos adicionais sobre todas as verbas que incluem os proventos, mesmo porque por sua natureza já se tornaram permanentes, ressalvada a sexta parte, para afastar a recíproca incidência - Recurso da SPPREV desprovido neste ponto. (...)" (Apelação nº 1034904-45.2015.8.26.0053, Relator(a): Luciana Bresciani; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 21/10/2016; Data de registro: 21/10/2016).

"APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR ESTADUAL - Quinquênio e Sexta-parte - Base de cálculo - Pretensão para que o adicional e a vantagem sejam calculados sobre os vencimentos integrais - O adicional temporal e a sexta-parte devem ser calculados sobre o valor do vencimento padrão e demais verbas que integram a remuneração do servidor, com exclusão das eventuais, ocasionais e com caráter indenizatório - Precedentes (...) - Reexame necessário improvido, com observação. Recurso do autor parcialmente provido." (Apelação nº 1004216-36.2014.8.26.0506, Relator(a): Maria Laura Tavares; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/10/2016; Data de registro: 19/10/2016).

No mesmo sentido, precedentes desta C. 11ª Câmara de Direito Público: AC nº 1057701-44.2017.8.26.0053, Rel. Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 24.09.2018; Remessa Necessária nº 1007874-30.2018.8.26.0053, Rel. Des. JARBAS GOMES, j. 02.05.2019, dentre outros arestos.

No que concerne ao pagamento das parcelas em atraso, **quanto à correção monetária**, há de ser observado o que vier a ser decidido no julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810 – STF, que afastou a aplicação da Lei nº 11.960/09. Como no julgamento do REsp 1.495.146/MG (REsp 1.492.221/

Acesso ao Sumário

PR e REsp 1.495.144/RS, julgados conjuntamente), Tema nº 905 – STJ, determinou-se índice diverso (INPC), em aparente contradição, adotar-se-á o IPCA-E no lugar da TR, pelo fato de ser decisão emanada do órgão máximo do Poder Judiciário.

Cabe frisar, contudo, que em 24.09.2018, o C. Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, atribuiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos contra o v. acórdão proferido no RE 870.947/SE, Tema 810 de repercussão geral, e determinou a suspensão do decidido, com fundamento no artigo 1.026, caput e § 1º, do CPC.

Evidente que qualquer alteração a ocorrer em referidos processos e respectivos julgamentos há de ser aplicada ao caso destes autos, na fase executiva.

Observa-se que o C. Supremo Tribunal Federal já se posicionou, reiteradamente, no sentido da produção imediata dos efeitos de sua decisão em causas que versem sobre precedentes vinculantes, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão do caso paradigma (AgR 612.375/DF, Min Dias Toffolli, DJe 04.09.2017; AgR-ED 1027677/RS, Min. Dias Toffoli, DJe 29.08.2017 e ARE 930.467/PR, Min. Roberto Barroso, DJe 11.04.2016).

Em razão da total procedência da ação, condeno a requerida ao pagamento de honorários advocatícios, que deverão ser fixados com base nos termos do art. 85, incisos I e IV do § 2º e § 3º, do CPC/15, assim que apurado, na fase de execução, o valor devido. Confere-se, nesse tópico, agasalho à remessa oficial.

São, também, devidos honorários recursais, cujo valor será apurado na fase de execução.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso oficial e dá-se provimento ao apelo da parte autora.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0022660-18.2011.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que são apelantes MICAEL LATORRE PADILHA (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE), MURIEL LATORRE PADILHA (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e LOURDES

Acesso ao Sumário

APARECIDA LATORRE (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade Civil do Estado – Falecimento do pai dos autores em decorrência de disparo perpetrado por Policial Militar – Existência de sentença absolutória por reconhecimento legítima defesa na esfera criminal, transitada em julgado, que faz coisa julgada na esfera civil – Inteligência do art. 65 do CPP – Não caracterização dos elementos necessários para configurar responsabilidade em indenizar – Evento que ocorreu em razão de ato exclusivo da vítima – Excludente do nexo causal – Ausência de responsabilidade do Estado de indenizar – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por MICAEL LATORRE PADILHA E OUTRO em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com a alegação de que seu pai veio a óbito durante assalto por ele praticado, em decorrência de tiro disparado por policial militar. Dizem que a vítima em nenhum momento reagiu de forma a motivar a ação do policial, tendo sido os disparos arbitrários. Pedem indenização pelos danos morais e materiais que suportaram em razão da ilegal ação perpetrada pelo agente do Estado, que ocasionou o óbito de seu pai.

O representante do Ministério Público em 1ª instância opinou pela improcedência da demanda (fls. 523/528).

A r. sentença de fls. 536/537, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que foi apurado que o Policial Militar agiu dentro do limite da legalidade, sendo que o pai dos autores resistiu à abordagem

Acesso ao Sumário

e não obedeceu às ordens do Policial Militar, que representa a força pública de segurança, justificando o uso de disparos de armas de fogo. Destacou, ainda, que o policial militar em questão foi absolvido na esfera criminal por ter agido em legítima defesa.

Diante da sucumbência, condenou os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

Os autores interpuseram apelação às fls. 542/550 alegando, em síntese, que há independência entre as jurisdições cível e criminal, sendo que somente a decisão criminal que tenha afirmado a inexistência do fato impede a discussão acerca da responsabilidade civil, o que não ocorreu no caso. Sustentam que trouxeram aos autos robusta prova testemunhal que confirmou que o policial agiu em excesso, não tendo havido resistência por parte da vítima.

Contrarrazões às fls. 556/562.

A D. Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar por entender que o caso não envolve interesse indisponível e os incapazes estão regularmente representados por sua mãe (fls. 571/578).

Recurso regular e tempestivo (fl. 580).

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória em que os autores alegam que seu pai, Marcio Aparecido Pereira Padilha, foi atingido por tiro disparado pelo policial militar Rodolfo Torres de Almeida, vindo a óbito, de forma que devem ser indenizados pelos danos suportados com o evento.

Sem razão, contudo.

Compulsando-se os autos, verifica-se o policial militar em questão foi absolvido sumariamente na esfera criminal em razão do reconhecimento da ocorrência de legítima defesa putativa (fls. 512/514).

Diante da existência de sentença criminal transitada em julgado (fl. 515) na qual o réu – preposto da requerida – foi absolvido por ter praticado o ato em legítima defesa, não se mostra cabível a rediscussão da matéria em esfera cível, nos termos do quanto expressamente disposto pelo artigo 65 do Código de Processo Penal:

> ***Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.***

Tal fato, por si só, é o bastante para que seja rechaçada a pretensão autoral.

Ademais, ainda que assim não o fosse, é certo que a responsabilização da Fazenda Estadual depende da configuração de nexo causal, ou seja, a ação/omissão do Poder Público deve ser a causa do evento que causou os danos que

Acesso ao Sumário

se deseja reparar.

Esta é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de exigir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público." (Direito Administrativo,* Atlas, 20ª ed., p. 602*).

Sobre o nexo causal, é certo que se a conduta do ente público não for a causa do dano, a responsabilidade extracontratual do ente público não restará caracterizada. A esse respeito, a doutrina aponta como causas excludentes da responsabilidade civil do Estado a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima, uma vez que rompem o nexo causal entre a atuação estatal e o dano.

E, no presente caso, há excludente do nexo causal por ato exclusivo da vítima, o que afasta o nexo de causalidade entre a ação/omissão estatal e o resultado verificado, excluindo a responsabilidade de indenizar da requerida.

É incontroverso que o pai dos autores faleceu em decorrência de ferimento causado pelo disparo de arma de fogo, efetuado por policial militar. Ocorre, entretanto, que a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade, havendo a quebra do nexo causal.

Tem-se que o evento ocorreu durante assalto praticado pelo pai dos autores a um ônibus, no qual se encontrava o policial militar autor do disparo.

O conjunto probatório dos autos demonstra que a vítima anunciou um assalto ao motorista do ônibus, tendo o policial militar que se encontrava no ônibus se aproximado e solicitado que a vítima levantasse as suas mãos e descesse do veículo. Contudo, a vítima não atendeu à referida solicitação e colocou suas mãos na cintura, indicando que poderia pegar uma arma, momento em que o policial militar efetuou o disparo, agindo em legítima defesa (fls. 327/328 e 513/514).

Acesso ao Sumário

Assim, a vítima causou o risco, colocando o agente público e os demais passageiros do ônibus em situação de perigo, acarretando sozinho, portanto, o resultado danoso.

As circunstâncias descritas evidenciam a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, afastando o nexo de causalidade entre a ação/omissão estatal e o resultado verificado, o que basta para excluir a responsabilidade de indenizar da requerida.

Assim, fica afastada a obrigação de indenizar do Estado, uma vez que o evento se deu por culpa exclusiva da vítima, devendo ser mantida a r. sentença.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça, destacando-se:

Ação de Indenização por danos materiais e morais. Morte de filho da requerente por policiais militares. Sentença de parcial procedência. Recurso de ambas as partes. Hipótese em que há sentença na esfera criminal, transitada em julgado, que faz coisa julgada na esfera civil, porquanto absolutória por reconhecimento de causa excludente de ilicitude (legítima defesa). Inteligência do art. 65 do CPP. No mais, a prova dos autos dá conta de que a vítima teria resistido à abordagem policial. Recursos oficial e fazendário providos para julgar a ação improcedente, prejudicado o apelo da autora. (Apelação Cível 0004293-68.2011.8.26.0053; Rel. Aroldo Viotti; 11ª Câmara de Direito Público; j. 17/04/2018;).

APELAÇÃO – Indenização – Responsabilidade civil – Danos morais – Pedido de reparação por danos extrapatrimoniais ocasionados pela morte do pai da apelante por disparo de arma de fogo efetuado por policial militar – Alegação de que a conduta foi desproporcional – Legítima defesa constatada – Outrossim, ficou caracterizada a culpa exclusiva da vítima – Quebra do nexo causal – Inexistência de ato ilícito e, por consequência, do dever de indenizar – Ação julgada improcedente – Manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos – Inteligência do art. 252, do RITJ – Recurso improvido. (Apelação Cível n° 0001943- 93.2013.8.26.0326, 6ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Silvia Meirelles, j. 24/08/2015).

RESPONSABILIDADE CIVIL – Disparo de arma de fogo por policial – Operação realizada em velório de ex-militar – Demandante que também portava arma de fogo e, conforme provas, a empunhava por ocasião do disparo – Depoimentos a atestar a legítima defesa do policial demandado – Inexistência de nexo causal – Culpa da vítima comprovada – Sentença de improcedência – Agravo retido provido – Apelo não provido. Incabível a responsabilização da Administração por disparo de arma de fogo contra civil, se a prova demonstra a culpa exclusiva da vítima, a qual, em velório de ex-militar, portava e chegou a empunhar revólver. (Apelação Cível n° 0417699-14.1999.8.26.0053, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. Luis , j. /07/2015).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Indenização por danos morais e materiais. Abordagem policial que culminou em disparo de arma de fogo e no óbito do filho dos autores. Vítima que em abordagem policial vinha soltando estampidos. Estampido seco, parecido com disparo de arma de fogo. Demonstrado nos autos a culpa exclusiva da vítima. Ausência do dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido (Apelação Cível n° 0007713-21.2012.8.26.0191,

Acesso ao Sumário

2ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Vera Angrisani, j. 14/04/2015).

Dessa forma, por qualquer ângulo que se analise a questão, não resta outro caminho senão o da improcedência da ação, devendo ser mantida a r. sentença recorrida.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Por fim, em razão da manutenção do julgado, ficam majorados em 0,5% os honorários advocatícios fixados em primeira instância, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil, observada a gratuidade da justiça concedida à parte autora.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004976-49.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada LUCIANA REGINA BORANGA NOLA.

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 17.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ELIMINAÇÃO NO CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSORA. FASE MÉDICA. Ato administrativo que excluiu a particular do certame – por ter sido portadora de neoplasia de mama – que não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Inexistência nos autos de elementos suficientes a demonstrar que a apelada não possa desempenhar regularmente as respectivas atribuições funcionais. Sentença de

procedência mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Procedimento Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 133/141, proferida pela **MM. Juíza da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que julgou parcialmente procedente a demanda, para determinar que a ré empossasse a autora no cargo de professora. Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, a serem rateados.

A Fazenda Pública interpôs recurso sustentando, em síntese, que o fato da particular ter sido portadora de câncer acarreta sua inaptidão para tomar posse em cargo público (fls. 156/164).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 163/168).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Compulsando os autos, verifica-se que a particular prestou concurso público para o cargo de Professora, mas foi considerada inapta para a função, por ter sido portadora de neoplasia de mama.

Com efeito, não é possível ao Poder Judiciário se imiscuir no poder discricionário da Banca Examinadora quando no exercício da correção de provas e verificação da aptidão de candidato, entendimento este pacificado neste E. Tribunal de Justiça, no C. Superior Tribunal de Justiça e C. Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a análise de legalidade dos atos administrativos é aferida em seu sentido *lato sensu*, compreendendo a observância das regras contidas no edital e os eventuais vícios nele contidos, bem como dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade dos atos discricionários praticados pela Administração Pública.

Neste sentido é a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos do edital. Análise de cláusulas do instrumento convocatório. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ausência de repercussão geral da matéria. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade. 2. O Tribunal de origem consignou,

Acesso ao Sumário

com fundamento nos fatos e nas provas dos autos e nas cláusulas do instrumento convocatório do certame, que "a experiência profissional do autor é compatível com aquela exigida pela empresa ré em seu Edital de concurso público". 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise das cláusulas de edital de concurso público e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 279 e 454/STF. 4. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 690.113/RS, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo ao "preenchimento de requisitos exigidos em edital de concurso para provimento de cargo público", dado o caráter infraconstitucional da matéria. 5. Agravo regimental não provido. (Agravo de Instrumento 832901 Agravo Regimental/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 17.09.2013).

Deste modo, analisando-se a motivação do ato administrativo que determinou a exclusão da candidata no concurso público, vislumbra-se que o apelada foi excluído do certame por ter sido portadora de neoplasia de mama.

A exclusão da candidata, após a aprovação em concurso público, apenas pelo fato ter sido portadora de neoplasia de mama anos atrás não parece atender ao princípio da necessária motivação dos atos administrativos, tampouco da razoabilidade e proporcionalidade.

No mais, constata-se que inexistem nos autos elementos suficientes a demonstrar que o apelante não possa desempenhar regularmente as respectivas atribuições funcionais.

Assim, não pode a Administração Pública entender que o fato de ter todo enfermidade faz com que possivelmente venha a ter diversas complicações de saúde.

Portanto, as razões expostas pela Administração Pública, ultrapassam os princípios da razoabilidade e desproporcionalidade, notadamente porque preenchido requisito essencial para o cargo (ter boa saúde física e mental).

Por tais razões, a r. sentença não demanda reparos, devendo ser integralmente mantida por seus jurídicos fundamentos.

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

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 1% (um por cento) sobre o montante fixado pelo MM. Juízo a quo, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min.

Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028119-96.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SAFRA S/A, é apelado MAURICIO JOSÉ DIAS.

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 17.649)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 5 de agosto de 2019.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Vítima de fraude que passou a figurar indevidamente como proprietário de veículo nos registros do órgão público de trânsito – Comprovação da fraude, ocorrida no curso da obtenção do financiamento do bem – Exigência de pagamento dos débitos fiscais, relativos ao veículo de placas EUN-6190, que se mostra indevida, o mesmo se podendo dizer quanto à inscrição do nome da vítima, ora apelado, nos cadastros de inadimplentes – Transferência da titularidade do veículo para a financeira, bem como da responsabilidade pelo pagamento dos débitos fiscais – Reparação dos danos morais que se impõe – Verba honorária que comporta majoração, observada a regra do artigo 85, § 11, do CPC – Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária movida por Maurício José Dias em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e do *Banco Safra S.A*., na qual alega o autor que, vítima de fraude, viu seu nome e respectivo número do Registro Geral (RG) indevidamente utilizados para o financiamento do veículo Ford Fiesta, de

placas EUN-6190, em decorrência do que passou a figurar como proprietário do automotor no órgão público de trânsito, muito embora não fosse o proprietário do bem, tampouco possuidor. Busca, assim, a baixa do seu nome no registro de propriedade do veículo, bem como o cancelamento do débito fiscal relativo a IPVA, licenciamento do veículo e multas por infração à legislação de trânsito, com a exclusão do seu nome do cadastro de inadimplentes. Pleiteia, ainda, a repetição do indébito e a reparação dos danos morais.

O juízo de primeiro grau julgou a ação parcialmente procedente para declarar a inexigibilidade dos débitos fiscais em face do autor da demanda, relativos ao veículo Ford Fiesta, de placas EUN-6190, determinando o cancelamento dos protestos decorrentes daqueles débitos, bem como a transferência do registro de propriedade do bem para o nome do Banco Safra, a quem incumbirá o pagamento dos respectivos créditos fiscais. O magistrado condenou o banco réu, ainda, ao pagamento de R$ 10.000,00, a título de reparação dos danos morais suportados pelo autor, valor este a ser corrigido pela tabela prática, incidentes, ainda, juros de mora, estes fixados em 1% ao mês. Por fim, o juiz condenou o banco réu ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, devidos ao patrono do autor, verba essa fixada em 10% do valor relativo à condenação à reparação dos danos morais. O autor, por sua vez, foi condenado ao pagamento de honorários devidos ao patrono da Fazenda Pública, fixados em 10% do valor da causa.

Recorreu o Banco Safra, afirmando que não pode ser responsabilizado pela fraude, praticada por terceiro, tampouco cabendo a condenação à reparação de danos morais, pois quem encaminhou o débito a protesto foi a Fazenda Pública. Pleiteou o banco réu, ainda, a diminuição do valor arbitrado a título de indenização, acaso os pleitos anteriores não fossem acolhidos.

Vieram contrarrazões, oportunidade em que o apelado alega a atuação de má-fé da apelante.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação por danos morais, na qual o autor afirma que foi vítima de fraude contratual, diante do que terceira pessoa acabou adquirindo um veículo como se do requerente fosse, passando a contratar, em nome da vítima, o financiamento do automotor. Na base do falso, o impostor acabou colocando o autor em difícil situação, pois se acumularam débitos fiscais objeto de protesto. Assim, pugna pela declaração de inexigibilidade dos débitos relativos ao veículo, bem como pela transferência do bem, e de todos os ônus que sobre ele pesam, para a instituição financeira, com a exclusão do nome do autor do cadastro de inadimplentes. Requer, ademais, a repetição do valor objeto de protesto e a reparação dos danos morais.

Ficou comprovado que o autor foi vítima de fraude contratual bancária,

Acesso ao Sumário

perpetrada no momento da abertura de crédito para financiamento do veículo em questão. Nisso se fundou a r. sentença, que deu pela parcial procedência do pedido do autor, à vista do laudo pericial, que apontou séria divergência entre a firma do suposto proprietário do veículo, ora requerente, e aquela aposta no instrumento do contrato celebrado com o corréu, Banco Safra. E, de fato, o perito não teve dúvida em afirmar a falsidade da assinatura atribuída ao contratante, constatando, ademais, o uso de documento falso por parte do criminoso que se fez passar por Maurício José Dias (fls. 335 a 351).

Como o autor não é e nunca foi proprietário do referido veículo, flagrantemente inaplicáveis as regras de responsabilidade tributária e administrativa, pois o administrado não tem e nunca teve qualquer relação com o fato gerador do tributo e das eventuais sanções, tampouco elegendo-o o legislador como pessoa que haveria de responder pelo pagamento deles, em qualquer circunstância. Fraudulenta que foi a aquisição do veículo, não pode o autor responder pelos débitos fiscais dele decorrentes, cuja responsabilidade recai integralmente sobre o Banco Safra.

Assim, era mesmo o caso de se determinar, como o fez o magistrado, a transferência do veículo e do respectivo débito fiscal para a instituição bancária, porquanto não se pode simplesmente cancelar o registro, deixando o veículo circular pelas ruas de maneira irregular, e constituindo a Fazenda do Estado no ônus de sair à procura do fraudador, para dele exigir a cobrança do IPVA.

Inegável que relatada situação causou diversos constrangimentos ao autor, ensejadores de reparação por parte da instituição bancária. Isto porque a financeira não agiu com o devido cuidado, contratando com criminoso, que se fez passar pelo autor da ação. Sabe-se que a razão do lucro, neste tipo de negócio, é o risco nele envolvido, pelo que não pode se esquivar o Banco, disposto a apenas recolher as vantagens da empreitada capitalista, sem se responsabilizar pelos riscos assumidos.

Dano, no dizer de Enneccerus, é toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos, patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem- estar (Enneccerus *apud* Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, vol. III, SP, RT, 1985, p. 573). O nosso Código Civil não continha qualquer dispositivo que, expressamente, contemplasse reparação de danos morais.

Todavia, desde Clóvis Beviláqua (*Teoria Geral de Direito Civil*, 4ª ed., RJ, Ed. Francisco Alves, 1954, p. 30) tem-se entendido que o próprio interesse moral, previsto no artigo 76 do Código Civil de 1.916, autoriza a concluir, à vista do disposto no art. 159 do mesmo Código, pela responsabilidade de indenizar independentemente dos reflexos patrimoniais que a lesão possa ter. Essa discussão, nos dias de hoje, guarda apenas um valor histórico, diante do disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

No caso do dano moral, é impossível repor as coisas ao estado em que se encontravam. A reparação, em tais circunstâncias, reside no pagamento de uma soma em pecúnia, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma *satisfação compensatória* de sua dor íntima. Há também um caráter dissuasório e preventivo quanto a novas e futuras investidas do ofensor.

Veja-se que os inconvenientes a que o autor se viu submetido ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, lembrando a situação em que se viu envolvido o personagem de Kafka, em *O Processo*, ao tentar provar que não era ele a pessoa que seus detratores e acusadores julgavam ser.

Aliás, não por acaso o autor austro-húngaro escolheu o ambiente da burocracia para desenvolver sua trama, o que dá bem a dimensão das situações absurdas com as quais o indivíduo pode se defrontar nas relações consumeristas.

E claro está que o fato trouxe abalo moral, desconforto que ultrapassa os reveses do cotidiano, pois não bastou uma simples conversa na instituição bancária para colocar termo ao contrato e esclarecer todo o evento e suas repercussões. Teve o autor de se socorrer de um advogado, constituindo-o para defender-se, na tentativa de desvencilhar-se da perversa teia burocrática criada à sua revelia.

Quer-se crer que indenização da ordem de R$ 10.000,00, tal como fixada, é o mínimo que se pode conceber para consolar a vítima, sabedora de que a instituição bancária teve de pagar por sua omissão nos cuidados necessários à concessão de financiamento. A condenação, outrossim, servirá para desencorajar novas condutas desagregadoras. De mais a mais, trata-se de poderosa instituição bancária. Nestes termos, deve ser mantido o valor fixado na r. sentença.

Convencera-me de que só o efetivo acréscimo de trabalho do advogado, por força do recurso interposto, justificaria a majoração dos honorários, a despeito do modo verbal imperativo empregado pelo legislador na regra do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, julgando Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário (ARE 711027, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, J. 30/08/16, DJe 04/08/17), por maioria, decidiu de outro modo.

Destarte, considerada a presunção absoluta estabelecida pela referida regra legal, tenho por bem majorar em R$ 1.000,00 os honorários advocatícios fixados anteriormente, em proveito do autor, atento à regra do artigo 85, §11 (que reporta aos parágrafos 2º a 6º), do Código de Processo Civil, observada a gratuidade judiciária.

Registre-se, por último, que não se vê configurada, no presente recurso, a prática de litigância de má-fé, porquanto a parte buscou apenas ver reconhecido o direito de que se julgava titular, valendo-se, para tanto, dos argumentos de que dispunha.

Acesso ao Sumário

Nestes termos, nego provimento ao recurso do Banco Safra.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015990-93.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MILTON DA COSTA MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram o Acórdão anteriormente proferido e determinaram a devolução dos autos à Presidência da Seção de Direito Público. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.290)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de julho de 2019.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Autos devolvidos para a turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, diante de entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da admissibilidade de cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria (art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.213/91), em sede de recurso especial processado no regime do art. 1.030, inciso II, do novo CPC – Caso em que, porém, o auxílio-acidente tem caráter vitalício, não alcançado por posterior alteração legal que vedou a cumulação com a aposentadoria – Observância do princípio "tempus regit actum" – Acórdão mantido.

VOTO

A r. sentença de fls. 48/49, cujo relatório se adota, julgou improcedente ação acidentária proposta por Milton da Costa Machado contra o INSS.

Acesso ao Sumário

O v. acórdão de fls. 79/82, por votação unânime, deu provimento ao recurso.

Interposto recurso especial, a Presidência da Seção de Direito Público, considerando a orientação contida no julgamento do mérito do REsp 1.296.673/MG (Tema nº 555), DJe de 03/09/2012, posteriormente consolidada na Súmula nº 507 do STJ, no sentido de ser possível a cumulação do benefício de auxílio suplementar (auxílio-acidente) com proventos de aposentadoria quando a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente, e a concessão da aposentadoria forem anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.213/91, promovida pela MP nº 1.596-14/97 (posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97), devolveu os autos à turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, inciso II, do novo CPC.

É o relatório.

A jurisprudência do STJ, reafirmada no julgamento do recurso especial acima referido, representativo de controvérsia repetitiva, é no sentido de que "*A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (...), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997*".

A Súmula nº 507 dispõe que "*A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11/11/1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho*".

Ocorre que, conforme já observado no acórdão, "*concedido o auxílio-acidente a partir de 24/06/1997, portanto, antes da vigência da Lei n° 9.528/97, faz o obreiro jus a seu recebimento em caráter vitalício, como lhe assegurava à época o § 1° do art. 86 da Lei n° 8.213/91 (em sua redação original), cuidando-se de direito adquirido, imutável por força do princípio 'tempus regit actum*'" (fls. 81).

Está claro, pois, que o mal incapacitante é anterior à modificação legal introduzida pela Lei nº 9.528/97, que vedou a cumulação de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria (art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91).

Assim, os efeitos da nova regra não podem retroagir para alcançar situação anteriormente consolidada e por ela não abrangida.

Em outras palavras, no caso em tela, o auxílio-acidente, regrado pelo art. 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (em sua redação original), tem caráter vitalício, não inibido pela posterior alteração legal acima referida.

Acesso ao Sumário

Por fim, não obstante o teor da Sumula nº 507 do STJ, é oportuno acrescentar que o tema em debate ainda não foi exaurido pelo Supremo Tribunal Federal, havendo repercussão geral sobre a aplicação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 687.813/RS).

Ante o exposto, pelo meu voto, mantenho na íntegra o acórdão proferido. Devolvam-se os autos à Presidência da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0502896-27.2006.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE AVARÉ, é apelado DIMEDICA LTDA. EPP.

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 35.226)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), RAUL DE FELICE, ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – ISS, exercícios de 2003 a 2005 – Município de Avaré – Prescrição intercorrente – Ocorrência – Paralisação do feito por mais de cinco anos por culpa atribuída ao próprio exequente – Contagem da prescrição intercorrente com base no entendimento consolidado no REsp. nº 1.340.553/RS, julgado na sistemática de recursos repetitivos – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação do exequente MUNICÍPIO DE AVARÉ (fls. 23/ss.), contra r. sentença (fls. 19/ss.), proferida em Execução Fiscal ajuizada contra DIMEDICA LTDA. EPP, referente a ISS dos exercícios de 2003 a 2005.

2. A r. sentença julgou extinta a execução fiscal, sob o fundamento que o processo permaneceu paralisado por prazo superior a 05 (cinco) anos por culpa atribuída à exequente.

Acesso ao Sumário

3. Pretende o Município a inversão do resultado, sustentando, em síntese, que não foi intimado para se manifestar acerca da prescrição, o que violaria a legislação de regência. Por tais motivos, requer a reforma da r. sentença para que haja o regular prosseguimento da execução fiscal.

4. Recurso tempestivo, isento de preparo e não respondido.

5. As partes não se opuseram ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

6. O recurso não comporta provimento, pelas razões que se passa a demonstrar.

No caso, verifica-se que o r. juízo de primeiro grau extinguiu o feito, sob o fundamento de ter ocorrido a prescrição intercorrente.

Acerca do tema, a 1ª Seção do STJ nos autos do REsp. nº 1340553/RS, julgado em recurso repetitivo, estabeleceu a sistemática de contagem dos prazos estabelecidos no artigo 40 e seus parágrafos da Lei nº 6.830/1980, bem como o momento do início da contagem da prescrição intercorrente:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).*
>
> *1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.*
>
> *2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente".*
>
> *3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente*

Acesso ao Sumário

o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronuciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por

Acesso ao Sumário

edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

(REsp 1340553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018).

Com base em tal entendimento, depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça pretendeu evitar que execuções fiscais já ajuizadas tramitem perante o Poder Judiciário indefinidamente. Para tanto, aquela E. Corte fez uma interpretação dos prazos expressamente indicados no art. 40 da LEF.

Acesso ao Sumário

Tais prazos são segmentados em duas partes: (i) a primeira, tem por termo inicial a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) e por termo final o prazo de 1 (um) ano dessa data (art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF); (ii) a segunda parte tem por termo inicial o fim da primeira parte, ou seja, o fim do prazo de 1 (um) ano da data da frustração na localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, § 2º, da LEF) e por termo final o decurso do prazo de 5 anos relativo à prescrição intercorrente.

Nessa lógica, estabeleceu o STJ que o prazo de um ano de suspensão previsto no artigo 40, §§ 1º e 2º, da LEF, tem início automaticamente a partir da data da ciência da Fazenda a respeito da não localização do devedor e/

ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Assim, o que determinará a inauguração do prazo é a efetiva ciência da Fazenda Pública acerca da inexistência de bens penhoráveis e/ou da não localização do devedor, sendo indiferente o fato de existir petição do ente público requerendo a suspensão do feito para realização de diligências.

Findo o referido prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável, havendo ou não petição da Fazenda Pública, pouco importando também a existência ou não de decisão judicial nesse sentido.

Registre-se, além disso, que somente a efetiva citação (ainda que por edital) e a efetiva penhora de bens são aptas a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal finalidade o mero peticionamento da Fazenda Pública em juízo requerendo a constrição de bens da parte executada.

Considere-se também que a declaração de nulidade do feito pela ausência de qualquer intimação dentro do procedimento previsto no art. 40 da LEF está condicionada à demonstração, por parte da Fazenda Pública, do prejuízo efetivamente sofrido no processo ou de qualquer causa suspensiva ou interruptiva do lapso prescricional na primeira oportunidade em que falar nos autos, salvo se se tratar da falta de intimação acerca da não localização do devedor ou da inexistência de bens passíveis de constrição, hipótese em que o prejuízo ao ente público é presumido.

Pois bem. Feitas tais considerações, e aplicando-se a sistemática acima destacada, verifica-se que, no caso em análise, trata-se de créditos constituídos entre 2003 e 2005, conforme se observa da CDA de fls. 03/ss. O ajuizamento da ação se deu em 03/08/2006, razão pela qual não há que se falar na ocorrência da prescrição a que alude o art. 174 do CTN.

Todavia, há de se reconhecer a consumação da prescrição intercorrente. Com efeito, após a efetivação da citação em 01/09/2007 (fls. 14), o Município exequente não apresentou nenhuma manifestação tendente a dar andamento ao feito executivo até a prolação da sentença em 29/03/2019.

Nesse cenário, ausente a comprovação da ocorrência de qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, de rigor reconhecer que houve paralisação do feito por mais de 5 (cinco) anos, após o período de suspensão, por culpa atribuída à exequente.

Ademais disso, não se pode atribuir a paralisação do feito aos mecanismos da Justiça, senão à própria desídia do Município em promover o andamento efetivo da execução fiscal que ajuizou. Inaplicável, pois, a Súmula 106 do STJ.

Por derradeiro, embora tenha o representante da Fazenda a prerrogativa de ser intimado pessoalmente (artigo 25 da Lei nº 6.830/80), não está o ente público isento de acompanhar as ações que propõe, ou seja, de dar impulso ao processo. Inexiste, ademais, qualquer demonstração de prejuízo por parte da

Acesso ao Sumário

Fazenda Pública em suas razões recursais, razão pela qual não há que se aventar nulidade do feito por descumprimento do art. 40 da LEF.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014189-40.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CELSO RIBEIRO LANDIM, ROSANA APARECIDA GONÇALVES DA SILVA, ROSEMEIRE INACIA DE FREITAS, ANGELI MATIAS TEIXEIRA e MARIA CELISA ANNIBAL, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.578)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: ORDINÁRIA – Servidores públicos municipais – Indenização – Demora excessiva da Administração entre o requerimento de aposentadoria voluntária e a publicação do ato – Inadmissível ultrapassar os sessenta dias previstos no artigo 101, da LOMS – O fato de serem inúmeros os pedidos de aposentadoria, não caracteriza motivo de força maior, configura sim, falha, falta ou omissão do serviço público – Dever de indenizar reconhecido tomando por base o valor dos proventos de aposentadoria a serem apurados em sede de liquidação – Precedentes deste Sodalício – Procedência parcial da ação decretada por este Colegiado – Honorários recursais ora fixados – Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Celso Ribeiro Landim e outros em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando a indenização referente ao período trabalhado compulsoriamente por culpa da ré ante a demora em conceder a aposentadoria.

A r. sentença de fls. 115/118, cujo relatório adoto, julgou improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 7.000,00 (sete mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Inconformados, apelam os autores, a fls. 120/128, arguindo, preliminarmente, a concessão da gratuidade da justiça, por insuficiência de recursos. No mérito, repisam os mesmos argumentos expendidos na exordial, pugnando pela procedência da ação.

Recurso processado e contrariado (fls. 131/139). Indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita (fls. 142/143). Preparo recursal recolhido (fls. 149).

É o relatório.

Consta do processado que os apelantes requereram a aposentadoria voluntária e houve demora na concessão, como se extrai: a) Celso Ribeiro Landim em 23/11/2016 – concedida em 27/03/2017 (fls. 17/21); b) Maria Celisa Annibal em 06/02/2017 – concedida em 25/05/2017 (fls. 25/31); c) Rosana Aparecida Gonçalves da Silva em 29/11/2016 – concedida em 04/04/2017 (fls. 37/42); d) Rosemeire Inacia de Freitas em 18/04/2017 – concedida em 14/08/2017 (fls. 46/51); e) Angeli Matias Teixeira em 18/09/2017 – concedida em 13/03/2018 (fls. 56/62).

Na contestação, a ré alega que o pedido de aposentadoria está condicionado à prévia analise de requisitos necessários ao benefício, mas reconhece o direito a indenização, tanto que anexa a contestação demonstrativos de cálculos devidos a título de indenização (fls. 87/91).

In casu, como acima descrito, houve demora entre a data da solicitação e a efetiva concessão da aposentadoria com publicação no Diário Oficial, decorreu tempo superior ao legalmente previsto.

O Poder Público Municipal após apresentado o requerimento tem o prazo de 60 (sessenta) dias para conceder a aposentadoria, consoante dispõe o § 101, da Lei Orgânica do Município de São Paulo:

> *"Art. 101 - O pedido de aposentadoria voluntária bem como as pendências respectivas deverão ser apreciados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após o seu protocolamento, na forma da lei."*

Por esse motivo, devem os apelantes receber a compensação pecuniária,

Acesso ao Sumário

pelo tempo de trabalho compulsório realizado, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público.

Ora, em que pese a existência de um trâmite burocrático para o procedimento referido, não é razoável aceitar demoras injustificadas para realizar a analise do pedido e a concessão da aposentadoria, inadmissível ultrapassar os sessenta dias previsto no dispositivo legal acima transcrito. O fato de serem inúmeros os pedidos de aposentadoria, não caracteriza motivo de força maior, configura sim, falha, falta ou omissão do serviço público.

Cumpre que a atividade administrativa se realize em tempo razoável, jungida que é ao princípio da eficiência, o mais moderno princípio da atividade administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (Hely Lopes Meirelles, Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 37ª edição, p. 98).

A jurisprudência deste Sodalício ampara a indenização para os servidores que à espera da concessão da aposentadoria são obrigados a continuar trabalhando quando já poderiam usufruir da aposentação:

> *Ação indenizatória – Servidoras municipais de São Paulo – Concessão da aposentadoria em prazo superior ao legal – Danos materiais configurados – Precedentes – Sentença de procedência parcial da ação – Provimento do recurso das autoras, negando-se provimento aos recursos da Municipalidade e oficial considerado interposto.* (Apelação Cível 0005070-34.2003.8.26.0053; Relator Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/ Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 21/08/2018).
>
> *DUPLA APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – Servidora Pública Municipal – Diretora de Escola e Coordenador Pedagógico – Aposentadorias – Demora por parte da Administração Pública na concessão da aposentadoria a ensejar indenização – Sentença de parcial procedência pronunciada em primeiro grau – As servidoras continuaram em exercício mesmo após o requerimento de suas aposentadorias, havendo atraso por parte da administração na concessão das aposentadorias, com base no art. 101 da LOM/SP – NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA afastada – O dispositivo não deixa dúvidas de que a Administração tem sessenta dias para apreciação do pedido de aposentadoria voluntária. Posterior lei ordinária tratando da matéria não poderia conceder prazo superior a sessenta dias, pois*

Acesso ao Sumário

esse foi o prazo máximo que a lei maior municipal já estabeleceu – ABONO DE PERMANÊNCIA – Indenização requerida pelas autoras tem natureza diversa do abono de permanência que ela já recebia – Deve se computar no quantum indenizatório o abono de permanência – DANOS MATERIAIS devidos – Servidoras tiveram que continuar em atividade quando já poderiam usufruir de descanso remunerado caracterizando a ocorrência de evento danoso – A contar do 61º dia até a efetiva concessão da aposentadoria, no valor correspondente aos proventos que seriam recebidos – DANOS MORAIS inocorrência – Não há qualquer prova de grande aborrecimento, angústia ou dissabor intenso pelo qual as autoras tenham passado pela demora na apreciação do seu pedido de aposentadoria – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – Repercussão Geral – Deverão ser aplicados os parâmetros definidos pela Corte Suprema nos cálculos que serão realizados em sede de liquidação de sentença; de acordo com o julgamento do Recurso Extraordinário 870.947, Tema 810 – Sentença de parcial procedência mantida, estendendo o direito em danos materiais, condenando a ré a indenizar as autoras, no valor do provento que deixou de receber, no período solicitado; deduzidos os sessenta dias previstos na Lei Orgânica – Recurso voluntário da Municipalidade improvido, Reexame Necessário, considerado interposto e Recurso das Autoras parcialmente provido. (Apelação Cível 1030411-25.2015.8.26.0053; Relator Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/05/2018; Data de Registro: 09/05/2018).

APELAÇÃO – Pedido administrativo de aposentadoria voluntária – Morosidade injustificada na apreciação e concessão, por parte da Administração Pública – Violação dos prazos legais para tanto – Responsabilidade civil – Ato omissivo – Teoria subjetiva – Culpa constatada – Indenização devida – Prescrição Ocorrência – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível 0027674-71.2012.8.26.0053; Relator Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/11/2017; Data de Registro: 09/11/2017).

Portanto, de rigor, a reforma da r. sentença para julgar procedente em parte a ação, para que os apelantes sejam indenizados pelo tempo decorrido entre o pedido administrativo de aposentadoria e a publicação da mesma, excluindo-se desse período, como se verificou, o prazo de 60 dias de que dispunha a Administração para analisar o requerimento, tendo como base o valor dos proventos de aposentadoria, a serem apurados na fase de liquidação.

Acesso ao Sumário

Cumpre observar que a dívida do ente público haverá de sofrer a incidência de correção monetária e juros moratórios, devendo ser nos termos do que for decidido definitivamente pelos Tribunais Superiores no julgamento dos Temas 810 (STF) e 905 (STJ).

Por fim, cabível a inversão do julgamento, com a parcial procedência da ação, arcando a apelada com as custas e processuais, bem como a verba honorária da ação de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, parágrafo 3º, do CPC, com a majoração de mais 5% (cinco por cento) a título de honorários recursais, em observância ao disposto no art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005798-22.2018.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes SERGIO TONON, IVONISIA LOPES DE ARAUJO, MARIA DE LOURDES DE LIMA, MARCELO FIGUEIREDO MARTINS, JOSE DIAS SANTOS, MARCIA RANTIGUERI ABREU e WELINGTON DE OLIVEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.913)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 6 de agosto de 2019.

REINALDO MILUZZI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – Ato administrativo – Notificações para desocupação de quiosques na orla da praia, no prazo de 20 dias – Pretensão à declaração de nulidade das notificações e à suspensão de licitação – Sentença que indeferiu a petição inicial – Ocupação tolerada por mera liberalidade da Municipalidade – Quiosques já demolidos, e certame licitatório

para exploração da área em fase final – Ausência de interesse de agir – Indeferimento da inicial mantido – Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, ajuizada por Sérgio Tonon e outros contra o Município de Praia Grande, visando à anulação de notificações realizadas pela Administração Municipal a permissionários, para a desocupação dos espaços que ocupam em 20 dias, bem como para determinar a suspensão dos atos referentes ao Edital de Concorrência nº 04/18.

A r. sentença de fls. 247/249, de relatório adotado, indeferiu a petição inicial em razão da carência de ação, e julgou extinto o processo sem apreciação do mérito. Deixou de condenar os autores na sucumbência.

Inconformados, apelam os autores, alegando que o ato não possui motivação não é razoável, pois foi fixado prazo de menos de 20 dias para a desocupação; que, ainda que as permissões tenham sido contestadas judicialmente, a exploração dos quiosques constitui atividade essencial à sua sobrevivência; que há vícios no edital de licitação nº 04/18; que há aglutinação de serviços díspares em um mesmo objeto, em afronta ao quanto disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93; que, conforme o edital, há a possibilidade de arrendamento dos espaços, não permitindo que a Administração tenha conhecimento dos ocupantes; que, por via transversas, o edital impede a participação dos atuais ocupantes dos quiosques, limitando a participação a grandes investidores; que o edital foi suspenso, causando o abandono dos quiosques.

Recurso tempestivo.

Contrarrazões a fls. 286/296, com levantamento de preliminares.

Os autos foram distribuídos inicialmente à 7ª Câmara de Direito Público, que, com voto condutor do i. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, não conheceu do recurso e remeteu a esta Câmara, em decorrência do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0166695-66.2008.8.26.0000, originado na ação civil pública sob o nº 0012499-65.2008.8.26.0477.

FUNDAMENTOS.

Os autores ajuizaram ação declaratória de nulidade, c/c obrigação de não fazer, pretendendo: (i) a anulação de atos administrativos consistentes nas Notificações de nºs 39043, 39006, 39041, 39040, 39039 e 39004, que determinaram a desocupação dos quiosques e encerramento das atividades até 07.05.18, com extensão à situação do permissionário do quiosque nº 135, ainda não notificado, bem como (ii) a não realização do certame licitatório previsto no Edital nº 04/2018.

Acesso ao Sumário

A ação foi extinta sem apreciação do mérito, com a rejeição da petição inicial, em razão da carência da ação.

E deve ser mantida.

A documentação coligida aos autos (em especial a fls. 44, 90, 131 e 146) denota que os permissionários tinham ciência da precariedade do uso dos quiosques, bem como da possibilidade de sua revogação ou não renovação, por interesse público, com base na discricionariedade administrativa.

Com efeito, trata-se de características fundamentais do ato administrativo de permissão, que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, é "*ato administrativo negocial, discricionário e precário, por meio do qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração*" ("Direito Administrativo Brasileiro", 38ª ed., Ed. Malheiros, p.197).

Não há, pois, que se cogitar de ilegalidade das notificações, uma vez que a ocupação dos quiosques era tolerada pelo Município por mera liberalidade.

De outro lado, é fato incontroverso que o Ministério Público promoveu Ação Civil Pública em face do Prefeito da Estancia Balneária de Praia Grande, objetivando a declaração de nulidade das permissões de uso dos quiosques situados na Praia Grande, bem assim o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa pelo Prefeito, sendo certo que o processo tramitou perante o mesmo juízo da presente ação.

Foi interposto o recurso de agravo de instrumento sob o nº 0166695-66.2008.8.26.0000, perante esta Câmara, contra a liminar deferida nos referidos autos, para declarar nulas as permissões de uso dos quiosques (contratos verbais) e as declarações de permissionários, facultando à Municipalidade, assim desejando, a realização de concurso licitatório dentro do limite de 180 dias, sob pena de multa diária de R$10.000,00 e apuração de eventual responsabilidade criminal.

Referido recurso perdeu o objeto, em razão da realização de Termo de Ajustamento de Conduta entre o Município e o Ministério Público.

O MM. Juiz "*a quo*", assevera que é falsa a afirmação de que os apelantes são legítimos permissionários de espaço público, uma vez que todas as permissões foram declaradas nulas, por não serem precedidas de processo licitatório. Além disso, esclarece que os quiosqueiros participaram da ação e tiveram ciência do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Município e o Ministério Público.

E como bem anotou o MM. Juiz "*a quo*":

"... A partir da referida ação civil pública ficou decidido que a ocupação estava sendo tolerada pro mera liberalidade, até que formalizado acordo com

a União.

Portanto, também não é verdadeira a firmação de que foram surpreendidos com as notificações, as quais respeitaram exatamente o que foi acordado na ação anterior. Os documentos de fls. 74/104 demonstram o total conhecimento dos autores acerca das providencias que estavam sendo tomadas pela prefeitura municipal, não podendo alegar desconhecimento.

Ademais, os argumentos trazidos na inicial no tocante a forma como a prefeitura está conduzindo a licitação para exploração comercial da orla da praia se referem aos critérios de conveniência e oportunidade, próprios da Administração Municipal, não podendo o Judiciário interferir na gestão do Executivo.

Há dez anos o Ministério Público promoveu ação civil pública para obrigar o Município a providenciar licitação para regularizar a ocupação da orla da praia, já que se trata de espaço público. O processo ficou parado por anos porque o Município não podia licitar a ocupação do espaço por ser área de marinha e por depender de autorização formal e expressa da União. Somente em 2017 é que essa autorização foi formalizada (fls. 72/80).

Entretanto, desde o ajuizamento da referida ação civil pública os quiosqueiros tinham pleno conhecimento de que a qualquer momento deveriam desocupar os quiosques. Portanto, não podem alegar surpresa.

Neste passo, fica a certeza de que o Município tem a obrigação de providenciar a licitação, escolhendo o modelo que melhor lhe atender, bem como que pelo modelo adotado há a necessidade da desocupação. Portanto, nenhuma ilegalidade pode ser apontada.

Nem mesmo o prazo da desocupação pode ser questionado porque também isso está dentro do poder discricionário do Administrador." (fls. 247/249).

Insta ressaltar que a destinação das coisas públicas é servir ao público e não pode a vontade privada desafetar sua destinação, reduzi-la a fim privado (RT 601/127).

Ademais, consoante informado pelo Município em contrarrazões, os quiosques já foram demolidos (fls. 297), e o processo licitatório na modalidade concorrência, Edital nº 04/2018, que os autores pretendiam que não fosse realizado, foi revogado em 13.07.18 e substituído pelo Edital nº 16/18, formulado para ocupação e exploração da área, cujo processo licitatório já se encontra em fase final (fls. 304).

Assim sendo, por todos os ângulos de análise, é patente a falta de interesse de agir dos autores, devendo ser mantida a sentença que indeferiu a inicial.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002970-31.2017.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante/apelada A.E.R.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS.

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 do Município, e deram parcial provimento ao recurso da Autora, com observação, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 9 de agosto de 2019.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM ESCOLA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL. Criança que sofreu várias mordidas no corpo, inclusive no rosto. Sentença de procedência do pedido. Responsabilidade subjetiva da Administração. Falha do serviço. Criança que, estando sob os cuidados de escola municipal de educação infantil, teve seu rosto lesionado por mordidas desferidas por outra criança, a qual já era contumaz nessa prática. Falha no dever de guarda e de preservação da integridade física do menor. Repercussão moralmente danosa demonstrada. Danos morais caracterizados. Valor da indenização que deve ser majorado, arbitrando-se R$ 7.500,00 para a menor, a serem depositados em conta judicial até que a criança atinja a maioridade, ressalvada a possibilidade de movimentação da conta para finalidades condizentes com o propósito da indenização. Sucumbência plena do Município, pois o arbitramento dos danos morais em valor inferior ao requerido não gera sucumbência recíproca, conforme Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça. Consectários de mora que deverão seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810, ressalvando-se eventual

Acesso ao Sumário

modulação em seus efeitos que venha a ser decidida pela Corte Superior. Recurso do Município não provido, provido parcialmente o recurso da Autora, com observação.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação do **Município de Pederneiras** e de **A.E.R.S.**, representada por sua genitora, contra a r. sentença de fls. 176/178 que julgou parcialmente procedente ação indenizatória ajuizada por esta, na qual pretendia a condenação do Município em danos morais no importe de R$ 30.000,00, por ter sofrido várias lesões de mordidas desferidas pelo menor de nome L., o qual seria contumaz nessa prática, implicando grave omissão de vigilância da Escola, o que autorizaria a condenação em danos morais.

A r. sentença de fls. 176/178 julgou "*PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar o requerido a pagar à autora a quantia de R$ 5.000,00, corrigida desta data pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescidos dos juros legais de 1% ao mês, desde o evento danoso.*

(...) Havendo sucumbência recíproca, pagará a autora 85% das custas, despesas processuais e os honorários advocatícios, que ora fixo em 15% do valor da condenação, ainda ficando o requerido responsável pelo pagamento do remanescente.".

Apela a Autora (fls. 188/192), insurgindo-se contra o valor arbitrado a título de danos morais, pretendendo sua majoração, além da inversão da sucumbência.

Apela, também, o Município (fls. 199/218), alegando, em síntese: inexistência de omissão e responsabilidade objetiva do Município; o fato é bastante comum entre crianças; e inviabilidade de condenação em danos morais, por falta de comprovação.

Contrarrazões apresentadas pela Autora a fls. 221 e pela Municipalidade a fls. 222/230.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 246/250).

É o relatório.

O recurso do Município não merece provimento, sendo de prover parcialmente o recurso da Autora, com observação.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por A.E.R.S., representada por sua genitora, na qual pretendia a condenação do Município em danos morais no importe de R$ 30.000,00, por ter sofrido várias lesões de mordidas desferidas pelo menor de nome L., o qual seria contumaz nessa prática, implicando grave

Acesso ao Sumário

omissão de vigilância da Escola, o que autorizaria a condenação em danos morais. A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação, condenando o Município em R$ 5.000,00 a título de danos morais, bem como decretou sucumbência recíproca, condenando a autora em 85% das custas, despesas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

E, como consta dos autos, restou incontroverso que a Autora, criança que frequentava a Escola Municipal de Educação Infantil EMEI Professora Guilhermina Faria, na cidade de Pederneiras, sofreu lesões com diversas mordidas em seu corpo, inclusive em seu rosto, no período escolar. Foram constatadas lesões de natureza leve através do laudo de exame de corpo de delito juntado a fls.17/18, corroboradas pelo relatório da comissão especial de sindicância juntado as fls.24/31. Aliás, as referidas lesões ficaram bem evidentes pelas fotografias de fls. 32/35.

O artigo 37, § 6º, da CF/88 recepciona a responsabilidade civil se houver dano provocado pelo serviço público e, para tanto, adotou-se a teoria do risco administrativo, que dispensa o lesado da comprovação da culpa da Administração para obter indenização.

Acontece que a dispensa da demonstração de culpa não retira do Estado a possibilidade de provar que o evento danoso resulta de culpa da vítima ou de terceiro, ou, ainda, foi fruto de força maior e, com isso, excluir sua responsabilidade, porquanto não há que se falar em risco integral.

A teoria do risco administrativo "*não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização*" (**Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 627**).

No caso em apreço, a questão deve ser tratada sob o enfoque da responsabilidade subjetiva, porquanto os fatos apresentados e que restaram incontroversos, demonstram bem que houve falha do serviço público de ensino municipal, por falta de vigilância, o que induz a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva por ato omissivo.

Assim, o ponto fulcral da causa de pedir versa sobre a alegada omissão e falha do serviço público, considerando, para tanto, que não ocorreu vigilância e socorro adequados à menor.

Segundo registro feito pela doutrina, "*é mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço ('faute du service',) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se*

Acesso ao Sumário

inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada em culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva" (**Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Ed. Malheiros, 2012, p. 1.020**).

Certamente, *"se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. (...)"* (**Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, Ed. Malheiros, 2010, p. 1014**).

E tratando-se de responsabilidade subjetiva, ao Estado incumbe o ônus probatório, pois "*nos casos de 'falta de serviço' é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria*" (**Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, Ed. Malheiros, 2010, p. 1015**).

Como regra, a configuração de responsabilidade do Estado está escorada no dever de guarda que acomete às creches e escolas de ensino infantil, e que é frustrado pelos estabelecimentos quando os pais constatam que seus filhos sofreram algum tipo de lesão.

Nesse sentido, a doutrina:

"Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade de ensino fica investida no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convício escolar" (**Rui Stocco, 'Tratado de Responsabilidade Civil', 7ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1.107**).

Caberia ao Município, portanto, demonstrar ter se cercado de todos os cuidados para evitar o evento danoso. E, como acima relatado, as partes não controvertem em relação ao envolvimento da menor no acidente, tampouco quanto à lesão sofrida.

A divergência diz respeito ao contexto do acidente envolvendo as duas crianças sob a guarda das monitoras ali presentes. Na verdade, o Município reconhece a ocorrência da fatalidade, atribuindo-a a infortúnio que acomete diversas crianças em tenra idade. Afirma que é comum, na idade em que se

Acesso ao Sumário

encontram os envolvidos, haver incidentes dessa natureza, com mordidas entre as crianças.

Ora, pelo que se depreende dos autos, o menor autor das referidas mordidas já havia ocasionado lesões em outras crianças em ocasiões anteriores, tanto é que lhe foi dispensada ajuda psicológica, do que se deduz que eventuais agressões seriam previsíveis, a ensejar cuidados redobrados de vigilância, o que não houve, como demonstrado.

Diante da previsibilidade da conduta do agressor e da não adoção de medidas para evitar novos episódios de mordeduras, não é possível qualificar o incidente como mero infortúnio mas sim como falha em se lidar com fato absolutamente previsível.

Não subsistem os argumentos empregados pelo Município nas razões de recorrer. O apelante reputa normal fato que, na verdade, configura inexplicável negligência – não se podendo admitir que a Escola não adote precauções para evitar que **um único aluno, repetidamente,** venha a morder seus colegas, crianças sob a guarda do Poder Público. Diante do fato incontroverso, impõe-se o reconhecimento do dever de indenizar.

E o dano moral é evidente. Ainda que a autora não seja capaz de exprimir eventuais frustrações de ordem psíquica, é de se presumir o abalo emocional decorrente dos ataques sofridos, admitindo-se a indenização como forma de mitigar o sofrimento experimentado pela vítima, compensando-se suas angústias, dores, aflições, impondo-se pena pecuniária pelo mal causado.

Nesse sentido, já se decidiu:

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. DANO MORAL. Reparação a título de dano moral fixada em 30 salários mínimos. Repercussão moralmente danosa comprovada. Sofrimento além dos dissabores determinados pela vida em sociedade. Valor razoável arbitrado pela sentença. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (Apelação nº 0004492-24.2012.8.26.0581, 9ª Câmara de Direito Público, j. 6 de maio de 2015, Re. Des. **JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR**).

Acesso ao Sumário

"Responsabilidade Civil – Acidente com aluno em creche municipal – Lesões corporais – Dano moral caracterizado – Ausência de excludentes de responsabilidade – Precedente do Supremo Tribunal Federal – Critério para fixação da indenização – Recurso da ré e reexame necessário providos em parte, desprovido o do autor – Juros moratórios fixados a partir da citação (CPC, art. 219) – Descabimento – Súmula 54 do E. Superior Tribunal de Justiça – Recurso do autor provido (Apelação Cível n° 994.09.249.742-0 – 13ª Câmara de Direito Público – Rei. Des. **Borelli Thomaz** – j . 07.04.2010)".

E bem pesadas as extensas lesões registradas em fotografias, cabe considerar que o valor fixado em sentença ainda não espelha o gravame sofrido pela criança, havendo de se majorar a indenização para R$ 7.500,00 (cinco mil reais) – sendo o valor suficiente para que a criança agregue novo sentido à memória dos fatos, sem risco de enriquecimento ilícito e de peso excessivo para a Administração.

Vale notar que o valor destinado ao menor há de permanecer **depositado em conta judicial**, em princípio até que a criança atinja a maioridade; mas considerada a peculiar finalidade da indenização, que visa em suma a **distrair** a criança – e permitir que supere a lembrança da dor que, por descaso da Escola, veio a experimentar cumpre ressalvar a possibilidade de que os pais requeiram ao Juízo, **justificadamente**, e com a necessária oitiva e posterior fiscalização do Ministério Público, a movimentação da conta para finalidades condizentes com o propósito da indenização – como, exemplificativamente, a realização de uma viagem, ou a aquisição de brinquedos cujo custo a família não fosse capaz de suportar. O objetivo da indenização não é constituir reserva material de que a vítima possa dispor na maioridade, mas sim **desanuviá-la**, e preferencialmente tão logo isto seja possível – admitindo-se que a experiência de algo que estaria além das possibilidades econômicas ordinárias de seus pais seja meio para que a criança possa conviver melhor com as lembranças do evento.

Juros de mora incidem desde a data do fato, e correção monetária desde a data do presente julgamento; aqueles deverão equivaler aos acréscimos incidentes sobre os depósitos em poupança, e esta, à variação do IPCA-E, conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 810. Esclarece-se que eventual modulação de efeitos que o Pretório Excelso venha a determinar haverá de ser também aplicada, caso haja de incidir no período pelo qual o débito tem restado a descoberto.

E tendo em vista que a condenação em danos morais em valor menor que o pretendido não gera sucumbência recíproca, conforme Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça, condeno o Município nas verbas de sucumbência, arbitrando-se honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação – considerado, nesse percentual, também o acréscimo previsto no

Acesso ao Sumário

art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Nesses termos, **nego provimento ao recurso do Município, e dou parcial provimento ao recurso da Autora, com observação**, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008128-71.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é apelada A.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.666)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – PENSÃO POR MORTE – EX-SERVIDORA ESTADUAL – NETA DEFICIENTE MENTAL – Pretensão de concessão de pensão por morte a neta deficiente mental.

MÉRITO – Lei Federal nº 9.717/98 que criou regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social – Artigo 5º que vedou a concessão de benefícios diversos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social e não a instituição de beneficiários – Previsão Constitucional, no artigo 40, de competência dos Estados para traças normas previdenciárias específicas, desde que respeitada a competência concorrente e geral da União – Lei Complementar Estadual nº 180/78 aplicável ao caso – Inteligência do artigo 147, § 2º, que previu que "a pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou incapacidade", bem como do artigo 153, parágrafo único, segundo o qual se estende a pensão a parente até segundo grau

Acesso ao Sumário

incapaz ou inválido, com o pressuposto da dependência econômica – Autora que apresentou declaração de próprio punho da instituidora e atestados médicos – Dependência econômica que restou incontroversa – Precedentes desta C. 8ª Câmara.

Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por A.S., portadora de deficiência mental grave, em face da São Paulo Previdência - SPPREV, objetivando a concessão de pensão por morte em razão do falecimento de sua avó.

A r. sentença de fls. 138/142 julgou a ação procedente, para condenar a requerida ao pagamento de pensão por morte à autora, desde o protocolo do pedido administrativo.

Condenou a SPPREV ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo.

Apela a São Paulo Previdência a fls. 146/163. Alega a impossibilidade de concessão de benefício previdenciário não previsto no Regime Geral de Previdência Social. Sustenta que somente pode ser instituída pensão em favor dos sujeitos constantes do artigo 16 da Lei Federal nº 8.213/91. Ressalta que quanto ao neto da falecida haver-se-ia comprovar a tutela e a dependência. Argumenta não haver ofensa a direito adquirido e ato jurídico perfeito. Colaciona jurisprudência a seu favor. Postula a improcedência da ação.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 172/181).

É o relatório do necessário.

Voto.

Inicialmente, é necessário apontar que o direito à pensão de beneficiários de contribuinte sem filhos, incapazes ou inválidos, não foi retirado do ordenamento, quer seja com a vigência da Lei Federal n.º 9.717/98. Explica-se:

Em 1998, a **Lei Federal 9.717** criou regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, baseada em normas gerais de contabilidade, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

No seu artigo 5º, alçou o Regime Geral de Previdência Social ao patamar de verdadeiro paradigma para os demais regimes previdenciários. Confira-se:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares

Acesso ao Sumário

> dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Surgia, então, a dúvida sobre se estariam mantidos benefícios outros, distintos daqueles concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social.

Ora, como se vê no artigo 5º, foi vedada a concessão de **benefícios** diversos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social e não a instituição de **beneficiários.**

Frisa-se que não é facultado ao intérprete fazer restrições onde a lei não o fez. A regra da hermenêutica não permite a interpretação para restringir direitos. O Regime Geral de Previdência faz nítida distinção entre **benefícios** (Seção V, artigos 42 ao 86) e **beneficiários** (dependentes e segurados – Seção I e II).

Por sua vez, a Carta Magna, no seu artigo 40, assegura regime próprio de previdência aos servidores públicos, cabendo aos Estados, respeitada a competência concorrente da União legislar sobre previdência social (artigo 24, XII), e observado os requisitos e critérios fixados para o regime geral (artigo 40, § 12º), instituir regras previdenciárias aos seus servidores públicos, mas não de caráter geral, e sim com peculiaridades e particularidade dos serviços.

Com efeito, no caso dos autos, aplica-se a Lei Complementar nº180/78, uma vez que referida Lei realmente estabeleceu o direito à pensão para beneficiários até segundo grau incapazes ou inválidos e seu artigo 147, § 2º, previu que "a pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou incapacidade", de acordo com a redação da LCE n. 1.012 de 05.07.07.

O parágrafo único do artigo 153 previu, ainda, a aplicação daquele §2º do artigo 147 também para parente até segundo grau incapaz ou inválido, sempre com o pressuposto da dependência econômica, que não se presume e que o Estado deve exigir seja provada sempre, com comprovações periódicas, a saber:

> Artigo 153 - Poderá o contribuinte sem filhos com direito à pensão, instituir beneficiários parentes até 2º (segundo) grau, se forem incapazes ou inválidos, ressalvado, na razão da metade, o direito que competir ao seu cônjuge.
>
> Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, aplicar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, do artigo 147, § 3º, do artigo 150 e § 7º, do artigo anterior.

Consta declaração de próprio punho da ex-servidora, datada de 26 de outubro de 1999, com firma reconhecida e também assinada por duas testemunhas, manifestando a vontade de deixar pensão por morte à sua neta (fls. 31/32).

Constam dos autos, ainda, atestados médicos demonstrando a incapacidade

Acesso ao Sumário

da autora, atestando a deficiência mental severa (fls. 40/41).

Ademais, a SPPREV não questionou a condição de dependência econômica da autora em relação à sua avó, baseando seus argumentos em ausência de previsão legal para o benefício (fls. 98/111), o que já foi rebatido acima.

Preenchidos, portanto, os requisitos autorizadores, sendo de rigor a manutenção da pensão por morte enquanto pender a condição de deficiência mental anunciada pelo autor, cumprindo-se com isso o princípio da solidariedade insculpido em nossa Carta Maior.

Em casos semelhantes assim já se posicionou esta C. 8ª Câmara:

AÇÃO ORDINÁRIA – PENSÃO POR MORTE – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – NETO DE SERVIDORA ESTADUAL – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – Pedido autoral no sentido de implantação do benefício da pensão por morte em decorrência do óbito de sua avó, de quem dependia economicamente, tendo sido por ela tutelado – Exegese dos artigos 153, § 2º c.c. 147, § 2, da LCE n. 1.012/07 – Situação que se amolda à previsão legal – Princípio da dignidade da pessoa humana – Sentença de procedência da ação mantida. Reexame necessário não provido (Reexame Necessário nº 1036234-20.2017.8.26.0114; Relator Desembargador Leonel Costa; j. 13/03/2019).

APELAÇÃO. PRETENSÃO DE REFORMA DE SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. PENSÃO POR MORTE. INSTITUIÇÃO EM FAVOR DE NETO. DEFICIÊNCIA FÍSICA E INCAPACIDADE LABORATIVA ADQUIRIDAS ENQUANTO USUFRUÍDO O DIREITO À PENSÃO. Legalidade da pensão inicial. A defesa manejada pela SPPrev não controverteu quanto à legalidade do ato inicial que concedeu a pensão, de modo que a introdução dessa questão em sede recursal qualifica indevida inovação. A concessão da pensão para a autora, em razão do falecimento de sua avó, ocorrido em dezembro de 2003, está de acordo com a legislação vigente ao tempo do óbito. Aplicabilidade do artigo 152 da LC 180/78, não revogado pela Lei Federal nº 9.717/97, pela EC 20/98 ou pela LC 1.012/07. Alegação de inaplicabilidade da regra do art. 147, § 4º, com redação dada pela LC 1.012/07, ao benefício instituído com fundamento no regime jurídico anterior. Irrelevância. A invalidez da beneficiária não foi cogitada pela instituidora do benefício, no ato de declaração de vontade, porque é posterior ao óbito desta última. O artigo 152 da LC 180/78, já ao tempo do óbito, com muito mais razão permitia a instituição de beneficiário sem limite etário desde que ele fosse incapaz de prover o próprio sustento ("inválido", na dicção legal). Interpreta-se que a aquisição da condição de deficiente enquanto usufruído legitimamente o benefício afasta o limite etário. Interpretação teleológica e sistemática do regime jurídico, que não se confunde com interpretação extensiva da legislação estadual.

Acesso ao Sumário

Prova suficiente da deficiência física. Direito ao benefício enquanto perdurar o estado de deficiência. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação nº 0028466-63.2010.8.26.0451; Relator Desembargador José Maria Câmara Junior; j. 29/11/2017).

É o caso, assim, de manter a r. sentença de procedência da ação.

Diante do exposto, voto para negar provimento ao recurso da SPRREV.

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios em 10% sobre o valor já fixado, em observância ao artigo 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054074-32.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.S.A. (NOME SOCIAL DE G.S.A.), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.595)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 5 de agosto de 2019.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação de indenização por danos morais – Autora transexual – Alegação de tratamento discriminatório – Não observância de seu nome social na escola em que estuda – Sentença de improcedência – Pretensão de reforma – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Julgamento antecipado – Impossibilidade, no caso – Necessidade de dilação probatória para análise da matéria fática – Ausência de oportunidade às partes de produção de prova em audiência – Anulação da sentença, para reabertura da instrução processual – Provimento do recurso.

VOTO

Trata-se de ***ação de indenizatória*** ajuizada por M.S.A. (nome social de G.S.A.) contra o Estado de São Paulo, com a finalidade de obter a condenação

deste último no pagamento de indenização por danos morais em razão de alegado tratamento discriminatório dispensado por professora da escola pública em que estuda, diante da suposta resistência em chamá-la pelo seu nome social.

Conforme a r. sentença de fls. 44/45, o pedido foi julgado improcedente e a autora condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

Inconformada, apela a ***autora***. Sustenta, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, eis que não lhe foi dada a oportunidade de produzir prova em audiência de instrução e julgamento e era necessária a produção de prova oral. No mérito, reitera as alegações de tratamento discriminatório e insiste na condenação da indenização por danos morais postulada e no pedido de inclusão da docente em programas de aperfeiçoamento pedagógico (fls. 47/66).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 71/76).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou provimento, para anular a r. sentença proferida.

No caso concreto, a autora, estudante da Escola Estadual (...), no 3º ano do Ensino Médio, afirma que é transexual e que possui nome social pelo qual é conhecida por seus pares, e, em razão disso, solicitou à diretoria que fosse assim chamada na escola.

Assevera que a diretora mostrou-se muito solícita e orientou os professores e funcionários a atender a sua solicitação sem ressalvas, o que foi observado por todos, exceto pela Professora V., da disciplina de (...), que, segundo afirma a autora, comumente a chama pelo seu nome civil (G.) ou por pronomes de tratamento masculinos, não obstante a sua aparência feminina, de modo a lhe causar constrangimento.

Pede, assim, o pagamento de indenização por danos morais, por suposto tratamento discriminatório, bem como a condenação do réu a incluir a docente em programas de programas de aperfeiçoamento pedagógico voltados ao combate à homofobia.

Nos termos da r. sentença, foi realizado o julgamento antecipado, sob o fundamento de que a prova documental evidencia que não houve má-fé da professora, mas apenas equívoco na leitura da chamada, de modo que não restou caracterizado ato ilícito a ensejar a pretendida indenização.

Contudo, respeitado o entendimento do MM. Juiz, a hipótese não era de julgamento antecipado.

Isso porque, para avaliação do mérito do pedido, é imprescindível a dilação probatória.

Ressalte-se que na contestação, o Estado confirmou a alegação da autora

Acesso ao Sumário

de que a Professora V. a chamou pelo seu nome civil; entretanto, afirma que o fato ocorreu apenas uma única vez, que a docente se desculpou, e, assim, sustenta que a situação não ultrapassou o mero aborrecimento (fls. 36/39).

A autora, entretanto, em réplica, insiste na alegação de que tal comportamento, confessado pelo Estado, ocorreu por parte da professora por várias vezes, o que revelaria preconceito e tratamento vexatório de sua parte, alegação esta que a autora pretende comprovar (fls. 42/43).

Ressalte-se, assim, que se trata de ponto controvertido e que houve requerimento para produção de prova oral na petição inicial (fl. 08).

Contudo, após a réplica, as partes não foram instadas a especificar as provas que desejam produzir.

Incabível, portanto, o julgamento antecipado do processo sem que às partes tenha sido concedida oportunidade de comprovar suas alegações, em audiência, mesmo porque a prova documental também não se mostra suficiente para solução da lide.

Dessa forma, cumpre reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa e, assim, devem ser considerados nulos todos os atos praticados após encerramento da instrução processual, com inclusão da r. sentença ora recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***dou provimento*** ao recurso, para anular a r. sentença e determinar a reabertura da instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008797-84.2017.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE COTIA, é apelada/apelante L.C.O.

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 do Município e julgaram prejudicado o recurso adesivo da autora. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.141)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL/RECURSO ADESIVO. Pretensa indenização por dano moral. Servidora municipal, técnica de enfermagem, que foi abordada na dependência interna de um dos Postos de Saúde Municipal por indivíduo desconhecido, não paciente, com objetivo libidinoso em relação à vitima. Sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido. Reforma integral.

1. Ocorrência registrada como 'tentativa de estupro' ocorrida em sala de uso exclusivo de servidores (sala de medicamentos) da unidade de saúde. Ausência de agente de segurança na entrada do Posto de Saúde a impedir a invasão de pessoas no ambiente interno de trabalho.

2. Ausência de nexo causal entre a omissão do Poder Público e os alegados danos sofridos. Impossibilidade de ser mantido pelo Município a presença de agentes de segurança em todos os próprios do Município (unidades de saúde, escolas, repartições públicas etc). Segurança pública a cargo, principalmente, do Estado (Policial Militar). Ato que se enquadra no conceito de fortuito externo, descaracterizando nexo causal (normativo).

3. Postura inadequada de paciente ou pessoas outras, transeuntes, ainda que possam se passar por pacientes, refoge à responsabilidade estatal. Jamais se adotou a teoria do risco integral no Brasil.

Guarda Civil que, logo após o ocorrido, compareceu ao local e prendeu o meliante.

Ausência de nexo causal.

4. Dado provimento ao recurso do Município e prejudicado o recurso adesivo da autora.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de **recursos de apelação** e **adesivo** interpostos em confronto à r. sentença de **fls.132/136** que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta por L.C.O. em face do **MUNICÍPIO DE COTIA**, julgou procedentes os pedidos para condenar o requerido a efetuar o pagamento de R$20.000,00 a título de danos morais com juros de mora desde a citação e com correção monetária

pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, julgando o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I do CPC. Em razão da sucumbência o requerido ficou responsável pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do CPC. Inconformados apelam **Município de Cotia e adesivamente a autora**. **O MUNICÍPIO DE COTIA**, em suas razões (fls. 138/145) afirma que **não consta do exame de corpo de delito** realizado na autora conclusão sobre o seu estado, bem como não há provas ou laudos médicos que demonstrem os abalos psíquicos aduzidos pela autora. Sustenta que consta apenas declaração da servidora municipal informando a procura por um psiquiatra e seu afastamento por 30 dias de suas funções. Assim entende não estar caracterizada sua responsabilidade pelos alegados danos morais diante da ausência de comprovação do abalo psicológico. Traz julgado proferido por esta e. Corte em caso similar ao dos autos, proposto pela testemunha da autora neste processo (S.C.F.) que postulou indenização moral por ter sido vítima de **roubo** no mesmo local e o v. acórdão proferido que também não reconheceu o nexo causal.

A autora, em recurso adesivo (fls. 157/166) pretende a majoração do valor fixado a título de danos morais para R$ 150.000,00. Aos recursos sobrevieram as contrarrazões **(fls. 148/156 e 157/166). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto dou provimento ao recurso do Município e julgo prejudicado o recurso adesivo da autora.

2. Conforme se depreende da inicial a autora, servidora pública municipal, atuando no **Pronto Atendimento de Caucaia do Alto** e exercendo o emprego público ou função de técnica de enfermagem desde 2015, relata que em 27.02.2016, por volta das 23h45min, trabalhava na sala de medicação da unidade de saúde quando um homem desconhecido adentrou ao local, já com seu genital para fora da calça e tentou agarrá-la por trás, acariciando seus seios por sobre o jaleco, movimentando-se como se mantivesse com ela relações sexuais. No momento da abordagem a autora encontrava-se só, na sala de medicamentos e se debateu, saindo gritando por ajuda quando um de seus colegas de trabalho veio à sala de enfermaria, divisou o agressor, já em fuga no corredor e investiu contra ele para detê-lo; momentos após o ocorrido uma unidade da Guarda Civil Municipal chegou ao local e conduziu o meliante para uma unidade policial para o auto de prisão em flagrante. Por entender estar configurado dano moral na medida em que foi submetida a situação vexatória e constrangedora, tendo passado a tratar-se com médico psiquiatra é que pretende ser indenizada no valor de R$ 150.000,00. A MMª Juíza houve por bem julgar o pedido procedente, mas fixou a indenização no valor de R$ 20.000,00 que, no entanto, deverá ser reformada.

Acesso ao Sumário

3. Inicialmente, vale ponderar que, consoante ensina **Marçal Justen Filho** (Curso de Direito Administrativo, p. 1.077, ed. Saraiva): 'Os elementos configuradores da **responsabilidade civil do Estado**. A responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos. Há necessidade de: (a) dano material ou moral sofrido por alguém, (b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, (c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal. A responsabilidade civil do Estado depende da consumação de um dano, material ou moral, imputável a ele. O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, causando a **supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos** que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de **respeito**, de **dignidade** e de autonomia. A ação ou omissão imputável ao Estado. A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, seja ativa, seja passiva, que produza efeito danoso a terceiro.'

Depreende-se, portanto, que o dever de indenizar do Estado é bastante mais complexo do que pode indicar uma leitura apressada do artigo 37, e parágrafos, da Constituição. Com efeito, pode ser a responsabilidade civil objetiva ou não, mas sempre decorre da presença dos seguintes elementos (mínimos): **dano, conduta lesiva, e nexo de causalidade entre eles.**

3.1. Na hipótese dos autos, dos fatos narrados conclui-se incontroverso que a autora foi atacada por desconhecido que invadiu o interior do pronto-atendimento de **Caucaia do Alto, no entanto**, não havia como ser previsto que a conduta do agressor seria diferente se houvesse segurança no local dos fatos.

4. Foi juntada gravação ('WhatsApp') demonstrando que a ocorrência dos fatos foi veiculada em programa em canal aberto de televisão (TV RECORD S/A). O boletim de ocorrência juntado às **fls. 21/23** descreveu fatos. A **fls. 24/25** há registro de investigação individual acerca da violência ocorrida, reiterando o ocorrido como tentativa de estupro/agressão física. A ficha de pronto atendimento da autora, realizada em 28.02.2016, trouxe como hipótese diagnóstica **'entorse no pé e stress pós acontecimento' (fls. 26).** O atestado médico firmado pelo Dr. Mário Albuquerque concedeu dias de afastamento; em razão de sua visualização prejudicada, não há como aferir a quantidade de dias **(fls. 27).** A declaração firmada pela autora a **fls. 29/30** relata o ocorrido e noticia ter se afastado do trabalho por 30 dias, para uso de calmantes. O depoimento colhido (em mídia) de S.C.F. afirma o ocorrido e que trabalhava no citado Posto Médico como enfermeiro, mas que no dia dos fatos estava de folga. Afirma que tomou conhecimento porque a autora divulgou o fato pelas redes sociais (não se recorda se foi pelo 'Facebook' ou pelo grupo de trabalho do 'WhatsApp'). **Noticia que o indivíduo passava na porta do Posto Médico citado sazonalmente** e que não havia segurança no local porque agentes da

Acesso ao Sumário

Administração afirmavam ser diminuto o contingente o que impedia o envio de um segurança para permanecer no interior do Posto Médico. Reforçou que a segurança era falha e que o local era perigoso. Afirmou que já havia sofrido uma tentativa de assalto. No dia dos fatos reitera que a autora foi socorrida por outro servidor de nome A. e que logo após agentes municipais com uma viatura vieram e detiveram o indivíduo.

Indaga-se, se os profissionais que ali trabalhavam divisaram o individuo passando várias vezes na porta do Posto de Saúde, por que nada fizeram como comunicar o fato à Guarda Municipal ou à Polícia. Se a resposta for a de ser impossível prever atos tresloucados como o dos autos, há que se indagar com os integrantes da Administração Municipal poderiam prever o imprevisível.

4.1. O depoimento colhido do companheiro da autora – informante – ratificou o ocorrido e que, no tocante ao relacionamento entre os dois **não houve alteração na parte afetiva, somente 'na parte física' (fls. 105).** O depoimento de colega de trabalho que a socorreu, A.K.L.S., reitera os fatos, inclusive o fato de não existir segurança no local e que ela voltou após cinco ou seis meses após o ocorrido **(fls. 106).**

5. Depreende-se, portanto, que o conjunto probatório é convergente e claro quanto à invasão do Posto Médico por desconhecido e a tentativa de estupro. Ressalte-se que não obstante a ausência de vigilância no local é certo que logo após o ocorrido foi acionada a Guarda Civil Municipal que compareceu prontamente ao local e efetuou a detenção do meliante. Tal fato está comprovado nos autos, razão pela qual ausente a alegada omissão do Poder Público.

O fato de não haver vigilância na UBS há de ser ponderado pela impossibilidade de ser assegurada a incolumidade física integral aos servidores do Posto de Saúde, especialmente porque a ação se deu na sala de medicação, local em que a Guarda Civil não teria acesso. Tal fato, embora lamentável, pode ocorrer em qualquer posto de saúde ou até mesmo em hospitais privados porque pode-se ingressar nestes locais ao pretexto de buscar atendimento médico e abordar quem quer que seja. Não estamos vivendo sob os auspícios da **teoria do risco integral**. Veja-se, um cidadão comum se fosse assaltado, no mesmo local, e que propusesse ação contra o Estado teria, provavelmente, o desiderato negado, sob a alegação de que ser impossível a vigilância perpétua e onipresente por parte de agentes do Estado. Não se pode pretender criar uma classe especial de cidadãos: os servidores públicos. Ato que se enquadra no conceito de fortuito externo, e descaracteriza o nexo causal entre o evento danoso e a responsabilidade do Estado, bem como eventual culpa 'in vigilando' da Guarda Civil.

Acesso ao Sumário

6. Reproduzo excerto de julgado que, em caso semelhante – ocorrido no mesmo Posto de Saúde –, que da mesma forma entendeu ausente a responsabilidade do Município:

"RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANOS MORAIS. HOSPITAL. ASSALTANTE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE VIGILÂNCIA. Danos morais que foram pleiteados por funcionário público municipal assaltado e agredido enquanto exercia seu labor no Pronto Atendimento Caucaia do Alto. Assalto que se enquadra no conceito de **fortuito externo**, circunstância que infirma o nexo causal entre o evento danoso e a responsabilidade do Estado, bem como a presença de culpa 'in vigilando' da Guarda Civil Culpa 'in vigilando' que inexiste no caso, visto que o ingresso do meliante no Pronto Atendimento foge ao controle dos guardas municipais, mormente em razão de não poderem impedir o ingresso de um indivíduo em local destinado à saúde pública, vez que, em tese, quem lá adentra, por presunção, busca o tratamento médico, não podendo a GCM ou o Município obstar o cidadão de lá ingressar devido a suspeita (que mais se assemelha a 'preconceito presumido') de ser ele um ladrão. Declarações de funcionários que não possuem o condão de justificar a indenização por danos morais Recurso conhecido e desprovido." (AC nº 1010444-51.2016.8.26.0152, Rel. Des. Carlos Von Adamek, j. em 14.05.2018).

7. Deste modo, diante da ausência do nexo causal entre a omissão do ente público e o alegado dano gerado à autora a r. sentença deve ser reformada integralmente para que o pedido seja julgado improcedente. Em razão da inversão da sucumbência fica a autora responsável pelo pagamento da verba honorária que, em observância ao art. 85, § 11 do CPC, fixo em R$ 3.500,00, observada a gratuidade de justiça. Prejudicada, portanto, a análise do recurso adesivo.

8. Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso do Município e julgo prejudicado o recurso adesivo da autora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001648-82.2014.8.26.0306, da Comarca de José Bonifácio, em que é apelante MARIA JOSEFA DA CONCEIÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JOSÉ BONIFÁCIO.

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 19.781)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

Acesso ao Sumário

ANTONIO CELSO FARIA (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e LEONEL COSTA.

São Paulo, 20 de agosto de 2019.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO . USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. Inadmissibilidade de aquisição de bem público por usucapião. Insuscetibilidade de posse por particulares, mas mera detenção. Imprescritibilidade aquisitiva. Inteligência dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, bem como art. 102 do Código Civil. Precedentes. Sentença mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

MARIA JOSEFA DA CONCEIÇÃO, inconformada com a r. sentença de fls. 169/172, que julgou improcedente o pedido medito, interpôs recurso de apelação aduzindo, em suma: (i) o preenchimento dos requisitos da usucapião; (ii) a posse mansa e pacífica desde 14.7.1999, sem oposição durante os últimos 17 anos.

Apresentadas contrarrazões (fls. 182/187), o recurso foi regularmente processado. A 8ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso, determinando a redistribuição (fls. 201/203).

É o relatório.

A ação foi ajuizada objetivando o reconhecimento da usucapião do imóvel rural objeto da matrícula 13.919 do CRI de José Bonifácio. A causa de pedir anuncia a aquisição, mediante contrato particular de compra e venda, do bem de raiz em 14 de julho de 1999 e o exercício da posse mansa e pacífica há mais de 15 anos. Informa o direito à usucapião do imóvel cuja titularidade tabular é do Município de José Bonifácio.

A sentença julgou improcedente o pedido mediato.

A controvérsia gravita em torno do direito à usucapião de bem público.

O imóvel foi objeto de contrato particular de compra e venda firmado entre a apelante e Sergio Leandro Pereira e Maria Aparecida de Carvalho Pereira em 14 de julho de 1.999.

Ocorre que o bem foi adquirido pelo vendedor Sérgio em 2 de Julho de 1.997 mediante o Termo de Compromisso de Doação Condicional de Bem

Acesso ao Sumário

Imóvel (fls. 77/80), sendo que a consolidação da propriedade ficou condicionada ao cumprimento dos encargos e condições assumidas por Sérgio, dentre elas, a impossibilidade de alienação do bem pelo prazo de cinco anos sem prévia autorização do Município (cláusula 6ª, alínea "a" – fls. 78).

A Cláusula 08 estabelece, para a hipótese de descumprimento do contrato, o cancelamento do compromisso e reversão da posse do imóvel para o Município (cláusula 08 – fls. 79).

Nesse quadro, diante do descumprimento do contrato a doação não se consolidou em favor de Sérgio e, por isso, o direito de domínio sobre o imóvel é exercido pelo Município.

Como se sabe, os bens públicos estão foram de comercialização, não podendo ser adquiridos por usucapião e não sendo passíveis de posse por particulares, mas mera detenção. Inexistindo posse, não há falar sequer em direito de retenção ou em indenização pelas acessões, mesmo nas hipóteses em que as benfeitorias tenham sido realizadas de boa fé.

Ainda que a apelante esteja ocupando a área de boa-fé desde 14.7.1999 (fls.19/20), ficou comprovado que a área é de domínio público do ente municipal (fls. 92).

Dessarte, a pretensão formulada encontra vedação no ordenamento jurídico, na medida em que os artigos 183 e 191 da Constituição Federal, além do art. 102 do Código Civil.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEL PÚBLICO – Posse inexistente – Mera detenção – Bens públicos são insuscetíveis de apossamento, o que fulmina de antemão os seus consequentes reflexos jurídicos, como a pretensão de ressarcimento, pelo erário, por benfeitorias (mesmo as edificadas com presumida boa fé), e a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião; no máximo, reconhece-se sua detenção, mas sempre a título precário, por conta e risco do respectivo detentor – Reflexos da imprescritibilidade aquisitiva – Precedentes jurisprudenciais – Ação julgada improcedente – Apelação do requerido não provida" **(TJSP; Apelação Cível 0325275-54.2009.8.26.0100; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/07/2018; Data de Registro: 25/07/2018).**

"APELAÇÃO CÍVEL – Ação Ordinária de Reversão de Doação de Imóvel Dominical – Doação com encargo – Finalidade de instalação de Projeto para Desenvolvimento Industrial de Catanduva – Conjunto probatório demonstra o descumprimento do encargo – Revogação da doação – Bem imóvel público – Ação de Usucapião sobre o mesmo bem – Bem público que é insuscetível de comercialização, usucapião ou posse – Alegação da prescrição – Encargo não cumprido pelo donatário, torna a doação

Acesso ao Sumário

imperfeita. Recurso desprovido" **(TJSP; Apelação Cível 0005018-14.2011.8.26.0132; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Catanduva – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/05/2017; Data de Registro: 24/05/2017).**

Como se vê, a detenção da área de domínio municipal não tem o condão de caracterizar direito à usucapião, retenção ou indenização, de forma que se impõe a improcedência do pedido.

Em razão da sucumbência recursal majoro a verba honorária para 11% do valor da causa, com fulcro no art. 85, §11, do CPC, observada a gratuidade da justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1004901-34.2019.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ALCIDES SILVEIRA DO VALE.

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 30.791)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 1º de julho de 2019.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Reexame Necessário – Ação de Obrigação de Fazer – Interposição contra sentença que julgou procedente a ação condenando o apelante a fornecer ao autor o tratamento cirúrgico indicado na inicial – Alegação, entre outras, de ingerência do Poder Judiciário no Executivo e de questões orçamentárias

– Descabimento – Inteligência dos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o Estado fornecer o tratamento médico destinado a preservar a saúde do autor.

Recursos Desprovidos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 91/105) interposto pelo Estado de São Paulo, e Reexame Necessário, em sede de ação de obrigação de fazer, que foi julgada procedente (fls. 78/88) para condenar o apelante a providenciar a realização do procedimento cirúrgico recomendado nos documentos médicos de fls. 16/30.

Irresignado, o apelante sustenta em suas razões, entre outras coisas, que não é obrigado a fornecer todo e qualquer tratamento ou medicamento pleiteado pelos cidadãos; inexistência de urgência ou emergência; sustenta a ofensa ao princípio da separação dos poderes e da predominância do interesse coletivo sobre o individual e restrições orçamentárias. Pleiteia, assim, a improcedência da ação.

O autor apresentou contrarrazões às fls. 115/124.

É o relatório.

O apelo não merecem prosperar.

O procedimento cirúrgico foi suficientemente justificado pelo profissional médico as fls. 16/30, e a urgência ou emergência decorre da idade do autor (80 anos), ocorrendo o risco de não se obter o proveito útil da ação se não for cumprida com urgência.

O autor demonstrou através de documentação acostada aos autos às fls. 16/30, elaborado por profissional médico, a necessidade do tratamento cirúrgico, não restando deduções acerca da certeza e liquidez do direito do apelante.

A propósito, vale trazer à baila entendimento nesse sentido da 7ª Câmara do Direito Público desta Corte que assim pondera:

Medicamentos. *Dever, legal e constitucional dos entes políticos em prover os medicamentos necessários para garantir a saúde de seus cidadãos. Exegese dos arts. 1º, III, 5º, caput e 196 da Constituição Federal. Patologia atestada por médico – profissional da saúde capacitado para diagnosticar e atestar. Receituários sejam de médicos particulares sejam de médicos que atuam no SUS comprovam a necessidade e o cabimento dos fármacos para tratamento da moléstia. Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.* ***Recursos desprovidos****.*[1]

1 Apelação Cível n. 802.329.5/7 – Voto n. 6428. Comarca de Ribeirão Pires. Relator: **Nogueira Diefenthäler.**

No vertente caso, o direito do suplicante nasceu no instante em que o Estado de São Paulo negou ou postergou o tratamento, esquivando-se do seu dever, pois o que se almeja de fato é o amparo à saúde e a vida (direito inerente à pessoa humana, invocando-se, daí, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88 e o dever do Estado – art. 196 da CF/88).

Submeter o apelante a caminhos mais longos e penosos para um incerto êxito na efetivação do seu direito, certamente, não é de todo conveniente.

Não há como se acolher qualquer argumento de que os recursos são limitados e que se deve adotar planejamento para o atendimento do maior número de pessoas, ante a falta de recursos orçamentários e diante da oportunidade e conveniência do Administrador, pois devem ser observados os ditames constitucionais que tratam do assunto 'saúde' com prioridade, nos termos dos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal.

O Estado, que tem função principal de servir os seus cidadãos, especialmente os mais carentes, como no caso em tela, seja por suas peculiaridades pessoais, seja em razão de deficiências econômicas, não pode, sob o pretexto de razões orçamentárias, eximir-se de sua obrigação.

E nem se alegue a natureza programática das normas que introduziram a obrigatoriedade do Estado em garantir a saúde, com os consectários que lhes são naturais, pois que é necessário, o quanto antes, rever o conceito do alcance de ditas normas, sob pena de tornarem-se letra morta, se dependentes tão somente do exame de oportunidade e conveniência do Executivo.

No que pertine à alegação da ofensa ao princípio da separação dos poderes, não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, posto ser necessário o cumprimento de sua tarefa constitucional de entregar a tutela jurisdicional, ainda que em face do Estado, quando provocado por meio hábil, controlando, portanto, a atuação administrativa.

A conveniência e oportunidade que hão de merecer exame pelo Executivo são as da sociedade que governa, a exigir maior sensibilidade na propositura de orçamento e implantação de programas, atendendo não só aos ditames constitucionais, mas, além disso, às exigências do bem comum.

Acesso ao Sumário

Não se verifica indevida intromissão do Judiciário na seara da Administração. Tomado como "tabula rasa" o princípio constitucional de harmonia e independência entre os Poderes, escaparia o caso à apreciação do Judiciário, em afronta a garantia individual expressamente prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, ante o perigo de lesão ou ameaça a direito do apelado, não se olvidando, de outro lado, infringência aos artigos 6º e 196 a 200 da Lei Maior, conforme dito anteriormente.

Frise-se ainda, como bem argumentado pelo Douto Magistrado de primeiro grau:

"Afasto, de inicio, a acenada ausência de interesse processual, uma vez que a aparte autora não obteve o fornecimento do procedimento cirúrgico quando solicitado, havendo, pois, necessidade do ajuizamento da presente ação."

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença de primeiro grau.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero pré-questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0010057-19.2019.8.26.0000, da Comarca de Lucélia, em que é suscitante 17ª CÂMARA DO DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitado 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, julgaram procedente o conflito, vencido o 7º juiz, Des. Francisco Bianco, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, BURZA NETO, DÉCIO NOTARANGELI, FRANCISCO BIANCO, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, EDSON FERREIRA, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, LUCIANA BRESCIANI, ALIENDE RIBEIRO, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 7 de junho de 2019.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Câmara de Direito Público e Câmara reservada às ações relativas a acidente de trabalho – Procedimento Comum – Servidora pública municipal – Readaptação em razão de enfermidade – Questão central vinculada à tardança da administração municipal na prática de ato relacionado que lhe compete, relativo a integrante de seus quadros funcionais – Competência para julgamento da 5ª Câmara de Direito Público suscitada. CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 17ª Câmara reservada às ações relativas a acidente de trabalho (suscitante) em face da C. 5ª Câmara de Direito Público (suscitada), ambas deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos do Processo n°: 1000587-07.2017.8.26.0326. Referida demanda foi ajuizada por Kelly Cristina Nonato da Silva Almeida em desfavor da Fazenda Pública do Município de Lucélia.

Com o sentenciamento, adveio a procedência da demanda nos seguintes termos: "*Ante o exposto, confirmo a liminar anteriormente concedida e julgo procedente o pedido para determinar que a Fazenda Pública Municipal de Lucélia faça a lotação de Kelly Cristina Nonato da Silva Almeida em cargo compatível com as limitações que apresenta, devendo evitar atendimento a pacientes, e, em consequência, condeno a parte requerida ao pagamento dos salários e verbas trabalhistas do período compreendido entre 09.03.2017 e 06.07.2017 - data de seu efetivo retorno às atividades, descontadas eventuais parcelas pagas administrativamente, e, ainda, declarar tal período como de efetivo exercício. Extingo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do novo Código de Processo Civil*."

Acesso ao Sumário

O recurso foi distribuído inicialmente ao Eminente Desembargador Francisco Bianco, da C. 5ª Câmara de Direito Público, que, por meio de r. decisão de fl. 107/111, considerou incompetente a Câmara para apreciação da matéria tratada nos autos, determinando a redistribuição do processo a uma das Câmaras reservadas às ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial.

O recurso foi, então, redistribuído ao Eminente Desembargador Aldemar Silva, da C. 17ª Câmara Reservada às ações relativas a acidente de trabalho, que por meio do v. acórdão de fls. 117/122, suscitou o presente conflito negativo de competência sob o fundamento de que compete à Câmara que integra *"...*

tão-somente o julgamento de demandas movidas contra o Instituto Nacional da Seguridade Social INSS com base na Lei nº 8.213/91, em que se pleiteia a concessão de benefício acidentário, conforme disposição expressa do texto vigente da Constituição Federal, e o preceituado no art. 2º, II, "c", da Resolução nº 194/2004 deste Egrégio Tribunal de Justiça, às quais, evidentemente, não se confundem com ações indenizatórias propostas em face das Fazendas Estadual e Municipal, ainda que elas possam decorrer de acidente e/ou doenças relacionadas com o trabalho, circunstância, aliás, que, em tese, nem seria a dos autos, posto que a moléstia, não descrita em nenhum momento pela autora como sendo de origem profissional, gerou a concessão de auxílio- doença na modalidade previdenciária..." (grifos originais).

O Instituto Nacional do Seguro Social tomou ciência do referido acordão a fl. 124.

É o relatório.

Com efeito, a análise dos autos revela que a questão a ser dirimida cinge-se a quem compete julgar pedido formulado por servidora pública municipal por meio de procedimento comum, objetivando readaptação funcional.

Em sua exordial (fls. 01/06), noticia a autora inércia da Municipalidade, restando ausente a adoção de providências voltadas à readaptação pretendida, a despeito de requerimento formulado por médicos do INSS e do trabalho. Nesse sentido, a explanação constante de fls. 02.

Embora a leitura das peças revele a existência de fatos relacionados com a saúde da servidora, não há elementos que corroborem o entendimento no sentido de que o pedido deva ser analisado pelas Câmaras Reservadas às ações relativas a acidente de trabalho. Nesse sentido, não se vislumbra questionamento relativo a evento ocorrido ou enfermidade adquirida no exercício da atividade laboral. Oportuna, no caso em tela, a transcrição do art. 3º, inc. III, da Resolução 623/2013, que assim preceitua ao definir a competência daquelas Câmaras:

> ***"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:*
>
> *(...)*
>
> ***III – 16ª e 17ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial."*** (G.N.)

Como se não bastasse, resta claro que a enfermidade da servidora revela-se secundária frente ao pedido. O que se busca é a obtenção, por meio de pronunciamento judicial, de medida apta a compelir o ente público a praticar ato que lhe compete, ou seja, a readaptação funcional. Tal requerimento decorre

Acesso ao Sumário

da demora da administração na adoção de medidas relacionadas a integrante de seus quadros, fato ensejador da competência advinda da previsão constante do art. 3º, inc. I-1, da Resolução 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. 1 – **Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral**, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;"* (G.N.).

Ante o exposto, julga-se **PROCEDENTE** o presente Conflito de Competência para declarar competente a Câmara suscitada (5ª Câmara de Direito Público) para o julgamento do recurso interposto.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos nº 1003714-27.2016.8.26.0248/50000, da Comarca de Indaiatuba, em que é embargante ADMILSON TEIXEIRA MARINS, é embargado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 28.608)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO (Presidente), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e NAZIR DAVID MILANO FILHO.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. VÍCIO INEXISTENTE. ALEGAÇÃO

DE NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 47 DA TNU - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. INADMISSIBILIDADE. PARA A CONCESSÃO DE QUALQUER BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO, EXIGE-SE A PRESENÇA DA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA E NEXO CAUSAL CONJUNTAMENTE. VÍCIO INEXISTENTE. MEDIDA REJEITADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração digitais opostos pelo obreiro, nos quais asseverou, de modo conciso, ser omisso o V. Acórdão, pois não analisou o caso dos autos à luz do consubstanciado na Súmula nº 47 da TNU - Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais; destacou que as funções desenvolvidas são incompatíveis com a sua debilidade física atual; ressaltou que a atividade laborativa desempenhada de operador multifuncional exige bastante esforço físico; desta forma, requereu a manifestação deste E. Tribunal sob o enfoque da Súmula nº 47 da TNU; afirmou que o seu trabalho envolve o manuseio e o carregamento de pesos incondizentes com sua moléstia (quadro crônico de dor e limitação da mobilidade no ombro direito). Daí a origem dos embargos.

É o relatório.

Os embargos não merecem acolhida, porquanto inexiste no V. Acórdão atacado qualquer erro, vício, omissão, contradição ou obscuridade.

Ora, em que pese o esforço de argumentação desenvolvido nas razões dos presentes embargos não existem no V. Acórdão obscuridades, contradições internas entre seus termos ou omissões sobre pontos relevantes, cuja não apreciação comprometeria necessariamente o resultado do recurso. As questões que eram efetiva e concretamente pertinentes foram bem apreciadas e exaustivamente fundamentadas, ficando absolutamente claras, com suficiência de fundamentos exarados por este Relator. Portanto, não houve, no caso, qualquer vício que pudesse ser reparado nesta seara.

Na verdade, o embargante não se conformou, até agora, com o teor do julgado, embora claro, motivo pelo qual somente por meio de recurso específico poderá buscar a sua alteração, mesmo porque, renove-se, nenhum vício existe no V. Acórdão que pudesse ensejar estes embargos de declaração, uma vez que absolutamente cristalino em relação ao posicionamento sufragado.

Nunca é demais lembrar que os Embargos de Declaração somente

Acesso ao Sumário

cabem quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão, o que, porém, não se sucede no caso dos autos; assim, torna-se evidente, no particular, o conteúdo nitidamente infringente deste recurso, de forma a torná-lo juridicamente inviável, pois o seu objetivo não é o de aclarar o julgamento, mas sim de modificar o seu resultado, embora os fatos analisados continuem exatamente iguais e já tenham sido apreciados, de modo escorreito, no momento oportuno.

Aliás, esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em Resp. 15774-0-SP – Embargos de Declaração, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J. 25/10/93, não conheceram V.U. DJU 22/11/93. Pg. 24895: "*Não pode ser conhecido recurso que, sobre o rótulo de Embargos de Declaração, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os Embargos declaratórios são apelos de integração, não de substituição*".

Por outro lado, "*a função dos Tribunais, nos embargos de declaração, não é responder questionários sobre meros pontos de fato, mas sim dirimir dúvidas, obscuridades, contradições e omissões" (RTJ103/269). Vale citar, também, julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC. Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa*" (RE nº 13.843-0/SP – 1ª T. – Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – v.u.).

Assevero, por oportuno, em relação ao tema em concreto, não ser o V. Acórdão omisso, pois o trabalho técnico judicial ultimado nos autos - fls. 186/194 -, elaborado, aliás, de modo escorreito, o autor apresenta sequelas no ombro direito que determinam uma incapacidade parcial e temporária.

Inclusive, consignado no V. Aresto - fls. 273/274 -:

"... Convém ressaltar, no particular, as conclusões do perito judicial à fl. 191:

*"... **conclui-se que, no momento deste exame pericial, do ponto de vista ortopédico, a situação médica do periciando configura incapacidade, parcial e temporária, para o desempenho de sua atividade laboral habitual. Não se observam sequelas definitivas e/ou doenças consolidadas que impliquem em redução <u>permanente</u> da capacidade para o trabalho que o autor habitualmente exercia**..."* (sublinhado e negrito no original).

*No caso em epígrafe, para que o obreiro pudesse fazer jus ao auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez acidentária ou auxílio-doença acidentário, não bastaria a existência de uma patologia, sendo indispensável, todavia, que ela fosse decorrente de acidente do trabalho/atividade laborativa e causasse uma **incapacidade parcial e permanente ou total e permanente ou total e temporária**, o que, entretanto, não ocorre, no caso em debate, pois, segundo o jurisperito o*

Acesso ao Sumário

suplicante ostenta somente uma incapacidade parcial e temporária.

Portanto, uma incapacidade ***parcial*** *e* ***temporária*** *não autoriza o deferimento de qualquer benefício acidentário..."* (grifo e negrito no original).

Desta forma, não há que se falar em qualquer omissão da decisão colegiada desta C. Câmara.

Por outro lado, quanto à questão da aplicação da Súmula nº 47 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais, **também não tem como prosperar.**

De início, cumpre ressaltar o que diz a Súmula nº 47 da TNU:

"Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez" (sublinhei).

Pela simples leitura da Súmula nº 47 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais, verifica-se sem delongas que diz respeito aos processos de âmbito federal, **tanto que não se exige um dos requisitos necessários para a concessão do benefício de natureza acidentária, qual seja, o nexo de causalidade, bastando apenas, a incapacidade parcial para o trabalho.**

Ademais, caso assim não fosse, cumpre anotar que as Súmulas editadas pela Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), por falta de previsão constitucional, não têm efeito vinculante. Como se vê, o enfrentamento de tais temas era absolutamente irrelevante para o desfecho do caso, pois em nada modificam o resultado do julgamento.

Frise-se, por oportuno, que os fundamentos expendidos são mais do que suficientes, nada mais havendo para se acrescentar sobre o tema, posto que devidamente analisado no momento adequado.

Arremate-se, sobre o tema, que tendo o V. Acórdão embargado analisado, de modo escorreito, claro e objetivo, o respectivo tema abordado neste recurso, nada existe para ser aclarado, embora o embargante não tenha se conformado com isso, não podendo por fim ser esquecido que "*desde que os fundamentos adotados bastem para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um os argumentos utilizados pela parte*" (*in* RSTJ 151/229).

Em suma, se a parte não concordou com o resultado do julgamento, deve buscar sua reforma pela via recursal adequada e não como se pretende, tendo em conta que o efeito infringente emprestado aos embargos de declaração somente é cabível de forma excepcional.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0052391-05.2018.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é requerente MARIA ANETE MACHADO DE ALMEIDA, é requerido MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não admitiram a instauração do incidente. v.u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.932)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), ERBETTA FILHO, SILVA RUSSO, RODRIGUES DE AGUIAR, GERALDO XAVIER, EUTÁLIO PORTO, JOÃO ALBERTO PEZARINI, BURZA NETO, ROBERTO MARTINS DE SOUZA, BEATRIZ BRAGA, OCTAVIO MACHADO DE BARROS, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, MÔNICA SERRANO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: IRDR. Pedido de instauração do incidente objetivando a uniformização da jurisprudência em razão do elevado número de processos, na Comarca de Atibaia, relacionados à competência para julgamento das ações fiscais envolvendo o Município. Vara Cível Comum ou Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca. Juízo de admissibilidade para instauração do incidente. Não atendimento dos requisitos previstos nos arts. 976 e seguintes do CPC. Ausência de processo pendente de julgamento em grau de recurso, ao qual esteja afetado o incidente (art. 978, parágrafo único do CPC). Matéria pacificada pela C. Câmara Especial desta Corte (art. 976, II do CPC). IRDR não admitido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas formulado com fundamento nos arts. 976 e seguintes do CPC.

Alega a requerente que tramitam na Comarca de Atibaia inúmeras ações contra a Prefeitura Municipal visando a anulação de lançamento tributário, e outras tantas já julgadas, nas quais o Município foi condenado por não cumprir os preceitos legais insculpidos no CTN e na Constituição Federal.

Aduz ainda que, em face de divergências nas decisões proferidas, relacionadas à competência do Juízo, resulta enorme insegurança jurídica, o que afronta o princípio da isonomia.

Requer seja admitido e instaurado o presente incidente com o objetivo de fixar a competência nas causas ajuizadas contra o Município, objetivando a garantia da isonomia e segurança jurídica.

É o Relatório.

Com a finalidade de unificar teses, foi instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), possível de ser instaurado desde que comprovada efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão unicamente de direito, cujo processamento e julgamento devem observar, rigorosamente, as disposições contidas nos arts. 976 e seguintes daquele diploma legal.

Assim, para que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) possa ser admitido, o requerente deve comprovar a existência de processos repetitivos nos quais haja controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito, bem como risco à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do CPC), a não afetação de recurso por tribunal superior sobre a mesma questão (§ 4º do art. 976, CPC) e a pendência de julgamento da questão envolvendo as partes, quer na via recursal ou originária (art. 978, parágrafo único do CPC).

No caso concreto, o processo a que este IRDR estaria afetado (processo nº 1000969-92.2016.8.26.0048) teve o recurso de apelação e os embargos de declaração julgados pelo Tribunal antes da interposição do incidente, inexistindo pendência de julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária.

Corroborando tal entendimento, em sede de interpretação do parágrafo único do art. 978 do CPC, a Súmula nº 46 do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "*Não se admite incidente de resolução de demandas repetitivas em feito cujo recurso já tenha sido julgado pelo Tribunal de Justiça*" (TJRS – 1ª Turma Cível – 1º e 11º Grupos Cíveis – IRDR nº 70069766251 – j. 05.08.2016).

Esse mesmo posicionamento foi adotado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao editar o enunciado 344: *"(art. 978, parágrafo único) A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória)".*

Ainda que fosse possível a instauração do presente IRDR, superada a

Acesso ao Sumário

necessidade de afetação a processo pendente de julgamento, fato é que a questão suscitada está pacificada na C. Câmara Especial desta Corte, a quem compete o processamento e julgamento dos conflitos de competência oriundos do 1º Grau, esvaziando o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II do CPC):

> Conflito de competência. Ação ordinária distribuída na Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública de Atibaia. Declínio da competência à Justiça Comum. Descabimento. Autora que renuncia expressamente ao proveito econômico excedente a 60 salários mínimos. Valor da causa consolidado que não supera o limite de alçada estabelecido pela Lei dos Juizados Fazendários. Artigo 2º, caput, da lei nº 12.153/09. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado (TJSP – Câmara Especial – CC 0011189-14.2019.8.26.0000 – Rel. Lídia Conceição – j. 09.05.2019).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação anulatória de débitos fiscais. Propositura da ação na Vara Cível. Presença de espólio no polo ativo, inexistindo interesse de incapazes, não afasta a competência absoluta do Juizado Especial. Redistribuição dos autos. Admissibilidade. Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie (TJSP – Câmara Especial – CC 0025698-18.2017.8.26.0000 – Rel. Ricardo Dip – j. 04.09.2017).
>
> Conflito negativo de competência. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito, ajuizada em face da FESP. Declinação da competência ao MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Cível local. Espólio que figura no polo ativo da demanda. Possibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Crédito de natureza fiscal. Matéria excluída da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Antiga redação do artigo 9º do Provimento CSM nº 2.203/14. Ajuizamento depois do encerramento do prazo de limitação da competência, de cinco anos, elencado pelos artigos 23 e 28, ambos da lei nº 12.153/09. Matéria que não necessita de produção de perícia complexa para sua análise. Valor da causa que não supera o valor da alçada da Lei dos Juizados Especiais. Juizado Especial Cível que é competente para processar e julgar as ações enquadradas na Lei nº 12.153/09, enquanto não instalados os Juizados Fazendários nas comarcas do interior. Competência do juízo suscitado. Conflito procedente (TJSP – Câmara Especial – CC 0030555-10.2017.8.26.0000 – Rel. Lídia Conceição – j. 07.08.2017).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança c/c tutela antecipada e indenização por danos morais movida em face de Governo do Estado de São Paulo, representado pela Procuradoria Geral do Estado, e de Manoel da Costa Lima. Competência de natureza

Acesso ao Sumário

absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que figura como parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos. Inteligência do artigo 2º, caput, e § 4º, da Lei nº 12.153/2009. Provimento 2.203/14 do Conselho Superior da Magistratura. Designação das Varas dos Juizados Especiais como competentes, de forma absoluta e cumulativa, para o processamento e julgamento dos feitos enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública ou as Varas da Fazenda Pública nas comarcas do interior. Possibilidade, nos termos do artigo 14 e parágrafo único da Lei nº 12.153/2009. Provimento pautado em razões de ordem pública, que tem por finalidade distribuir melhor a justiça e organizar a atividade jurisdicional, aproveitando-se da estrutura e da mão de obra dos Juizados Especiais Comuns para processamento e julgamento das matérias de competência do Juizado Especial Fazendário. Litisconsórcio passivo facultativo formado por ente estatal e particular, que não afasta a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 35, parágrafo único, do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Desnecessidade de produção de prova de alta complexidade. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do Juízo suscitante (Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Atibaia) (TJSP – Câmara Especial – CC 0057898-15.2016.8.26.0000 – Rel. Renato Genzani Filho – j. 08.05.2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação ordinária ajuizada em face da Prefeitura Municipal de Atibaia, objetivando a investidura da autora no cargo de professora. Ausência de Vara da Fazenda Pública na comarca de Atibaia. Competência do Juizado Especial Cível. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Desnecessidade de produção de prova pericial complexa. Inteligência da lei nº 12.153/2009 e Provimento nº 2.203/2014 do Conselho Superior da Magistratura. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara do Juizado Especial Cível de Atibaia, ora suscitante (TJSP – Câmara Especial – CC 0013150-92.2016.8.26.0000 – Rel. Issa Ahamed – j. 30.01.2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA entre Varas Cível e do Juizado Especial Cível e Criminal, ambas da Comarca de Atibaia. Ação anulatória de lançamento tributário. Demanda ajuizada após o prazo de cinco anos previsto no artigo 23 da Lei 12.153/09, que limita a competência dos Juizados da Fazenda. Inaplicabilidade, portanto, do artigo 9º do Provimento CSM 2.203/14. Competência absoluta dos Juizados da Fazenda (TJSP – Câmara Especial – CC 0026980-28.2016.8.26.0000 – Rel. Luiz Antônio de Godoy – j. 25.07.2016).

Conflito de competência. Ação de anulação de lançamento tributário. Contribuição de melhoria. Feito remetido a Juizado Especial. Possibilidade.

Acesso ao Sumário

Prazo estipulado para a limitação da matéria afeta ao juizado fazendário já decorrido. Inteligência do artigo 23 da Lei 12.153/09. Complexidade intrínseca da ação não evidenciada. Afirmação do juízo suscitado de suficiência da instrução do feito a dispensar a produção de qualquer outra prova, sobretudo pericial. Conflito procedente. Competência do suscitante (TJSP – Câmara Especial – CC 0022816-20.2016.8.26.0000 – Rel. Renato Genzani Filho – j. 25.07.2016).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. Juízo comum que, ao receber ação livremente distribuída, reconhece sua incompetência e remete os autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública. Ação ajuizada após o prazo previsto no art. 23 da Lei 12.153/09. Competência plena do Juizado, reconhecida pelo Provimento CSM 2.321/16. Precedentes. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE (TJSP – Câmara Especial – CC 0026981-13.2016.8.26.0000 – Rel. Alves Braga Junior – j. 20.06.2016).

Assim, não é viável a instauração do presente IRDR, inexistindo afetação à processo pendente de exame pelo Tribunal, e estando a questão pacificada, inexistindo risco à isonomia e à segurança jurídica, por não atendimento às disposições legais (art. 976, II e art. 978, parágrafo único, ambos do CPC).

Algumas decisões conflitantes sobre o mesmo tema, proferidas pelas Câmaras Especializadas em Tributos Municipais, em agravos de instrumento de duvidoso cabimento, não justificam a instauração do incidente, pacificada a questão, como dito, na C. Câmara Especial desta Corte, competente para julgamento das dúvidas de competência suscitas pelos E. Juízos de Primeira Instância.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NÃO ADMITO a instauração do incidente.

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1023201-58.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida BENEDITA ROSA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 32.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 4 de julho de 2019.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Remessa necessária. Obrigação de fazer. Concessão de mandado de segurança para disponibilização de vaga para internação. Inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição da República, 219 e 222 da Constituição do Estado de São Paulo e 2º e 6º da Lei 8.080/1990. Ausência de recursos financeiros para esse custeio. Obrigação do poder público. Direito fundamental à saúde. Portanto, remessa necessária improvida.

VOTO

Trata-se de remessa necessária referente à respeitável sentença (folhas 60 a 64) pela qual, a propósito de mandado de segurança, mantido o provimento liminar, se concedeu a ordem objetivada a fim de assegurar a *Benedita Rosa* o fornecimento de vaga para internação em hospital para atendimento vascular.

Determinou-se a remessa necessária, consoante o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 12.016/2009.

É o relatório.

Impõe-se negar provimento a esta remessa correspondente à respeitável sentença pela qual se impôs ao *Diretor Técnico do Departamento Regional de Saúde de Bauru - DRS VI* - o dever de disponibilizar vaga para internação hospitalar da impetrante.

A propósito, constou da petição inicial (folhas 1 a 11), entre o mais, necessitar a impetrante internação hospitalar dado padecer "*edema em membros inferiores, evoluindo com úlcera na perna esquerda, relato de amputação do artelho esquerdo*".

Por sinal, como sobredito, está comprovada a necessidade dessa internação conforme relatório da Secretaria de Estado da Saúde e prescrição médica (folhas 21 e 22).

Acesso ao Sumário

Ademais, são insuficientes os recursos financeiros dessa ora recorrida para o custeio da respectiva internação. Trata-se, a bem ver, de pessoa hipossuficiente economicamente e beneficiária da Justiça Gratuita (folhas 13 e 24/25).

Por essas razões, a digna juíza a quo deferira medida liminar a fim de que a ela se disponibilizasse vaga para internação (folhas 24 e 25), o que, com acerto, confirmado mediante a respeitável sentença sob reexame.

Com efeito, e como o artigo 196 da Constituição da República consubstancia norma relativa a direito fundamental – saúde –, não se pode reduzir o respectivo alcance ou obstar a aplicação desse preceito, aliás, de eficácia plena[1].

Conquanto o poder público esteja autorizado a estabelecer critérios razoáveis para atendimento à saúde, não lhe é possível a inobservância a direito fundamental individual assegurado constitucionalmente.

A esse respeito, ainda, é de destaque, *mutatis mutandis*, acórdão desta Câmara assim ementado:

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Disponibilização de vaga em hospital – Sentença que concedeu a segurança, confirmando a liminar – Direito à saúde – Presente a necessidade de se proteger o bem maior que é a vida, em consonância com o direito constitucional estampado no artigo 196 da Constituição Federal, pelo que há de se ter como correta a decisão de mandar fornecer vaga para internação em especialidade de Oncologia – Precedentes – Sentença mantida – Reexame necessário improvido."[2]

Portanto, correta a respeitável sentença pela qual se concedeu segurança para que fornecida à recorrida vaga para internação hospitalar.

À vista do exposto, mediante análise da remessa necessária, mantém-se a respeitável sentença, por sinal, também, pelos respectivos fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1000994-26.2018.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ALFREDO AMÉRICO BRASIL FILHO.

1 Nesse sentido, considera-se o seguinte trecho de aresto desta Câmara relacionado à apelação 100547-79.2016.8.26.0619, relator o desembargador Amorim Cantuária, julgamento em 22 de agosto de 2017: "*Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, o direito à saúde é conferido para acesso universal e igualitário, competindo às entidades das três esferas de governo, União, Estados e Municípios, destinar recursos mínimos para tal propósito (artigo 199, § 2º, CF/88), formando e fomentando o Sistema Único de Saúde (artigo 200).*"

2 Reexame necessário 1002388-44.2017.8.26.0071, relator o desembargador Maurício Fiorito, julgamento em 22 de maio de 2018.

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 à remessa necessária. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.188)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 2 de julho de 2019.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão visando o licenciamento de veículo. Admissibilidade. Demonstrado nos autos que o veiculo sofreu acidente, contudo, os reparos foram efetivados sem troca de peças, de modo que não ocorreu a emissão da respectiva nota fiscal de peças. Sentença mantida. Remessa necessária conhecida e não provida.

VOTO

I- Trata-se de mandado de segurança impetrado por **ALFREDO AMÉRICO BRASIL FILHO** contra ato do **DIRETOR DA CIRETRAN DE PORTO FERREIRA** sob o fundamento de que seu caminhão sofreu acidente, sendo apontada a ocorrência de sinistro em seu prontuário, impossibilitando o licenciamento devido à exigência de "nota fiscal de peças", documento inexistente, pois o conserto envolveu apenas mão-de-obra, sem troca de peças.

A r. sentença de fls. 164/165 concedeu a segurança, determinando o desbloqueio e licenciamento definitivo do veículo (fls. 07/08). Não há verba honorária por força do art. 25, da Lei nº 12.016/09.

Os autos subiram em decorrência da remessa necessária. Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

II- Bem examinados os autos, está demonstrado o direito líquido e certo do impetrante.

De fato inexigível a apresentação da "nota fiscal de peças", vez que foram feitos somente os reparos necessários sem troca de peças, de modo que, não foi produzido porque não existe o documento que é exigido administrativamente.

Ora, tratando-se de mera exigência burocrática de apresentação de documento que não foi produzido porque não existiu a contraprestação e que resultou na necessidade da parte se socorrer do Poder Judiciário, outra não seria a solução do que a concessão da ordem.

Acesso ao Sumário

Com estes argumentos, ante a existência de direito líquido e certo, a sentença fica inteiramente mantida, por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Isto posto, **conhece-se e nega-se provimento à remessa necessária**. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1001680-77.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos MAURO FERREIRA LÚCIO e MARISA FERREIRA LÚCIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.171)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 3 de julho de 2019.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD). Fisco que atribui para o bem imóvel transmitido valor venal de referência adotado pela legislação do ITBI. Inadmissibilidade. Decreto regulamentador que não poderia inovar em relação à lei. Recurso oficial, único interposto, improvido.

VOTO

I. Mandado de Segurança impetrado por MARISA FERREIRA LÚCIO e MAURO FERREIRA LÚCIO contra ato atribuído ao Sr. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Buscam seja reconhecido seu direito líquido e certo de recolher o "Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação" - ITCMD, incidente sobre um imóvel urbano que foi transmitido aos impetrantes em virtude do falecimento de Áurea Moreira Lúcio (óbito em 25.07.2018), utilizando como base de cálculo do referido tributo o valor venal

para fins de lançamento de IPTU. Alegam, em síntese, a inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 16, parágrafo único, do Decreto estadual nº 46.655/02 (redação do Decreto nº 55.002/2009), que extrapolou os limites da Lei Estadual nº 10.705/2000, ao determinar a utilização do "valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI" como base de cálculo do "Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação - ITCMD".

A r. sentença de fls. 132/134, de relatório adicionalmente adotado, concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar concedida a fls. 100/101, "*para assegurar aos impetrantes que o recolhimento do ITCMD sobre a transmissão do bem imóvel descrito na petição inicial tenha como base de cálculo o valor venal utilizado para o cálculo do IPTU. Não há condenação em honorários de advogado (art. 25 da Lei nº 12.016/2009)*." (fls. 134). Não foi interposto recurso voluntário (cf. certidão de fls. 139), subindo os autos por força do reexame necessário. Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao reexame.

Os impetrantes buscam o reconhecimento de direito líquido e certo de recolher o "Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doação" - ITCMD, incidente sobre imóvel urbano a eles transmitido em virtude do falecimento de Áurea Moreira Lúcio, utilizando como base de cálculo do referido tributo o valor venal do bem para fins de lançamento de IPTU.

Corretamente acolhido o pedido inaugural.

A Lei paulista nº 10.705, de 28.12.2000, instituiu o ITCMD no Estado e assim dispõe nos artigos referidos pelo Fisco, concernentes à definição da base de cálculo:

"Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. (...)."

"Artigo 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná- lo.

§ 1º - Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.

§ 2º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis."

Acesso ao Sumário

"Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR."

A base de cálculo do ITCMD, como já estabelece o artigo 38 do Código Tributário Nacional, é "***o valor venal dos bens ou direitos transmitidos***".

A lei estadual paulista adotou como parâmetro, em se tratando de bem imóvel urbano, o valor "*fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU*", determinando que a base de incidência do ITCMD não poderia ser inferior à do IPTU.

Contudo, o Executivo paulista resolveu alterar esse paradigma, e, por meio do Decreto nº 55.002, de 9.11.2009, elegeu novo parâmetro para a base de cálculo do ITCMD, atribuindo nova redação ao parágrafo único do artigo 16 do Decreto regulamentador do aludido imposto estadual, o Decreto nº 46.655, de 01.04.2002, "in verbis":

"Artigo 16 – O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705/00, art. 13):

I – em se tratando de:

a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

b) rural, não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

II – o valor pago pelo "de cujus" até a data da abertura da sucessão, quando em construção;

III – o valor do crédito existente à data da abertura da sucessão, quando compromissado à venda pelo "de cujus".

Parágrafo único – Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel: (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto 55.002, de 09-11-2009; DOE 10-11-2009)

1 – rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;

Acesso ao Sumário

2 – urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea "a" do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso.".

Essa inovação feriu-se de ilegalidade. Consoante se colhe de precedente desta Câmara, da lavra do Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, "... ***mesmo que o fato gerador tivesse ocorrido depois da publicação do Decreto 55.002/09, ainda assim a base de cálculo do ITCMD deveria obedecer ao valor venal e não ao valor de referência (valor de mercado). Isso porque, nos termos do art. 97, inciso II, e seu parágrafo 1º, do CTN, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por meio de lei, com exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal***" (Apelação Cível 0014312-70.2010.8.26.0053).

Decreto não pode inovar no tocante à definição da base de cálculo de tributo, devendo ater-se à lei em sentido formal que se preordena a regulamentar.

A esse propósito, dentre vários outros precedentes da Corte:

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) – BASE DE CÁLCULO – ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DAQUELE ESTABELECIDO PELA LEI – MALTRATO AO POSTULADO DA RESERVA LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA. A base de cálculo do ITCMD, nos termos da lei é o valor venal do bem ou direito transmitido na época da abertura da sucessão. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS." (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0062450-17.2011.8.26.0576, j. 19.02.2013, Rel. o Des. AMORIM CANTUÁRIA).

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD). BASE DE CÁLCULO. DECRETO Nº 55.002/2009. Vulnera o § 1º do inciso II do art. 97 do Código Tributário Nacional a alteração, por meio de decreto regulamentar, da base de cálculo de tributo. Não provimento da remessa obrigatória e da apelação." (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0034958-04.2010.8.26.0053, j. 21.10.2014, Rel. o Des. RICARDO DIP).

Nada há, portanto, a alterar na r. sentença, mantendo-se a solução adotada em primeiro grau.

III. Por todo o exposto, negam provimento ao recurso oficial, único interposto.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto

de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1001721-29.2018.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida PAOLA CIOFFI SGARBI.

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 20.530)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: Reexame necessário – Mandado de Segurança – Processo de suspensão do direito de dirigir – Cometimento de infração gravíssima – Certidão de apresentação de recurso fora do prazo – Recurso apresentado tempestivamente – Necessária regularização do processo administrativo com o julgamento do recurso – Art. 290, CTB – Sentença mantida – Recurso oficial desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Paola Cioffi Sgarbi contra ato praticado pelo Diretor do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo, objetivando a anulação do processo administrativo nº 439-0/2017 e consequentemente da pena de suspensão do direito de dirigir imposta à impetrante. Afirma ter recebido notificação do processo nº 439-0/2017, para suspensão da carteira de habilitação em razão dos autos de infração 1F478850-3 e 1F482036-3, que se referem a infrações cometidas em 5/5/2017. Informa que contra o indeferimento da defesa apresentada, interpôs recurso à JARI tempestivamente, no entanto, recebeu a notificação do processo administrativo

mencionado, na qual conta a ausência de interposição de recurso.

A r. sentença de fls. 104/107 julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar "para anular a aplicação de quaisquer penalidades da infração objeto do Processo Administrativo nº 0000439-0/2017, até que seja analisado o recurso administrativo tempestivamente interposto pelo impetrante".

Os autos subiram exclusivamente em razão do reexame necessário (art. 14, §1º, Lei nº 12.016/2009).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público, nos termos da manifestação de fls. 51/52.

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

O recurso não comporta provimento.

É dos autos que a impetrante foi autuada, em 1/7/2017, em razão de "recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa" (artigo 165-A, CTB - fls. 71/72). Nos termos do artigo 165-A do Código de Trânsito Nacional, trata-se de infração gravíssima, cujas penalidades cominadas são a aplicação de multa e a suspensão do direito de dirigir por doze meses.

A aplicação da pena e a inscrição das consequências da infração cometida no prontuário do condutor, todavia, conforme disposição expressa do artigo 290, parágrafo único, do CTB, será aplicada após o encerramento da instância administrativa, pois "esgotados os recursos, as penalidades aplicadas nos termos deste Código serão cadastradas no RENACH".

O Detran juntou cópia integral do processo administrativo nº 4390/2017 (fls. 70/97). Após indeferimento do recurso apresentado ao Detran (fls. 74/82), em 16/1/2018, a impetrante apresentou recurso à JARI (fls. 85/89). Esse, nos termos da certidão de fl. 90 e respectiva notificação à recorrente (fls. 91/92), foi indevidamente considerado intempestivo, motivo pelo qual de rigor o reconhecimento do direito líquido e certo da impetrante em ver anulado o processo administrativo nº 4390/2017 a partir desse momento.

É certo que, no documento de fls. 98/101, consta a apresentação tempestiva do recurso (16/1/2018), com julgamento de indeferimento. A notificação enviada à impetrante, todavia, é no sentido de não conhecimento por interposição fora do prazo, motivo pelo qual o processo administrativo deve ser anulado a partir da notificação.

Apesar de o ato administrativo gozar de presunção de veracidade e legalidade, a análise do presente caso concreto ilide a presunção legal relativa, pois equivocada a certidão de intempestividade do recurso e intimação da autuada no sentido de inexistência de recurso à JARI.

Acesso ao Sumário

Os documentos juntados nos autos comprovam a violação ao direito líquido e certo da impetrante, que, com a aplicação antecipada da sanção, não teve respeitados os direitos do devido processo legal e contraditório e ampla defesa.

Assim, acertada a sentença que concedeu a segurança.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CNH – BLOQUEIO DO PRONTUÁRIO DE MOTORISTA – PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO – Pretensão mandamental do impetrante voltada ao reconhecimento de seu suposto direito líquido e certo a obter o desbloqueio de seu prontuário de motorista até o julgamento final do processo administrativo de suspensão do direito de dirigir, instaurado pela autoridade de trânsito em seu desfavor – admissibilidade – interposição de recurso contra a decisão administrativa – pendência de julgamento definitivo que obsta a eficácia do ato administrativo – inteligência do art. 290, do CTB, e art. 24, da Resolução CONTRAN nº 182/2005 – sentença concessiva da ordem de segurança mantida, em reexame necessário. (Apelação nº 1003267-76.2015.8.26.0344, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 18.11.2017).

MANDADO DE SEGURANÇA – ADIÇÃO DA CATEGORIA "E" EM CNH – RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO – RECUSA INJUSTIFICADA – ORDEM CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação nº 1009447-11.2015.8.26.0344, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 22.5.2017).

APELAÇÃO – Mandado de Segurança. CNH. Instauração de processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Ainda que tenha havido o trânsito em julgado da decisão que aplicou a pena de suspensão do direito de dirigir, enquanto pendente de julgamento recurso administrativo contra o auto de infração imposto, não poderá constar restrição no prontuário do condutor. Concessão da segurança que se impõe – Reforma da r. sentença – Recurso provido. (Apelação nº 1018152-35.2016.8.26.0482, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 8.11.2017).

Apelação Cível – Mandado de Segurança – Suspensão da habilitação – Renovação do documento. Mandado de Segurança – Pedido de imediata suspensão de bloqueio eletrônico que impede a renovação e utilização de Carteira Nacional de Habilitação, até final julgamento da ação ou eventual condenação pelo processo administrativo – Ato abusivo do Agente Público – De rigor a observância do contraditório e ampla defesa – Execução de eventual penalidade, tão-só, após o trânsito em julgado – Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora. Nega-se provimento à remessa oficial. (Reexame necessário nº 1011878-51.2014.8.26.0506, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 15.6.2016).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso oficial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1011456-08.2018.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos A.E.M.L. e L.S.D.

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 24.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 19 de julho de 2019.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Centro de Formação de Condutores – Processo administrativo instaurado em função de irregularidade em aula prática – Autoridade coatora que, "inaudita altera pars", determinou liminarmente a suspensão das atividades da autoescola, com fulcro nos artigos 37, §1º, da Resolução CONTRAN nº 358/2010 e 64 da Portaria DETRAN/SP nº 101/2016 – Irregularidade apontada que é insuficiente a justificar a medida extrema imposta – Conjunto probatório indicativo de que o ocorrido foi episódio isolado, inexistindo indícios de prática sistêmica – Recurso oficial desprovido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por A.E.M.L. e L.S.D. contra ato do Diretor Técnico da 13ª CIRETRAN/Piracicaba, objetivando a cassação de decisão proferida no Processo Administrativo nº 95/2018 que, com fulcro nos artigos 37, §1º, da Resolução CONTRAN nº 358/2010 e 64 da Portaria DETRAN/SP nº 101/2016, liminarmente determinou a suspensão das atividades do centro de formação de condutores por 30 dias, ante possível ocorrência de fraude em aula prática ministrada pela escola impetrante.

A liminar foi deferida para suspender o ato administrativo atacado (fls. 42 46), vindo a ser confirmada em sentença de concessão da segurança (fls. 118-120), a qual assim se encontra fundamentada:

O busílis é que, independentemente da veracidade de tais imputações,

Acesso ao Sumário

realmente soa excessiva e desproporcional, neste caso, a aplicação in limine, em processo administrativo, sem a prévia oitiva dos envolvidos, da suspensão preventiva das atividades dos impetrantes por prazo de 30 dias, nos exatos termos expostos na decisão de fls. 42/46.

Aliás, digno de menção que no boletim de ocorrência (fls. 115/117) foi colhido o depoimento da aluna D.F.S.T., que esclareceu que depois de ter cumprido duas aulas ela mesma solicitou à instrutora que fossem até o local dos fatos, eis que sua filha estava se submetendo ao exame prático e ela gostaria de verificar "se tinha sido aprovada" ou não. Tal versão, ao que parece, ajuda a minimizar o ocorrido, talvez o transformando em circunstância isolada e diluindo a existência de "risco iminente" às atividades de trânsito, este exigido textualmente tanto pelo art. 37 da Resolução CONTRAN nº 358/2010 quanto pelo art. 64 da Portaria DETRAN nº 101/201.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, tornando definitiva a liminar de fls. 42/46, para, sem prejuízo do regular trâmite do processo administrativo nº 95/2018, ANULAR o ato administrativo que determinou a suspensão preventiva das atividades dos impetrantes pelo prazo de 30 dias. Consequentemente, JULGO EXTINTO O PROCESSO, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Os autos subiram por força do reexame necessário, ausente recurso voluntário do DETRAN.

Tendo o representante do Ministério Público declinado de se manifestar no caso em tela (fls. 112-113), os autos deixaram de ser remetidos à D. Procuradoria de Justiça.

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

O recurso oficial não comporta provimento, pois como bem asseverado pelo d. magistrado *a quo*, a irregularidade em apuração não possui gravidade suficiente a ensejar a suspensão liminar das atividades do centro de formação de condutores.

Conforme consta do relatório de fiscalização (fls. 86 88), em 08/06/2018 equipe do DETRAN foi designada para inspecionar exame prático veicular no Município de Piracicaba.

Horas após chegarem ao local do teste, os funcionários constataram que, por volta das 09h30, o veículo Volkswagen Gol de placa (...), pertencente à autoescola impetrante, estacionou na região, conduzido pela instrutora A.S.B.A.L. No entanto, previamente havia sido verificado no sistema ENCHSP que a citada instrutora deveria, naquele momento, estar ministrando aula prática à aluna D.F.S.T. no horário das 07h55 às 10h25. Averiguou-se, ainda, que a aula

Acesso ao Sumário

prática em questão foi cancelada pelo impetrante L.S.D. às 09h30. Foi lavrado boletim de ocorrência junto à 1ª Delegacia de Polícia pelo alegado cometimento do delito previsto no art. 313-A do Código Penal.

Diante dos fatos, a autoridade coatora, sob a justificativa de resguardar a segurança da coletividade ante a possível formação de condutores despreparados, determinou liminarmente a suspensão das atividades da autoescola pelo prazo de 30 dias, com fulcro nos artigos 37, §1º, da Resolução CONTRAN nº 358/2010 e 64 da Portaria DETRAN/SP nº 101/2016:

Art. 37. O processo administrativo será iniciado pela autoridade de trânsito, de oficio ou mediante representação, visando à apuração de irregularidades praticadas pelas instituições e profissionais credenciados pelo órgão ou entidade executivo de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal, observando o principio da ampla defesa e do contraditório.

§ 1º Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Artigo 64 - Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Pois bem.

Em meu ver, o deferimento *inaudita altera pars* de medida de tamanho impacto na atividade exercida pela empresa impetrante e no andamento das aulas dos demais aprendizes necessita de sólida justificativa, o que, no entanto, não ocorre no caso em tela.

O fato discutido, embora grave – se confirmado, frise-se –, não indica prática sistêmica por parte da autoescola a ponto de ensejar receio quanto à qualidade da formação dos demais alunos. Tudo indica que se tratou de um episódio isolado. Relevante notar que a autoescola funciona há décadas (CNPJ aberto em 1998), corroborando o quanto dito.

Logo, ante a inadequação da medida imposta pela autoridade coatora, era mesmo de rigor a concessão da segurança.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso oficial.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente qualquer violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional pertinente à matéria.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1009524-49.2017.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido FELIPE FASSONI SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. BLOQUEIO DE PRONTUÁRIO E RENOVAÇÃO. Suspensão do direito de dirigir. Recurso administrativo pendente. Enquanto não preclusa a via administrativa, na qual foi imposta a suspensão do direito de dirigir veículo, é manifestamente ilegal o ato da autoridade de trânsito que bloqueia o prontuário.

Reexame necessário não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Felipe Fassoni Silva contra ato da Diretora da 12ª Ciretran de Marília, consistente no bloqueio do prontuário do impetrante em razão da existência de procedimento administrativo instaurado para imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir.

A r. sentença de fls. 46/50 concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que não obste a expedição da CNH, com a observação de que, sobrevindo a constatação da regularidade da autuação e da autoria da infração referida na certidão de f ls. 22 pelo impetrante, em regular processo administrativo, garantido o contraditório e ampla defesa, seja a eventual habilitação do autor cancelada pela autoridade expedidora, nos termos do artigo 263 , § 1º, do CTB., devendo aquele, querendo, reiniciar todo o processo de habilitação, nos termos do artigo 148, § 4º, do CTB.

Não houve a interposição de recurso voluntário, vindo os autos a este

Acesso ao Sumário

Tribunal por força de reexame necessário.

É o relatório.

Nenhum reparo merece a decisão recorrida.

O impetrante encontra-se com seu prontuário de condutor bloqueado em decorrência do procedimento administrativo instaurado para suspensão do seu direito de dirigir, contra o qual alega ter interposto recurso administrativo.

Estabelece o artigo 265 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97) que as penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.

E o artigo 24 da Resolução CONTRAN nº 182, de 09 de setembro de 2005, que dispôs sobre uniformização do procedimento administrativo para imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação da Carteira Nacional de Habilitação, reza que:

> *Art. 24. No curso do processo administrativo de que t rata 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 t rata o art. 19 § 1 º O processo administrativo deverá ser concluído no órgão executivo estadual de trânsito que o instaurou, mesmo que haja transferência do prontuário para outra unidade da Federação.*
>
> *§ 2 º O órgão executivo estadual de trânsito que instaurou o processo e aplicou a penalidade de suspensão do direito de dirigir ou cassação da CNH, deverá comunicá-la ao órgão executivo estadual de trânsito para onde foi transferido o prontuário, para fins de seu efetivo cumprimento.*

Destarte, qualquer restrição no prontuário do infrator enquanto pendente exame do recurso administrativo tempestivamente protocolado não se sustenta e outra não poderia ser a solução.

Pelo exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129456-08.2019.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste, em que é agravante ELONILSON ALVES LOIOLA, é agravado JUSTIÇA PÚBLICA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEIXARAM DE CONHECER do Agravo de Instrumento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 4 de julho de 2019.

FARTO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que indeferiu pedido de isenção de custas processuais. Instrumento processual sem previsão no âmbito processual penal. Princípio da fungibilidade inadmissível diante do erro grosseiro. Ausência de situação excepcional a ensejar aplicação subsidiária da sistemática recursal contemplada no Código de Processo Civil, notadamente diante da inércia da Defesa e tardio questionamento com relação à documentação exigida pelo juízo de origem. Agravo de instrumento rejeitado liminarmente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por ELONILSON ALVES LOIOLA em face de decisão interlocutória do MM Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste, nos autos da ação penal sob o nº. 0002934-25.2016.8.26.0533, através da qual se indeferiu o pedido de concessão dos benefícios de assistência judiciária gratuita. Sustenta, em suma, que o agravante está atualmente desempregado e não dispõe de condições de

arcar com as custas fixadas em título condenatório, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Pretende, pois, a concessão de liminar para se conferir efeito suspensivo ativo ao recurso, evitando-se a inscrição do débito em dívida ativa, enquanto, no mérito, almeja a reforma do decisório, conferindo-lhe a isenção das custas processuais (fls. 01/07).

É o relatório.

O recurso deve ser rejeitado liminarmente, dispensado o processamento em segundo grau.

Com efeito, não se ignora entendimento adotado em algumas Câmaras deste Egrégio Tribunal de Justiça sobre a inadmissibilidade do agravo de instrumento diante das decisões interlocutórias proferidas no âmbito criminal, excetuados os despachos denegatórios de seguimento dos recursos especial e extraordinário.

Nesses termos, tais precedentes têm registrado que o Código de Processo Penal estabelece o recurso em sentido estrito como medida impugnativa principal diante de decisões interlocutórias, com possibilidade de interposição de apelação em face das demais providências "*definitivas ou com força de definitivas*" não elencadas no rol taxativo do artigo 581 da Lei Adjetiva Penal ("*ex vi*" do artigo 593, inciso II), algo diverso do decisório que indefere o pedido de isenção de custas processuais, o qual, segundo tais arestos, seria passível apenas de impetração de mandado de segurança, mediante demonstração inequívoca de ameaça a direito líquido e certo, denotando a inadequada interposição de agravo de instrumento "*erro grosseiro*" impassível de correção, ainda que por aplicação do princípio da fungibilidade.

"*No processo penal não se admite recurso inominado ou de improviso. A previsão legal é condição obrigatória para que a decisão seja recorrível e, portanto, para que o recurso exista. Dessa forma, não se vislumbra autorização legal para que o recurso de Agravo de Instrumento seja a via adequada para a reforma da decisão proferida. Via de regra o recurso cabível contra decisões interlocutórias é o recurso em sentido estrito, do artigo 581, do CPP, o qual apresenta rol taxativo. Como não há em seus incisos a hipótese em tela, outro seria o recurso cabível, como o mandado de segurança, por exemplo*". (TJESP, Agravo de Instrumento nº 2057435-73.2015.8.26.0000, Relator Desembargador REINALDO CINTRA, julgado 07-02-2018).

"*Na seara processual penal, a via própria para combater decisões interlocutórias se encontra no art. 581 do Código de Processo Penal, o qual prevê rol taxativo para interposição do Recurso em Sentido Estrito, não constando, em nenhuma das hipóteses, seu cabimento contra decisão que indeferiu pleito de justiça gratuita. Destarte, eventual direito violado, em sede de processo criminal, deveria ser refutado mediante mandado de segurança ou*

Acesso ao Sumário

habeas corpus, e não por meio do presente agravo de instrumento, o qual, como já explanado, não é passível de conhecimento "' (TJESP, Agravo de Instrumento nº 2074234-26.2017.8.26.0000, Relator Desembargador CAMILO LÉLLIS, julgado 13-06-2017).

De outra parte, não se depara com situação extrema capaz de ensejar o deferimento imediato do pedido de isenção de custas, mesmo por exepcional aplicação do regramento recursal estabelecido no artigo 101 do Código de Processo Civil.

No caso, ELONILSON ALVES LOIOLA foi condenado a cumprir pena de um (1) ano de detenção em regime aberto, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de doze (12) diárias, como incurso no artigo 12 da Lei nº. 10.826/03, operada a substituição da corporal por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (fls. 166/170 dos autos da ação penal subjacente).

Pontue-se que a sentença, proferida em 24 de outubro de 2.016, transitou em julgado para as partes dia 31 seguinte, considerada a resignação manifestada pela Defesa técnica em audiência, inclusive no tocante à condenação ao pagamento de custas processuais, constante da parte final do decisório (fls. 174 dos autos principais).

De toda forma, diante do pedido de gratuidade da Justiça formulado ainda no curso da instrução, determinou-se a apresentação de documentos destinados à comprovação da alegada condição de hipossuficiência (*no caso representados por cópias da carteira de trabalho, de extrato bancário de conta de titularidade do sentenciado e de eventual cônjuge, de extrato de eventual cartão de crédito e da última declaração de imposto de renda*), consoante decisão publicada em 07 de novembro de 2.018 (fls. 217 dos autos da ação subjacente).

Depois de constatada a inércia da Defesa, ordenou-se a intimação do sentenciado para o recolhimento das custas através de decisório publicado em 22 de abril passado, vindo a advogada, com bastante atraso, a postular a reconsideração do decisório, mediante apresentação de cópia da carteira de trabalho de ELONILSON, vale dizer, sem oferecer demais documentos ou sequer demonstrar a impossibilidade de exibi-los.

Volta-se o reclamo contra a decisão que indeferiu o tardio pedido de reconsideração, nitidamente deduzido com o propósito de "resgatar" eventual prazo recursal, na hipótese há muito transcorrido diante da desídia da Defesa, quadro apto a reforçar a impossibilidade de se acolher a pretensão, deduzida de forma inadequada e já alcançada pela preclusão.

No mais, conquanto o fato de o recorrente dispor de Defensor constituído não baste para afastar, de *per si*, o benefício de gratuidade da Justiça (*consoante disposto no artigo 99, §4º, do Código de Processo Civil*), a situação certamente

recomenda maior cautela do julgador na aferição da alegada situação de hipossuficiência, daí a exigência de apresentação de prova documental complementar, não atendida ou impugnada oportunamente pela Defesa, repita-se.

À vista do exposto, pelo meu voto, **DEIXO DE CONHECER** do Agravo de Instrumento.

Comunique-se.

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0000525-85.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante VANESSA REGINA SATURNINO, 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 e DERAM PROVIMENTO ao agravo interposto, para reformar a r. decisão agravada, para fixar como marco inicial da contagem do lapso aquisitivo para a progressão carcerária a data em que a sentenciada preencheu os requisitos previstos no art. 112 da Lei 7.210/84 para a progressão para o regime semiaberto. Elabore-se novo cálculo de liquidação de penas. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.786)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 10 de julho de 2019.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Recurso defensivo pretendendo a alteração da data-base para concessão de benefício de progressão de regime – Decisão que concede a progressão carcerária tem natureza declaratória – Data-base a ser considerada é a do preenchimento dos requisitos legais para a progressão

Acesso ao Sumário

ao regime semiaberto e não do deferimento judicial ou da transferência ao estabelecimento prisional adequado – Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça neste sentido – Dado provimento, com determinação.

VOTO

Trata-se de agravo em execução, interposto pela sentenciada **VANESSA REGINA SATURNINO** contra a r. decisão de fls. 17, que homologou o cálculo de pena, considerando a data da decisão concessiva do regime semiaberto como marco inicial de contagem para obtenção de progressão ao regime aberto.

Assevera a agravante que a decisão que concede a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva, pelo que deve ser considerada como marco de contagem para a nova progressão a data em que preencheu os requisitos legais.

Contrariado o recurso e mantida a r. decisão (fls. 36), manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do agravo (fls. 46/48).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Apesar deste Relator entender, anteriormente, pela contagem do lapso aquisitivo para a progressão a partir da data da efetiva transferência ao novo regime de resgate de pena, sob pena de incorrer em progressão por salto, passo a rever meu posicionamento.

Isso porque, pelo que se depreende de casos desta natureza, não se pretende burlar o sistema progressivo de cumprimento da pena corporal, mas sim que sejam respeitados os prazos legais, com a declaração de direitos no momento adequado, evitando-se, inclusive, o excesso de execução.

Não se pode admitir eventual prejuízo ao sentenciado, no caso de demora na apreciação do seu pleito pelo Poder Judiciário, de modo que a data de preenchimento dos requisitos é, indiscutivelmente, o marco mais favorável.

Acesso ao Sumário

E, segundo o entendimento atualmente adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao qual me curvo, a natureza da decisão que concede a progressão de regime é declaratória, na medida em que se limita a reconhecer o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo para a benesse executória.

Colacionam-se os ilustrativos julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE. DIA DO IMPLEMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. HABEAS

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A Segunda Turma do col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 115.254/SP, firmou entendimento de que a decisão que concede a progressão de regime tem natureza declaratória e não constitutiva, razão pela qual o marco inicial para a progressão seguinte será a data em que o apenado preencher os requisitos legais e não aquela da decisão que concedeu ou do efetivo início da reprimenda no regime anterior.

III - Alinhando-se à novel orientação da col. Suprema Corte, a Quinta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, passou a perfilhar a orientação de que "a data inicial para progressão de regime deve ser aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data da efetiva inserção do reeducando no regime atual." IV - Dessa forma, verifica-se manifesta ilegalidade na decisão que fixa, como marco para a concessão de novos benefícios, a data em que foi deferida a progressão ao regime semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 488.140/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. PRECEDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do HC 115.254 (Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015), para estabelecer, como marco para a subsequente progressão, a data em que o apenado preencheu os requisitos legais do art. 112 da LEP e não aquela em que o Juízo das Execuções, em decisão declaratória, deferiu o benefício ou aquela em que o reeducando, efetivamente, foi inserido no atual regime.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 481.806/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,

Acesso ao Sumário

julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO DE EXECUÇÃO DA PENA. TERMO INICIAL PARA PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. DATA EM QUE O APENADO EFETIVAMENTE CUMPRIU O LAPSO TEMPORAL PARA O BENEFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Espécie em que o Juízo das Execuções, ao homologar o cálculo de execução da pena imposta ao Paciente, tomou por termo inicial para a progressão ao regime aberto a data da decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto, e não aquela em que o Apenado efetivamente cumpriu o lapso para o benefício.

2. "Após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254/SP, esta Corte Superior de Justiça, revendo o posicionamento anterior, passou a entender que, na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva" (HC 411.957/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

3. Ordem concedida para determinar a retificação do cálculo de penas, considerando como data base para a concessão da progressão de regime o dia em que o Apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

(HC 468.103/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 29/10/2018).

Aliás, esta C. 7ª Câmara de Direito Criminal assim já decidiu:

Agravo em execução. Termo inicial de contagem de tempo para fins de progressão ao regime aberto. Data que deve corresponder ao dia em que o condenado cumpriu o tempo necessário à progressão para o regime semiaberto. Art. 112 da LEP. Decisão que reconhece o direito à progressão possui natureza declaratória, e não constitutiva. Recurso provido.

(Agravo de Execução Penal 9000024-40.2019.8.26.0637; Relator: Des. Reinaldo Cintra; 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 08/05/2019)

Deste modo, deve ser considerada a data de preenchimento dos requisitos do art. 112 da Lei 7.210/84 para a progressão ao regime semiaberto como marco inicial da contagem para a transferência ao mais benéfico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao agravo interposto, para reformar a r. decisão agravada, para fixar como

Acesso ao Sumário

marco inicial da contagem do lapso aquisitivo para a progressão carcerária a data em que a sentenciada preencheu os requisitos previstos no art. 112 da Lei 7.210/84 para a progressão para o regime semiaberto. Elabore-se novo cálculo de liquidação de penas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0001907-16.2019.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante GEORGE SANTANA DOS SANTOS, 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 agravo para deferir o parcelamento em 6 prestações do pagamento da multa objeto da Execução nº 0011728- 97.2018.8.26.0037 do sentenciado GEORGE SANTANA DOS SANTOS. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.165)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 12 de julho de 2019.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Agravo em execução – Pedido de parcelamento em 6 prestações do pagamento da multa decorrente de condenação por crime de furto qualificado – Sentenciado que, sem condições financeiras, apresentou proposta de parcelamento para cumprimento da pena pecuniária – Decisão judicial de indeferimento que deve ser reformada – Agravo provido.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida às fls. 81/82 pelo i. Juiz de Direito do DEECRIM da 6ª RAJ, Comarca de Ribeirão Preto, por meio da qual foi indeferido o pedido de parcelamento em 6 (seis) prestações do pagamento da multa imposta ao agravante na Execução nº 0011728- 97.2018.8.26.0037, contra ela se insurgiu o i. Defensor Público que o assiste à fl. 1, arrazoando o agravo

Acesso ao Sumário

às fls. 2/4.

Alega o i. Defensor, em suma, que GEORGE é pessoa economicamente hipossuficiente, não possuindo recursos financeiros para pagamento à vista de 15 dias-multa, por condenação penal pelo crime de furto qualificado.

Afirma que postulou o seu parcelamento em 6 prestações iguais, mas o pleito foi indeferido pelo d. Magistrado das Execuções.

Inconformado, recorre o i. Defensor a esta Corte, requerendo a reforma da decisão judicial ora impugnada, a fim de que o sentenciado possa cumprir a pena pecuniária, mediante parcelas.

O agravo tramitou regularmente, tendo sido contra-arrazoado às fls. 90/92. À fl. 93 superou-se a fase de reexame, com a ratificação da decisão hostilizada.

A Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 99/100).

É o relatório.

O agravo merece provimento.

GEORGE foi condenado por violação ao art. 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 5/6).

De acordo com o extrato de fls. 5/6, o valor de 15 dias-multa corresponde ao montante de R$ 477,00.

Por meio de sua genitora, o sentenciado postulou o pagamento da prestação pecuniária em seis parcelas (fl. 75).

Nada obstante, o d. Juiz de Primeiro Grau indeferiu o pleito por entender que a proposta de parcelamento redundaria no esvaziamento da finalidade da pena. Ressaltou o d. Magistrado (fls. 81/82):

> "A partir desse conceito básico, mas abrangente suficiente ao alcance da questão em análise, conclui-se que a pena aplicada, e que será executada, deve atingir seus objetivos conceituais, quais sejam, ser suficiente para reprovação e prevenção de delitos de mesma espécie.
>
> 'Diante disso, diluir o pagamento da prestação pecuniária em parcelas ínfimas se afasta em muito dos objetivos da pena, quiçá estimulando novas ações de mesma espécie."

Respeitado o entendimento do d. Julgador, o r. decisório comporta modificação.

Ora, o sentenciado não pretende furtar-se do pagamento da pena-multa ao pleitear o seu parcelamento. Ao contrário. Postula ao Estado-juiz que lhe confira um ajustamento que viabilize o pagamento, em razão de dificuldades de ordem financeira.

Tal pleito, no caso concreto, não ofende o ordenamento jurídico,

Acesso ao Sumário

encontrando amparo no art. 169 da Lei de Execução Penal [sem destaque no original]:

> "Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.
>
> '§ 1° O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.
>
> '§ 2º Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada."

Aliás, como bem destacou o d. Promotor de Justiça oficiante na vara de origem, Dr. Welington dos Santos Veloso, em sua judiciosa manifestação de fls. 90/91,

> "Data venia, não é razoável indeferir o parcelamento de pena alternativa a quem se encontra privado de liberdade e se propõe a, ainda que mensalmente, saldar a sanção pecuniária a que foi condenado.
>
> 'Não se vislumbra em que isso serviria a impulsionar novos delitos se as parcelas são em número razoável – apenas seis – e exigirão, sem dúvida, sacrifício da família do sentenciado para o seu adimplemento. Assim não fosse não haveria necessidade de pleitear o parcelamento e a quitação se daria integralmente, em parcela única.
>
> 'Do exposto, reiterando o posicionamento anterior, o Ministério Público nada tem a opor ao acolhimento da pretensão recursal, deferindo-se o parcelamento pretendido e reformando-se a decisão guerreada."

Portanto, razão assiste ao Defensor do sentenciado.

Ante o exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo para deferir o parcelamento em 6 prestações do pagamento da multa objeto da Execução nº 0011728-97.2018.8.26.0037 do sentenciado GEORGE SANTANA DOS SANTOS. Comunique-se para cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0001194-02.2019.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante BRUNO DARLAN CLEMENTE TORRES, 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:

Acesso ao Sumário

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.862)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 17 de julho de 2019.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Agravo em Execução. Falta grave. Preliminar. Pleito de declaração de nulidade da decisão, ante a ausência de prévia oitiva do agravante em Juízo. Inviável – Mérito – Absolvição. Atipicidade. Inadmissibilidade – Interrupção do lapso temporal para progressão de regime prisional. Admissibilidade. Efeito interruptivo alcança os benefícios da comutação da pena e do livramento condicional. – Falta de fundamentação para a decretação de 1/3 dos dias trabalhados e eventualmente remidos. Inadmissibilidade. Afastada a preliminar, foi improvido o agravo.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto em favor do sentenciado **BRUNO DARLAN CLEMENTE TORRES** contra r. decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba, que ao reconhecer como grave a falta disciplinar por ele praticada em **21/05/2018**, determinou a interrupção do interstício aquisitivo de benefícios e decretou a perda de 1/3 dos dias remidos e a elaboração de novo cálculo de penas a partir da última falta cometida. Postula, preliminarmente, a nulidade da r. sentença em razão do descumprimento do previsto no artigo 118, parágrafo 2º, da Lei de Execução Penal. No mérito, pede a absolvição da conduta faltosa, alegando a imposição de sanção coletiva. Além disso, requer o afastamento dos seus consectários legais e a redução dos dias remidos a perder.

O recurso foi contraminutado e a r. decisão foi mantida. A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

Inocorre a nulidade arguida relativamente à **ausência de oitiva judicial do sentenciado.**

Acesso ao Sumário

Dispõe o artigo 118, parágrafo 2º, da Lei de Execução Penal, que o condenado que pratique falta disciplinar de natureza grave deverá ser ouvido antes que este decida sobre sua regressão.

O dispositivo legal em comento possibilita ao cativo o exercício pessoal da autodefesa.

E tal oitiva é determinada para atender aos postulados da ampla defesa – garantia constitucional dada aos litigantes e acusados em geral, nos processos judiciais e nos procedimentos administrativos (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Mudei meu posicionamento, pois me convenci de que a falta de oitiva do sentenciado pelo magistrado não enseja nulidade do processo por ofensa ao aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Explico.

O comando normativo 59, da Lei de Execuções Penais, confere à autoridade administrativa a atribuição para a apuração da falta disciplinar de natureza grave, sendo certo que tal procedimento deve obedecer aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, constatada a prática de falta disciplinar deverá a autoridade administrativa instaurar a sindicância, onde o cativo será ouvido, com a presença de um advogado, bem como a colheita da prova, com a presença do defensor, atendendo-se o referido dispositivo legal, não havendo que se repetir tal ato em juízo.

Aliás, nesse sentido tem decidido este E. Tribunal:

"No mesmo sentido decidiu o preclaro Des. Hermann Herschander: "Afasta-se, desde logo, a arguição de nulidade da r. decisão. Não ocorreu ofensa aos princípios do contraditório e da ampla Defesa, não havendo mácula ou eiva no procedimento disciplinar levado a efeito. A Lei de Execução Penal, em seu artigo 59, confere à autoridade administrativa a atribuição para apuração de falta grave. O procedimento deve seguir o regulamento, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Cometida a falta disciplinar e instaurada a sindicância apuratória, o agravado foi ouvido, como determina a LEP. Esteve presente o Defensor quando da oitiva das testemunhas e do interrogatório do reeducando. Houve, ainda, apresentação de alegações finais, na qual foi postulada a absolvição do sentenciado. Com a chegada dos autos em Juízo, antes da prolação da r. decisão, manifestou-se a Defesa do sentenciado, postulando a absolvição do agravante. Verifica-se, portanto, que o direito de defesa e o contraditório foram respeitados. Contou o agravante com defesa técnica, exercida por competente profissional, e autodefesa (Agravo em Execução nº 0230860-83.2012.8.26.0000, Colenda Décima Quarta Câmara Criminal, Comarca de Araçatuba, j. em 13.12.2012)" (Agravo em Execução Penal nº0203979-35.2013.8.26.0000, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 11.02.2014).

No caso em exame, o sentenciado foi ouvido pela autoridade

Acesso ao Sumário

administrativa, regularmente assistido por defensor que lhe foi nomeado (FUNAP – DR. FAUZER MANZANO, OAB/SP 83.927), momento em que se conferiu ao cativo a oportunidade de relatar a sua versão dos fatos, perante os agentes designados para apurar e presidir o feito (fl. 35), de sorte que não se cogita de prejuízo à defesa.

No mérito, a irresignação não comporta acolhimento.

Constata-se nos autos do **procedimento disciplinar nº 373/2018**, que o detento BRUNO DARLAN CLEMENTE TORRES praticou falta grave consistente em desobediência.

O agravante negou a autoria dos fatos que lhe são imputados (fl.35), contudo, sua versão restou isolada diante das coesas declarações dos agentes de segurança penitenciária, ROGÉRIO DE ALMEIDA SERVILHA e MARCOS ALEXANDRE MARRETE, que foram firmes em descrever como a falta foi praticada. Disseram que durante vistoria no teto do pavilhão habitacional 05, cela 08 foram apreendidos 02 "pipas" (bilhetes) contendo um "salve" (anotações) sobre os fatos ocorridos na Penitenciária de Lucélia, sendo estes ao final assinados por dois sentenciados de vulgo "IR Blacout – Jet de Lucélia R3 e IR Tripa – quadro disciplinar de Lucélia R3", posteriormente identificados como BRUNO DARLAN CLEMENTE TORRES – matrícula 459.464-4 (IR Tripa) e Roger Araújo Ferreira – matrícula 478.449-2 (IR Blackout) (fls. 33/34).

Como se vê, trata-se, portanto, de infração de autoria coletiva, e não de sanção coletiva, pois o sentenciado, assim como os outros sindicados nominados no comunicado de evento, participou do ato de desobediência, consistente em manter em sua cela habitacional "bilhetes" (fls. 20/23) contendo teor claramente indevido ("salves", que nada mais são do que relatórios, feitos por membros da facção criminosa que atuam dentro dos presídios, de tudo que ocorre dentro do estabelecimento prisional, desde a movimentação de presos, estado de saúde, alimentação, até mesmo a contabilidade de tráfico de drogas, e descrição de crimes cometidos dentro do cárcere).

Ademais, não se vislumbra imposição de sanção coletiva, mas de reconhecimento da participação do agravante em conjunto com outros sentenciados na prática da falta disciplinar de natureza grave, consistente em desobediência por manter em sua cela habitacional "bilhetes" contendo teor claramente indevido ("salves").

Acentua-se que a pena aplicada a todos os indivíduos em determinada situação é individual, incidindo exatamente com o mesmo peso para cada um dos presos que contribuíram para o fato.

Esse cenário, conduz à conclusão de que a – isolada – versão do sentenciado foi construída com o exclusivo propósito de evitar a responsabilização pelo ocorrido, sendo certo que o nome do sentenciado foi apontado como sendo um

Acesso ao Sumário

dos participantes do evento.

Diante desse quadro, não há que se falar em aplicação de sanção de natureza coletiva.

Além disso, vale salientar que a palavra dos funcionários goza de fé pública, somente podendo ser infirmada quando se evidencie dos autos o motivo pelo qual imputariam ao cativo a prática de infração que ele não cometeu, o que certamente não é o caso em exame. Dos autos, aliás, nada se extrai nesse sentido.

Obviamente, se algum detento mantém escondidas anotações "salves", de conteúdo sabidamente relacionado à facção criminosa que atua dentro de presídio (organização esta que notoriamente tem como uma das finalidades controlar estabelecimentos prisionais, neles impondo sua própria regra, em detrimento da ordem legal) de alguma maneira esse cativo está contribuindo para subverter a ordem dentro da prisão. Até porque, o simples fato de manter o material ilícito em seu poder, ao menos, servirá para preservação e propagação dos ideais ilícitos dessa facção.

Assim, a atitude do sentenciado não pode ser encarada como algo simples ou de menor valor, especialmente dentro do ambiente prisional onde deve imperar a ordem e a disciplina.

Além disso, é preciso lembrar que a Administração do Presídio tem o dever-poder de aplicar meios coercitivos e disciplinares, sempre combinando um critério de rigor, na defesa da ordem nos estabelecimentos penais, tudo visando concorrer para melhor individualização da pena e proporcionar condições que estimulem as funções éticas e utilitárias da pena para a futura inserção social do condenado.

Assim, não há como se acolher a tese de absolvição da conduta faltosa, pois não há dúvida de que o sentenciado cometeu a referida falta grave.

Ao final da apuração da falta na esfera administrativa, concluiu-se pela ocorrência da falta disciplinar de natureza grave, o que caracteriza infração ao disposto no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal. Sendo assim, comprovada a prática de falta grave, seu reconhecimento era mesmo de rigor.

A prática de falta grave pelo sentenciado incide na interrupção do prazo aquisitivo para a progressão de regime prisional, reiniciando-se, a partir daí, nova contagem.

O Colendo Supremo Tribunal Federal se manifestou nesse sentido: ***"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEP. A prática de falta grave acarreta a regressão de regime e a recontagem do prazo para progressão. Precedentes. Ordem indeferida"*** (HC 98387/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 28/04/2009, publicado no DJe de

Acesso ao Sumário

01.07.2009).

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo reiteradamente que "***a prática de falta grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de progressão de regime prisional. Hipótese em que o paciente empreendeu fuga do estabelecimento prisional, enquanto cumpria pena em regime semi-aberto. A partir da ocorrência de tal fato, o paciente regride ao regime fechado e reinicia-se a contagem do lapso temporal para efeito de concessão de progressão de regime prisional***" (REsp 842162/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 05.02.2007, p. 360).

A anotação da prática de falta grave no prontuário do sentenciado, portanto, era medida de rigor tendo em conta que essa conduta interrompe o lapso temporal para obtenção de benesses prisionais, a contar da data da infração disciplinar, como também poderá influir na aferição do mérito do cativo no que tange à concessão de futuros benefícios.

Entender de modo diverso gera um contrassenso, pois beneficia indevidamente o sentenciado que não ostenta mérito para progredir ao regime menos gravoso a alcançar benesse mais ampla como a do livramento condicional.

Some-se a isso o fato de que a progressividade pressupõe a existência de gradações, de fases que se sucedem, não sendo permitido suprimir qualquer delas. Ela é necessária para que o condenado possa ser paulatinamente reinserido no corpo social, de forma a vivenciar sua liberdade gradativamente, o que também possibilita aferir a assimilação da terapêutica e as modificações no comportamento do cativo, que deve dar mostras de adaptação para então ser agraciado com benefício de maior amplitude, sob pena de se inserir no corpo social pessoa que não está apta a vivenciar a liberdade.

Não se ignora que com a edição da Súmula 441, o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que: "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional". Entretanto, não existe imperatividade na sua adoção, por não se tratar de Súmula Vinculante.

Acesso ao Sumário

E a comutação não foge ao mesmo raciocínio, pois o sentenciado, além do preenchimento dos requisitos estabelecidos no Decreto Presidencial, deverá também atender aos requisitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal para a obtenção de benefícios. Admitir que o cativo que se encontra segregado em regime fechado, seja beneficiado com a comutação da pena sem que ostente mérito para isso, carece de lógica, coerência e acarreta, em última análise, afronta ao princípio da razoabilidade.

Em outras palavras, tanto para a concessão do livramento condicional quanto para a concessão do indulto pleno ou parcial, é necessário que o sentenciado – além de cumprir os requisitos constantes no Decreto Presidencial – apresente mérito para ser agraciado com a benesse, o que demanda análise de

seu comportamento durante todo o período de cumprimento da pena.

Ressalte-se que ao contrário do que alegado pela defesa, a **fundamentação sucinta não pode ser confundida com falta de fundamentação.**

A decisão exarada pelo Juízo *a quo* não padece de nulidade, pois foi devidamente fundamentada, entendendo o Douto Magistrado que a falta grave cometida pelo agravante ficou plenamente comprovada nos autos.

Sendo assim, o Juízo "a quo", atento às referidas modificações, declarou a perda de 1/3 dos dias remidos, o que se mostrou correto, ante a ausência total de comprometimento com a reintegração social, posto que consubstancia conduta indisciplinada, ainda demonstra insubordinação às regras que regem à Execução Penal, e não podem ser considerada de menor importância – ao reverso, posto que pode conduzir outros cativos a agirem da mesma forma.

Por fim, **não vejo como restringir a perda dos dias remidos a apenas 01, como pretende a Defesa**, visto que o cometimento de falta dessa natureza, como se sabe, também impõe a decretação da perda do direito ao tempo remido pelo trabalho ou a remir até aquela prática, mas, consoante dispõe o artigo 127 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, "***em caso de falta grave, o Juiz somente poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no artigo 57***", **até porque a atitude do sentenciado demonstrou ausência total de comprometimento com a reintegração social e também, porque a conduta do cativo viola regras básicas do comportamento carcerário, e que se revela extremamente pernicioso ao meio carcerário, vez que estimula a prática reiterada de atos de insurreição o que é inadmissível dentro do sistema prisional.**

Daí porque, a decisão guerreada deve ser integralmente mantida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **afastada a preliminar**, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0001198-37.2019.8.26.0154, da Comarca de Assis, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOSIAS APARECIDO DOS SANTOS.

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 11.167)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Agravo em execução. Progressão de regime aberto deferida. Ministério Público que pugna pela consideração, como termo inicial do prazo para progressão, a data em que o sentenciado passou a gozar do regime intermediário. Impossibilidade. Termo inicial que deve corresponder à data em que o condenado teve direito ao semiaberto. Reeducando que não pode ser punido pela inércia estatal. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face da r. decisão de fls. 72/74, que concedeu a **JOSIAS APARECIDO DOS SANTOS** a progressão de regime, do semiaberto para o aberto.

Aduz que o condenado não ficou tempo suficiente no regime semiaberto para a progressão, pugnando que se considere, como termo inicial para a contagem do lapso temporal para obtenção do benefício o dia em que efetivamente passou a gozar do regime semiaberto, e não o dia em que passou a ter direito a ele.

Em contraminuta, o agravado bateu pelo não provimento dos pedidos recursais (fls. 79/85).

Houve manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 97/100) pelo provimento do recurso, e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

O que o *parquet* pretende no agravo em tela é punir o condenado pela inércia estatal em conceder a ele a progressão ao regime semiaberto, sustentando que seria de rigor que permanecesse o lapso temporal legal inteiro no regime intermediário, para que então gozasse do regime mais brando.

Imperioso informar ao agravante que o agravado não tem responsabilidade pelo atraso na concessão dos benefícios prisionais e, pelo contrário, certamente gostaria que lhe fosse deferida a progressão no exato dia em que passasse a ter direito a ela. Infelizmente, isso não é possível no mundo real, mas, evidentemente, o ônus decorrente da burocracia estatal não deve recair nas costas do reeducando.

Acesso ao Sumário

Ademais, nota-se que, além do requisito temporal-objetivo, o agravado ostenta os requisitos subjetivos – foi até mesmo submetido a exame criminológico, e este foi favorável.

Sendo assim, evidente que de rigor a improcedência do pleito ministerial.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000464-36.2019.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado FLAVIO JOAQUIM AGUIAR.

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 15.169)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PENA DE MULTA EXTINTA – VALOR IRRISÓRIO – RECURSO MINISTERIAL – CONHECIMENTO – INTERESSE RECURSAL – MÉRITO – SUPERAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.519.777/SP DO STJ COM A ADI 3150/DF – NATUREZA PENAL DA PENA DE MULTA MANTIDA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE A SE DAR SOMENTE PELA PRESCRIÇÃO OU EFETIVO PAGAMENTO – INSIGNIFICÂNCIA QUE COMPETIA AO JUÍZO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E NÃO AO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO – DECISÃO CASSADA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, em

Acesso ao Sumário

face de **FLAVIO JOAQUIM AGUIAR**, contra a decisão de fls. 48/49, que julgou extinta a punibilidade das penas de multa a que foi condenado.

Razões às fls. 03/13. Alega incabível a extinção da punibilidade das penas de multa de ofício pelo Juízo das Execuções Penais, pugnando pela cassação da decisão e encaminhamento à Procuradoria da Fazenda para as cobranças cabíveis.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 51vº/53vº. Manifestou-se pelo não conhecimento do recurso ministerial por ausência de interesse, porquanto legítimo o Ministério Público para cobrar a pena de multa. No mérito, pede seja mantida a decisão recorrida, porquanto a extinção da pena privativa de liberdade permite a extinção concomitante da pena pecuniária. Alega, ainda, que as penas pecuniárias são ínfimas, de modo a permitir seu cancelamento.

A decisão foi mantida pelo Juízo de origem à fl. 54.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer juntado às fls. 60/64, opinou pelo provimento do recurso.

Relatado, passo a votar.

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, conheço do recurso, pois presente interesse do Ministério Público.

Certo que o Ministério Público é parte legítima para cobrar os valores devidos a título de multa imposta em sentença penal, conforme julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 3150/DF, Rel. para acórdão Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 12/12/2018 e 13/12/2018.

Entretanto, a decisão recorrida extinguiu as próprias penas pecuniárias, de modo que, ainda que parte legítima, o Ministério Público possui interesse em reformar a decisão para que ele ou a Procuradoria da Fazenda façam as devidas cobranças.

Pois bem.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo 1.519.777/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015, assim decidiu:

> "DIREITO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DO ADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 931.
>
> NOS CASOS EM QUE HAJA CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MULTA, CUMPRIDA A PRIMEIRA (OU A RESTRITIVA DE DIREITOS QUE EVENTUALMENTE A TENHA SUBSTITUÍDO), O INADIMPLEMENTO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA

Acesso ao Sumário

NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A LEI 9.268/1996 DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 51 DO CP E EXTIRPOU DO DIPLOMA JURÍDICO A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA DE MULTA EM DETENÇÃO, NO CASO DE INADIMPLEMENTO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. APÓS A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA, O MENCIONADO ARTIGO PASSOU A VIGORAR COM A SEGUINTE REDAÇÃO: "TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA, A MULTA SERÁ CONSIDERADA DÍVIDA DE VALOR, APLICANDO-SE-LHES AS NORMAS DA LEGISLAÇÃO RELATIVA À DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA, INCLUSIVE NO QUE CONCERNE ÀS CAUSAS INTERRUPTIVAS E SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO". PORTANTO, DIANTE DA NOVA REDAÇÃO DADA AO CP, A PENA DE MULTA NÃO MAIS POSSUI O CONDÃO DE CONSTRANGER O DIREITO À LOCOMOÇÃO DO SENTENCIADO (STF: AGRG NO HC 81.480-SP, PRIMEIRA TURMA, DJ 5/4/2002; E HC 73.758-SP, SEGUNDA TURMA, DJ 24/9/1999). É IMPERIOSO FRISAR QUE A NOVA REDAÇÃO DO ART. 51 DO CP TRATA DA PENA DE MULTA COMO DÍVIDA DE VALOR JÁ A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, OU SEJA, EM MOMENTO, INCLUSIVE, ANTERIOR AO PRÓPRIO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DA RESTRITIVA DE DIREITOS. ISSO IMPLICA AFIRMAR QUE O JUS PUNIENDI DO ESTADO EXAURE-SE AO FIM DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DA RESTRITIVA DE DIREITOS, PORQUANTO, EM NENHUM MOMENTO, ENGLOBA A PENA DE MULTA, CONSIDERADA DÍVIDA DE VALOR A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ENTENDIMENTO OPOSTO, OU SEJA, A POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE DAQUELE QUE É APENADO SOMENTE EM RAZÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA, CONSISTIRIA EM LEGITIMAÇÃO DA PRISÃO POR DÍVIDA, EM AFRONTA, PORTANTO, AO DISPOSTO NO ART. 5º, LXVII, DA CF E, AINDA, NO ART. 7º, 7, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), CUJO TEXTO ESTABELECE QUE "NINGUÉM DEVE SER DETIDO POR DÍVIDA". DESSA FORMA, O RECONHECIMENTO DA PENA DE MULTA COMO DÍVIDA DE VALOR ATRIBUI À SANÇÃO PECUNIÁRIA CARÁTER EXTRAPENAL. SE A NATUREZA DA MULTA, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO, FOSSE COMPREENDIDA COMO DE CARÁTER PENAL, MESMO

Acesso ao Sumário

DIANTE DA EXTINÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DA RESTRITIVA DE DIREITOS PELO CUMPRIMENTO, OS EFEITOS DA SENTENÇA SE CONSERVARIAM ATÉ O ADIMPLEMENTO DA PENA PECUNIÁRIA, PORQUANTO NÃO RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APENADO. APÓS A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE CONSIDEROU A PENA DE MULTA COMO DÍVIDA DE VALOR, DEVE-SE ASSINALAR TAMBÉM A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DA SANÇÃO, EXCLUSIVA, ENTÃO, DA FAZENDA PÚBLICA, CONFORME DISPOSTO NO ENUNCIADO DA SÚMULA 521 DO STJ: "A LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA PENDENTE DE PAGAMENTO IMPOSTA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA É EXCLUSIVA DA FAZENDA PÚBLICA". PORTANTO, EXTINTA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (OU RESTRITIVA DE DIREITOS) PELO SEU CUMPRIMENTO, O INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA NÃO OBSTA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APENADO, PORQUANTO, APÓS A NOVA REDAÇÃO DO ART. 51 DO CP, DADA PELA LEI 9.268/1996, A PENA PECUNIÁRIA É CONSIDERADA DÍVIDA DE VALOR E, DESSE MODO, POSSUI CARÁTER EXTRAPENAL, DE FORMA QUE SUA EXECUÇÃO É DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA PROCURADORIA DA FAZENDA PÚBLICA".

Referida decisão, de acordo com o inciso IV do art. 927 do CPC, trata-se de precedente de observância obrigatória pelos Tribunais hierarquicamente inferiores.

Entretanto, salvo melhor juízo, referido precedente restou superado.

O Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a legitimidade prioritária do Ministério Público para a cobrança das penas pecuniárias na ADI 3150/DF, também deu interpretação conforme a Constituição ao art. 51 do CP.

Em caráter vinculante, determinou que o art. 51 do CP, com redação dada pela Lei n.º 9.268/96, não retirou o caráter penal da pena de multa, porquanto prevista na alínea "c" do inciso XLVI do art. 5º da CF.

Significa dizer que, embora possa ser cobrada pelo Ministério Público e pela Fazenda Pública, a pena de multa se trata de dívida de valor com natureza *sui generis*.

Sui generis porque a elas não se podem aplicar as normas relativas à possibilidade de perdoar os valores insignificantes.

Isso porque, se a natureza jurídica é de pena, nos termos do dispositivo constitucional, assim como a pena privativa de liberdade, tem-se o efetivo cumprimento da pena apenas com a satisfação concomitante da pena privativa

Acesso ao Sumário

de liberdade e da pena de multa.

A partir desse momento, então, deve-se contar o prazo do inciso I do art. 64 do CP para fins de depuração da reincidência, porquanto o dispositivo menciona, genericamente, "*a data do cumprimento ou extinção da pena*".

Em virtude da ADI 3150/SP, portanto, restou superado não só o enunciado n.º 521 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, mas também o seu REsp repetitivo 1.519.777/SP.

Deixo, portanto, de aplicá-lo, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, pois, novamente, entendo superado o precedente.

Impossível, portanto, a extinção da punibilidade da pena de multa, sequer por eventual insignificância, a qual competia de análise na fase de conhecimento e não na de execução.

DISPOSITIVO

Pelo, por meu voto, conheço do recurso e a ele dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9002900-17.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JULIO CESAR FAVERO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram o v. Acórdão que negou provimento ao recurso da defesa, encaminhando-se os autos à douta Presidência para prosseguimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 8 de agosto de 2019.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Acórdão que negou provimento ao recurso da defesa, e manteve o indeferimento do pedido de extinção da punibilidade da pena de multa – Interposição de recurso especial pela defesa – Juízo de retratação, nos termos do artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil – Inaplicabilidade à matéria penal – Precedentes

Acesso ao Sumário

– Jurisprudência do e. STJ não vinculante – Inadimplemento da pena de multa que não permite a extinção da punibilidade – Precedentes – Acórdão mantido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pela defesa de **Julio Cesar Favero** contra a r. decisão de fls. 02/04 que indeferiu o pedido de declaração de extinção da punibilidade da pena de multa.

Inconformado, recorreu a defesa alegando que a pena de multa é dívida de valor, cuja cobrança caberia à Fazenda Pública, não mais cabendo sua execução penal.

O recurso foi regularmente processado, com oferecimento de contraminuta (fls. 13/21) e manutenção da r. decisão agravada pelo MM. Juízo *a quo* (fl. 22). Vindos os autos a esta Instância, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 32/33).

O recurso foi improvido por votação unânime desta colenda Câmara julgadora, conforme v. Acórdão de fls. 37/40.

Interposto o recurso especial de fls. 43/47 pela Defesa, os autos foram restituídos a este Relator pela douta Presidência desta Egrégia Corte para fins de juízo de retratação, nos termos do artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

O v. acórdão é de ser mantido.

Inicialmente, cabe ressaltar que se registra nesta colenda Corte tese acerca da inaplicabilidade do quanto disposto no artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil à matéria criminal. Isso porque o escopo da novel legislação, qual seja, a redução no número de demandas encaminhadas à Corte Superior, não se coaduna com a indisponibilidade dos direitos tratados na seara penal.

Nesse sentido, cabe colacionar preclaro precedente de lavra do ilustre Desembargador Edison Brandão sobre o tema:

"APELAÇÃO – Recurso Repetitivo do STJ que fixou o entendimento no sentido de possibilidade de compensação entre a reincidência e a confissão – A Lei 11.672/2008 que incluiu o art. 543-C no CPC não alcança matéria criminal. Decisão mantida. Remessa a E. Presidência da Seção Criminal para prosseguimento do feito. (...).

Ocorre que, não obstante o art. 3º do Código de Processo Penal admita interpretação extensiva e analógica aos ditames processuais em matéria criminal, trata-se de aplicação subsidiária, vale dizer, não se está a permitir incidência irrestrita dos institutos afetos ao Processo Civil que não encontram

correspondência na Lei Penal Adjetiva. Isso porque o Direito Processual penal tutela interesse jurídico completamente diverso do Processo Civil, abordando quase sempre matéria indisponível ao titular do direito, e de interesse de toda a sociedade. Ora, a Lei 11.672/2008, que acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, teve como escopo diminuir a demanda de processos perante o C. Superior Tribunal de Justiça, haja vista o número de recursos fundados em matérias idênticas. (...)

Contudo, quando se trata de matéria criminal, por maior que seja a similitude que exista entre os feitos, sob o aspecto processual, as questões devem ser decididas no caso em concreto. Não por outra razão, a Lei 11.672/2008 alterou o Código de Processo Civil e não fez em relação à Lei 8.038/90, a qual institui normas procedimentais perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Assim, vê-se claramente que a ratio legis não era abranger a seara criminal, pois tal medida restritiva de acesso ao judiciário incorreria em inegável prejuízo à ampla defesa." (TJSP, 4 ª Câmara Criminal, Apelação nº 0029939-60.2009.8.26.0050, rel. Des. Edison Brandão, j. 08.10.2013).

A lógica do precedente aplica-se perfeitamente à Lei nº 13.256/2016, que instituiu a regra do artigo 1.030, II, ao Código de Processo Civil, concluindo-se, assim, pela inaplicabilidade de tal dispositivo à seara criminal. No mesmo sentir, pode-se citar decisão em caso análogo ao destes autos:

"Agravo em Execução. Recurso Repetitivo do STJ que fixou o entendimento de que, cumprida a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a tenha substituído, o inadimplemento da pena de multa não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade (REsp nº 1.519.777/SP). Juízo de retratação previsto pelo art. 1.030, II, do Cód. Proc. Civil, incluído pela Lei nº 13.256/2016. Inaplicabilidade em matéria criminal. Decisão mantida. Remessa à E. Presidência da Seção Criminal para prosseguimento do feito." (TJSP, 4ª Câmara Criminal, Agravo em execução nº 0039104-77.2015.8.26.0000, rel. Des. Luiz Soares de Mello, j. 10.04.2018, V.U.).

Ainda que assim não fosse, esta colenda Câmara julgadora vem sedimentando a posição de que a exigibilidade de juízo de retratação se restringe às decisões vinculantes do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1030, II, DO CPC/16). MANUTENÇÃO DE DECISÃO. (...). Encaminhamento dos autos para reexame exclusivamente quanto à matéria afeta ao objeto de decisões vinculantes proferidas pelo Col. STJ sob o regime de repetitivo. Compensação da reincidência com a confissão. Reanálise do recurso nos termos do art. 1.030, inc. II, do CPC. Manutenção da decisão. Inteligência

Acesso ao Sumário

do art. 67, do Código Penal. V. acórdão que reclama manutenção, ratificados seus jurídicos fundamentos. Decisão mantida, com remessa à E. Presidencial da Seção de Direito Criminal para juízo de admissibilidade do reclamo." (TJSP, 8ª Câmara Criminal, Apelação nº 0017098-07.2014.8.26.0196, rel. Des. Alcides Malossi Júnior, j. 31.01.2019, V.U.).

"RECURSO ESPECIAL. Juízo de Retratação. Artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil. Sentença condenatória mantida pelo v. acórdão, em grau recursal. Insurgência pela compensação da reincidência com a confissão na segunda fase da dosimetria da pena, conforme entendimento do STJ. Reincidência. Preponderância desta agravante à confissão. Inteligência do artigo 67 do Código Penal. Atenuante que não é motivo determinante do crime, como também não agrega a personalidade do agente. Precedentes do STF. Fica mantido o v. acórdão sobre a questão, ratificados seus fundamentos." (TJSP, 8ª Câmara Criminal, Apelação nº 0007955-20.2015.8.26.0564, rel. Des. Carlos Monnerat, j. 23.11.2017, V.U.).

De fato, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a extinção da punibilidade independentemente do adimplemento da pena de multa não é vinculante, havendo, também, precedentes em sentido contrário. É possível citar, nessa esteira:

"Agravo em Execução Penal. Interposição de Recurso Especial pela defesa. Reexame do mérito do reclamo (artigo 1.030, II, CPC). Precedente do STJ sobre o tema (Recurso Especial Repetitivo nº 1.519.777/SP). Extinção da pena pecuniária independentemente de recolhimento. Impossibilidade. Modificação do sistema de cobrança (introduzida pela redação dada ao artigo 51, CP, pela lei nº 9.268/96) que não alterou o caráter penal da pena de multa. Precedente do STF que não se coaduna com o Recurso Repetitivo julgado pelo STJ sobre a matéria. Mantido o mérito do julgamento proferido por esta C. Turma Julgadora. (...) Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a natureza criminal da pena de multa no julgamento do EP 12, ProgRed-AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 8.4.2015, publ. DJE 111, de 11.6.2015. (...)" (TJSP, 5ª Câmara Criminal, Agravo em execução nº 0034519-16.2014.8.26.0000, rel. Des. Juvenal Duarte, j, 04.08.2016).

Assim, seja pela inaplicabilidade da disposição legal do artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil à matéria penal, seja por não se vislumbrar fundamentos a ilidir as razões lançadas no julgado anterior, é de rigor sua manutenção.

Ante o exposto, pelo meu voto, **mantém-se o v. Acórdão que negou provimento** ao recurso da defesa, encaminhando-se os autos à douta Presidência para prosseguimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0007386-42.2019.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é 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: "DERAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público para cassar a respeitável decisão agravada, determinando, por consequência, o refazimento do cálculo de liquidação de penas do reeducando. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 22.067)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 15 de agosto de 2019.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Agravo em Execução Penal – Recurso do Ministério Público – Remição – Decisão que declarou o tempo de leitura como lapso remido – Descabimento – Hipótese que não se amolda ao dispositivo legal – Exegese do artigo 126, da Lei nº 7.210/84 – Ofensa ao princípio da legalidade – Reconhecimento – Precedentes – Decisão cassada – Agravo provido.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a respeitável decisão que declarou a remição de penas com base em leitura de obras literárias (fls. 38).

O Ministério Público pugna pelo reconhecimento da ilegalidade do pleito, sustentando que "...tal medida não guarda compatibilidade com a ordem constitucional e legal", sendo descabida a equiparação com a remição por estudo, por falta de amparo legal (fls. 02/09).

O recurso foi contrariado (fls. 13/19), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 20) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo acolhimento do reclamo ministerial (fls. 48/50).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A insurgência prospera.

O artigo 126 da Lei de Execução Penal dispõe que "***o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena***".

Como se vê, a remição da pena poderá se dar por trabalho ou estudo, assim entendidas a atividade laborativa e a frequência a cursos oficiais, não por simples leitura.

O rol das hipóteses de desconto de pena por remição é taxativo e, d'outra parte, a aplicação de analogia *in bonam partem* não se mostra viável juridicamente, especialmente porque, do ponto de vista prático, não há como cotejar o trabalho ou o estudo com a leitura de livros, dada a manifesta distinção dos pesos que devem ser atribuídos a tais atividades.

Indiscutível que a leitura proporciona aprimoramento cultural e poderia constituir importante ferramenta no processo ressocializatório, além de ser alternativa à ociosidade decorrente do aprisionamento, mas o "instituto" depende de regulamentação legal, na medida em que não se pode questionar a indissociabilidade da execução penal e o princípio da legalidade.

Como bem ponderado pelo ilustre preopinante, "...***é inolvidável que a Lei nº 7210/1984, em seus artigos 126 a 130, com a nova redação dada pela Lei 12.433/11, ao disciplinar o instituto de remição de penas, não faz qualquer referência à hipótese de resgate da pena através da leitura, de modo que ela não deve ser tomada como causa de concessão daquele benefício, equiparando-a com a remição por estudo, sob pena de nítida afronta ao princípio da legalidade penal, de expressa estatura constitucional", concluindo que "independente do êxito ou mérito dessa forma de remição, cumpre à lei federal criar, de maneira explícita, tal possibilidade***" (fls. 04).

É certo que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013, abarcou o tema da remição de pena pela leitura de obra literária.

Não menos certo é, porém, que não há amparo legal para tal interpretação extensiva do disposto no artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal.

Registre-se, a propósito, que causas de extinção de pena devem ser sempre estabelecidas em lei federal, a teor do artigo 22, da Constituição Federal, e não por Recomendação do Conselho Nacional de Justiça ou por Portaria Conjunta instituída pela Corregedoria deste Tribunal de Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional, sob pena de usurpação da função legislativa, em nítida afronta à tripartição dos poderes.

Não se pode desprezar, paralelamente, as inúmeras dificuldades de ordem prática para a fiscalização do sentenciado que se dedica à leitura ou, ainda, a medida da contraprestação de tal atividade, circunstâncias que seriam

Acesso ao Sumário

imprescindíveis, até para se prevenir eventuais fraudes ou burla ao sistema executório, globalmente considerado.

Ademais, admitir a remição pela leitura ensejaria situação de grande disparidade entre os condenados, pois aqueles que optarem pelo estudo precisarão comprovar frequência escolar de doze horas, divididas em no mínimo três dias, para ser agraciado com um único dia de remição (artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei das Execuções Penais), ao passo que o sentenciado que escolher a leitura só precisará ler uma obra literária em trinta dias para obter 04 dias de remição, o que caracteriza clara afronta ao princípio da isonomia.

Esta Relatoria, analisando caso análogo, assim já se pronunciou:

"Agravo em Execução Penal – Remição – Pleito de que seja considerado o tempo de leitura como tempo remido – Descabimento – Hipótese que não se amolda ao dispositivo legal – Exegese do artigo 126, da Lei nº 7.210/84 – Ofensa ao princípio da legalidade – Reconhecimento – Precedentes – Decisão mantida – Agravo desprovido." (TJSP, 5ª Câmara Criminal, AE nº 9000317-87.2019.8.26.0482, DJ 29.07.2019).

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie:

"Agravo em Execução Penal. Pleito de cassação da r. decisão que concedeu a remição de pena pela leitura. Inteligência do art. 126 da Lei de Execução Penal. Remição apenas pelo estudo e trabalho. Ofensa ao princípio da legalidade e isonomia. Ausente lei federal acerca da instituição da remição pela leitura. Agravo provido." (Agravo de Execução Penal nº 0001669-49.2019.8.26.0996, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 23.05.2019)

No mesmo sentido: AE nº 7000579-71.2019.8.26.0482, Rel. Des. Geraldo Wohlers, DJ 23.05.2019.

Logo, não se há conceder benefício não contemplado em norma jurídica positivada, com caráter de generalidade e obrigatoriedade, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público para cassar a respeitável decisão agravada, determinando, por consequência, o refazimento do cálculo de liquidação de penas do reeducando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0004891-92.2019.8.26.0521, da Comarca de Salto, em que é agravante

Acesso ao Sumário

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ORLANDO BAPTISTA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.602)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 16 de agosto de 2019.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Reforma da decisão que deferiu o livramento condicional, por falta do preenchimento do requisito subjetivo, realizando-se exame criminológico – IMPOSSIBILIDADE – Agravado sem registro de falta disciplinar e que vivenciou o regime intermediário sem intercorrências – Desnecessidade de realização do exame, no presente caso – Recurso Não Provido.

VOTO

Em agravo de execução, pretende o **Ministério Público** que seja reformada a r. decisão de fls. 17/18, proferida pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA UNIDADE REGIONAL DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE EXECUÇÃO CRIMINAL – DEECRIM UR 10 – 10ª RAJ – COMARCA DE SOROCABA**, que concedeu ao agravado o livramento condicional.

Requer a reforma da decisão, pois o mérito do sentenciado não restou demonstrado, não tendo sido realizado exame criminológico, embora tenha longo tempo de pena a cumprir, cujo término está previsto para 2023, por crime cometido mediante violência.

Assim, requer a reforma da decisão para que seja determinado que o agravado seja submetido a exame criminológico (fls. 01/05).

Apresentada a contraminuta do agravo a fls. 23/26, a defesa requereu o não provimento do pedido, tendo o Juízo mantido a sua decisão (fls. 27).

A Procuradora de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 37/39).

É O RELATÓRIO.

Segundo consta do atestado de fls. 12/14, o agravado cumpre a pena total de 08 anos e 04 meses de reclusão, com término de cumprimento previsto para

Acesso ao Sumário

27/03/23, pela prática de delitos de furto e roubo qualificado, sem registro de falta disciplinar.

Foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto, em 05/11/18.

Considerou o MM. Juiz "a quo", em 20/06/19, que o agravado reunia méritos para ser beneficiado com o livramento condicional, fundamentado no bom comportamento carcerário e no preenchimento do requisito temporal.

Por primeiro, saliento que repensando melhor sobre a presente matéria, mudei o entendimento quanto à necessidade do exame criminológico.

Conquanto a Lei 10.792/2003 tenha introduzido nova redação ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, dispensando o parecer técnico como requisito ao livramento condicional, não o vetou, sendo facultado ao Juiz requisitar o exame, desde que fundamentada a decisão nos casos em que entenda necessário para a verificação do mérito do sentenciado.

O atestado de bom comportamento carcerário, por vezes, não é suficiente para aferir a cessação ou a diminuição da periculosidade do sentenciado, até mesmo por seu caráter simplista, restando ao arbítrio do magistrado a necessidade da requisição do exame criminológico para motivar o seu convencimento quanto ao preenchimento do requisito subjetivo, tendo como base cada caso concreto.

No caso em exame, observo que o agravado registra condenação por furto privilegiado, furto tentado e roubo qualificado, sem falta disciplinar.

Verifico, ainda, que o sentenciado foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto, cerca de seis meses antes da decisão aqui atacada. Logo, constata-se que nesse período o sentenciado cumpriu sua pena e até mesmo usufruiu de saídas temporárias, de forma regular, sem qualquer intercorrência, não havendo motivos para que seja agora submetido a exame criminológico.

Assim, excepcionalmente, entendo que, neste caso, a realização do exame era mesmo dispensável.

Desse modo, CONHEÇO DO PEDIDO e pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000898-33.2016.8.26.0493, da Comarca de Regente Feijó, em que é apelante/

apelado T.A.G.B., é apelado/apelante 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 5.325)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 15 de julho de 2019.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: LESÃO CORPORAL LEVE. Violência doméstica e familiar. Ofensa à integridade física da companheira. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão judicial. Palavra da vítima. Laudo pericial. Ação pública incondicionada. Reconciliação irrelevante. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida. Penas bem dosadas. Apelos defensivo e ministerial desprovidos.

VOTO

1. T.A.G.B., por infração ao artigo 129, § 9º, do Código Penal, foi condenado à pena total de 3 (três) meses de detenção, no regime semiaberto, porque, no dia 27 de fevereiro de 2016, por volta de 23h00min, na Travessa (...), Comarca de Regente Feijó, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, ofendeu a integridade física de sua esposa E.A.S.B., causando-lhe as lesões corporais de natureza leve descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 09/10.

Inconformados com a r. sentença de fls. 144/149, apelaram o MINISTÉRIO PÚBLICO e o réu, pugnando pela reforma do julgado.

A Dra. Promotora de Justiça busca o aumento da pena pelos maus antecedentes e afastamento da compensação de atenuante da confissão com a agravante da reincidência, redimensionando a pena (fls. 155/162). A Defesa de T., por seu turno, busca a absolvição acenando com o reestabelecimento do relacionamento conjugal. Subsidiariamente, pugna pelo cumprimento da pena em estabelecimento próximo de sua residência (fls. 169/180).

Contrariados os recursos (fls. 193/202 e fls. 207/210), a d. Procuradoria

Acesso ao Sumário

Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial e desprovimento do apelo defensivo.

É o relatório.

2. Os recursos não merecem acolhimento.

Extrai-se dos autos que o acusado e a vítima estavam casados há nove anos, sendo que do relacionamento possuem dois filhos em comum (de 3 e 7 anos, à época).

Interrogado perante a autoridade judiciária, T. relatou que, no dia dos fatos, chegou a sua residência e viu uma conversa entre a vítima e outro homem no *Whatsapp*. Disse que começaram a discutir, momento em que a vítima "partiu para cima". Consignou que afastou a vítima com uma mão e, com a outra, desferiu um tapa, o qual acertou o rosto de E.A.S.B.. Após, pararam de discutir e conversaram de maneira pacífica. Disse que o motivo da briga foi ciúmes e que não houve outro fato semelhante.

A ofendida, ouvida em juízo, relatou que o réu a agrediu, com tapa, em local que não se recorda. Aduziu que fez exame de corpo de delito. Disse que mantém relacionamento com o réu há onze anos e que tem dois filhos com ele. Assentou que a agressão se deu em razão de "conversa dos outros" e ciúmes. Esclareceu que não houve outras agressões. Disse que não pediu medida protetiva. Asseverou que mora junto ao réu e a convivência é normal.

O laudo pericial de fls. 09/10 revela que a vítima apresentava hematomas na região parietal e no cotovelo.

Em crimes da espécie, mormente quando cometidos no interior da residência do casal, a palavra da ofendida se reveste de especial relevância, tendo em vista o fato de que não se poderia esperar que terceiros desinteressados presenciassem as agressões.

Bate-se a combativa Defensora no fato de o casal ter conversado e se reconciliado no mesmo dia da discussão, motivo por que deveria ter sido extinta a punibilidade de T. pela retratação da ofendida.

Fato é que a vítima foi à delegacia de policia no dia dos fatos e apresentava marca compatível com um tapa no rosto. Não socorre T. o fato de que E. compareceu à delegacia de Regente Feijó desejando não representar contra o acusado, sob a justificativa de que, cerca de quinze dias após os fatos, voltaram a conviver em harmonia.

Nossa Suprema Corte, no julgamento da ADIN nº 4424, ocorrido em fevereiro de 2012, decidiu que as lesões corporais leves, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, constituem crime de ação penal pública incondicionada, não dependendo, portanto, de representação da vítima, de modo que a manifestação negativa de vontade desta, muitas vezes viciada, não tem o condão de impedir a persecução penal. Entendeu o STF que a exigência de

Acesso ao Sumário

representação constante do artigo 16 da Lei nº 11.340/06 esvaziava a proteção constitucional assegurada às mulheres, principalmente no âmbito familiar.

A alegação de reconciliação do casal tampouco serve para alterar os fatos, e evidencia o claro e imoral intuito de isentar o acusado de qualquer responsabilidade, não se podendo admitir tal subterfúgio sob pena de desprestígio da Justiça.

Afinal, trata-se de ação penal pública incondicionada (súmula 542 do C. Superior Tribunal de Justiça) justamente em razão do risco elevado de exposição da ofendida a pressões para evitar a condenação do agressor e a reiterações dos ataques.

Desta feita, por considerar comprovados os fatos descritos na inicial, voto pela manutenção da condenação.

No que diz respeito ao pedido formulado pela defesa no sentido de que o réu cumpra a pena em estabelecimento prisional mais próximo de sua residência, observo que se trata de pedido administrativo, que deverá ser formulado diretamente ao Juízo da Execução, haja vista que o deferimento depende da análise (como existência ou disponibilidade de vagas, além dos fatores de conveniência e oportunidade da Administração Penitenciária) que são alheios à fase de conhecimento.

As penas tampouco comportam reparos, sendo caso de improvimento do apelo ministerial.

O pleito de exasperação da pena acima do mínimo legal em decorrência de supostos maus antecedentes ostentados por T. e comprovados pelo registro de fls. 67 (autos 489/2004) não deve prosperar, pois ali não constam detalhes imprescindíveis, como a data do trânsito em julgado.

Na segunda etapa, mantenho a compensação entre reincidência (fls. 131) e confissão, eis que o réu admitiu ter desferido um tapa no rosto da ofendida, informação esta que foi levada em conta pelo MM. Juiz sentenciante para o seu convencimento.

Por fim, o regime inicial semiaberto mostra-se suficiente para a repressão do delito, nos termos do artigo 33, § 2°, do Código Penal, bem como da Súmula n° 269/STJ.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo, mantida, na íntegra, a r. sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0083782-

22.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DOUGLAS PHELIPE DOS SANTOS CAVALCANTE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para 01 ano e 10 meses de reclusão e pagamento de 185 dias-multa, no piso, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e impor o regime aberto. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.056)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – Conformismo defensivo quanto ao mérito da condenação – Pena – Básica majorada de 1/3 pela quantidade (1200g) e natureza da droga (maconha) – Redução de 1/6 pela confissão – Réu primário, sem antecedentes e ausente prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa – Possibilidade de aplicação da causa redutora prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 no patamar máximo – Substituição da corporal por restritivas de direitos e fixação do regime aberto – Cabimento – Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 124/128, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar **DOUGLAS PHELIPE DOS SANTOS CAVALCANTE** à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 555 dias-multa, no piso, por incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, negado o apelo em liberdade.

Recorre Douglas buscando a redução da pena, com fixação da básica no mínimo e aplicação da causa redutora prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 no patamar máximo; modificação do regime inicial para aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 136/143).

Recurso processado e respondido, com manifestação ministerial, em

Acesso ao Sumário

ambas as instâncias, por seu desprovimento (fls. 150/154 e 167/170).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O réu foi denunciado, processado e condenado porque no dia 05/09/2018, por volta das 13h, na Avenida Giovanni Gronchi, altura do n. 3107, Vila Sônia, nesta Capital, trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, 02 tijolos de maconha com peso líquido de 1200g.

Restou apurado que policiais militares receberam denúncia anônima de que um indivíduo trajando jaqueta vermelha entregaria drogas em uma lanchonete. Dirigiram-se ao local e mantiveram campana. Observaram o momento em que o acusado chegou, carregando uma sacola plástica, e ingressou na lanchonete. Seguiram-no e o abordaram. Em revista pessoal, encontraram no interior da sacola dois tijolos de maconha. Questionado, o réu disse que entregaria a uma pessoa desconhecida, bem como informou que retirou o pacote numa comunidade do bairro de Paraisópolis com uma pessoa de nome Léo.

O réu, na delegacia, confessou os fatos dizendo ter sido contratado para fazer o transporte da droga e receberia a quantia de R$350,00. Negou ser traficante e o fez apenas porque tem cinco filhos com mulheres diferentes e precisava do dinheiro para dar aos filhos. Sabe que errou ao fazer esse tipo de "trabalho", mas afirma que não se dedica ao tráfico (fls. 05). Em juízo, Douglas também confessou o delito (áudio visual).

Sua confissão está corroborada pelos relatos dos policiais militares que o abordaram e narraram as circunstâncias de sua prisão (áudio visual).

Evidenciadas, portanto, a materialidade e a autoria, tanto que sequer combatida nas razões recursais, vem a d. Defesa, de forma técnica e pontual, insurgir-se contra a dosimetria da pena, regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Analisando-se a dosimetria da pena, verifica-se que foi a básica majorada de 1/3 em razão da quantidade (1200g) e natureza da droga apreendida (maconha) e, na segunda fase, pela incidência da atenuante da confissão foi a pena reduzida de 1/6, resultando a pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 555 dias-multa.

Acesso ao Sumário

O d. juízo, todavia, negou o redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao acusado, sob o fundamento de que "*está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha à expressiva quantidade de substância apreendida, anotando-se que, um iniciante não teria à sua disposição, tal quantidade de droga em sua primeira incursão*".

Como visto, entendeu o juízo que o réu se dedica a atividades criminosas

por ter sido com ele apreendida 1.200g de maconha.

Todavia, respeitado o entendimento do d. magistrado, tenho que sobre a pena do réu deve ser aplicado o redutor do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, posto que Douglas é primário, possuidor de bons antecedentes e não há prova nos autos de que se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Compete à acusação demonstrar, de maneira convincente, firme e certa, a ausência dos requisitos legais para a concessão do benefício. Cabe ao Estado o ônus da prova no tocante à acusação de ser o réu integrante de organização criminosa, de que se dedica a atividades ilícitas ou que ostente máculas em sua vida pregressa, sendo que essa prova, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, não veio aos autos.

Por outro lado, não prevê a legislação brasileira uma definição da situação que configuraria a certeza de dedicação do agente à atividade criminosa, o que dificulta, se não impossibilita, identificá-la para impedir a incidência do referido redutor.

Pode-se assim concluir que a "dedicação a atividades criminosas" se confunde com os antecedentes do agente e se o réu possui bons antecedentes, aliás nenhum antecedente, seria um contrassenso reconhecer que ele se dedica a atividades criminosas, posto que não demonstrada a ocorrência de um evento certo e frequente na sua vida pretérita, não servindo a essa conclusão, como feito pelo d. magistrado, o fato de ter sido com ele apreendida aproximadamente 1200g de maconha.

E considerando que a quantidade de maconha apreendida foi utilizada na primeira fase da dosimetria da pena, aplica-se o redutor na sua fração máxima (2/3), consolidando-se a pena em 01 ano e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 185 dias-multa, no piso legal.

No que tange à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e no tocante ao regime prisional inicial, necessário observar a modificação legislativa ocorrida através do controle de constitucionalidade das referidas normas.

Assim é que, quanto à substituição das penas, o STF, nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, declarou inconstitucional dispositivo da lei que vedava essa conversão (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06).

E o Senado Federal, em observância a decisão do Supremo Tribunal Federal, por força da Resolução nº 05/2012, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Com relação ao regime penitenciário inicial, previsto é, expressamente, o fechado na lei especial, pois equiparado o delito de tráfico aos crimes hediondos

Acesso ao Sumário

(art. 2º, §1º, Lei 8.072/90).

Todavia, o Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012, também declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, por entender que a norma contraria a CF/88, especificamente no que diz respeito ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Diante dessas decisões, esse relator, que até então sustentava serem constitucionais referidos dispositivos, decidindo então na forma originalmente prevista na lei, curva-se, democraticamente, à nova orientação legislativa que, nos termos das decisões acima referidas, emanadas do STF, determina a análise da possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e da fixação de regime inicial diverso do fechado.

Cumpre destacar que essa análise, em atenção à própria decisão do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Magistrado, que verificará se estão presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP para examinar se, no caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade mostra-se a solução mais adequada, em atenção ao princípio fundamental da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF/88.

No caso dos autos, estando presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, cabível se mostra a substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direito.

Desse modo, ficam estabelecidas como penas alternativas a de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da sanção corporal, e a limitação de fim de semana, nos termos do artigo 44, §2º, c.c. os artigos 46 e 48, todos do Código Penal.

No que concerne ao regime prisional inicial, também cabe ao magistrado, verificando a quantidade da pena com base no artigo 33, §2º, do Código Penal, e sopesando os critérios previstos no artigo 59 do mesmo diploma legal, estabelecer o regime penitenciário adequado.

Ademais, uma vez substituída a sanção corporal por medidas alternativas, não mais se justifica a imposição do regime mais gravoso. Isso porque, ao ser reconhecida a possibilidade de substituição da pena, busca-se justamente o não encarceramento do agente primário e possuidor de bons antecedentes, que não integre organização criminosa nem se dedique a atividades ilícitas, sendo reconhecida a menor gravidade de sua conduta.

Esse o entendimento que já vinha prevalecendo nos Tribunais Superiores e que melhor se coaduna com a recente posição do STF.

Nesse sentido:

"(...) a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do referido HC nº 97.256/RS, em que se admitiu a possibilidade de substituição da pena

privativa de liberdade pela restritiva de direitos, impõe-se, neste caso, a adequação também do regime, a fim de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção penal, com a fixação de regime prisional mais brando, compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento" (STJ, HC nº 237.074/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08.5.2012).

"Nesse contexto, nas hipóteses em que se verificar a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em medida restritiva de direitos, não deve existir impedimento para a fixação do regime inicialmente aberto no cumprimento da pena." (STJ, HC 213.288/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22.5.2012).

"(...) a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade como previsto no art. 33 do Código Penal (HC nº 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos." (STJ, HC nº 189.931/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.5.2012).

"Ocorre que, em recentes julgados, esta Segunda Turma concedeu a ordem a pacientes condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com afastamento da regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determina o cumprimento no regime inicial fechado, para permitir- lhes que iniciem o cumprimento das suas reprimendas no regime aberto, porque presentes, no caso concreto, os requisitos previstos no art. 33, II, c, do Código Penal" (STF, HC 109.343/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, V.U., j. 03.4.2012).

Desse modo, considerando o montante da sanção corporal aplicada ao ora recorrente, bem como as demais circunstâncias judiciais favoráveis, fixa-se o regime inicial aberto para a hipótese de descumprimento das penas alternativas, nos termos do artigo 33, §2º, 'c', do Código Penal.

Ante todo o exposto, e pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para *01 ano e 10 meses de reclusão e pagamento de 185 dias-multa*, no piso, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e impor o regime aberto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000231-10.2015.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que são apelantes

VLADIMIR FERNANDES MACIEL e ALAN DE AMORIM MENDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram o regime prisional fechado para VLADIMIR, à luz das disposições do artigo 387, § 2º, do C. P. Penal e do artigo 33, § 2º, "b", do C. Penal, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), GUILHERME G. STRENGER e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 2 de agosto de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Sentença de procedência parcial, com a afirmação da responsabilidade dos recorrentes, tão somente, pelo delito do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, afastada, quanto a VLADIMIR, a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da mesma lei especial. Penas: básicas, para ALAN, fixadas parcimoniosamente no mínimo. Redução de metade, com lastro na regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não questionada pela acusação. Básicas, para VLADIMIR, fixadas acima do mínimo na quinta parte. Operação que não comporta reparo em sede de recurso exclusivo da defesa. Exasperação, com lastro na comprovada reincidência específica, adequada. Pleito de redução, com lastro na causa de diminuição, desacolhido. Recurso Especial não admitido. Agravo em Recurso Especial conhecido para dar parcial provimento ao Recurso Especial, a fim de, com relação a ALAN, alterar o regime inicial para o aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos e, ainda, de determinar, em relação a ambos os réus, que esta C. Corte proceda à detração do tempo de prisão cautelar, nos termos do artigo 387, § 2º, do C. P. Penal. Tempo de prisão cautelar dos réus (8 meses e 23 dias), que não tem o condão de atenuar a modalidade prisional fechada imposta a VLADIMIR,

Acesso ao Sumário

reincidente específico. Penas do corréu ALAN já extintas pelo cumprimento.

VOTO

Apelações Criminais interpostas contra sentença de procedência parcial que condenou **VLADIMIR FERNANDES MACIEL** e **ALAN DE AMORIM MENDES** como incursos nos artigos 33, da Lei nº 11.343/06, às penas, para o primeiro, de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 dias-multa (valor unitário mínimo) e, para o segundo, de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 dias-multa (valor unitário mínimo). Os corréus Ricardo Lima de Oliveira e Natan Rodrigues da Silva, condenados pelo crime do artigo 37, da Lei de Drogas, às penas, para cada um, de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 300 dias-multa (valor unitário mínimo), com substituição das penas corporais por restritivas de direitos, conformaram-se (folha 306).

Os recorrentes, em razões unas, acenam com a absolvição, fundados na fragilidade da prova, destacando VLADIMIR, de início, que os elementos colhidos são obscuros, até porque dois policiais militares responsáveis pela sua prisão apresentaram depoimentos dissonantes. ALAN, de seu lado, afirma que a prova também é imprestável para alicerçar a condenação de sua pessoa, até porque os relatos dos agentes públicos, tendenciosos, devem ser valorados com cautela. Insistem que os elementos colhidos são frágeis, até porque ao ensejo de suas oitivas negaram a prática delitiva, tudo a autorizar, com lastro no benefício da dúvida, a prolação do *non liquet*. Alternativamente, postulam: **a)** incidência da regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu máximo patamar (2/3), com a imposição da pena-base de VLADIMIR no mínimo legal, até porque os fundamentos da sentença não podem prevalecer, uma vez que inexistem parâmetros legais para definir o que pode ser considerado quantidade pequena ou grande de drogas. Aduzem, no tocante ao citado dispositivo, que a melhor interpretação é no sentido de que se devem sopesar todos os requisitos nele elencados, devendo a pena ser reduzida no máximo se todos estiverem presentes, admitida, em sentido contrário, a redução parcelar; **b)** a atenuação do regime prisional, em razão, inclusive, da regra do artigo 387, § 2º, do C. P. Penal, aduzindo que permaneceram cautelarmente presos por mais de um ano e sete meses; **c)** a substituição, para ALAN, da pena corporal por restritivas de direitos e, **d)** a readequação do *quantum* da pena de multa, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 33, da Lei nº 11.343/06. Buscam, em razão de todo o exposto, a absolvição ou o acolhimento dos pleitos subsidiários. Daí o pedido de reforma (folhas 318/328 v.º).

Processados os recursos, com resposta, subiram os autos. Parecer da D.

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (folhas 348/353).

Esta C. 7ª Câmara Criminal Extraordinária, na sessão de julgamento ocorrida no dia 9 de agosto de 2017, por unanimidade de votos, negou provimento aos recursos (folhas 360/381). Inadmitido o Recurso Especial interposto pelos réus, foi manejado o Agravo em Recurso Especial 1.259.351-SP, sendo este, com lastro na regra do artigo 253, parágrafo único, inciso II, "c", do RISTJ, conhecido pelo Ilustre e Culto Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR para, dando provimento àquele, fixar, com relação a ALAN, o regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Determinou-se, ainda e em favor de ambos os réus, que esta C. Corte proceda à detração do tempo de suas prisões cautelares, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (folhas 455/461).

É o relatório.

Considerando-se os estreitos limites da determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não há razão para rediscussão de matéria de mérito, anotando-se, no que importa, que o regime imposto a ALAN DE AMORIM MENDES, conhecido o Agravo para dar provimento parcial ao Recurso Especial, foi alterado para o aberto, admitida a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, sendo sua pena, por força das disposições do artigo 90, do C. Penal, julgada extinta, em primeiro grau de jurisdição, por sentença proferida em 11 de abril de 2019 (folha 477).

Cumpre, pois e em atenção à determinação do C. Superior Tribunal de Justiça, calcular, em atenção à regra do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o volume remanescente das penas a cumprir.

E no tocante a isto, o V. Aresto, quanto a VLADIMIR, deixou assentado:

> "As básicas, para VLADIMIR, considerando a sentença a expressiva quantidade de drogas com os quais estava intimamente vinculado, foram fixadas acima do mínimo na quinta parte. E a operação, "data venia" das alegações defensivas, não comporta reparo. O artigo 42, da Lei nº 11.343/06, reza que, na fixação das penas, o Magistrado considerará, **com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Código Penal**, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. A quantidade que VLADIMIR trazia consigo e também mantinha em depósito (além de mais de **300 gramas de maconha, 384,8 gramas de cocaína e 151,3 gramas de *crack***) já autorizava a exasperação da reprimenda, inclusive em patamar superior ao aplicado, mormente ao se considerar a natureza destes. E isso porque o crack (subproduto da cocaína), não se olvide, é estupefaciente altamente viciante e vem causando grande preocupação na sociedade, em razão da proliferação de seu uso. O viciado em crack, na maioria das vezes, acaba deixando a família, perde o emprego e bens, passando a viver nas ruas e enveredando, muitas vezes, para a senda do crime, de modo a sustentar sua severa condição de dependência

Acesso ao Sumário

química. Portanto, aquele que traz consigo e mantém em depósito 378 porções de cocaína e 465 pedras de crack entorpecente capaz de causar dependência quase imediata -, deve ser punido com mais rigor, em homenagem ao binômio reprovação- prevenção. Na segunda fase, em face da comprovada reincidência (específica, aliás – folhas 217/218 e 225), as penas foram majoradas na sexta parte, totalizando 7 anos de reclusão e 700 dias-multa (valor unitário mínimo).

Não era mesmo caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na medida em que o preceito inscrito na Lei de Tóxicos admite atenuação da pena para réus primários que não ostentem periculosidade maior. A natureza da conduta do acusado, **reincidente específico** e que tinha em seu poder e também ocultava quantidade expressiva de drogas, dedicando-se a crime equiparado a hediondo com clara habitualidade, não autorizava a medida. O réu, insisto, revela periculosidade elevada, na medida em que trazia consigo e mantinha em depósito quantidade expressiva de cocaína e de crack, além de maconha. Na aplicação do preceito o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena. Fica difícil crer que alguém encontrado com tamanha quantidade de drogas não tenha vinculação séria com o crime organizado e com o tráfico em larga escala, insisto."

Da análise dos autos, de rigor observar que os réus foram presos em flagrante em 11 de janeiro de 2015, sendo tais custódias convertidas em preventivas por decisão proferida no dia 19 do mesmo mês (folhas 133/133 v.º), sendo a sentença condenatória proferida em 5 de outubro de 2015, de sorte que VLADIMIR e ALAN permaneceram cautelarmente presos por 8 (oito) meses e 23 (vinte e três) dias.

Operada a detração, com desconto do período da custódia cautelar, a reprimenda remanescente de VLADIMIR, assim, é de **6 (seis) anos, 3 (três) meses e 7 (sete) dias de reclusão**, inexistindo razões para se cogitar em alteração do regime fechado estipulado, consoante, aliás, as lúcidas ponderações da decisão lançada pelo Ilustre e Culto Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, até porque referido réu, em atenção às balizas do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal, é reincidente, ainda que a pena esteja no intervalo de 4 a 8 anos, porque, como bem anotado, ele é reincidente, causa principal para manter o regime mais gravoso, **segundo, inclusive, o raciocínio do V. Acórdão da Corte Superior.**

Relativamente ao corréu ALAN, o V. Aresto deixou assentado:

"No tocante a ALAN, surpreendido na posse de cem porções unitárias de cocaína, de anotações manuscritas relativas à contabilidade do tráfico e, ainda, de R$ 500,00 provenientes, decerto, da mercancia de drogas, as básicas foram estipuladas parcimoniosamente no mínimo,

Acesso ao Sumário

não obstante a natureza e o volume da droga, com alto potencial lesivo. Ademais, há referência ao fato de que era ele quem abastecia o ponto de vendas de drogas. Mas não se insurgiu o Ministério Público. Em seguida, as penas, ainda sem impugnação ministerial, foram reduzidas de metade com lastro na regra do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, perfazendo 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa (valor unitário mínimo)."

E em obediência aos mesmos parâmetros utilizados ao ensejo da análise da pena de VLADIMIR, a ALAN, ao tempo da sentença e por força da regra do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, **deveria cumprir o saldo remanescente de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 7 (sete) dias de reclusão**, observando-se que elas, abrandado o regime prisional para o aberto, com substituição por restritivas de direitos, já foram julgadas extintas, pelo cumprimento, em primeiro grau de jurisdição.

Meu voto, pois e em cumprimento à determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, **mantém o regime prisional fechado para VLADIMIR, à luz das disposições do artigo 387, § 2º, do C. P. Penal** e do artigo 33, § 2º, "b", do C. Penal, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0076050-24.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.E.V.G.W., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e, quanto ao mérito, deram parcial provimento ao recurso de J.E.V.G.W. para, afastados os crimes de difamação, dar o acusado como incurso, tão somente, por três vezes, em continuidade delitiva, no art. art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal, e, em consequência, reduzir suas penas para 1 (um) ano e 24 (vinte e quatro) dias de detenção e 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima ao dia multa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.298)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES – MATÉRIA PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE NULIDADES – INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO DEMONSTRADA – R. SENTENÇA DEVIDAMENTE MOTIVADA – INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – TIPICIDADE DAS CONDUTAS DO ACUSADO – AFASTAMENTO DO CRIME DE DIFAMAÇÃO – REDUÇÃO DAS PENAS – DE RIGOR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por J.E.V.G.W. (J.E.V.W.) contra a r. decisão monocrática de fls. 912/924, que julgou procedente a inicial e condenou-o, como incurso no art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal, em continuidade delitiva, por três vezes, e, em concurso material, no art. 139, *caput*, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal, em continuidade delitiva, por três vezes, a 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 9 (nove) dias de detenção, em regime aberto, e a 44 (quarenta e quatro) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, concedido o direito de recorrer em liberdade.

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por prestação pecuniária, no importe de 10 (dez) salários-mínimos.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 951/952).

O feito foi desmembrado em relação à corré A.B.B., denunciada nos mesmos termos que o ora apelante (fl. 820).

Pugna, preliminarmente, pelo que se infere das razões recursais, pelo pronunciamento de nulidade processual, por inépcia da denúncia; por ausência de fundamentação da r. sentença recorrida; por cerceamento de defesa e ofensa a princípios constitucionais, em especial, os do devido processo legal, do

Acesso ao Sumário

contraditório e da ampla defesa, consistente em não admissão de exceção da verdade e não processamento de recurso, bem como de ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz (fls. 968/990).

Quanto ao mérito, pleiteia, em suma, a absolvição, sob os fundamentos da atipicidade das condutas do acusado insuficiência probatória e da atipicidade das condutas do acusado.

Pede, também, o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 1.001/1.004), manifestou-se o D. Representante do Ministério Público em segundo grau de jurisdição pelo parcial provimento do recurso, apenas para absolver os acusados dos crimes de difamação (fls. 1.007/1.047).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Insta consignar, de início, que, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

Não há que se falar em inépcia da denúncia, pois foram preenchidos os requisitos do art. 41, do Cód. de Proc. Penal, e a descrição fática das práticas ilícitas imputadas ao réu apresenta-se como suficiente ao exercício da ampla defesa.

Não há que se falar, também, em ausência de fundamentação da r. sentença condenatória, que está, devidamente, fundamentada.

Foram examinados os elementos de prova produzidos durante a persecução penal, com a conclusão de que o conjunto probatório indica a procedência da inicial.

Não há, à evidência, necessidade de análise específica de todas as teses ou argumentos defensivos, reputando-se afastados aqueles cujo acolhimento é incompatível com a solução dada ao feito.

Ademais, no caso em tela, a denúncia ofertada já descrevia, com suficiência, logo de início, as condutas delitivas consideradas na r. decisão condenatória.

Deste modo, não se vislumbra, também, a ocorrência de ofensa ao princípio da correlação.

O cerceamento de defesa, da mesma forma, não restou caracterizado.

Importa considerar, neste sentido, que a r. decisão de primeiro grau de jurisdição, que não admitiu a exceção da verdade oferecida, está, devidamente, motivada, com a consideração das circunstâncias concretas do caso em tela (fl. 661).

Importa consignar, também, como bem anotado no r. parecer ministerial, a competência do R. Juízo *a quo* para o juízo de admissibilidade da impugnação em questão, bem como a intempestividade da apresentação defensiva (fls. 1.011/1.016).

Há que se considerar, ainda, que o não recebimento do recurso interposto contra a r. decisão em análise era de rigor (fl. 677), por não se tratar de hipótese prevista no art. 581, do Cód. de Proc. Penal, sendo que, ademais, eventual questionamento deveria ter sido, oportunamente, alegado, nos termos do art. 639, I, do Cód. de Proc. Penal, razão pela qual a questão estaria alcançada pela preclusão.

De qualquer modo, importa consignar que não se demonstrou, concretamente, qualquer espécie de violação aos princípios constitucionais, e, em especial, aos do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, ou, ainda, do princípio da imparcialidade do magistrado.

Quanto ao mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Rejeita-se, assim, a matéria preliminar.

Quanto ao mérito, o apelo procede em parte.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que o acusado, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, caluniou a vítima C.N.N., Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça, em razão de sua função, imputando-lhe falsamente fatos definidos como crime, ou seja, o delito de falsidade ideológica.

O acusado, parte nos autos dos Mandados de Segurança nº 2037066-58.2014.8.26.0000 e 2116405-66.2015.8.26.0000, impetrados contra atos praticados pela vítima, e na Exceção de Suspeição e Impedimento nº 2041784-98.2015.8.26.0000, arguida contra a vítima, tendo assinado as inicias juntamente com a corré, advogada, manifestou-se nos autos no sentido de que o ofendido, em feitos em que atuou como Relator, teria praticado o delito de falsidade ideológica.

Neste sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações do ofendido (fls. 849/CD), corroboradas pelas cópias documentos juntados aos autos.

Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o apelante, ou a presença de qualquer elemento de prova ou circunstância a infirmar a prova da acusação.

Em juízo, o acusado, devidamente citado e intimado (fl. 845), não compareceu à audiência de instrução, debates, interrogatório e julgamento, motivo pelo qual foi, regularmente, decretada sua revelia (fl. 846 e 850).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pela cópia

Acesso ao Sumário

dos documentos de fls. 14/24, 28/30 e 33/45.

Como se vê, a condenação do acusado era de rigor.

No tocante à qualificação jurídica da conduta do acusado, o recurso defensivo merece parcial acolhimento.

O crime de difamação inseriu-se, no caso em tela, como bem anotado pela D. Procuradora de Justiça, no âmbito da estruturação do crime de calúnia, não se verificando a ocorrência de desígnio autônomo, ou seja, o recorrente objetivou imputar falsamente a prática de crime à vítima, razão pela qual a difamação deve ser absorvida pela calúnia, ou seja, trata-se de hipótese de crime único, de concurso aparente de normas.

De rigor, portanto a condenação do recorrente apenas pelos crimes de calúnia.

Importa anotar, a propósito, pelo que verte dos elementos probatórios, que o acusado agiu com o dolo específico do crime em tela, não havendo, portanto, que se falar em atipicidade das condutas, havendo, pela leitura dos documentos de fls. 14/24, 28/30 e 33/45, *inequívoco animus caluniandi.*

Por outro lado, não há, também, que se falar na aplicação do art. 142, I, do Cód. Penal, ou no reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude em favor do acusado, pois, à evidência, as condutas em questão não se inseriram no âmbito de razoável discussão relativa à causa, ultrapassando qualquer limite de manifestação como parte ou no exercício regular da profissão.

O direito à ampla defesa, tal qual todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto.

Portanto, a imunidade judiciária não permite ofensa à honra do magistrado.

No caso em tela, as expressões utilizadas em feitos judiciais ultrapassam os limites da referida imunidade.

Ademais, ainda que se tenha presente as circunstâncias de uma lide complexa e aguerrida, é possível vislumbrar o elemento subjetivo dos crimes em tela.

Acesso ao Sumário

Finalmente, eventual providência que o acusado pretendesse em relação ao magistrado deveria ter sido objeto de via própria.

No que tange à dosimetria penal, em relação ao crime de calúnia, merece reparo.

As penas-base foram adequadamente majoradas em 1/3 (um terço), em razão das circunstâncias diferenciada do caso em tela, que demonstram elevado grau de culpabilidade com que agiu o acusado.

Incidiu, a seguir, o adequado aumento de 1/3 (um terço), nos termos do art. 141, II, do Cód. Penal, que era de rigor.

Impõe-se, na sequência, em vista do reconhecimento da continuidade

delitiva entre os delitos praticados nos três feitos, a majoração de 1/5 (um quinto), índice compatível com o número de infrações.

As penas do acusado, portanto, passam a perfazer 1 (um) ano e 24 (vinte e quatro) dias de detenção e 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

A substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por prestação pecuniária, no importe de 10 (dez) salários-mínimos, apresenta-se como adequada ao caso em tela e deve prevalecer.

Importa observar, a propósito, que o regime aberto não pode ser considerado como mais benéfico ao acusado, ainda que se tenha em consideração a insuficiência da estrutura penitenciária para a necessária e eficaz execução da pena privativa de liberdade.

Ademais, importa considerar o forte caráter pedagógico das penas restritivas de direitos, sendo que, também, não se demonstrou e não se vislumbra a existência de impedimento intransponível ao seu cumprimento e não cabe ao acusado, por ausência de amparo legal, buscar a determinação, conforme suas conveniências, da espécie de medida alternativa a ser cumprida em substituição à privativa de liberdade.

O regime prisional estabelecido para a eventual execução da sanção corporal é o mais brando e restou incontroverso.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, dá parcial provimento ao recurso de J.E.V.G.W. para, afastados os crimes de difamação, dar o acusado como incurso, tão somente, por três vezes, em continuidade delitiva, no art. art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal, e, em consequência, reduzir suas penas para 1 (um) ano e 24 (vinte e quatro) dias de detenção e 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima ao dia multa, mantida, quanto ao mais, a r. decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000869-66.2016.8.26.0627, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que é apelante JACKSON BALHARINI FERREIRA, 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 20.450)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 6 de agosto de 2019.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Crime de trânsito. Lesão corporal culposa. Impugnação recursal defensiva parcial. Discussão apenas sobre a possibilidade de substituição da reprimenda corporal por penas alternativas ou, ao menos, de concessão de "sursis". Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Suficiência do acervo probatório documental, pericial e oral, com depoimentos da vítima e testemunha presencial. Laudo pericial do local do acidente claro e conclusivo. Condenação mantida. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, uma vez preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Regime inicial aberto. Reforma parcial da sentença. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por JACKSON BALHARIM FERREIRA contra a sentença de fls. 154/162, prolatada em 9 de abril de 2019 pela MM. Juíza de Direito, Dra. Samara Eliza Feltrin, da Vara Judicial da Comarca de Teodoro Sampaio, que o condenou como incurso no art. 303, *caput* e parágrafo único, c.c. o art. 302, § 1º, inciso III, ambos da Lei nº 9.503/97, à pena total de 1 ano, 6 meses e 25 dias de detenção, no regime inicial aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo mesmo período.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, pleiteando tão somente a substituição da reprimenda corporal por penas alternativas, uma vez preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, ou, ao menos, a concessão da suspensão condicional da pena. Pugnou, por fim, pelo deferimento dos benefícios da justiça gratuita (fls. 168/173).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 178/180) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 188/192).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Devidamente processado, o recurso de apelação comporta parcial provimento.

Segundo descreve a denúncia, no dia 5 de novembro de 2015, por volta de 4h20, na Rodovia SP 613, nº 379, na cidade de Euclides da Cunha Paulista, o réu Jackson praticou lesão corporal culposa na direção do veículo automotor VW Gol, placa ERQ-3168, contra a vítima Tamiris.

De acordo com o apurado em sede policial, o réu ofereceu uma carona para a vítima durante a madrugada e, ao passar pela base da Polícia Militar Rodoviária, empreendeu velocidade incompatível a fim de evitar a abordagem policial, vindo a perder o controle da direção e capotar o veículo automotor, causando lesões corporais graves em desfavor de Tamiris, com incapacidade para as atividades habituais por mais de trinta dias.

Após o regular trâmite processual, com a realização de instrução probatória em audiência, a magistrada *a quo* houve por bem condenar o acusado, nos termos da denúncia, dando azo à impugnação parcial recursal por parte da defesa, relativa somente ao cálculo da pena.

Inexistindo devolução recursal quanto ao desfecho condenatório e diante da suficiência dos elementos de prova (fls. 4/7 – boletim de ocorrência; fls. 11/18 – laudo pericial do local dos fatos, com descrição dos sinais de alta velocidade e capotamento do veículo conduzido pelo réu; fls. 56 e 91 – laudos periciais de exame de corpo de delito, concluindo pela existência de lesões corporais de natureza grave em prejuízo da ofendida; e prova oral colhida em audiência, conforme se extrai da mídia audiovisual, incluindo depoimento da vítima e de testemunha presencial, não tendo o acusado comparecido à audiência, muito embora devidamente intimado), passa-se à verificação do quanto exposto pela defesa nas razões recursais, concernente exclusivamente à possibilidade de substituição da reprimenda corporal por penas alternativas ou, subsidiariamente, de concessão de *sursis.*

E, nesse ponto, o apelante aduz razão.

Isso porque os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal restaram devidamente preenchidos no caso concreto, levando em consideração a prática de crime culposo, a primariedade do réu e as circunstâncias judiciais favoráveis, consubstanciando uma medida socialmente mais recomendável em comparação à suspensão condicional da pena (CP, art. 77, III).

Desse modo, a pena privativa de liberdade imposta na sentença (1 ano, 6 meses e 25 dias de detenção, no regime inicial aberto) deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, a ser arbitrada pelo juízo das execuções criminais, e prestação pecuniária, ora fixada em um salário mínimo, destinada a entidade social.

No mais, o pedido de gratuidade judiciária ou isenção de custas

Acesso ao Sumário

processuais deverá ser formulado perante o competente juízo das execuções criminais, que poderá formular o seu convencimento acerca da matéria com fulcro em elementos suficientes de prova documental.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por JACKSON BALHARIM FERREIRA para o fim de substituir a sua reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em na prestação de serviços à comunidade, a ser arbitrada pelo juízo das execuções criminais, e prestação pecuniária, ora fixada em um salário mínimo, destinada a entidade social. No mais, fica mantida a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000243-42.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes MAGNO CARDOSO DOS SANTOS, JOSE HELIO MENDONÇA DA SILVA, PATRICIA GAZZOLI e JOSE NILTON BRAGA SEVERIANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.982)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e FARTO SALLES.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Interceptação telefônica – Nulidade – Inocorrência – Medida deferida, tal qual todas as sucessivas prorrogações, por decisões devidamente fundamentadas em autos que tramitam em outro juízo, visando informes sobre crimes cometidos por diversos indivíduos, não utilizada propriamente como prova dos crimes aqui praticados, mas tão-somente ensejaram a busca do objeto material dos crimes praticados pelos apelantes – Juntada das mídias relativas às interceptações – Desnecessidade – Transcrições juntadas aos autos – Prejuízo não

demonstrado.

Roubo qualificado pelo emprego de arma, pelo concurso de agentes e pela restrição à liberdade da vítima e roubo qualificado pelo concurso de agentes e pela restrição à liberdade da vítima – Conjunto probatório seguro e harmônico – Condenações mantidas.

Penas – Critérios dosimétricos inalterados.

Regime prisional inicial fechado – Necessidade ante as peculiaridades do caso.

Apelos defensivos improvidos, rejeitada a preliminar.

VOTO

A r. sentença de fls. 2166/2205, do d. juízo de direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação, condenando Magno Cardoso dos Santos, como incurso no artigo 157, §2º, incisos I, II e V (crime de roubo praticado no dia 09/09/14) e no artigo 157, §2º, incisos II e V (crime de roubo praticado no dia 11/09/14), c.c. artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 8 anos, 9 meses e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 36 dias-multa, no mínimo legal; José Nilton Braga Severiano, como incurso no artigo 157, §2º, incisos I, II e V (crime de roubo praticado no dia 09/09/14), do Código Penal, à pena de 6 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, no mínimo legal; José Hélio Mendonça da Silva, como incurso no artigo 157, §2º, incisos II e V (crime de roubo praticado no dia 11/09/14), do Código Penal, à pena de 7 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 19 dias-multa, no mínimo legal; e Patrícia Gazzoli como incursa no artigo 157, §2º, incisos I, II e V (crime de roubo praticado no dia 09/09/14) e artigo 157, §2º, incisos II e V (crime de roubo praticado no dia 11/09/14), ambos c.c. artigo 29, §1º, na forma do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 5 anos, 3 meses e 14 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 22 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformados com a decisão condenatória, os apelantes interpuseram recursos de apelação, pelas DD. Defesas, postulando, em preliminar, a nulidade das interceptações telefônicas. Pelo mérito, pleiteiam a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, as Defesas de José Nilton e Magno almejam a desclassificação da conduta para o crime de favorecimento real. As Defesas de José Nilton e magno ainda reclamam a redução de suas penas.

Os apelos foram regularmente processados.

Acesso ao Sumário

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento dos apelos defensivos.

É o relatório.

Infundada a preliminar de ilegalidade das interceptações telefônicas, valendo trazer à baila excertos das bem lançadas contrarrazões recursais, que ora se adotam como razão de *decidir:*

"As interceptações telefônicas foram determinadas no curso de inquérito policial, em que se investiga a formação de associação criminosa destinada a roubos de caminhões em rodovias, da qual os recorrentes são integrantes (autos nº 0020688-52.2014.4.26.0564, em trâmite na 4ª Vara Criminal local), conforme documentos juntados pela própria defesa aos autos (págs.1730/1756), e cujo desmembramento deu origem à presente ação penal.

Consigne-se que as censuras telefônicas, assim como as prorrogações, foram autorizadas mediante decisões judiciais devidamente fundamentadas nos autos 0020688-52.2014.4.26.0564, em trâmite na 4ª Vara Criminal local.

Além disto, foram fornecidas as transcrições das degravações obtidas, bem como encaminhadas ao Juízo um resumo das operações realizadas, conforme determina o artigo 6º, da Lei nº 9.296/96.

Dessa forma, não há nenhuma razão para acolher as teses defensivas de nulidade das interceptações telefônicas" (fl. 2604).

Ademais, fornecidas as transcrições das degravações, não se vislumbra qualquer utilidade que pudesse advir da juntada das mídias da interceptação telefônica à Defesa.

Nenhuma razão, portanto, há para se reconhecer nulidade, uma vez ausente qualquer demonstração de prejuízo à Defesa.

Conforme disciplina o art. 563 do Código de Processo Penal: "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*". Vige no Processo Penal o princípio do *pas de nulitté sans grief.*

Não se evidencia, pois, no caso concreto, prejuízo aos acusados ou qualquer afronta aos princípios basilares do processo penal e do direito constitucional, não se cogitando de nulidade processual sob quaisquer dos aspectos alegados, devendo as preliminares ser afastadas.

Quanto ao mérito, os recursos são manifestamente improcedentes.

A respeitável decisão recorrida deu adequada solução à lide, analisando, com propriedade, as provas produzidas, bem assim enfrentando todos os temas suscitados, de modo que, na forma do permissivo constante do artigo 252 do

Acesso ao Sumário

Regimento Interno deste tribunal, de rigor a ratificação de seus fundamentos.

O réu José Nilton, em seu interrogatório judicial, negou envolvimento nos crimes descritos na denúncia e disse desconhecer os demais réus. Confirmou que seu apelido é 'Cebola'. Na ocasião, foi contratado por um ex-vizinho, morador de Diadema, de qualificação ignorada, para buscar um caminhão na Rodovia dos Imigrantes. Sabia que se tratava de veículo roubado. O caminhão estava estacionado, com a chave no contato e um vidro estava quebrado. Percebeu que havia um rastreador do caminhão e o desativou. Levou o caminhão para Diadema. Recebeu um mil reais pelo serviço. Foi a primeira vez que fez este tipo de serviço.

O réu José Hélio, em seu interrogatório judicial, negou seu envolvimento nos roubos. Afirmou não ter o apelido de 'Gordão'. Não conhece os demais réus. Na época dos fatos, tinhas linhas de telefone das operadoras 'Oi' e 'Nextel', porém não se recorda dos números.

A ré Patrícia, em seu interrogatório judicial, negou envolvimento nos crimes. Na época dos fatos, já não estava mais casada com Magno. Tiveram uma filha juntos. Sua linha de telefone na época era a de nº. (...).

O réu Magno, em seu interrogatório judicial, negou ter participado dos crimes descritos na denúncia. Na época dos fatos, já não estava casado com a ré Patrícia, com quem teve uma filha. Teve problemas passados com o policial civil Cristiano, um dos responsáveis pelas investigações. Acredita que está sendo perseguido por tal motivo. Diversos outros agentes foram identificados como líderes da quadrilha de roubo de caminhões, porém apenas ele foi indiciado pela polícia. Nos dias dos roubos descritos na denúncia, estava trabalhando e, inclusive, possui filmagens que comprovam que estava em seu local de trabalho no momento dos fatos. Seu aparelho celular não estava na mesma área dos aparelhos celulares censurados pela polícia (as antenas – ERBs – eram diferentes). Na época, utilizava a linha n. (...). Não tem o apelido 'Magrelo'. Acredita que, além da perseguição que sofreu, algumas falhas na investigação levaram a sua indevida incriminação. Diferentemente do que alegam os policiais, jamais fez qualquer tipo de curso para manutenção de rastreadores automotivos. Possui dois nomes. Fez um segundo nome falso para evitar ser investigado.

Em que pesem as negativas judiciais ofertadas pelos apelantes, as provas amealhadas os incrimina seguramente.

A vítima Edisom Ferreira de Campos, em juízo, explicou que no dia do fato conduzia um caminhão pela Rodovia dos Imigrantes e parou no acostamento, momento em que foi abordado pelos agentes. Não viu os rostos dos assaltantes. Rodaram por mais alguns instantes pela rodovia, até que foi obrigado a entrar em um matagal na companhia de um dos agentes. Ficou em poder deste indivíduo desde a meia-noite até a manhã do dia seguinte, quando

Acesso ao Sumário

foi liberado. Havia bens pessoais no interior do caminhão. Não recuperou nada. Não sabe como os criminosos foram identificados pela polícia.

A testemunha Fernando H. Caran, policial civil, ouvido em juízo, também detalhou as investigações. Disse que, a partir do roubo de um caminhão na área do 3º Distrito Policial de São Bernardo do Campo, iniciaram investigações sobre a quadrilha responsável. Obtiveram autorização judicial para a censura de algumas linhas telefônicas e, no dia do fato, ouvindo as conversas do grupo, souberam que seria executado o roubo de um caminhão, sob o comando do réu José Nilton, vulgo 'Cebola', e do réu Magno, que tinha a função de desligar o rastreador dos veículos roubados. Já a função de José Nilton era a de transportar o caminhão até um local seguro. Magno pode ser considerado o líder da quadrilha, pois seus comparsas sempre faziam contato com ele antes e depois dos roubos. Magno, inclusive, escolhia e determinava qual o modelo de caminhão a ser roubado. As vítimas costumavam ficar várias horas em poder de um dos agentes enquanto o caminhão era levado até outro local para ter o rastreador removido. Em uma das conversas interceptadas, José Hélio, vulgo 'Gordão', no dia seguinte ao primeiro roubo, conversa com indivíduo que recolhido em estabelecimento prisional e conta que na noite anterior o grupo teve sucesso na subtração de um caminhão. As linhas utilizadas pelos réus estavam cadastradas em nome de terceiros. Mesmo assim, conseguiram atrelar os réus aos números de telefone em razão da voz e também porque em diversas conversas, não relacionadas aos crimes, eram chamados pelos interlocutores por seus nomes verdadeiros, e não pelos vulgos.

A testemunha Cristiano Pereira Santos, policial civil, ouvido em juízo, forneceu detalhes das investigações que redundaram na identificação dos réus. Na época dos fatos, a polícia identificou uma série de roubos de cargas de caminhões com as mesmas características. As investigações, então, se iniciaram após a prisão em flagrante de alguns membros do grupo criminoso. Apurou-se que os motoristas eram abordados após os criminosos quebrarem os vidros de seus caminhões. Quando paravam, eram rendidos e levados para algum ponto nas proximidades da rodovia, onde eram mantidos reféns enquanto outros integrantes da quadrilha se incumbiam de levar o caminhão até outro local, onde era desmontado. A partir desta prisão, obtiveram alguns números de telefone que depois foram censurados por meio de ordem judicial. No roubo do dia 11.09.2014, participaram o réu Magno, responsável por retirar o rastreador do caminhão, a ré Patrícia, responsável por verificar em um banco de dados se o caminhão era dotado de rastreador, e o réu José Hélio, que se incumbiu de levar o caminhão até um local de 'descanso'. No roubo dia 09.11. 2014, participaram o réu Magno, a ré Patrícia, o réu José Nilton e Francisco Nunes.

A testemunha André Legnaioli, Delegado de Polícia, ouvido em juízo, reforçou as narrativas dos demais policiais civis.

Acesso ao Sumário

A testemunha Lincoln Felicio de Camargo, arrolada pela defesa, ouvida em juízo, afirmou ter sido namorado da ré Patrícia e estava na companhia dela, em um hotel, nas datas apontadas na denúncia.

A testemunha Simone Patrícia da Silva, arrolada pela defesa, ouvida em juízo, declarou ter trabalhado no setor financeiro do escritório de advocacia e das outras três empresas do réu Magno. Aduziu ser a titular das linhas nº. (...) e (...). Já as linhas nº. (...), (...) e (...) pertenciam a seu namorado 'Leandro'. Na época dos fatos, era funcionária do réu Magno, que era dono de um escritório de advocacia, de uma borracharia e de outro estabelecimento ligado à construção civil. Disse ser a interlocutora que aparece nos diálogos captados pela Polícia Civil. As conversas transcritas nos autos foram travadas com seu namorado 'Leandro', que era mecânico de automóveis, e dizem respeito a caminhões que necessitavam de reparos. Nestas conversas, 'Leandro' estava lhe informando as placas dos veículos a fim de que fossem inseridas em planilhas para futuros pagamentos.

A testemunha Glecio Sales Santos, arrolada pela defesa, explicou ter sido sócio do réu Magno em um centro automotivo. Já a testemunha Bruno dos Santos, também arrolada pela defesa, alegou que foi funcionário do réu Magno no mesmo centro automotivo. Ambos disseram que, no dia dos fatos descritos na denúncia, estiveram o tempo todo na companhia de Magno. Mencionaram, ainda, que ninguém na oficina mecânica portava aparelho celular.

A testemunha Glaucia F. de Almeida, arrolada pela defesa, afirmou ter trabalhado no escritório de advocacia do réu Magno.

Também foi colega de trabalho da testemunha Simone Patrícia da Silva.

Em tal contexto, a prova testemunhal produzida em juízo, somada à medida cautelar de interceptação telefônica, se mostra suficiente para embasar o decreto condenatório.

Realmente, os álibis invocados pelas combativas Defesas não se sustentam, conforme minudentemente analisado pela d. Promotora de Justiça oficiante, cujos fundamentos, a seguir transcritos, na parte pertinente, se adotam como razões de decidir:

> *"Os diálogos interceptados e transcritos nos autos foram travados instantes antes dos roubos e nas horas que seguiram aos crimes. Neles, é possível verificar que os réus trocaram informações sobre o tipo de caminhão a ser roubado e o local para onde tal veículo deveria ser levado.*
>
> *Tais conversas captadas foram transcritas às fls. 15/40 e 45/63. Vejamos.*
>
> *As transcrições de fls. 15/40 se referem ao roubo ocorrido em 09.09.2014, contra a vítima Danilo Batista Pereira, que envolveu os réus*

Acesso ao Sumário

Magno, Patrícia e José Nilton.

Compulsando o teor dessas conversas, é possível verificar que os diálogos foram travados logo após o arrebatamento da vítima. 'Cebola' (vulgo de José Nilton, conforme ele próprio admitiu em juízo) pede instruções a Magno sobre o destino a ser dado ao caminhão roubado e sobre o rastreador. No diálogo de fls. 18/19, Magno indica a José Nilton o local para o qual o caminhão deve ser levado. Ao final da conversa, por possível deslize, José Nilton acaba por revelar cabalmente a identidade do comparsa, chamando Magno pelo nome.

Em outra conversa, Magno pede à Patrícia para verificar em uma planilha se o caminhão possuir rastreador. Por fim, Francisco, vulgo 'Chiquinho', 'Japa' ou 'Japonês do Astra', é mencionado como um dos autores do roubo durante conversa ocorrida entre 'Gordão' (vulgo de José Hélio) e 'Baiano', no dia seguinte ao crime.

Já as transcrições de fls. 45/63 dizem respeito ao roubo ocorrido em 11.09.2014, contra a vítima Edisom Ferreira de Campo, que contou com a participação de Magno, Patrícia e José Hélio.

Nestas conversas, verifica-se que Magno e José Hélio (vulgo 'Gordão') combinam o roubo a ser cometido e escolhem a vítima. Também há conversas ocorridas logo após a consumação do crime, nas quais Magno e José Hélio discutem o local para onde o caminhão será levado a fim de ser retirado o rastreador. Há, ademais, diálogo no qual Magno pede novamente à Patrícia que verifique a existência de rastreador no caminhão roubado pelo grupo.

É certo também que os policiais civis narraram com precisão e coerência a maneira como ocorreu a identificação de cada um dos réus através das interceptações telefônicas.

Quanto aos depoimentos prestados pelos policiais, eles presumidamente cumprem a lei e se dedicam a serviço relevante. Não deve haver preconceito, assim, a respeito de seus depoimentos. O testemunho de policiais merece fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. Não basta que sejam funcionários da polícia para que se rejeite os seus depoimentos como fontes de prova. Neste sentido:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualifica-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal (STF; HC n° 74.608-0-SP; Rel. Min. Celso de Mello).

O réu Magno desmentiu seu envolvimento nos crimes ora apurados,

Acesso ao Sumário

alegando que no momento dos fatos estava em seu local de trabalho. Para comprovar tal alegação, juntou aos autos o exame pericial de fls. 1079/1090, que analisou imagens captadas pelas câmeras de segurança do estabelecimento em que Magno laborava. Concluiu o laudo que, no período examinado, o réu não utilizou aparelhos celulares e nem se afastou do ambiente de trabalho.

Tal parecer técnico, contudo, não deve prevalecer sobre a prova produzida em juízo e sobre o resultado das interceptações telefônicas. Isto porque se trata de material produzido por perito particular, contratado pelo réu, não se tratando de perícia oficial a cargo do Instituto de Criminalística. Não há, portanto, como assegurar que o exame pericial tenha se debruçado sobre material fidedigno. E, de todo modo, nem há como afirmar que a pessoa que aparece nas imagens seja o réu Magno.

Os depoimentos das testemunhas Glécio e Bruno, ex-funcionários do réu Magno, tampouco se prestar a excluir o envolvimento deste acusado nos crimes. De acordo com ambos, o réu Magno permaneceu na companhia deles durante todo o tempo na noite em que ocorreram os roubos e, neste período, não fez uso de aparelho celular (segundo eles, ninguém portava celular na oficina, por temor de assaltos). Entretanto, soa duvidoso e estranho que tais testemunhas consigam se recordar, exatamente, que estiveram na companhia do acusado nas datas dos fatos, considerando que, até a data da audiência, dois anos se passaram.

Ademais, o réu Magno tentou excluir o envolvimento da ré Patrícia das práticas criminosas, alegando que na época dos fatos tinha uma funcionária chamada Patrícia (a testemunha Simone Patrícia da Silva).

A testemunha Simone Patrícia da Silva, arrolada pela defesa, mentiu descaradamente em juízo. Alegou ser a titular das linhas nº. (...) e (...). Disse que mais ninguém tinha acesso a estes telefones. Afirmou, ainda, ser a interlocutora das conversas interceptadas e transcritas às fls. 25/26 e 54/55. Disse que seu namorado Leandro, que é mecânico automotivo, estava lhe informando as placas de caminhões nos quais ele havia feito serviços. Assim, como de costume, ele passava as placas para que ela as inserisse em uma planilha para fazer o fechamento das contas da oficina.

No entanto, o caráter mendaz de tais assertivas se evidencia por meio de algumas observações:

a) Tais ligações, supostamente relativas a trabalho, foram feitas durante a madrugada (à 01h10 e à 01h36), o que causa estranheza.

b) As placas informadas pelo tal namorado Leandro e anotadas por Simone Patrícia coincidem justamente com as placas dos caminhões

Acesso ao Sumário

que foram roubados nas datas mencionadas na denúncia.

Vejamos:

b.1) No dia 09.09.2014, por volta das 23h55, foi roubado o caminhão trator Volvo de placa MSF-8714. Na conversa transcrita às fls. 25/26, travada menos de duas horas após o roubo, o interlocutor informa a seguinte série: A, M, S, F, A, 1, 8, 7, 1, 4, 4. Fica claro, portanto, que o interlocutor repassou a série da placa do caminhão roubado, acrescentando apenas, no começo e no final, algumas letras e números, possivelmente com o fim de ocultar o que estava sendo feito.

b.2) Do mesmo modo, no dia 11.09.2014, por volta das 23h45, foi roubado o caminhão trator Volvo de placa CVN-5662. Na conversa transcrita às fls. 55/56, que ocorreu menos de duas horas após o roubo, o interlocutor soletra a seguinte série: W, C, V, N, U, 0, 5, 6, 6, 2, 3. Novamente, evidencia-se que o interlocutor transmitiu as letras e os números do caminhão roubado naquela data, utilizando o artifício de acrescentar letras e números no começo e no final da série.

c) No documento de fl. 868, encaminhado pela operadora de telefonia, é possível constatar que a ré Patrícia utilizou o telefone nº. (...) para enviar mensagens relativas à filha do casal, chamada Gabrielly. Diz a mensagem: 'Tio o Sr pode deixar a Gabrielly no cartório. Obrigada Patrícia (sic)'. No documento de fl. 867, consta mensagem encaminhada ao celular nº. (...) pelo colégio Carlos Drummond de Andrade, no qual a filha dos réus Patrícia e Magno estudava.

d) No documento de fl. 846, encaminhado pela operadora Tim Celular S.A., consta que a linha nº. (...) era de titularidade de Joel Pereira da Silva (cadastro feito em 29.07.2012). Portanto, o cadastro da referida linha não estava em nome da testemunha Simone Patrícia da Silva. Tal circunstância, de total relevância, sequer foi mencionada pela testemunha.

O mesmo número de telefone utilizado para ligar para Patrícia (...) também foi utilizado por Magno para se comunicar com os demais comparsas (José Nilton, no primeiro roubo, e José Hélio, no segundo) antes do roubo e lhes passar as diretrizes sobre o veículo a ser subtraído e o local para o qual deveria ser levado.

Não há dúvida, portanto, de que a testemunha Simone Patrícia da Silva faltou inteiramente com a verdade. Igualmente, não resta dúvida de que a ré Patrícia é a interlocutora que conversou com o réu Magno e, a pedido deste, fez pesquisas com base nas placas dos caminhões roubados, a fim de verificar a existência de rastreadores em tais veículos (GPS)" (fls. 1549/1555).

Acesso ao Sumário

Consistente, pois, o quadro probatório, sendo irrecusável a condenação de José Nilton, Magno e Patrícia pelo roubo praticado em 09/09/2014, e de José Hélio, Magno e Patrícia pelo roubo praticado em 11/09/2014.

Não vinga, igualmente, o pleito de desclassificação das condutas para favorecimento real ou mesmo receptação.

Embora admitindo, José Nilton, que sua participação se limitou à desinstalação do rastreador e condução do caminhão subtraído no dia 09/09/2014 até Diadema, resta evidente que sua conduta extrapolou aos delitos de receptação ou de favorecimento real.

Em verdade, José Nilton teve atuação de partícipe no crime de roubo, sendo certo que, logo após a subtração, buscou o caminhão na cena do crime, retirou o equipamento de rastreamento e levou o veículo até local seguro, de modo a permitir que o delito de roubo fosse concluído com sucesso.

Bem reconhecido o concurso de agentes diante do ajuste prévio e da divisão de tarefas, voltados para o mesmo propósito criminoso.

E o emprego de arma, no roubo praticado em 09/09/2014, sempre referido pela vítima idônea, Danilo, é de induvidosa ocorrência, não vingando o pleito de seu afastamento.

Independente de ser causa subjetiva, que advém do temor da vítima em face da exibição do instrumento pelo agente, ou objetiva, que decorre do maior perigo que a arma causa ao ofendido, o reconhecimento da qualificadora prescinde da apreensão e de exame pericial do artefato, se outras provas demonstram a sua utilização no roubo.

Quando a prova oral atesta, de forma uníssona e idônea, o emprego de arma no roubo, mas não houve a prisão em flagrante dos agentes, é de se reconhecer a respectiva qualificadora, ante a falta de apreensão e a consequente impossibilidade de perícia.

Neste caso, prevalece presunção relativa de que a arma possui potencialidade lesiva, incumbindo à parte que alegue o contrário o ônus de demonstrar a sua ineficácia (art. 156 do CPP). Não se justifica transferir tal incumbência ao Ministério Público, que não tem possibilidade de comprovar a eficácia ofensiva da arma quando esta não é apreendida.

Essa é a orientação predominante nos tribunais superiores (STF: HC 84.032-9; STJ: HC 81.836-SP; REsp 846574/RS; REsp 838.154/RS; REsp 776996/RS,).

Igualmente inafastável a majorante da restrição à liberdade das vítimas, em ambos os episódios delitos, certo que contidos, os caminhoneiros, durante seguidas horas, já inteiramente subjugados pelos assaltantes, em matagal situado às margens da rodovia, excedido, pois, o tempo mínimo necessário para a prática das subtrações.

Acesso ao Sumário

E as penas, criteriosamente fixadas, não comportam alteração.

Os fundamentos que ditaram a exacerbação das penas-base, a saber, "*Os agentes uniram-se para a prática de roubos de caminhões de grande porte, em rodovia de intenso movimento. As conversas interceptações demonstraram que os agentes escolhiam modelo melhor aceito por receptadores, efetuavam o roubo, acessavam sistema (ilicitamente obtido, por óbvio) para fornecimento de informações sobre instalação de sistema de rastreamento, deixavam o caminhão em local de 'descanso' (após retirada do equipamento) e o encaminhavam ao receptador. Envolveram-se em criminalidade organizada, alvo da operação 'Não Pare na Pista'. Para execução do crime, mantinham os motoristas, trabalhadores, em matagais escuros às margens das rodovias, causando-lhes intenso sofrimento. [...] José Hélio, Magno e José Nilton, inclusive, já foram condenados em Primeira Instância, por delito idêntico, também apurado por ocasião na operação "Não Pare na pista" (autos nº 244-27.2016, que tramitam na 4ª Vara criminal local, conforme certidões de objeto e pé juntadas aos autos). [...] Há, ainda, as conhecidas consequências de tais delitos. O roubo de caminhões causa insegurança nas estradas e afeta a economia do país, aumentando o custo do frete do transporte rodoviário e, consequentemente, do produto final disponibilizado ao consumidor. [...] Sobressai-se, no fato em tela, maior grau de censurabilidade na conduta dos acusados, que não se manteve apenas nos moldes inerentes ao tipo penal em espécie [...] Em relação a Magno ainda cabe destacar seu relevante papel na organização das atividades dos comparsas. As transcrições juntadas aos autos são aptas a demonstrar o que disseram os policiais civis em Juízo, ou seja, de que Magno dirigia a atividade dos demais agentes, que a ele se reportavam para tomada de decisões. [...] À distância, de início Magno conversava com os comparsas que executariam diretamente a subtração, escolhendo o modelo do caminhão. Acompanhava e orientava a ação dos comparsas por telefone celular. Consumado o delito, dirigia-se ao local onde os equipamentos de rastreamento seriam por ele retirados. Em seguida, deliberava sobre o local de descanso e participava da entrega do bem ao receptador. [...] Magno ainda usa outra identidade (Magno Cardoso dos Santos ostenta condenações certificadas a págs.2164 e 2165), conforme admitiu em seu interrogatório judicial. Disse que a identidade falsa foi obtida ilicitamente para evitar investigações policiais. Além disso, compra e reforma caminhões, sendo que precisou do nome falso para 'colocar os caminhões para rodar'. [...] Desfavoráveis as condições pessoais de Magno*" (fls. 2197/2198), são válidos e ficam mantidos, assim como as frações de acréscimo aplicadas, de 1/5 para José Nilton, José Hélio e Patrícia, e de 1/3 para Magno.

Em segunda fase de individualização, presente a agravante da reincidência em relação ao réu José Hélio, devidamente comprovada (certidão de fls. 2158/2159 – Processo nº 0025513-15.2009), incidiu o módico acréscimo de 1/6

à sua pena.

De passagem, anote-se, não era mesmo caso de se considerar a versão judicial ofertada por José Nilton – em que descreve dinâmica delitiva desconectada com a realidade fática –, como atenuante, evidenciado o intuito de minimizar significativamente sua conduta, não demonstrando, minimamente, sincero arrependimento.

Na terceira fase da dosimetria, a presença de três causas de aumento, no tocante ao roubo praticado em 09/09/2014, e de duas causas de aumento, no que diz com o roubo praticado em 11/09/2014, dão suporte à adoção de frações de acréscimo de 5/12 e de 3/8, respectivamente.

De fato, incidindo mais de uma majorante ao roubo, justificam-se tais acréscimos, pouco superiores ao patamar mínimo, que tem larga aceitação na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça – como forma de individualizar as penas, punindo-se diversamente condutas de diferentes gravidades –, restando ínsita a maior probabilidade de dano representada, ampliando-se o desvalor da ação, tornando-a mais grave, certa a probabilidade de maior êxito no empreendimento criminoso, a fazer aumentar o desvalor do resultado.

Ainda nesta fase, reconhecida a participação de menor importância em relação à ré Patrícia, sem repercussão ministerial, mantém-se a aplicação do redutor, em grau máximo, para cada um dos roubos.

Por fim, reconhecida a continuidade delitiva entre os roubos praticados nos dias 09/09/2014 e 11/09/2014 em relação aos réus Magno e Patrícia, incidiu, corretamente, o acréscimo de 1/6 sobre a pena do deito mais grave, no caso, o primeiro deles.

Nas circunstâncias do caso concreto, a par do quantum das penas aplicadas ao réu Magno e da condição de reincidente do réu José Hélio, o regime prisional fechado mostra-se adequado em relação a todos os apelantes, certa a gravidade das condutas, praticados, os roubos, em concurso de agentes, com precisa divisão de tarefas, a denotar ousadia e induvidoso planejamento, sempre mediante restrição da liberdade das vítimas, em clara demonstração de que os réus não possuem freios morais, necessitando de severa contenção de seus ímpetos delinquentes.

Ademais, crimes que tais, que vêm em um crescendo, estão a colocar em constante desassossego a Sociedade, mostrando-se o regime mais severo o único a coibir novas incursões dos criminosos nesta seara, em observância, sua fixação, aos parâmetros estabelecidos no artigo 59 do Estatuto Repressivo e à Súmula 440 do C. STJ.

Diante do exposto, nega-se provimento aos apelos defensivos, ficando mantida, por seus bem deduzidos fundamentos, a r. sentença recorrida.

Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002442- 92.2013.8.26.0127, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante ROGER MARTELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL ao apelo para reduzir a pena do apelante para 9 meses de detenção e 13 dias-multa, além de suspensão da permissão para dirigir veículos e DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE em relação ao delito do art. 306 do Cód. de Trânsito, em razão da prescrição da pretensão punitiva. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Marcello Gonçalves e usou da palavra o Exm. Sr. Procurador de Justiça, dr. Arual Martins", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Presidente) e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 5 de agosto de 2019.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Trânsito. Embriaguez. Provada pelo exame de sangue que comprovou concentração alcoólica acima do máximo legal e pelos sinais clássicos de embriaguez descritos por testemunha policial. Alteração da capacidade motora demonstrada por presunção legal. Crime de perigo abstrato. Entendimento das Cortes Superiores. Penas fixadas na sentença no máximo. Inviável manutenção da reprimenda para compensar punição por outro delito (lesão corporal) que prescreveu. Redução da pena e consequente prescrição do art. 306 CTB pela pena *in concreto*. Apelo parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 205/214) interposto contra a r. sentença (fls. 164/169) em que, através dela, julgou-se procedente a ação penal para impor a Roger Martelli as penas de 3 anos de detenção, em regime semiaberto, suspensão da habilitação pelo prazo de 2 anos e 6 meses; e 360 dias-multa, por conta de violar o disposto no art. 306 do Cód. de Trânsito. Na mesma oportunidade, foi extinta a punibilidade em relação ao delito do art. 303 de CTB.

Alega insuficiência de provas e, alternativamente, ainda reclama a aplicação da pena mínima, bem como a alteração do regime para o mais brando e, ainda, que se faça incidir a prescrição.

Nos autos, além das contrarrazões, encontramos o r. parecer da Proc. Geral de Justiça, pelo desprovimento (fls. 216/221 e 205/211).

É O RELATÓRIO

-1-

Consta dos autos que no dia 16 de março de 2013, por volta das 15h50, na Avenida Santo Estevão, n° 230, Carapicuíba, o ora apelante conduzia veículo Fiat Uno Mille, cor cinza, após ter ingerido substância alcoólica em quantidade superior ao permitido em Lei e terminou por subir na calçada e abalroar a vítima Maria Góes Teixeira, bem como o filho desta, Mikael, de 11 meses de idade, que aguardavam a possibilidade de atravessar a rua na faixa de pedestre, causando lesões leves nas vítimas (fls. 99/104 e fl. 129).

O crime de lesão corporal das vítimas acidentadas teve extinta a sua punibilidade na sentença, os termos do art. 107, IV, do Cód. Penal.

Então, a discussão apenas se resume ao remanescente, o crime de embriaguez ao volante.

-2-

A materialidade do delito encontra-se comprovada pela concentração alcoólica apresentada no sangue do apelante, cf. laudo toxicológico de fls. 91 (2,5 g/l), bem como pelos sinais de embriaguez descritos pelas testemunhas.

O réu confessou em juízo ter ingerido bebida alcóolica, e em seguida ter conduzido veículo automotor. Quanto ao perigo que gerou a outras pessoas ao dirigir embriagado, afirmou que tinha ciência, porém acreditava que havia ingerido uma quantidade de álcool pequena e insuficiente para causar mal a alguém.

Sua versão não convence, porquanto a concentração que trazia no sangue era superior a quatro vezes a permitida em lei (0,6g/l), o que é suficiente para caracterizar o cometimento do delito, em atenção à presunção criada pela Lei (art. 306, § 1º, I, do CTB), de que a capacidade psicomotora encontra-se provada quando a concentração de álcool no sangue ultrapassa o limite legalmente permitido. E, como se não bastasse, o policial ouvido em juízo narra que o réu apresentava evidentes sinais de embriaguez.

No tocante à alegação da defesa de inviabilização de condenação por crime de perigo abstrato, a jurisprudência uníssona do e. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que realmente esse é delito de perigo abstrato, criada a figura para a preservação social contra cometedores de desatino que enluta constantemente milhares de famílias todos os anos.

Acesso ao Sumário

É conduta que, por si, independentemente de outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

Dizer que tal delito é de perigo abstrato nada mais é que reconhecer que para a caracterização do crime de embriaguez ao volante não é necessário a individualização de vítimas, isto é, não se exige, efetivamente, que algum objeto jurídico individual sofra risco de dano em virtude do comportamento do agente. Basta a possibilidade de risco à coletividade, à segurança viária.

O col. Supremo Tribunal Federal rechaçou sua inconstitucionalidade, confira-se voto do Min. Enrique Ricardo Lewandowski, encontrável no julgamento do HC 109.269/MG, em 27.9.2011: "A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas (...) Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado".

A propósito da inconstitucionalidade de crimes de perigo abstrato, tema agitado no recurso, o Pretório Excelso, em pronunciamento do Min. Gilmar Mendes, assim deliberou, *verbis*: "(...) Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo" (HC 104.410/RS, j. 6.3.2012).

Acesso ao Sumário

E aqui não se vê desborde em relação ao princípio da proporcionalidade, tendo a sanção cunho evidentemente pedagógico.

A orientação está fixada nos anais da Suprema Corte, ratificada em voto do Min. Celso de Mello, encontrável no HC 102.087/MG, j. 28.2.2012. Nesse mesmo sentido, o de crime de perigo abstrato: STJ, HC 177.942/RS; STJ, HC 202.653/RJ e STJ, HC 204.127/RJ.

Rejeito, pois, com base em direito pretoriano superior, a argumentação defensiva.

Mantenho, no entanto, a condenação por embriaguez, com reparos na dosimetria.

-3-

Quanto ao pedido de aplicação de pena mínima, tem-se que foi fixada na sentença a sanção máxima na primeira fase da dosimetria sob o argumento de que, ao dirigir embriagado, não só causou perigo, como também atropelou duas vítimas, sendo que uma delas era uma criança de 11 (onze) meses de idade. Contudo, a argumentação apresentada na sentença, com a devida vênia aos argumentos em contrário, não pode prosperar.

O crime de lesão corporal das vítimas também foi denunciado nestes autos e foi julgada extinta a punibilidade pela prescrição. Então não pode mais ser considerada tal circunstância para fixação da pena base por outro delito, o de embriaguez.

Não se mostra aceitável, ademais, que para se evitar a indesejável incidência da prescrição penal se adote, sem pertinente e objetiva fundamentação (art. 59 do CP), a exacerbação para além do mínimo legal da quantidade da pena imposta ao réu primário, de bons antecedentes e sem registro de qualquer nota desfavorável à sua conduta social, cf. já decidido pelo E. STJ (HC 115.611/CE, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18.5.2009, RSTJ vol. 216 p. 598).

No entanto, é certo que, no caso dos autos, o réu apresentava no seu sangue quantidade de álcool muito acima do aceitável, mais do quádruplo do permitido em Lei, o que denota maior culpabilidade em sua conduta. Também de se reconhecer que dirigia de forma perigosa, invadindo a mão contrária e dando 'cavalo de pau', adotando conduta perigosa na direção, o que aumenta ainda mais o perigo de lesão dos populares, dado o comprometimento de sua capacidade psicomotora. Portanto, de rigor a fixação da pena em 1/3 acima do mínimo legal. Reduz-se, desta forma, a pena para 8 meses de detenção e 13 dias-multa.

Ausentes outras circunstâncias ou causas de modificação da pena, que se torna definitiva.

-4-

Uma vez reduzida a pena, constata-se a prescrição da pretensão punitiva.

Em razão do que dispõe o § 1º do art. 110 do Cód. Penal: "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação (...) regula-se pela pena aplicada (...)" (*verbis*).

Da decisão condenatória somente recorreu o réu, tendo a r. sentença transitado em julgado para o Ministério Público.

Portanto, a prescrição passa a ser regulada pela pena 'in concreto', no

Acesso ao Sumário

caso 8 meses de detenção, cujo prazo prescricional aplicável seria de 3 anos, com fundamento no art. 109, inc. VI, do Cód. Penal.

Com efeito, o prazo prescricional decorreu por inteiro, entre a data da publicação da sentença, 10.10.2014 (fl. 170), e a presente data, sem que ocorresse suspensão do prazo prescricional nesse período.

Incidiu, portanto, a denominada prescrição da pretensão punitiva.

As penas de multa e suspensão da habilitação acompanham a pena privativa de liberdade, principal.

Por consequência, ante o implemento da condição resolutiva de punibilidade, deve ser declarado extinto o 'ius puniendi', com julgamento do mérito, qualquer que seja a fase em que atravesse (Cód. Pen., art. 107, IV, 1ª fig.; Cód. Proc. Pen., art. 61, *caput*), na esteira do ensinamento de José Frederico Marques (cf. Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Forense, 1961, vol. II, nº 537, pág. 394; Tratado de Direito Processual Penal, 1ª ed., Saraiva, 1980, vol. II, nº 343, pág. 77; Curso de Direito Penal, 1ª ed., Saraiva, 1956, § 160, nº 3, págs. 403-4) e da jurisprudência iterativa (cf., p. ex., RSTJ, 88/279; RT, 452/460 e 756/621; RJTJESP, 49/364; RJDTACrimSP, 3/217 e 26/250; JTACrimSP, 48/387).

Finalmente, restou prejudicada a parte do recurso interposto pelo apelante que diz respeito a discussão sobre regime de cumprimento de pena, porquanto a extinção da punibilidade é matéria de mérito. Ficaram eliminados, pois, os efeitos da infração penal. Daí a máxima 'qui non potest condemnare, non potest absolvere' (cf., p. ex., Antonio Rodrigues Porto, Da Prescrição Penal, 4ª ed., RT, 1988, nº 92, pág. 114; Damásio E. de Jesus, Prescrição Penal, 6ª ed., Saraiva, 1991, pág. 159, in fine, e nota 28).

ANTE O EXPOSTO, nos termos do voto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo para reduzir a pena do apelante para 8 meses de detenção e 13 dias-multa, além de suspensão da permissão para dirigir veículos e, na sequência, por conta o já explicado, **DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE** em relação ao delito do art. 306 do Cód. de Trânsito, em razão da prescrição da pretensão punitiva. **COMUNIQUE-SE À ORIGEM INCONTINENTI**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0010335-36.2018.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.J.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.969)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Violência doméstica. Lesões corporais leves. Recurso defensivo. Dosimetria da pena e regime inicial para o seu cumprimento que não comportam reparos – Pleito de afastamento da suspensão condicional da pena imposta mediante as condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal. Não cabimento. Acusado que possui o direito de recusar a benesse por ocasião do início da execução, na audiência admonitória. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por A.J.S. contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Tatiana Vieira Guerra, da Vara Regional Leste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Foro Regional VI – Penha de França – da Comarca da Capital, que o condenou à pena de 06 meses de detenção, em regime inicial aberto, devido a prática do crime previsto no artigo 129, §9º, do Código Penal, concedendo em seu favor a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, mediante as condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, alíneas "b" e "c", do mesmo diploma legal (fls. 96/100).

Em suas razões de recurso, a Defesa requer o afastamento da suspensão condicional da pena imposta mediante as condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal (fls. 106/110).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifesta-se pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 113/115).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Ricardo Navarro Soares Cabral, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 124/126).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O apelante foi condenado, porque, no dia 16 de setembro de 2018, por

Acesso ao Sumário

volta das 15h50, na Rua (...), Tatuapé, São Paulo/SP, ofendeu a integridade física de sua ex-esposa, L.S.S., causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Consta da denúncia que acusado e vítima foram casados e tiveram um filho. Na data dos fatos, eles já estavam separados há quatro anos e o acusado a encontrou com o filho na via pública. Nessa ocasião, ele tentou, de forma violenta, levar o infante consigo. A ofendida interferiu e o apelante lhe desferiu socos no rosto e chutes no corpo, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria do delito restaram demonstradas a partir do consistente conjunto probatório, de tal modo que tais pontos sequer foram objeto de impugnação no apelo defensivo. A irresignação da Defesa se restringe à suspensão condicional da pena imposta mediante as condições estabelecidas no artigo 78, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal, razão pela qual passo à análise da dosimetria penal e da sobredita tese defensiva.

Na primeira fase, a pena-base foi corretamente fixada em 06 meses de detenção, uma vez que, como bem destacado pelo d. juízo *a quo*, o acusado "*cometeu o delito em via pública, na frente de seu filho e lesionou a vítima em região sensível e visível a todos*" (fls. 99), o que revela a maior reprovabilidade da sua conduta.

À míngua de agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição de pena, confirmo a reprimenda definitiva de 06 meses de detenção.

Devido ao *quantum* da pena aplicada, aliado à primariedade do acusado, correta a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal.

No mais, não considero cabível a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos nos casos de violência doméstica, em decorrência da vedação do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

De resto, mantenho a concessão do *sursis*, nos termos da r. sentença, em razão do *quantum* de reprimenda e do preenchimento dos requisitos do artigo 77, do Código Penal, haja vista que o apelante não é reincidente, não há circunstâncias que justifiquem a inaplicabilidade da suspensão da pena e não há cabimento para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em decorrência da violência doméstica (artigo 44, I, do Código Penal).

A Defesa requer que "*não seja considerado e aplicado o disposto no artigo 78, §2º, alíneas 'b' e 'c', pois o recorrente é pessoa com endereço e trabalho fixo*" (fls. 108).

Ocorre que a existência de endereço e trabalho fixos não impedem a fixação das condições estabelecidas nas sobreditas alíneas do artigo 78, §2º, do Código Penal, que consistem em proibição de se ausentar da comarca onde

reside sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Ademais, importa mencionar que, por se tratar o sursis de benefício legal, é dever do magistrado se posicionar quanto a sua aplicabilidade, sendo certo, entretanto, que o réu poderá recusar a benesse por ocasião do início da execução na audiência admonitória. Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. **SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. BENEFÍCIO FACULTATIVO. OBRIGATORIEDADE DE O MAGISTRADO POSICIONAR-SE EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOGAÇÃO. AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. POSSIBILIDADE.** RECURSO ESPECIAL FINALIDADE DESVIRTUADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 83 E 536, AMBAS DO STJ. AUTORIA E MATERIALIDADE. AFASTAMENTO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **É dever do juiz, ao condenar o réu, fixar o regime inicial de cumprimento da pena, a qual, poderá, verificados os requisitos legais, ser condicionalmente suspensa por dois anos. 2. Ao condenar o recorrente à pena de 3 meses e 15 dias de detenção, pela prática do crime positivado no art. 129, § 9º, do Código Penal, o juiz fixou o regime aberto para seu cumprimento e suspendeu a execução da pena por dois anos, mediante condições indicadas na sentença, obedecendo, portanto, os respectivos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c" e 77, ambos do Código Penal**. 3. Não se presta o recurso especial a modificar decisão que se apoiou expressa e corretamente nos dispositivos penais de regência, sendo inservíveis, na jurisdição extraordinária, argumentos que dizem respeito a meras conjecturas sobre o que poderá ocorrer em audiência admonitória ainda não realizada, bem como a fatores que são estranhos à estrita atividade judicial de dizer o direito à luz dos fatos objeto de sua decisão. 4. As questões afetas ao cumprimento da pena e à sua fiscalização cabem ao Juízo da execução, no momento em que esta se inicia. Eventual deficiência do Estado em oferecer estabelecimento adequado ao cumprimento da pena – o que, na argumentação do recorrente, resultaria em prisão domiciliar – é tema afeto à execução penal, e não ao juízo de cognição, que observou rigorosamente os preceitos de lei federal pertinentes. 5. Se a própria Defensoria Pública reconhece que **bastará ao recorrente, na referida audiência judicial que inicia a execução penal, recusar o benefício**

Acesso ao Sumário

do *sursis*, para não ver-se prejudicado no cumprimento da pena, não faz o menor sentido provocar esta Corte apenas porque aquele Órgão supõe que o recorrente poderá comparecer sem assistência jurídica ao aludido ato judicial, assistência que, aliás, seria de seu mister providenciar, de modo a evitar, desnecessariamente, o prolongamento da jurisdição penal [...]

(STJ – Sexta Turma – REsp 1537749/DF – Min. Rel. Rogério Schietti Cruz – Julgado em 30/06/2015 – g.n.).

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso defensivo, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002287-55.2015.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante/apelado R.B.P.G., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de R.B.P.G., qualificado nos autos, para JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA e absolvê-lo da acusação de ter infringido no artigo 217-A, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal; READEQUAR SUAS PENAS em 2 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos nas modalidades prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, sem prejuízo do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 243, da Lei n. 8069/90 e; NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES. DEFESA E MINISTÉRIO PÚBLICO. Imputação da prática dos crimes

previstos no artigo 217-A, do Código Penal, e 243, da Lei n. 8.069/90. Sentença de parcial procedência. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório que inviabiliza o reconhecimento da tese de absolvição por inexistência de provas no que toca ao crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Relato da vítima coerente e seguro, em sintonia com os demais elementos de prova. Inviável, no entanto, a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, ante a existência de fundada dúvida sobre a ocorrência de erro de tipo, circunstância que exclui o crime. Inteligência do artigo 20, *caput*, do Código Penal. Artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, que passa a ser o fundamento da absolvição. Dosimetria. Basilar devolvida ao piso legal, ante a insubsistência da fundamentação utilizada na origem para a exasperação. O Regime inicial aberto se afigura mais adequado, com a substituição da respectiva pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Sentença reformada em parte. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO, DESPROVIDO O DA ACUSAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra r. sentença (fls. 330/349) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar R.B.P.G. a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e no pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 243, da Lei n. 8.069/90, e absolvê-lo da acusação de ter infringido os artigos 148, §1º, incisos IV e V, e 217-A, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, em suas razões (fls. 357/371), pugna pela condenação do acusado nos termos do artigo 217-A, c.c. o 61, inciso II, alínea "f", ambos do Código Penal.

A defesa, em seu arrazoado (fls. 374/377), pleiteia a absolvição por insuficiência do conjunto probatório. Subsidiariamente requer o redimensionamento da dosimetria penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de desenvolvimento válido

Acesso ao Sumário

e regular, e de admissibilidade, para, no mérito, dar parcial provimento ao da defesa e negar provimento ao da acusação.

R. foi condenado porque no mês de abril de 2015 forneceu, sem justa causa, a N.R.P.S., menor de idade, produtos cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica.

A acusação pleiteia também a condenação como incurso nos artigos 217-A, c.c. o 61, inciso II, alínea "f", ambos do Código Penal, porque nas mesmas condições de tempo, prevalecendo-se de relações domésticas, teria praticado conjunção carnal com a referida adolescente, menor de 14 (quatorze) anos de idade à época.

A materialidade e a autoria do delito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente estão demonstradas pelos boletins de ocorrência (fls. 6/7, 9/10 e 13/14) e pela prova oral produzida durante a instrução da persecução penal.

No interrogatório judicial, R. disse que só manteve relações sexuais com a vítima após ela e a prima dizerem que a adolescente tinha 17 (dezessete) anos de idade e que morava com a mãe. Redarguiu que ela é quem o assediava, chegando a tatuar seu nome na região das costas. Negou mantê-la em cárcere privado e igualmente ter lhe fornecido maconha. Acrescentou ser de conhecimento geral que a vítima se relacionava sexualmente com outros homens.

A vítima, inquirida sob o crivo do contraditório constitucional, disse que conheceu o acusado, a quem jamais mentiu a idade, por intermédio de algumas amigas, após fugir da (...). Hospedou-se na casa dele por cerca de uma semana, mas só dormiu no local em duas ocasiões. De fato, mantiveram relações sexuais consentidas em duas oportunidades, acrescentando terem feito uso de preservativo. Além disso, durante o referido período, fizeram uso de maconha várias vezes. Finalizou dizendo que ele a impedia de voltar à (...), o que conseguir fazer em um momento de descuido dele.

J.D.A., conselheiro tutelar responsável pelo acompanhamento da vítima, que à época tinha 13 (treze) anos de idade, relatou que ela estava em situação de acolhimento, mas por vezes fugia para, segundo "denúncias", ir à casa do acusado, que supostamente abusava dela sexualmente e lhe oferecia bebidas alcoólicas. Não raro surgiam outros rumores de que a vítima se relacionasse sexualmente com outros homens, tanto que após os fatos ela engravidou e foi morar junto do pai da criança, constituindo família. Além disso, sugeriu que a vítima apresentava compleição física incomum à idade que tinha, aparentando, portanto, ser mais velha.

A psicóloga da (...), inquirida sob o crivo do contraditório constitucional, disse que a vítima realmente deixou o acolhimento, mas retornou alguns dias depois, admitindo ter ficado na casa do acusado, com quem teria mantido relações sexuais e feito uso de drogas. Na oportunidade, a vítima afirmou ainda

Acesso ao Sumário

que o acusado a impedia de deixar o local, o que acabou conseguindo fazer num momento de descuido dele. Submeteram-na a exame toxicológico cujo resultado foi positivo para maconha.

F.R.S., em juízo, esclareceu que presenciou a mãe do acusado, L.M.P.F., sua amiga, sair diversas vezes para tratar do assunto referente a uma garota que insistia em assediar seu filho e a instalar-se em sua residência.

L., em juízo, disse nunca ter presenciado N. em sua residência. No mais, pôde atestar apenas que o acusado, seu filho, é usuário de drogas.

Com efeito, diante da prova oral sucintamente exposta, inquestionável a condenação do acusado como incurso no artigo 243, da Lei n. 8. 069/90.

Isto porque a vítima foi segura ao relatar ter feito uso de entorpecentes na companhia do sentenciado e na residência dele. Igualmente relatou os fatos à psicóloga do abrigo no qual estava acolhida tão logo retornou ao local, sendo submetida a exame toxicológico com resultado positivo.

Se não bastasse, tornou-se incontroverso que nos dias subsequentes à sua fuga da (...) a vítima esteve na residência em que mora o acusado, não sendo crível que outra pessoa tenha lhe oferecido maconha sem que ele tivesse notado.

Desse modo, em se tratando de delito de atividade formal, não se exigindo, pois, a produção do resultado naturalístico, a condenação era de rigor.

Tormentosa, de outro canto, a questão atinente ao delito insculpido no artigo 217-A, do Código Penal.

É sabido que nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente praticados sob o véu da clandestinidade, a palavra da vítima goza de especial valor jurídico.

Essa é a orientação predominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. 3. CRIME SEXUAL. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. JUSTA CAUSA. 4. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ESCLARECIMENTO DOS FATOS NA ORIGEM. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO PELO STJ. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)*
>
> *3. O paciente foi denunciado como incurso no art. 217-A do CP, em razão de, como professor substituto, ter acariciado os seios de uma aluna menor de 14 anos. Neste HC, o MPF manifestou-se, em seu parecer, pela concessão da ordem, em virtude de a autoridade policial ter opinado, no inquérito policial, no sentido de que a acusação formulada pela menor não se confirmou e entendendo ser caso de encerrar o inquisitório.*

Acesso ao Sumário

Contudo, como é cediço, em crimes sexuais, praticados normalmente na clandestinidade, portanto, sem testemunhas, deve ser dado relevante valor à palavra da vítima.

Note-se que, embora a acusação não tenha se confirmado, na visão da autoridade policial, ao longo do inquérito, igualmente não foi desconstituída, permanecendo, assim, a palavra da menor. Dessa forma, não há se falar em ausência de justa causa. Precedentes do STJ.

(...) (HC 389.716/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017).

E ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ALEGADA NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA PELO PERITO DO JUÍZO. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. VÍCIO NÃO ARGUIDO PELO RÉU NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRECLUSÃO. ARTS. 158 E 564, III, "B", DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PALAVRA DA VÍTIMA. HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS.

SÚMULA 7/STJ.

(...)

IV - Nos crimes contra a dignidade sexual, quase sempre praticados às escondidas, a palavra da vítima ganha especial relevo, mormente, como no caso concreto, quando coerente, sem contradições e em consonância com as demais provas colhidas nos autos.

(...) (AgRg no REsp 1653240/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 29/05/2017).

Demais disso, ainda que a vítima tivesse se recusado a realizar o "exame de conjunção carnal", o acusado admitiu ter praticado relações sexuais com ela em mais de uma ocasião, com a nota que os atos foram consensuais.

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo, não se ignora que o legislador adotou, quanto à vulnerabilidade, o critério biológico, fator a que se atribui o fim da discussão sobre a natureza da presunção de vulnerabilidade do sujeito passivo, notadamente após a edição, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula nº 593, donde "*O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente*", não se podendo dizer atípica a conduta em razão da relativização da vulnerabilidade.

Por outro lado, a causa penal deve ser apreciada segundo suas peculiaridades, sem cindir-se do contexto em que os fatos se desenvolveram, objetivando a reconstituição da verdade da maneira mais aproximada possível, possibilitando, assim, que se chegue à justa solução almejada pelos envolvidos e pela sociedade.

Desse modo, a tese de erro de tipo levantada pela defesa é crível e não restou vencida pela acusação, que não logrou suplantar a fundada dúvida a respeito da ciência, pelo acusado, quanto à idade da vítima, inviabilizando a pretendida condenação.

Isto porque o acusado, que, repise-se, confessou ter mantido relações sexuais com a vítima, impondo que se preste algum tributo ao valor de seu relato, asseverou que ela se apresentou dizendo ter 17 (dezessete) anos de idade. Além disso, há notícia de que a vítima, à época com 13 (treze) anos, realmente aparentava ser mais madura, com elevada compleição física, bem como de que já mantinha vida sexualmente ativa, o que se tira sobretudo do citado depoimento de J.D.A., segundo o qual *fisicamente a vítima era até grande* e de J.A.A.C. enfática ao afirmar que *a vítima sempre foi uma menina com porte físico alto e aparentava ser um pouco mais velha* (fls.344).

Relevante reforçar que não se objetiva esvaziar o referido critério legal de vulnerabilidade, tampouco afastar a incidência da jurisprudência sumulada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, mas de reconhecer que, na espécie, há fundada dúvida sobre a existência de circunstância que exclui o crime, tratando-se do erro de tipo previsto no artigo 20, *caput*, do Código Penal, que exclui o dolo.

Consectário lógico, sendo o dolo o único elemento subjetivo admitido pelo artigo 217-A, do Código Penal, de rigor a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Com efeito, diante do contexto fático-probatório, era mesmo de rigor a parcial procedência da pretensão punitiva.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na 1ª-etapa, atento às circunstâncias judiciais favoráveis, fixo a basilar em seu patamar mínimo, com a nota de que o aumento da pena à razão de 1/6 (um sexto) promovida na origem sob a fundamentação de que "*sua pena não pode permanecer no mínimo legal, eis que as circunstâncias judiciais não são favoráveis*" não merece subsistir, à míngua de fundamentação concreta.

Nas etapas subsequentes, à míngua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, tampouco de causas de aumento ou diminuição de pena, totalizo a sanção penal em 2 (dois) anos de detenção, e no pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

Em consonância com o artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal,

Acesso ao Sumário

o regime inicial aberto é mais adequado, com a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos nas modalidades prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, nos termos dos artigos 44, 45, §1º, e 46, todos do Código Penal.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de R.B.P.G, qualificado nos autos, para **JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** e absolvê-lo da acusação de ter infringido no artigo 217-A, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal; **READEQUAR SUAS PENAS** em 2 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos nas modalidades prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, sem prejuízo do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 243, da Lei n. 8069/90 e; **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000430- 96.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante WILLIAM DA SILVA BARROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.324)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: POSSE DE OBJETO DESTINADO À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTE. Posse de microtubos plásticos. Réu condenado às penas mínimas, fixado o regime aberto para início do cumprimento da corporal. Hipótese, todavia, de absolvição, diante da atipicidade da conduta. Objetos

Acesso ao Sumário

utilizados na embalagem e não na fabricação, preparação, produção ou transformação da droga. Inaptidão para caracterizar o delito do art. 34, da Lei nº 11.343/06. Precedentes. Fato atípico. Absolvição, de rigor. Apelo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por WILLIAM DA SILVA BARROS de sentença que o condenou, como incurso no artigo 34, da Lei nº 11.343/06, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, postulando a absolvição por atipicidade, por insuficiência probatória e por inexistência de nexo de causalidade entre a conduta praticada e o crime imputado.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 202/204).

É o relatório.

Consta da denúncia de fls. 51/52 que, no dia 27 de outubro de 2015, por volta das 18h13, na Rua Guaxupé, nº 76, Jardim Americano, em Sorocaba, WILLIAM DA SILVA BARROS possuía e guardava 14.000 (quatorze mil) embalagens do tipo*eppendorf*, destinadas à preparação e produção de droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O apelo comporta provimento, para a absolvição do réu, ante a atipicidade da conduta.

Nada obstante as declarações ofertadas pelo policial militar Adriano Cordeiro da Silva, confirmando a apreensão dos *eppendorfs* vazios na residência do réu (fls. 131/134), e o relato de WILLIAM em solo inquisitorial, no sentido de que pretendia vender tais embalagens a conhecidos seus que traficavam entorpecentes (fls. 09), a absolvição pelo crime do artigo 34, da Lei nº 11.343/06, é providência que se impõe, eis que os microtubos plásticos são objetos inaptos a configurar tal delito, pois não se destinam à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente.

Nesse sentido, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76, cujo artigo 13, com pequenos acréscimos, foi reproduzido pelo artigo 34, da Lei nº 11.343/06, decidiu esta Egrégia Corte de Justiça que "***a apreensão de balança de precisão, tigelas, colheres e sacos plásticos com resquícios de substância entorpecente pronta, perfeita e acabada não caracteriza o crime, pois nenhuma transformação química ocorreu com a utilização dos maquinismos apreendidos***" (Ap. 310.119-3/0-00, j. 18.09.2000, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

Silva Pinto, RT 784/611).

Na mesma linha, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "***A apreensão isolada de uma balança não implica, per se, necessária subsunção da conduta ao tipo descrito no art. 34 da Lei n. 11.343/2006. 2. Provado nos autos que a balança se destinava à medida individual de porções destinadas ao consumo, e não à fabricação, produção ou preparo da substância entorpecente, afasta- se aquela imputação – art. 34 – P , por atipicidade***" (HC nº 153.322-BA, Rel. Min. Celso Limongi, 6ª Turma, DJe 03/11/2011).

E como ensina Renato Marcão, objetos como papelotes, plásticos picotados, fita crepe e tampa de canetas usadas como medida de dose "***podem ser considerados objetos utilizados para o tráfico; todavia não podem ser equiparados a maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica***" ("Toxico", 4ª edição, 2007, Editora Saraiva, pág. 277).

Cumpre destacar, ainda, que o réu foi declarado revel, diante da sua ausência em juízo (fls. 130), razão pela qual a versão apresentada em solo policial, no sentido de que pretendia vender as embalagens plásticas a conhecidos seus que vendiam drogas (fls. 09), não foi confirmada sob o contraditório.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0019575-38.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ALEF VIEIRA 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: "REJEITARAM A PRELIMINAR suscitada e, no mérito, NEGARAM PROVIMENTO à apelação interposta, mantendo a r. decisão nos termos em que foi lançada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.880)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – Preliminar – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Acusado que indicou seu defensor quando indagado em Plenário, estando consignado em ata – Novo causídico, constituído pelo réu, que assumiu o feito após a prolação da sentença – Ausência de prejuízo – Atos processuais realizados regularmente e em consonância com o ordenamento jurídico vigente – Mérito – Condenação contrária à prova dos autos – Inocorrência – Decisão dos jurados que se reveste de soberania, além de estar lastreada no conjunto probatório colhido nos autos – Dosimetria penal – Possibilidade de utilizar qualificadoras reconhecidas como circunstância judicial desfavorável ou agravante genérica, apta a exasperar a reprimenda – Isonomia e individualização da pena – Circunstâncias que denotam maior grau de reprovabilidade da conduta – Regime fechado mantido – Fatos graves – Réu reincidente – Preliminar rejeitada e recuso desprovido.

VOTO

Por decisão soberana do Conselho de Sentença, o acusado **ALEF VIEIRA DOS SANTOS** foi condenado à pena de 26 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, §2º, I, IV e VII, bem como ao art. 157, §2º, I, ambos do Código Penal, conforme se vê da r. sentença de fls. 454/456.

Inconformado, apela o réu. Alega cerceamento de defesa e, no mérito, sustenta ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos. (fls. 466/469).

Ofertada as contrarrazões (fls. 477/479), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 501/506).

Relatei.

A preliminar suscitada deve ser rejeitada. Isso porque, compulsando os autos, verifica-se que o princípio da plenitude de defesa, consagrado no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição Federal, foi observado em todas as fases de maneira escorreita.

Ora, todos os atos pela defesa até então atuante foram realizados

Acesso ao Sumário

tempestivamente e de acordo com o ordenamento jurídico vigente[1], de modo que o descontentamento e insatisfação do atual causídico com os atos de seu colega de profissão não pode ser confundido com a almejada nulidade.

Por outro lado, conforme se verifica da ata de julgamento às fls. 439, o réu foi indagado sobre a constituição do advogado atual, Dr. Alexandre Borges Garcia, em substituição ao seu então defensor dativo, Dr. Luiz Carlos Martins Joaquim, tendo ele esclarecido que "*o seu representante e defensor é o Dr. Luiz Carlos Martins Joaquim, acompanhado do Dr. Alexandre de Mattos Faro e Dra. Valdinéia da Cruz Silva*".

Além do mais, segundo consta às fls. 443/444, prolatada a sentença condenatória, foi interposto recurso de apelação pela atual defesa (Dr. Alexandre Borges Garcia), o qual afirmou ter sido constituído pelo réu naquele ato, tanto que requereu prazo de cinco dias para juntada da procuração.

Daí porque incabível a pretensa nulidade, até porque não restou demonstrado nenhum prejuízo que adveio ao réu, uma vez que o defensor dativo cumpriu com o que era esperado e atuou de forma regular durante o trâmite processual.

No mérito, o apelo também não prospera.

Consta dos autos que, no dia 21 de junho de 2017, quarta feira, às 09h47min, nas dependências do posto de combustível "Auto Posto Rio", situado na Rua Itajubá, 891, esquina com a Rua Coronel Américo Batista, bairro Jardim José Sampaio Júnior, em Ribeirão Preto, o acusado matou Roberto Pereira Abramovicius, mais conhecido pelo apelido "Brama", agindo por motivo torpe, contra policial militar no exercício de sua função e valendo-se de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido, em quem desferiu dois tiros, causa de sua morte.

Consta também que, logo em seguida à execução do homicídio, nas imediações do estabelecimento, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra Reinaldo Calauti da Costa, o réu subtraiu, para si, uma motocicleta Honda/CBX 200 Strada, placas BSN-5899.

Pois bem.

Inicialmente, deve-se enfatizar que na presente sede recursal, em se tratando de matéria de competência do Tribunal do Júri, não é permitida meticulosa e profunda valoração das provas, sob pena de se ofender o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Compete verificar se a decisão foi proferida com fundamento nos elementos de prova constantes nos autos.

E é o que se verifica.

A materialidade e autoria delitiva restou satisfatoriamente demonstra pelo

1 STF, RHC 124216 RO, rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 3 de Fevereiro de 2015.

Acesso ao Sumário

boletim de ocorrência (fls. 04/07), laudos de fls. 83/88 e 111/113, bem como, e principalmente, pela prova oral coligida, consubstanciada na confissão do próprio acusado.

Não bastasse, a testemunha Bruno Vinicius Bueno de Amaral presenciou o acusado desfechar os disparos contra a vítima, inclusive quando ela já se encontrava ao solo.

A prova colhida na primeira fase e em Plenário é suficiente para embasar a condenação do acusado, o qual, repise-se, confessou plenamente a autoria dos delitos.

E, ao contrário do alegado pela defesa, impossível acolher a alegação de que o acusado somente matou a vítima para se proteger. Não havia qualquer ameaça em relação a ele, e, mesmo se houvesse, deveria tomar as providências cabíveis, e não simplesmente decidir ceifar a vida do suposto agressor. Ocorre que, como foi apurado, tratou-se de vingança, eis que o acusado achava ter sido o ofendido o responsável pela morte de seu irmão.

As qualificadoras também estão em consonância com a prova produzida. O ofendido foi morto em razão de seu exercício como policial. É verdade que, talvez mesmo não sendo, o réu cometeria o crime da mesma forma. Mas, como visto, tratando-se de crime cometido contra policial, em decorrência da função (já que o réu acreditava que seu irmão teria sido morto pelo ora ofendido – policial), o legislador, por meio da Lei nº 13.142/2015, inegavelmente quis reprimir com maior rigor os crimes cometidos nessas circunstâncias, razão pela qual mostra-se descabido seu afastamento, até porque, aliás, o conselho de sentença reconheceu a tal qualificadora.

Não se vislumbra, portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Deve-se buscar o sentido da palavra "manifestamente", uma vez que na Lei não existem palavras inúteis. Segundo o léxico, manifestamente quer dizer aquilo que é patente, claro, salta aos olhos como acontecimento.

Para que isso ocorra, é necessário que os Jurados tenham proferido sua decisão sem qualquer elemento de prova que a embasasse, em verdadeira afronta ao princípio da ampla defesa e do "status libertatis" do réu.

Não é a hipótese dos autos.

Os jurados entenderam estar comprovada a autoria e a materialidade delitiva, e fizeram isso com base no que ficou apurado nos autos, acolhendo as teses ventiladas pela acusação. O Conselho de Sentença que, grife-se, é formado por cidadãos leigos, votou os quesitos fundado no livre entendimento de seus membros, valorando os fatos de acordo com o que tinham visto e ouvido.

E, em que pesem os argumentos trazidos pela combativa Defesa em sede de apelação, não há nos autos qualquer indicação de que esta conclusão é

Acesso ao Sumário

arbitrária ou foge de toda a prova produzida durante o plenário, pelo que não há nenhuma razão de ser para a anulação do julgamento.

O mero inconformismo não autoriza arguição de decisão contrária às provas dos autos, que é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto carreado ao processo, dissociada dos fatos, sem suporte probatório capaz de justifica-la; deve, portanto, ser notória e saltar aos olhos, não bastando, para sua configuração, que os Jurados acolham uma das teses apresentadas em plenário, até porque havendo mais de uma tese viável, quem deve fazer sua escolha é o Conselho de Sentença, e não o Tribunal de Justiça. Neste sentido:

> *"Júri – Decisão contrária à prova dos autos – Inocorrência – Veredicto que somente comporta juízo de reforma quando atentatório da verdade apurada no processo, revelando distorção de sua função judicante – Recurso não provido."* **(TJSP, JTJ 233/315).**
>
> *"Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou dos debates em Plenário – enfim, a que se apresenta destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo, com a qual não se confunde a decisão que opta por uma das versões apresentadas."* **(TJSP – EI – Rel. Silva Leme – RT 659/251).**

Os jurados, longe de decidirem em franca oposição ao que mostrou a prova sobre o envolvimento do apelante na cena criminosa, adotaram razoabilíssima decisão, acolhendo versão que tem valioso prestígio no conjunto probatório, eis que as provas trazidas são hábeis a ensejar a condenação.

A reprimenda também não merece reparo.

1) Homicídio

Na primeira etapa, atento às circunstâncias estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, o magistrado sentenciante fixou a pena-base corretamente acima do mínimo legal, em 16 anos, tendo em vista a alta reprovabilidade que foi revestida a conduta, tendo o réu disparado diversas vezes (embora apenas dois tiros tenham alvejado a vítima) pelas costas, além de ter premeditado a execução do ato criminoso.

Ademais, sendo o crime triplamente qualificado, as duas outras qualificadoras também foram utilizadas para embasar nova exasperação, em 02 anos para cada uma.

E com razão.

Ora, a conduta de matar alguém, mediante uma das hipóteses descritas nos incisos I a VII do §2º do artigo 121 do Código Penal, é, indubitavelmente, gravíssima, tanto que o legislador, além de dobrar a pena mínima em comparação ao homicídio simples, tratou como sendo delito hediondo (artigo 1º, inciso I,

Acesso ao Sumário

parte final, da Lei nº 8072/90), a fim de repreender com maior rigor os autores desse crime.

Ocorre que não seria justo tratar igualmente um criminoso que emprega em sua conduta apenas uma das diversas qualificadoras previstas no artigo 121, §2º, do Código Penal, a outro criminoso que se utiliza de duas ou mais.

No presente caso, *v.g.*, além de tentar matar a vítima por vingança, motivo torpe, o ofendido jamais esperava tal agressão, eis que se encontrava de costas, distraído no celular, além de ter sido morto em decorrência de sua função, o que, inquestionavelmente, possui maior reprovabilidade.

Desse modo, tendo em vista a existência de três qualificadoras, é plenamente possível a utilização daquelas remanescentes como circunstância judicial desfavorável ou também como agravante genérica. Este, aliás, é o entendimento predominante na jurisprudência:

> *"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO ANALISADAS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS*
>
> *INFRINGENTES. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil - CPC. 2. Demonstrada a hipótese de omissão, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes. 3. No homicídio duplamente qualificado, a circunstância utilizada para qualificar o delito não pode ser utilizada também para exasperar a pena-base, sob pena de bis in idem. Todavia, inexiste óbice para que a qualificadora remanescente possa ser adotada como circunstância judicial desfavorável. 4. São incabíveis embargos de declaração para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para reduzir a exasperação da pena- base, com reflexos na pena definitiva."* **(EDcl no AgRg no AREsp 466.477/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017).**

E mais:

> *"Reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo qualificado, enquanto que as demais ensejam a exasperação da pena, ou como circunstância judicial desfavorável ou como agravante."* **(HC nº 135177/SP, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 30/11/2009).**

Acesso ao Sumário

Trata-se de verdadeira equidade e proporcionalidade, consubstanciada no princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição.

Em seguida, houve o aumento em 1/4 ante a reincidência, e a redução na mesma fração pela atenuante da confissão, tornando a pena definitiva em 18 anos e 09 meses.

2) Roubo majorado

Da mesma forma, a pena-base também foi aumentada pelas razões já expostas anteriormente, já que, com sua conduta, o réu demonstrou extrema ousadia, frieza e periculosidade, não demonstrando qualquer remorso.

Em face da reincidência a pena foi novamente aumentada em 1/3, seguida da exasperação na mesma fração pela majorante do emprego de arma de fogo. Também foi considerada a confissão, reduzindo-se em 1/4, tornando definitiva.

O regime foi corretamente o **fechado** e só poderia ser este, tendo em vista não só a quantidade de pena aplicada, superior a 08 anos, mas também diante da gravidade em concreta dos fatos e das condições do agente, nos termos do §3º do art. 59 do Código Penal.

Posto isto, **REJEITO A PRELIMINAR** suscitada e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a r. decisão nos termos em que foi lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003808-20.2017.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante WENDELL DOS SANTOS RUFINO, 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 recurso para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena substituída, e limitação de final de semana, a ser estipulada pelo Juízo da Execução da Comarca, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.435)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

EUVALDO CHAIB, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA – ABSOLVIÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE (INSIGNIFICÂNCIA) OU ABRANDAMENTO DA REPRIMENDA, AFASTADA A REINCIDÊNCIA – ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL – A CONDUTA NÃO E INSIGNIFICANTE – EX-FUNCIONÁRIO QUE RETORNOU À OFICINA E SUBTRAIU FERRAMENTAS, O QUE CARACTERIZA O ABUSO DE CONFIANÇA – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – A PENA-BASE SOFREU ACRÉSCIMO DIANTE DOS MAUS ANTECEDENTES, O QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL – TAMBÉM, O PASSADO DESABONADOR SERVIU DE FUNDAMENTO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO – NO ENTANTO, NÃO É REINCIDENTE, ÚNICO MOTIVO EMPREGADO PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR PENAS ALTERNATIVAS – PARCIAL PROVIMENTO PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, MANTENDO-SE, NO MAIS, A R. SENTENÇA GUERREADA.

VOTO

WENDELL DOS SANTOS RUFINO foi condenado pelo r. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de JACAREÍ, nos autos do Processo nº 1216/2017, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Mariana Sperb*, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, sendo deferido o apelo em liberdade (fls. 165/168).

O apelante foi processado porque subtraiu para si, mediante abuso de confiança, várias ferramentas, avaliadas em R$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais), de propriedade de Marcelo Gaspar dos Santos.

Apela pleiteando a absolvição, diante da atipicidade da conduta, adotado o princípio da insignificância ou, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal, pois não caracterizada a reincidência, e a fixação de regime

Acesso ao Sumário

aberto, com substituição por restritiva de direitos (fls. 185/194 e 198/206).

Contrariado o recurso (fls. 207/209), o douto Procurador de Justiça Dr. Ilson Roberto Severino Dias opina pelo parcial provimento, para que seja afastada a qualificadora da confiança e reconhecido o furto privilegiado (fls. 226/229).

É o relatório.

Impossível a absolvição.

A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Narra a denúncia que WENDELL foi funcionário da marcenaria de Marcelo, a vítima.

No dia dos fatos, o réu dirigiu-se até a o estabelecimento comercial para pedir emprego. Como conhecia o local ele adentrou ao local e conseguiu subtrair uma "plaina elétrica" e, quando interpelado pelo funcionário Willian, disse que Marcelo o havia emprestado.

Na mesma oportunidade, aproveitou e subtraiu também uma trena, uma lixadeira e um alicate.

Ocorre que Marcelo não emprestou essas ferramentas ao réu.

Pouco tempo depois, Marcelo perguntou pelo objeto a Willian, que afirmou que estava com WENDELL. Diante disso, Marcelo foi atrás do réu e ao localizá-lo ele empreendeu fuga.

A Polícia Militar foi acionada e conseguiram capturar WENDELL, o qual portava uma mochila preta, contendo parte das ferramentas subtraídas da vítima.

Contudo, ele já havia vendido a lixadeira, que não foi recuperada.

Perante a autoridade policial WENDELL permaneceu calado (fls. 11).

Em Juízo não compareceu para apresentar sua versão dos fatos e foi decretada a revelia.

A prova oral lhe é francamente desfavorável.

A vítima Marcelo Gaspar relatou que é proprietário de uma marcenaria e na data mencionada WENDEL, que era seu ex-funcionário, foi até o estabelecimento para pedir trabalho, após adentrou ao local. Nesse momento, colocou na bolsa uma plaina elétrica. Esse fato foi presenciado por Willian, a quem WENDEL disse que Marcelo teria lhe emprestado a ferramenta. Pela tarde deu pela falta da referida ferramenta. Tentou entrar em contato com WENDEL, porém sem sucesso. Dirigiu-se, então, até a residência do acusado, que ao perceber a sua presença tentou fugir. Marcelo seguiu-o de carro, até que o indivíduo parou e entrou em seu veículo, disse que residia em outro local e conduziram até lá. Chegando ao local indicado, novamente, o acusado empreendeu fuga, mas acabou abordado pelos milicianos.

Acesso ao Sumário

A testemunha Crislei, policial militar, confirmou os fatos descritos na peça matriz. Disse que foi acionado pelo COPOM para averiguação de um indivíduo que estava fugindo de um rapaz e diante das características conseguiu localizá-lo. Com ele foi encontrado, dentro de uma mochila, uma trena, um alicate e uma parafusadeira elétrica. Indagado o averiguado informou que os objetos eram de sua propriedade. Em outra viatura a vítima Marcelo foi conduzido até o local e esclareceu que o acusado teria comparecido ao seu estabelecimento e, aproveitando-se do fato de ser conhecido da vítima teve acesso à oficina, onde subtraiu uma lixadeira, a trena e o alicate, fato que foi presenciado pela testemunha Willian, funcionário da marcenaria.

Disse, ainda, que diante da constatação, o acusado admitiu o furto das ferramentas, declinando que teria vendido a lixadeira pelo valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) a uma pessoa desconhecida.

A testemunha Willian de Paula confirmou que trabalhava na marcenaria "Dream House", de propriedade de Marcelo. Na data dos fatos estava de serviço e uma pessoa que ele não conhece chegou ao local, sabendo que este indivíduo já teria prestado serviços a Marcelo, e que era usuário de drogas. Sabe que Marcelo já teria o ajudado, auxiliando-o em sua internação. O indivíduo lhe disse que teria pedido à vítima uma lixadeira elétrica, apossando-se do bem e colocando em sua mochila. Não desconfiou no momento, pois o indivíduo era conhecido de Marcelo. Quando Marcelo chegou, indagou a ele sobre a ferramenta e lhe disse que seu conhecido a pegou. Dirigiram- se até a residência do acusado, porém este não se encontrava. Quando estavam defronte ao imóvel, WENDELL surgiu e, ao perceber a presenças deles, empreendeu fuga, mas foi alcançado, WENDELL disse que a ferramenta estava em outro local e, deslocaram-se até lá.

Quando chegaram ao local, o acusado fugiu novamente. Willian retornou ao local de trabalho e, posteriormente Marcelo telefonou, solicitando que o buscasse, ao chegar verificou que WENDELL estava no interior de uma viatura.

Portanto, não se pode falar em fragilidade das provas, pois há provas mais que suficientes para escorar a condenação lançada.

Também, não se cogita de aplicação do princípio da bagatela.

O furto é crime contra o patrimônio e, assim, a coisa subtraída precisa ter valor econômico.

O que importa ver neste e em casos semelhantes é o desvalor da conduta do agente, não o efetivo prejuízo ao patrimônio da vítima.

Como já se decidiu em outros casos análogos, a subtração de bens de pequeno valor "*não pode ser tida como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos que, no conjunto, trariam desordem social*" (STJ – REsp

Acesso ao Sumário

828181/RS – Relatora Ministra LAURITA VAZ – DJU 6.8.2007, p. 654 e HC 53139/PB – Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – DJU 26.11.2007, p. 249).

Caso estivéssemos todos autorizados a subtrair coisas alheias móveis, desde que de pequeno valor, então estaria instalado o caos, a anarquia.

Todos poderiam entrar em supermercados, lojas, bares, farmácias e de lá sair com objetos, alimentos, roupas, bebidas, remédios, desde que o valor não fosse muito alto.

Imagine-se o que poderá acontecer com um simples comerciante, dono de uma loja de armarinhos, que vende coisas de pequeno valor como botões, carretéis de linha, fitas, etc.

Deverá fechar suas portas?

Também, o campo da licitude e da ilicitude não pode ser definido em cada processo, por cada Magistrado, sob pena de ofensa gritante ao princípio da legalidade e total descrédito no Poder Judiciário.

Teríamos decisões condenando quem furtar bem de até determinado valor e outras decisões absolvendo outros réus que subtraíram bens de valor até superior.

E, pior, por atipicidade da conduta!

No caso em apreço, a soma dos bens avaliados às fls. 20 atinge o montante de R$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais).

E, a qualificadora do abuso de confiança restou comprovada.

Como se viu, diante as declarações prestadas pela vítima e pela testemunha Willian, WENDELL só conseguiu acesso às ferramentas porque era ex-funcionário do estabelecimento e usou desse motivo para apropriar-se das ferramentas, afirmando que estava autorizado.

Assim, traiu a confiança do ofendido, o seu ex-patrão.

Passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Nenhum reparo a ser feito.

Na primeira fase, diante dos maus antecedentes, comprovados pela certidão de fls. 86 (trânsito em julgado para a Defesa em 26.10.2017) por fato praticado anteriormente, evidente que é portador de "maus antecedentes".

Por isso, a pena-base foi fixada com elevação de 1/6 (um sexto), o que resultou em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Nesse patamar permaneceu diante da ausência de circunstâncias modificadoras, agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição.

Pelos mesmos motivos que justificaram a elevação da pena-base, os "maus antecedentes", foi fixado o regime intermediário para expiação, o que se

Acesso ao Sumário

fez de forma motivada.

Registrou a ilustre Magistrada que assim o fez considerando o caráter reclusivo da pena imposta e os maus antecedentes do acusado, pois denotam comportamento afeito à senda criminosa, o que recomenda rigor na imposição do regime prisional, sob pena de não surtir um dos efeitos pretendidos pela sanção penal.

Apenas um reparo está a merecer o édito condenatório.

A permuta foi negada com base exclusivamente na presença da "reincidência" do réu, mas esta não ocorre, como bem apontou o Ministério Público em suas contrarrazões, manifestando-se pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A substituição deve ser dar por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena substituída e por limitação de final de semana, a ser estipulada pelo Juízo das Execuções da Comarca, mantendo-se no mais a r. sentença.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena substituída, e limitação de final de semana, a ser estipulada pelo Juízo da Execução da Comarca, mantendo-se, no mais, a r. sentença guerreada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 0021260-95.2015.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes VALDOMIRO CICINATO DO AMARAL e TIAGO ALEXANDRE DE AGUIAR, 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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.437)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial (art. 180, §§ 1º e 2.º, do Cód. Penal).

Preliminar inconsistente. Inconstitucionalidade da forma qualificada. Não ocorrência. Precedente do E. STF. Fundo. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Posse da 'res furtiva'. Apreensão de centenas de produtos de origem ilícita. Palavras coerentes e incriminatórias vítima e de testemunhas Policiais Militares. Versões exculpatórias inverossímeis. Inexistência de fragilidade probatória. Atividade comercial caracterizada, para ambos os acusados. Dolo evidenciado. Impossibilidade de reconhecimento da forma culposa. Condenação necessária. Responsabilização imperiosa. Apenamento criterioso. Majorações adequadas e bem fundamentadas. Critério da origem respeitado. Regime fechado único possível. Apelo improvido, rejeitada a preliminar.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que ***(i)*** **Valdomiro Cicinato do Amaral** saiu **condenado** às penas de **5 anos e 4 meses de reclusão** (*regime fechado*), mais pagamento de **17 dias-multa**, no piso; e que ***(ii)*** foi condenado às penas de **5 anos de reclusão** (*regime fechado*), mais ***16 dias-multa***, no piso, ambos pela prática da infração penal capitulada no art. 180, §§ 1º e 2.º, do Código Penal (*receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial*).

O apelo dos acusados – f. 626/649 –, preliminarmente, busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da forma qualificada do crime de receptação, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

No mérito, pretende, essencialmente, a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, busca ***(i)*** o afastamento da qualificadora do art. 180, § 2º, do Código Penal, quanto ao acusado Valdomiro, ***(ii)*** a desclassificação do crime para a forma culposa, ***(iii)*** redução das penas aplicadas e ***(iv)*** regime mais brando.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 653/669* – que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 672*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável,

pelo improvimento do inconformismo recursal (*f. 680/692*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***22.abr.2019*** *– f. 693.*

É o relatório.

Por primeiro, a ***questão preliminar.***

Que não prospera.

Afinal, a legislação penal equipara a atividade comercial qualquer forma de comércio irregular ou clandestino (*art. 180, **§ 2º**, do Código Penal*).

E os fatos narrados na denúncia versam sobre os acusados terem vendido produtos oriundos de um crime patrimonial, cientes de sua origem espúria, agindo, ***tanto em comercialização para revenda a varejo, como para venda a varejo, ainda que de forma ambulante ou em feira livre***, importando, enfim, a habitualidade com que praticavam suas atividades comerciais.

Finalmente, não se verifica qualquer vício de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, na forma qualificada do crime de receptação.

Afinal, a conduta tipificada pelo § 1.º do art. 180 é, obviamente, muito mais grave do que a forma simples, descrita no caput do artigo, devido à necessidade de se punir com maior rigor o comerciante ou industrial que, devido à própria atividade que desempenha, possui maior facilidade para receptar material ilícito, bem como maior aparência de legitimidade para revendê-lo.

Isto, sem que se caracterize qualquer afronta ao princípio da proporcionalidade, pois a lei procura punir o agente que, praticando as condutas previstas no § 1.º, age com dolo eventual, o que não significa a exclusão da possibilidade de punição ao agente atua com dolo direto.

Nesse sentido, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 443.388/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.set.2009.

Preliminar, portanto, ***absolutamente inconsistente***.

Ao fundo.

Receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial (*art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal*).

Vítima tem seu estabelecimento comercial furtado, com a subtração de ***fraldas, adoçantes, 'shakes' de emagrecimento, absorventes, escovas de dentes e outros produtos.***

Posteriormente, *Policiais Militares* recebem delação anônima a indicar venda de produtos de origem ilícita em uma "*Feira do Rolo*", para onde diligenciam, oportunidade em que avistam o ***acusado Tiago*** em plena comercialização de fraldas, sendo então abordado, ***oportunidade em que admite ter adquirido o fardo com 135 pacotes de fraldas por R$ 80,00***, do acusado ***Valdomiro***, para então revender na aludida feira.

Acesso ao Sumário

Em seguida, aqueles Policiais logram abordar o acusado ***Valdomiro***, surpreendendo-o em poder de ***centenas de produtos oriundos da subtração ao estabelecimento comercial da vítima, somando R$ 19.359,50***, em mercadorias.

Flagrante delito.

Estes os fatos, em síntese.

Condenação acertada.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Assim e de saída, pela materialidade constatada por ***(i)*** boletins de ocorrência, *f. 13/19* e *20/21*; e ***(ii)*** autos de exibição e apreensão, *f. 22/27* e *34.*

E a ***autoria*** também é certa.

A começar pela **flagrância delitiva**, 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, a **posse da "*res furtiva*".**

E sabe-se que a apreensão de coisa produto de crime, só por si, em poder dos agentes, é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo aos acionados oferecer razões pelas quais aquilo que não lhes pertence foi consigo encontrado.

O que aqui não se fez.

E há mais.

Assim, as palavras da ***vítima Marcos***, *f. 505, mídia digital.*

Confirma a ocorrência de um grande furto a seu estabelecimento comercial, ***com a subtração de diversas mercadorias, somando cerca de R$ 45.000,00.***

Dias depois, soube da apreensão de parte de alguns pacotes de fraldas em uma feira livre, com a localização de um assentamento com diversas mercadorias que lhe foram subtraídas.

Destaca que ***foi necessário deslocar um caminhão para recuperar os objetos subtraídos localizados no assentamento.***

No mesmo sentido incriminador, as narrativas dos diligentes e competentes ***Policiais Militares (i) Maurício*** e ***(ii) Enéas*** (*f. 505 e mídia*).

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Relatam que receberam delação a indicar comercialização de fraldas produtos de crime em uma feira.

Acesso ao Sumário

Diligenciaram ao local, ***surpreendendo o acusado Tiago em poder de diversos pacotes de fraldas, que admitiu ter adquirido, para revenda, com o acusado Valdomiro***, que foi contatado e abordado.

Em vistorias ao imóvel de **Valdomiro**, em um assentamento, ***localizaram centenas de objetos produtos de crime***, reconhecidos pela ***vítima***, momento em que ***Valdomiro***, ***informalmente, admitiu tê-los adquirido ciente de sua origem ilícita***, sem informar seu fornecedor espúrio.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

Por fim, as versões dos acusados.

O réu ***Tiago***, em Delegacia, *f. 9*, admite ter adquirido ***um fardo de fraldas por R$ 80,00***, com o ***acusado Valdomiro***, destacando que ***as fraldas foram entregues com uso de um caminhão.***

Em Juízo, não forneceu qualquer outra versão.

Já o ***acusado Valdomiro***, silente em sede inquisitiva, relatou, em Juízo, f. 505, que, ao chegar em um posto de gasolina, deparou-se com um indivíduo a vender fraldas, interessando-se em razão de sua esposa encontrar-se grávida, quando então ***lhe foi oferecido todo o estoque, por R$ 7.000,00***, que não desconfiou ser de origem ilícita, a despeito do baixo valor.

Acrescenta ter avistado o ***réu Tiago em via pública***, com uma criança de colo, oferecendo-lhe fraldas, pelas quais ***Tiago pagou, posteriormente solicitando mais, em consignação, para revenda.***

Enfim.

As escusas do réu Valdomiro soam absolutamente inverossímeis.

Ademais, encontram-se desamparadas de elementos de prova.

Nesses termos, aceitar suas escusas, seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom- senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

Acesso ao Sumário

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom- senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

A prova incriminadora, portanto, é forte e sustenta a condenação.

> *"A prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação, pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração" (Tacrim, Juiz Nogueira Filho, JUTACrim 96/240, "apud" "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial", Alberto Silva Franco e outros, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., 1997, pg. 2806).*

Nem sempre (*ou quase nunca, é verdade*) se terá aquela prova absoluta, em casos de receptação, cujas evidências são, quase sempre, **indiretas e indiciárias.**

Não fora assim e seria praticamente impossível a condenação em casos de receptação, já se disse.

Não pode ser assim, entretanto, e o julgador deve pautar sua conduta dentro de critérios razoáveis de avaliação probatória.

Notadamente em delitos que, como aqui, estimulam o cometimento de outros, mais graves, tais o roubo e o furto, por exemplo.

E nem se pretenda desclassificar a conduta para a modalidade culposa.

Porque restou plenamente evidenciado que as acusados tinham ***pleno conhecimento*** da origem ilícita dos produtos.

Valdomiro adquiriu, por apenas R$ 7.000,00, centenas de produtos comercializáveis, que ***transportou em caminhão até sua residência, estocando-os e revendendo-os,*** tudo ***sem qualquer nota fiscal ou documentação mínima.***

Donde o evidente atestado de clandestinidade de sua ação, o que evidencia a ciência da origem espúria de forma inafastável.

Daí porque, também, a caracterização do art. 180, § 2º, do Código Penal.

Da mesma forma, o ***acusado Tiago adquire um fardo de fraldas, por apenas R$ 80,00, REVENDENDO-OS EM FEIRA***, também sem qualquer comprovante fiscal ou documental das transações.

A ciência da origem espúria, portanto, emerge de forma latente pela clandestinidade com que agiam os acusados.

Daí porque e desde pronto impossibilitada a pretendida desclassificação para a **modalidade culposa do delito.**

Condenação, portanto, inevitável.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Acesso ao Sumário

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

E – *ao contrário do alegado pela defesa* – o caso é de **receptação qualificada** mesmo (*art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal*), jamais na modalidade simples.

Afinal, ***Tiago atuava em uma feira, admitindo que adquiriu as fraldas para revenda.***

Da mesma forma, ***Valdomiro arrematou um verdadeiro estoque de mercadorias, por valor muito abaixo do usual, fornecendo itens em consignação, para revenda.***

Tudo, enfim, ***evidencia que agiam de forma comercial***, em plena atividade de revenda de produtos, o que ***caracteriza a forma qualificada.***

Condenação por **receptação qualificada** (*art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal*), portanto, inevitável.

"*Quantum satis*".

Apenamento criterioso.

Quanto ao ***acusado Valdomiro***, anote-se o ***péssimo passado criminoso***, *f. 407 e 413*, além das ***circunstâncias do crime***, que se demonstram nefastas.

Afinal, ***houve receptação de um grande estoque de mercadorias furtadas, verdadeiramente centenas de produtos,*** somando ***mais do que R$ 19.000,00.***

Donde a exasperação encontrar-se adequada em ***1/3***, chegando-se a ***4 anos de reclusão***, mais ***13 dias-multa.***

À segunda fase, verifica-se a ***reincidência***, *f. 421*, que verdadeiramente prevalece sobre eventuais atenuantes (*art. 67 do Código Penal*), até mesmo a confissão, que, ademais, ocorreu apenas de forma parcial *'in casu'*.

Entendimento, ademais, esposado pelo e. Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. FIXAÇÃO DA PENA. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. II – Sentença, que, ademais, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. III – Ordem denegada*.". (HC 106514, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. aos 01.fev.2011).

Donde a inviabilidade da redução ou compensação.

Acesso ao Sumário

Patamares finais, portanto, em ***5 anos e 4 meses de reclusão***, mais ***17 dias-multa***, no piso.

Já em atenção ao ***réu Tiago***, pena-base majorada de ***1/4***, em razão de seus ***maus antecedentes***, *f. 150/151, 152, 153, 196/197, 201/202* e *408.*

Tudo a desvelar que ***tem no crime a sua balda.***

Donde a necessidade da exasperação mais gravosa, como bem operado pela origem.

À segunda fase, caracterizada a ***reincidência***, *sem qualquer risco de 'bis in idem'*, *f. 154/155 e 156/157*, a ensejar a majoração em ***1/3***, até mesmo porque prevalente sobre eventual atenuante, como acima se fundamentou.

Patamares finais, portanto, em ***5 anos de reclusão***, mais ***16 dias-multa***, no piso.

E ainda quanto aos critérios da origem, utilizados para majoração das penas, 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.

Por fim, ***regime fechado***, único possível, *'in casu'*.

Os ***acusados são reincidentes***, o que só por si demanda tratamento mais gravoso, visto que não lograram a ressocialização em regimes mais brandos.

Ademais, os fatos ***demonstram envolvimento sério na receptação***, crime nefasto e verdadeiramente parasitário, que serve de fomentos a crimes patrimoniais, muitas vezes com emprego de violência e dilapidação de patrimônios construídos com esforços e atividades comerciais engajadas.

Praticada em tais circunstâncias, como acima visto, a **receptação se demonstra o verdadeiro sustentáculo de ações criminosas diversas**, a demandar tratamento gravoso.

Tudo, enfim, em conformidade ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nada se altera, portanto.

Acesso ao Sumário

Nega-se provimento ao apelo, rejeitada a preliminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000925-79.2017.8.26.0396, da Comarca de Novo Horizonte, em que é apelante JASON ADLER RANGEL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo ajuizado em favor de Jason Adler Rangel, para absolvê-lo da imputação da prática do crime previsto no artigo 307, *caput*, da Lei nº 9.503/97, com fundamento no artigo 386, I, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.188)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e FARTO SALLES.

São Paulo, 15 de agosto de 2019.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU, POR ATIPICIDADE DA SUA CONDUTA.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 307, *CAPUT*, DA LEI 9.503/97.

SITUAÇÃO EM QUE A CONDUTA DO ACUSADO SE AMOLDA AO DELITO PREVISTO NO ART. 309, DO CTB, E NÃO AO DO ART. 307, COMO DESCRITO NA EXORDIAL, A ENSEJAR A SUA ABSOLVIÇÃO QUANTO A TAL IMPUTAÇÃO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE *MUTATIO LIBELLI* EM INSTÂNCIA RECURSAL.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Jason Adler Rangel, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de seis meses de detenção, em regime prisional aberto, mais o pagamento de dez dias-multa, fixados no piso mínimo, além da suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo

de dois meses, por infração aos ditames do artigo 307, *caput*, da Lei nº 9.503/97 (fls. 133/136).

Aduz a Defesa do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido, argumentando que a sanção administrativa de suspensão do direito do acusado de dirigir já havia sido devidamente cumprida por ele, conforme documento de fl. 15, frisando ainda que "a necessidade de realização de curso de reciclagem não possui o condão de impedir o prazo da suspensão, que efetivamente foi cumprido pelo réu no momento em que ele espontaneamente entregou a CNH" (fl. 140) (fls. 139/140).

O recurso foi contrarrazoado pela doutora Promotora de Justiça, que pretende o seu desprovimento, reiterando suas alegações finais antes ofertadas (fls. 159/161).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra da doutora Vânia Ferrari Tropia Padilla, se pronunciou, também, pelo desprovimento do apelo, com a manutenção da r. sentença, como prolatada (fls. 175/179).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se dar provimento ao recurso defensivo, não obstante o entendimento da douta Procuradoria de Justiça.

O apelante, tanto na fase inquisitiva, como em Juízo, confessou que na data dos fatos estava conduzindo seu veículo sem habilitação, vez que havia sido suspensa. Afirmou que sabia que precisava fazer o curso de reciclagem antes de poder voltar a dirigir (fl. 25 e mídia).

Ocorre que, como bem destacou o zeloso patrono, constata-se do ofício expedido pelo DETRAN, acostado a fl. 15, e dos documentos de fls. 16/22, que o acusado teve o seu direito de dirigir suspenso por decisão administrativa pelo período de dois meses, no caso, de 29/05/2015 (data da entrega da CNH pelo réu) a 28/07/2015 (cf. fl. 20), apenas não tendo sido liberada a sua habilitação porque precisava apresentar o certificado de conclusão do curso de reciclagem para o seu efetivo desbloqueio.

A propósito, quanto tal, de se ressaltar que preceitua o § 2º, do artigo 261, do CTB, que: "**Quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular imediatamente após cumprida a penalidade e o curso de reciclagem**", a denotar, portanto, que não se confunde a sanção imposta – ou seja, o período de suspensão, que já havia sido cumprido – com a não conclusão do aludido curso.

Assim, tendo os fatos *sub judice* ocorrido em 23/09/2016, ou seja, mais de um ano depois de já ter transcorrido o prazo da referida penalidade administrativa, é de se concluir que a conduta do recorrente, em verdade, se amolda àquela prevista no artigo 309, do CTB: "**Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda,**

se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano".

Nesse sentido já decidiu esta Corte: - "**No entanto, relativamente ao delito previsto no artigo 307 do CTB, entendo que o acusado deve ser absolvido, por atipicidade de sua conduta. A denúncia descreve que o réu cometeu os dois delitos anteriormente analisados enquanto sua habilitação estava suspensa. Porém, analisando a documentação inserta aos autos, verifica-se que o período da penalidade administrativa da suspensão já havia se encerrado quando dos fatos analisados nestes autos, e que ele só não havia recuperado a habilitação porque não tinha se submetido ao curso de reciclagem. [...] Em razão da falta da realização do curso, o acusado estava dirigindo sem a sua carteira de habilitação, já que ela estava em poder da Ciretran, mas não se pode dizer, portanto, que ele violou o prazo de suspensão, já que os delitos foram cometidos após o prazo de um mês estabelecido no Procedimento Administrativo [...]**" (TJSP; Apelação Criminal nº 0000174-39.2015.8.26.0598; Relator (a): Nelson Fonseca Junior; 10ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 27/06/2019)

E ainda considerou esta Colenda Câmara: - **"[...] em relação ao delito de violação de suspensão para dirigir veículo automotor, o caso é de absolvição do apelante, por atipicidade da conduta, pois a hipótese dos autos é de falta de habilitação e não de carteira de habilitação suspensa. Isso porque, quando foi aplicada ao apelante a pena administrativa de suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor por 05 (cinco) meses (14 de junho de 2013 fls. 38), sua carteira nacional de habilitação já estava vencida (o que ocorreu em 12 de junho de 1013 fls. 40), e, ainda que se considere, diante deste fato, que a pena administrativa seria a de proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, certo é que, na data dos fatos ora apurados (16 de fevereiro de 2014), já havia transcorrido o prazo de 05 (cinco) meses de sua penalidade administrativa, e, findo tal prazo, o apelante não se submeteu a novo exame, inclusive com curso de reciclagem, conforme informado pelo Diretor da 27ª Ciretran de Tupã (fls. 37). Ou seja, ao tempo da ação, o apelante não havia renovado sua carteira nacional de habilitação, e, portanto, não era habilitado para conduzir veículo automotor [...]"**. (TJSP; Apelação Criminal nº 0000725-33.2014.8.26.0637; Relator (a): Louri Barbiero; 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 24/11/2016)

Observa-se, portanto, que o Ministério Público descreveu os fatos de forma equivocada na exordial, não tendo sido o erro corrigido durante a instrução criminal, mediante a aplicação do instituto da *mutatio libelli.*

Dessa forma, diante da análise acima feita, e em respeito ao disposto no verbete nº 453, da Súmula do Excelso Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, "**Não se aplicam à segunda instância o Art. 384 e parágrafo único do**

Acesso ao Sumário

Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa", a absolvição do recorrente é mesmo de rigor.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ajuizado em favor de **Jason Adler Rangel**, para absolvê-lo da imputação da prática do crime previsto no artigo 307, *caput*, da Lei nº 9.503/97, com fundamento no artigo 386, I, do Código de Processo Penal.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 0074147-51.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é corrigente M. R. DE M., é corrigido J. DA C.

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 18.530)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – NULIDADE DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DECORRENTE DE CERCEAMENTO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA E, AINDA, POR SUSPEIÇÃO DO JUÍZO CORRIGIDO – NÃO CONSUBSTANCIA ERRO OU ABUSO PRATICADO PELO JUÍZO CORRIGIDO QUE TENHA IMPORTADO EM INVERSÃO TUMULTUÁRIA DOS ATOS E FÓRMULAS DA ORDEM LEGAL DO PROCESSO A DETERMINAÇÃO DO MAGISTRADO QUE, NO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA,

INDEFERE O PEDIDO DE GRAVAÇÃO UNILATERAL DE AUDIÊNCIA DEDUZIDO EM DESCONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 149-A, DAS NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA, COM APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DESTINADOS À CAPTAÇÃO DE SONS E IMAGENS AMBIENTES – INTELIGÊNCIA DO ART. 139, INCISO VII, E ART. 367, §§, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SUSPEIÇÃO DO JUÍZO CORRIGIDO – INOCORRÊNCIA – ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de correição parcial com pedido de antecipação da tutela interposta por M.R.M., indicando como corrigido o Juízo de direito da 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital (autos n° 0108896-02.2014.8.26.0050), que procedido a inversão tumultuária do processo, em infringência às fórmulas legais, ensejando a ocorrência de nulidade absoluta, na forma como suscitada na peça de interposição.

Consta dos autos que ao corrigente teria sido indeferido o exercício do direito previsto no art. 367, §5°, do Código de Processo Civil, e regulamentado nos termos do art. 149-A, das Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Mais ainda, os equipamentos utilizados para a captação de áudio e imagem da audiência realizada em 10 de março de 2017 teriam sido indevidamente apreendidos por ordem do Juízo corrigido.

Aduz o corrigente, em síntese, que "*a ata de audiência (não assinada pelo defensor e pelo excipiente) quanto os registros de estenotipia apresentados não refletiram a realidade, vez que constata-se falas e ocorrências não registradas pela escrevente estenotipista e escrevente técnico judiciário*" (fl. 5). Neste sentido, alega que se constatou "*durante a audiência do dia 10/03/2017 nos autos epigrafados que a magistrada corrigenda agiu sem razão legal, de modo a causar inversão tumultuária e desatendimento aos atos e fórmulas legais*" (fl. 6).

Assevera o corrigente, ainda que:

"i. Por primeiro, logo ao adentrar da sala de audiência e ao cumprimentar os cidadãos que ali se encontravam – aí inclusa a corrigenda – a mesma passaria a implicar gratuitamente e por questões de somenos

Acesso ao Sumário

importância, tal qual o simples ligar de seu notebook em determinada tomada, de forma a causar prima facie clima desagradável, hostilizante e deveras desnecessário;

ii. Ao iniciar a montagem de seus equipamentos de gravação para captura integral da audiência, conforme petição de fls. 298, novos e injustificados questionamentos passaram a ocorrer;

iii. Após discussão sobre o posicionamento da câmera fixa em suporte, enquanto o defensor instalava WebCam para se autogravar, a magistrada empreitou novas intervenções, inclusive aos gritos, ao que determinou, sem amparo legal, a apreensão deste hardware de modo a restringir a produção de prova acerca da exata atuação e preservação defensiva [...].

iv. Inúmeras perguntas e reperguntas da defesa foram arbitrária e sistematicamente indeferidas, sem qualquer justificativa e/ou fundamentação;

v. Muito embora requeresse "pela ordem" a abertura em ata, a quase totalidade deles foram ultimados de plano pela corrigenda sem ao menos motivar suas decisões, de maneira que incorreria em violação de prerrogativas advocatícias;

vi. Não foi dada abertura em ata para a fase de requerimentos e diligências, apesar dos vários reclamos da defesa para tanto, de maneira que a mesma foi prejudicada em razão do absurdo cerceamento de defesa, mormente quando necessita requerer a oitiva de "testemunha referida" quando da oitiva da testemunha J.F.C.L., a saber: o Juiz de Direito Dr. E.S.S., lotado em Vinhedo-SP;

vii. Cerceou sem fundamento legal e ao completo atropelo do art. 8.º, item 2, alínea f, do Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, a produção probatória testemunhal da defesa, consistente na oitiva de J.V.R., OAB/SP (...), que se encontrava na antessala de audiência, e, portanto, em espaço judicial que ocorrera a audiência.

viii. Não bastando isso, determinou ainda – sem justa causa e de forma ilegal/inconstitucional – a apreensão de óculos gravador do defensor enquanto implemento da ampla defesa do acusado [...]" (fls. 06/08).

Nestes termos, requer o corrigente "*seja provida a presente medida correicional para anular integralmente a audiência de 10.03.2017*" (fl. 20, item A); "*sendo declarada nula a decisão em causa, que todos os atos processuais praticados deste ato em diante retroajam para aquela oportunidade, a fim de que novo decisório seja revestido de imparcialidade com a devida fundamentação legal de todos requerimentos formulados pela defesa"* (fl. 21, item B); *"requer designado novo Juiz de Direito como Substituto da causa à magistrada corrigenda,*

Acesso ao Sumário

e que este, sem prejuízo de cientificar o Desembargador Corregedor do TJSP, passe a reconsiderar o direcionamento viciado que tomou o feito, procedendo à retroatividade dos atos para declará-los viciados e nulos, retroagindo ab initio da audiência de instrução e julgamento, para o enfrentamento legal de toda matéria. requer seja a magistrada corrigenda provisória e imediatamente afastada deste feito, devido à quebra de imparcialidade (Violação do Juiz Imparcial) por que sua conduta seria (eventualmente) incompatível para com a magistratura, o que deve ser melhor investigado por Augusto Tribunal em expediente/sindicância própria, devendo o substituto designado assumir a condução imparcial do processo, sem inversões tumultuárias e inobservâncias dos requisitos legais" (fl. 21, item C); *e "seja decretado sigilo absoluto nos autos e concedida a gratuidade da justiça, concedendo ao corrigente os benefícios da gratuidade da justiça, isentando-o das custas, por ser pessoa pobre na forma da lei, conforme declaração de pobreza já anexada nos autos originários e juntada de procuração específica*" (fl. 22, item F).

Requer, nestes termos, seja dado provimento à presente correição parcial.

Interposta a correição parcial em 20 de março de 2.017, por determinação do Juízo corrigido acostada a fls. 280, e proferida em 7 de agosto de 2.017, houve a autuação e distribuição digital do presente recurso, o qual, remetido conclusos a esta relatoria após a manifestação do recorrente em 4 de setembro de 2.017 (fls. 283/284), teve o processamento determinado a fls. 285/291, nos termos de decisão proferida em 5 de setembro de 2.017.

Determinado ao corrigente esclarecimentos acerca da interposição de correição parcial, na forma do item "4", de fls. 285/291, não houve manifestação tempestiva do interessado, conforme anotado em 14 de novembro de 2017, nos termos do item "1", da decisão de fls. 321/322 e certidão de fl. 319.

Na mesma oportunidade, isto é, em 14 de novembro de 2.017, ao Ministério Público foi oportunizado manifestação nos termos do art. 1.019, inciso III, e, eventualmente, art. 1.018, §3°, ambos do Código de Processo Civil, restando determinado que, tão logo fossem cumpridas as determinações de item "4", de fls. 321/322, fosse aberta vista dos autos à Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em cumprimento ao disposto no art. 212, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, parte final.

Em 15 de janeiro de 2.018, o Juízo corrigido prestou informações (fls. 327/329).

Contrarrazões do Ministério Público ofertadas em 22 de maio de 2.018, a fls. 641/647.

Aberta vista dos autos à Douta Procuradoria-Geral de Justiça em 24 de outubro de 2.018 (fl. 650), a fls. 651/658 foi acostado parecer subscrito em 18 de outubro de 2.018, manifestando-se pelo não provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Autos remetidos à conclusão em 21 de janeiro de 2.019 (fl. 659), sem tempo hábil para inclusão em pauta de julgamento na sessão desta Eg. realizada na 9ª Câmara de Direito Criminal, realizada em 23 de janeiro de 2.019.

Ação distribuída por prevenção ao *habeas corpus* n° 2206432-61.2016.8.26.0000, mandado de segurança n° 2128291-91.2017.8.26.0000 e apelação n° 0108896-02.2014.8.26.0050.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

"A correição presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos Juízos não impugnáveis por outro recurso e que representem 'erro ou abuso', de que resulte a 'inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo'. Destina-se, portanto, a corrigir 'error in procedendo' e não o 'error in judicando'"[1].

Não se cogita na espécie a ocorrência de erro ou abuso imputável ao Juízo Corrigido.

Com efeito, a controvérsia em comento merece solução análoga àquela conferida por esta Eg. 9ª Câmara de Direito Criminal, quando do julgamento do mandado de segurança n° 2128291-91.2017.8.26.0000, impetrado pelo Ilmo. Advogado E.S.S.O., defensor de M.R.M. nos autos da ação penal n° 0108896-02.2014.8.26.0050, em sessão de julgamento realizada em 9 de agosto de 2.018.

Naquela oportunidade, E.S.S.O. e M.R.M., impetraram *writ* apontando o ora Juízo corrigido como autoridade coatora, pelas mesmas causas remotas de pedir ora analisadas. Confira-se o relatado, naquela ocasião:

"Cuida-se de mandado de segurança impetrado por E.S.S.O. e M.R.M., apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito da 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital (ação penal n° 0108896-02.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que

"No dia 10/03/2017, em ato de audiência de instrução na 23ª Vara Criminal do Fórum Barra Funda-SP, a autoridade coatora obstou o direito à gravação integral da audiência conforme faculta a lei e apreendeu aparelhos de gravação do impetrante E. durante a instrução judicial, sendo que o mesmo se encontra abusiva e ilegalmente privado de seu bem profissional e instrumento de trabalho, o que colite com as garantias fundamentais da igualdade (sobretudo processual), devido processo pela, do contraditório e ampla defesa. Houve, portanto, violação ao preceito constitucional insculpido na cláusula pétrea do artigo 5°, inciso LIV, da Constituição Federal [...].

A autoridade coatora simplesmente ignorou o direito líquido e certo do impetrante de ter assegurado seu direito à gravação integral da audiência

Acesso ao Sumário

1 Grinover, Ada Pellegrini. Recursos no Processo Penal. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 257.

(em imagem e som), conforme garante os moldes do artigo 367, §5° e §6°, do NCPC cc. Artigo 3°, do Código de Processo Penal cc. Artigo 149-A, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo".

Os impetrantes estão sendo processados por infração à pratica de tráfico de drogas [...].

Em decisão de fls. O MM. Juízo a quo, recebeu a denuncia contra os impetrantes em seus termos iniciais determinou a audiência de instrução e julgamento para o dia 14 de Novembro de 2017, Às 13h15min, ato continuo indeferiu os requerimentos formulados pela defesa sob a égide de estar incorrendo na parcialidade processual.

Em consonância com a referida garantia constitucional, o artigo 55, § 1º, da Lei 11.343/06l, são uníssonos em determinar que ao formular a defesa técnica o Réu poderá na resposta preliminar, arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos, e justificações, especificar as provas que pretende produzir e até o numero de cinco, arrolar testemunhas.

Desta forma, analisando o caso em comento, é evidente que os impetrantes tiveram os seus direitos líquido e certo violados, uma vez que ao solicitar que seja expedido oficio para o COPOM da Policia Militar de São Paulo apresentar as transcrições das conversas entre a viatura e os policiais a respeito da denuncia anônima onde estariam as características dos suspeitos que estariam em situação de traficância, conforme preceitua o referido artigo, o que, caso não ocorra traria prejuízos irreparáveis á defesa técnica dos impetrantes, tendo em vista tal procedimento ser comum perante as varas criminais do fórum criminal da barra funda, por se tratar de arquivos e procedimentos internos da Policia Militar, a liberação só ocorre mediante oficio expedido por Juízo [...].

A autoridade coatora, ora impetrada, teria abusado da autoridade ao vedar gravação integral e obstar a captura integral e busca da verdade real que deveria prevalecer no ato de audiência mediante apreensão de equipamentos invioláveis da defesa. Insurge-se, pois, contra o ato manifestamente ilegal da autoridade coatora, ao que também impetra o presente mandado de segurança" (fls. 02/03).

Requerem os impetrantes, liminarmente, (i) "A- que seja deferida a liminar de tutela de urgência/evidência para a concessão da medida liminar a fim de anular a audiência de 10/03/2017 nos autos da ação penal processo n° 0108896-02.2014.8.26.0050 ao se conhecer de abuso de autoridade que teria a autoridade coatora da 23ª Vara Criminal do Fórum da Barra Funda-SP praticado [...]"; (ii) "B- ainda, seja, liminarmente concedida a segurança para se determinar a restituição do óculos gravador, que fora abusiva e ilegalmente determinada sua apreensão pela autoridade coatora [...]" (fl. 34).

Acesso ao Sumário

No mérito, (iii) "D- requer seja determinada à autoridade coatora, ao prestar suas informações, que em relação ao documento de fls. 533, dos autos do processo n° 0020766-31.2017.8.26.0050, esclareça o seguinte: 'quando' o referido documento (fls. 533) chegou ao domínio (posse) do Judiciário; 'onde' (em que lugar exatamente) foi entregue o documento de fls. 533, 'em que circunstância' foi entregue o documento de fls. 533; 'por quem' foi recebido o documento de fls. 533; 'como' foi entregue o documento de fls. 533; 'por quê' o documento de fl. 533 foi assinado/certificado digitalmente e juntado pelo servidor R.P.C."; (iv) "Por fim, o julgamento pela total procedência do pedido pela concessão do mandamus, no sentido de anular a audiência de 10/03/2017, nos autos da ação penal processo n° 0108896-02.2014.8.26.0050" (fls. 34/35).

Requerida a distribuição do feito por dependência à Exceção de suspeição n° 0019112-62.2017.8.26.000, relativa aos autos n° 0020766-31.2017.8.26.0050 (23ª Vara Criminal da Comarca da Capital), nos termos do item "g", de fl. 35, a fl. 1.625 foi determinada a remessa dos autos à Eg. Câmara Especial deste Eg. Tribunal, para que declarasse, com definitividade, acerca de sua competência (Prinzip der Kompetenz-Kompetenz).

A fls. 1.634/1.636 foi suscitado conflito de competência, tendo o Col. Órgão Especial deste Col. Tribunal de Justiça declarado a competência desta Eg. 9ª Câmara de Direito Criminal para o processamento e julgamento do feito.

*A liminar foi **indeferida** a fls. 1.643/1.649, sendo que os embargos declaratórios opostos no incidente nº 2128291-91.2017.8.26.0000/5000 (fls. 01/07) foram rejeitados nos termos da decisão de fls. 09/12, item 1, dos mesmos autos.*

Prestadas as informações pela Douta Autoridade indicada como coatora a fls. 1.656/1.665.

*Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça acostado a fls. 1.978/1.982, manifestando-se pela **denegação** da segurança".*

Em relação ao ora corrigente, a segurança foi denegada ante o reconhecimento da inadequação da via eleita para se questionar suposta ilegalidade relacionada à liberdade de locomoção de M.R.M., réu na ação penal n° 0108896-02.2014.8.26.0050.

Já em relação ao impetrante E.S.S.O., defensor de M.R.M. nos autos da ação penal n° 0108896-02.2014.8.26.0050, a ordem foi denegada porquanto reconhecida a legalidade dos mesmos atribuídos ao ora Juízo corrigido, que nesta via se questiona.

Constou da fundamentação daquele v. aresto:

"Com efeito, após regular tramitação do feito, constata-se inexistente qualquer ilegalidade ou teratologia passível de coibição.

Conforme bem ponderado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, não

Acesso ao Sumário

há demonstração de ato abusivo ou ilegal da digna autoridade judiciária impetrada, anotando-se que ilustre advogado assessor da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo acompanhado o ato processual impugnado, apresentou relatório sobre o ocorrido na audiência de 10 de março de 2017, esclarecendo que a gravação da audiência foi autorizada pela MMª. Juíza Presidente do ato, com a ressalva relativa à preservação da imagem da vítima, consignando, in verbis:

"O Dr. E., com uma mala e uma mochila, sem pedir licença ou informar a Juíza a necessidade de utilização de tomada, tirou uma extensão para ligar seu equipamento.

Houve uma pequena discussão em relação a isso, pois o Dr. E. puxou um fio que atrapalharia o trânsito de pessoas na sala, o que foi explicado pela Juíza ao mesmo, indicando outra tomada para utilização da energia.

Após, o Dr. E. tirou seu notebook, um ventilador de mesa e uma alça, que instalou na ponta da mesa com uma câmera.

Comunicou para a Juíza que gravaria todos os atos, independentemente da autorização dela.

A Juíza em nada se opôs. Deferiu o pedido constando em ata tal solicitação, apenas com a ressalva de não gravar a imagem da vítima, pois o áudio era suficiente para colheita do ato processual em curso [...].

Não houve violação às prerrogativas profissionais do Dr. E.S.S.O., considerando que desde o início apresentou postura agressiva, excessivamente combativa, faltando, em determinados momentos, com a boa educação, respeito e cordialidade no trato com os presentes, tentando, em alguns momentos, usurpar das prerrogativas do Advogado para justificar conduta temerária e descortês.

Na maior parte do tempo, procurou o assistido tumultuar o ato processual e desestabilizar os participantes da mesa" (fl. 534/536).

Muito embora a juntada das referidas declarações aos autos n° 0108896-02.2014.8.26.0050 seja questionada pelo impetrante, que alega se tratar de "documento irregular/ilicitamente juntado aos autos eventual extravio de documento interno da OAB" (fls. 26/27), o fato é que se trata de manifestação subscrita por Advogado presente no momento dos fatos a rogo do impetrante, e que fez declarações que infirmam a versão dos fatos que constam da exordial.

Tratando-se de questão de ordem pública e, ainda, cujo teor indica a inocorrência de abuso de autoridade por parte da Douta Autoridade indicada como coatora, é prova documental pré-constituída que não pode ser desconsiderada. Ao que se dessume dos autos, apenas a presença do Advogado Plantonista se deu a rogo do impetrante, e não a juntada de seu relatório sobre o ocorrido aos autos. Contudo, a partir do momento em que levados aos autos, o elemento objetivo de convicção é do juízo, e não mais da parte, que dela já não pode dispor.

Acesso ao Sumário

Não se ignora que tal documento tenha validade impugnada na origem. Contudo, neste feito, não há pedido na exordial da declaração de sua imprestabilidade. E nem poderia ser diferente, pois eventual vício de invalidade, fraude, ou quaisquer vícios de legalidade ou legitimidade que lhe pudessem infirmar o valor probante necessariamente devem ser arguidos por via procedimental própria, que não o remédio constitucional do mandado de segurança, o qual, como é cediço, não admite dilação probatória.

Assim, quanto ao item D, da exordial, isto é, no que atine à pretensão de que "seja determinada à autoridade coatora [esclarecimentos sobre] 'quando' o referido documento (fls.533) chegou ao domínio (posse) do Judiciário; 'onde' (em que lugar exatamente) foi entregue o documento de fls. 533, 'em que circunstância' foi entregue o documento de fls. 533; 'por quem' foi recebido o documento de fls. 533; 'como' foi entregue o documento de fls. 533; 'por quê' o documento de fl. 533 foi assinado/certificado digitalmente e juntado pelo servidor R.P.C." (fl. 34/35) não há, de um lado, dever do magistrado de explicar a prática de atos processuais de protocolo e juntada de documentos entregue pelas partes ou interessados às mãos de sua z. serventia; e, de outro, não há direito líquido e certo do impetrante de obter tais informações, sendo-lhe sempre assegurado, contudo, demonstrar a invalidade ou falsidade do teor do documento impugnado, o que, nada obstante sugerido, não restou evidenciado pela prova documental preconstituída que acompanha a exordial.

Por oportuno, há que se ressaltar que a suscitada parcialidade da conduta da Douta Autoridade indicada como coatora foi rejeitada pela Colenda Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos termos do v. acórdão de fls. 1968/1974, proferido nos autos da Exceção de Suspeição nº 0019112-62.2017.8.26.0000.

Assim, não se vislumbra violação a qualquer direito líquido e certo do impetrante, de sorte que a eventual pretensão de impugnação das decisões judiciais deve ser veiculada na via procedimental adequada, que é o recurso de apelação que, aliás, já foi interposto e será oportunamente apreciado por esta Eg. 9ª Câmara de Direito Criminal.

Constatada a legalidade do ato vergastado, restam prejudicados os pedidos subsidiários ao reconhecimento da violação a direito líquido e certo, de todo inexistente no caso concreto".

Pelos mesmos fundamentos outrora adotados pela unanimidade desta Eg. 9ª Câmara de Direito Criminal, a pretensão do corrigente deve ser rechaçada.

Com efeito, às partes litigantes no processo judicial se assegura o direito de proceder ao registro particular das oitivas colhidas em audiência.

Disso, contudo, não exsurge direito subjetivo de proceder a tais registros de forma que a parte entender mais conveniente, muito menos adotando-se "*postura*

Acesso ao Sumário

agressiva, excessivamente combativa, faltando, em determinados momentos, com a boa educação, respeito e cordialidade no trato com os presente [...]", o que infelizmente se observou na espécie, conforme posteriormente relatado pelo Advogado assessor da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil, que se fez presente na audiência realizada em 10 de março de 2017 (cf. fls. 534/536), do mandado de segurança acima referido.

Antes, e no exercício de poder regulamentar de uniformização dos procedimentos a serem observados nos feitos cíveis e criminais, a pretensão do corrigente deveria guardar estreita adstrição ao disposto no art. 149-A, das Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, que estabelece que:

> *"O exercício, pela parte, da faculdade de que trata o artigo 367, §6º, do Código de Processo Civil, será comunicada ao Magistrado previamente ao início da gravação, situação que será consignada no termo de audiência, sendo certo que para utilização da gravação nos autos, caberá à parte ou seu patrono realizar a integral transcrição dos autos, dando-se ciência à parte contrária do teor transcrito para manifestação no prazo de 5 (cinco) dias".*

Muito embora não caiba ao magistrado o controle discricionário acerca do exercício de tal pretensão, é certo que "*o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe* [...] *exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais*" (art. 149, inciso VII, do Código de Processo Civil), competindo-lhe resguardar a fiel observância aos atos normativos primários ou secundários de regência do comportamento de todos os atores do processo cível e penal.

E, feitas tais ponderações, exsurgem judiciosas as ponderações tecidas pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de que, o caso dos autos, a decisão de não autorizar a utilização simultânea de webcam no notebook e óculos espião durante a audiência e de apreender tais equipamentos não se reveste de qualquer ilegalidade, porquanto o advogado descumpriu a limitação expressa de usar apenas um equipamento de gravação audiovisual e também a determinação de não capturar as imagens da ofendida durante a realização do ato, eis que o processo tramita em segredo de justiça.

Conforme se verifica o Ilmo. Advogado do ora corrigente excedeu o exercício da faculdade de registro particular da audiência, abusando do direito que lhe foi outorgado pela Lei para tentar se sobrepor ao poder de polícia exercido pelo Juízo corrigido que presidia o ato, causando serio constrangimento à vítima e tumulto processual.

Tal conduta, porquanto inadmissível, deve ser coibida com proporcionalidade, assim como fez o Juízo corrigido.

Mais ainda, não há indícios de parcialidade do recorrido, haja vista que

Acesso ao Sumário

indeferiu perguntas impertinentes, exaurindo seu poder-dever de zelar pela regularidade da instrução penal, na forma como determina o art. 400, §1°, do Código de Processo Penal.

Ao que se dessume, e sem prejuízo de eventual reexame da legalidade dos atos instrutórios quando do julgamento do apelo interposto na ação penal em comento, houve integral resguardo do direito jusfundamental do corrigente ao contraditório e à ampla defesa, sendo-lhe assegurado o acesso à ordem jurídica justa, ainda que disso tenha decorrido a formação de título judicial contrário a seus interesses.

Por oportuno, há que se ressaltar que a suscitada parcialidade da conduta do Juízo Corrigido foi rejeitada pela Col. Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos termos do v. Acórdão proferido nos autos da Exceção de Suspeição nº 0019112-62.2017.8.26.0000.

Não se constata, pois, qualquer erro ou abuso praticado pelo Juízo corrigido que tenha importado em inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo, razão pela qual a pretensão do corrigente não comporta guarida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à correição.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2091671-12.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é impetrante CLAYTON FLORENCIO DOS REIS e Paciente ADRIAN MICHEL MAZIONE, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DO FORO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por votação unânime, denegaram a ordem, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.487)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 4 de julho de 2019.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Revogação Prisão Preventiva. Subsidiariamente substituição da pena detentiva, por restritiva de direitos. Decisão sem fundamentação concreta. Ausentes indícios suficientes de autoria, porquanto não reconhecido pela vítima. Depoimento do corréu desprovido de credibilidade.

Manutenção da prisão cautelar do paciente não ofende princípio da presunção de inocência. Encontra respaldo nos elementos de convicção até então constantes nos autos. A participação ou não do paciente no delito imputado é questão a ser dirimida no processo de conhecimento. O *habeas corpus* é ação constitucional que não comporta investigação probatória. Exige prova pré-constituída. Ordem denegada.

VOTO

O ilustre advogado Clayton Florêncio dos Reis e o ilustre estagiário Geandre Fidelis Ferreira, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas – SP, impetram o presente *habeas corpus*, em favor de *Adrian Michel Mazione*, visando a revogação da prisão preventiva, medida decretada, por decisão, sem fundamentação concreta. Afirmam ausentes indícios suficientes de autoria, porquanto não reconhecido o paciente, pela vítima, e desprovido de credibilidade o depoimento do corréu, ouvido sem a presença de advogado. Alegam que, paciente primário, sem antecedentes criminais, com residência certa e trabalho lícito, desnecessária a manutenção da prisão cautelar. Sustentam que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idôneo, para a decretação da prisão preventiva. Subsidiariamente, pleiteiam a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa do encarceramento (fls. 1/5). Acompanham os documentos de fls. 7/91.

Denegada a liminar, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 97/98), acompanhadas da documentação de fls. 99/109.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem (fls. 112/118).

Decorrido o prazo previsto no artigo 1º, da Resolução 549/2011, com redação dada pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Tribunal, não houve oposição ao julgamento virtual do *writ.*

É o relatório.

O paciente *Adrian Michel Mazione* foi denunciado como incurso no

Acesso ao Sumário

artigo 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, porquanto, em 13 de março de 2019, por volta das 20h55min, em Campinas-SP, com o auxílio do corréu Rafael Rodrigues Lopes Fernandes, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, teria subtraído o veículo Ford/Fiesta, placas (...), pertencente a Daniela Antonia Aparecida Padovan.

Relatado o inquérito policial, em 8 de abril de 2019, a autoridade policial representou pela prisão preventiva do paciente. Oferecida denúncia, em 10 de abril de 2019, recebida, em 11 de abril de 2019, ocasião em que decretada a prisão preventiva. Cumprido o mandado de prisão, em 15 de abril de 2019, aguarda-se a citação do paciente e a apresentação da defesa preliminar.

O despacho, que decretou a prisão preventiva do paciente, não fere a garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Aponta para a presença de indícios de autoria e prova da existência da materialidade, pressupostos da prisão cautelar. Examina as circunstâncias fáticas, que delineiam a imputação formulada contra o paciente, assim como, as condições pessoais, assinalando expressamente constar contra o paciente mandado de prisão temporária pendente de cumprimento, em virtude de delito praticado, em tese, com o mesmo modo de agir.

Não se reconhece assim, que a manutenção de prisão cautelar do paciente representa coação ilegal. Encontra respaldo necessário, ao menos em princípio, nos elementos de convicção até então constantes nos autos.

A manutenção da prisão cautelar do paciente sustenta-se em situação objetiva e concreta, que autoriza a restrição de liberdade, que antecede a sentença condenatória definitiva.

Trata-se de delito de roubo, praticado, em tese, com grave ameaça, em concurso de pessoas, mediante emprego de arma de fogo.

O contorno dos fatos, até então delineado, não dá ensejo à liberdade provisória, ainda que acompanhada de medidas cautelares diversas da prisão.

De outro lado, a análise e valoração das provas produzidas, em contraditório, no processo de conhecimento, não encontram, em sede de *habeas corpus*, momento processual adequado e devido para serem apreciadas.

O *habeas corpus* é ação constitucional de procedimento especial, que não comporta investigação probatória. Exige prova pré-constituída, que deve ser visualizada de plano, sem necessidade de exame valorativo e comparativo dos elementos de convicção reunidos nos autos.

Assim, abstraída a hipótese na presença de prova pré-constituída, a avaliação dos elementos de convicção não condiz com o *habeas corpus*.

O contorno dos fatos, até então delineado, não dá ensejo à liberdade provisória, ainda que acompanhada de medidas cautelares diversas da prisão.

Acesso ao Sumário

Uma vez evidenciado que a restrição antecipada da liberdade apoia-se em circunstâncias fáticas e concretas, não ofende o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

A custódia cautelar convive de forma harmônica com a garantia de presunção de inocência, bastando, para tanto, que as circunstâncias fáticas recomendem a medida extrema, tendo em vista a natureza processual.

Em vista de tais considerações, não se mostra descabido o decreto de prisão preventiva. Não está configurado o aventado constrangimento ilegal.

A prisão cautelar não fere o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, desde que evidenciada que a restrição de liberdade do agente mostra-se necessária. Em face de sua natureza processual, justifica-se no momento em que visa assegurar o regular andamento do processo.

Convive de forma harmônica com a garantia de presunção de inocência, bastando para tanto, que as circunstâncias fáticas recomendem a medida extrema.

Diante do exposto, por votação unânime, denegaram a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2053765-85.2019.8.26.0000, da Comarca de Buritama, em que é impetrante ERMENEGILDO NAVA e Paciente VAGNER CARLOS HENRIQUE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por maioria, denegaram a ordem, vencida a Desembargadora Angélica de Almeida, que declara voto, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 11 de julho de 2019.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico de entorpecentes. Condenação mantida em segunda instância. Interposição de recursos especial e extraordinário. HC nº 126.292/SP, do C. STF. Execução provisória de acórdão não fere o princípio da presunção de

Acesso ao Sumário

inocência.

Iminência de trânsito em julgado da condenação. Constrangimento ilegal. Inexistência.

Ordem denegada.

VOTO

Os advogados Ermenegildo Nava e Guilherme Franco da Costa Nava impetram "habeas corpus", com pedido de liminar, em favor de Vagner Carlos Henrique e apontam como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Buritama.

Narram que o paciente, condenado por tráfico de entorpecentes, apelou, e o recurso foi improvido. Inconformado, apresentou recurso especial e recurso extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento aos inconformismos, a defesa impetrou agravos contra os respectivos despachos denegatórios, pendentes de apreciação. Insurge-se contra a expedição de mandado de prisão anteriormente à análise dos recursos, circunstância configuradora de constrangimento ilegal sanável pela via do "habeas corpus". Postulam, assim, a soltura do paciente, mesmo porque obteve o direito de recorrer solto.

A liminar foi indeferida (fl. 37).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 40/41), fornecendo documentação pertinente, e a D. Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento parcial da impetração, denegando-se a ordem na parte conhecida.

É o relatório.

Por sentença de 04 de agosto de 2014, o paciente foi condenado a 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias- multa, no piso, como incurso no art. 33, "caput", c.c. o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06, permitido o apelo em liberdade (fl. 15).

Julgada a apelação, negou-se provimento ao recurso (fls. 20/26).

Rejeitados embargos de declaração, a defesa interpôs recursos especial e extraordinário, negando-se seguimento a ambos. No momento, aguarda-se a apreciação de agravo interno perante o Superior Tribunal de Justiça (AREsp nº 1.428.044/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha). Por decisão de 10.05.2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu de agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (AgRg no RE com Agravo nº 1.194.701/SP, Rel. Min. Dias Toffoli).

Conforme consulta de movimentação carcerária efetuada no Sistema Intinfo, em 12.04.2019, cumprido o mandado de prisão em desfavor de Vagner.

Acesso ao Sumário

Não se nega que esta C. Câmara, em casos semelhantes, já decidiu que possível a manutenção do sentenciado em liberdade mesmo após exaurido o duplo grau de jurisdição.

No entanto, na presente hipótese, já iniciada a execução da pena e iminente o trânsito em julgado da condenação.

Em julgamento recente, o C. STF firmou o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016), posição consolidada quando do indeferimento das liminares pleiteadas no âmbito das ADCs 43 e 44.

De acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki, relator no mencionado "habeas corpus":

> "Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da

Acesso ao Sumário

presunção de inocência até então observado.” (grifos nossos).

Assim, no caso dos autos, não se vislumbra constrangimento ilegal sanável pela via do “habeas corpus”, uma vez que suficientemente fundamentada a decisão impugnada.

Frente ao exposto, denega-se a ordem.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 38.573)

Com a devida vênia ao entendimento firmado pelo Relator, eminente desembargador Vico Mañas, pelo meu voto, concede-se a presente ordem de *habeas corpus* assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O paciente *Vagner Carlos Henrique*, por sentença proferida, em 04 de agosto de 2014, foi condenado à pena de *seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão*, em regime inicial *fechado*, e *seiscentos e oitenta dias-multa*, no valor mínimo unitário, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, VI, ambos da Lei 11.343/06. Assegurado o apelo em liberdade (fls. 15).

Em 16 de março de 2016, no julgamento da Apelação n. 0001083-37.2012.8.26.0097 – Bauru, esta 12ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, negou provimento ao recurso do ora paciente e acolheu parcialmente o do corréu Weverton Alexandre Weckwerth dos Santos para fixar o regime inicial semiaberto (fls. 19/26). Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, em 29 de julho de 2016 (Serviço de Automação da Justiça – SAJ).

Interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, o seguimento de ambos foi negado.

Em Sessão Virtual, no período de 3 a 9 de maio de 2019, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (Ag.Reg. no RE com Agravo 1.197.401. Min. Dias Toffoli).

Aguarda-se o julgamento do Agravo em Recurso Especial, no Superior Tribunal de Justiça (AREsp 1.428.044/SP. Min. Sebastião Reis Junior).

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, assegura, entre as garantias fundamentais a presunção de inocência, também denominada, presunção de não culpabilidade: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Garantia constitucional expressamente introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, em momento em que a liberdade do acusado, em grau de recurso, sofria séria restrição em razão da redação, então vigente, dos artigos

Acesso ao Sumário

393, 594, 595 e 597, todos do Código de Processo Penal.

Trata-se de garantia constitucional que levou à revogação do artigo 594, do Código de Processo Penal, que exigia a prisão compulsória do acusado para apelar (Lei 11.719/08).

Não se quer dizer que a prisão do acusado, antes de afirmada definitiva sua culpa, não se apresente possível.

Autorizada está a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez necessária à defesa da garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e do regular desenvolvimento do processo. Ou seja, prisão de natureza processual, em que configurados o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis (periculum in mora).*

Inserida, neste contexto, como decorrência da presunção de inocência, a alteração, introduzida pela Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, que deu nova redação ao artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal: "*O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta*."

Assim, a garantia constitucional da presunção de inocência assegura ao acusado a execução da sentença penal condenatória, uma vez afastada a necessidade da prisão processual, após o trânsito em julgado.

Como assentado, na decisão liminar, proferida, em 1 de julho de 2016, pelo e. Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* 135.100 - MG:

Não constitui demasia reafirmar que, em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII).

E a razão é simples: a presunção de inocência apoia-se nos fundamentos que estruturam o próprio modelo político-jurídico conformador do Estado Democrático de Direito, no qual as imputações criminais jamais se presumem provadas, como esta Suprema Corte tem reiteradamente advertido em seu magistério jurisprudencial:

"AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto- lei nº 88,

Acesso ao Sumário

de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes." (HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa - independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado - há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. Na realidade, a presunção constitucional de inocência qualifica-se como importantíssima cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem enfatizado a jurisprudência desta Suprema Corte:

"O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes." (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Mas não é só, deixa consignado ainda:

Mesmo que não se considere o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostra inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a

Acesso ao Sumário

impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

"Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

"Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares." (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário" -, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, "caput", da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral.

Anote-se que, uma vez mantida pelo acórdão situação mais favorável ao ora paciente, não se justifica, como decorrência automática de precedente, que não guarda efeito vinculante, a imediata execução da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, pelo meu voto, concede-se a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da decisão condenatória, determinada a expedição de alvará de soltura clausulado.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Desembargadora

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2098186-63.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente M.A.T.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.260)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 15 de julho de 2019.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. "HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA.

Pretendida a revogação da prisão preventiva por excesso de prazo para formação da culpa. Descabimento. Uma vez constatado o andamento regular da ação penal, não há que se falar em excesso de prazo na conclusão do juízo de culpa. Precedentes do C. STJ. Dilação que não decorre de desídia por parte do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Feito complexo, com muitas testemunhas, sendo necessária designação de audiência de continuação para oitiva das testemunhas faltantes que a própria defesa insistiu, as quais não foram encontradas nos endereços indicados. No caso, não se observa desídia por parte do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Gravidade concreta do delito, pelo *modus operandi* empregado, aliada aos péssimos antecedentes do paciente, com risco de reiteração delitiva, sendo necessária a manutenção da custódia para garantia da ordem pública e para proteção da integridade física da própria ofendida. Recomendação, por outro lado, ao Juiz "a quo", diante do tempo decorrido, que se dê a celeridade possível ao julgamento do feito. Constrangimento ilegal não configurado.

Ordem denegada, com recomendação.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTO.

Trata-se de ação de "**HABEAS CORPUS**" (fls. 01/8), com pedido liminar, proposta pelo Dr. Renato Campo Pinto de Vitto (Defensor Público), em benefício de M.A.T.

Consta que o **paciente** foi **denunciado** por incurso no artigo 121, parágrafo 2°, incisos I, III, IV e VI e parágrafo 2º-A, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e no artigo 147, *caput*, do Código Penal, combinado com a Lei 11.340/06. Inicialmente, foi decretada a prisão temporária do **paciente** (em 1º.8.2018), sendo, posteriormente, convertida em preventiva, por decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca da Capital, apontado, aqui, como "autoridade coatora". Postulada a revogação da prisão, o pedido foi indeferido.

O impetrante, então, menciona caracterizado constrangimento ilegal decorrente do **excesso de prazo na formação da culpa**, argumentando que o **paciente** se encontra encarcerado há aproximadamente um ano, sem encerramento da primeira fase do procedimento, pelo fato de a vítima não ter sido localizada, referindo que não há previsão para seu encerramento, destacando que permitir que a duração se prolongue em demasia é sujeitar o réu a verdadeira punição.

Pretende, em favor do **paciente**, liminarmente, o reconhecimento do excesso de prazo com a revogação da prisão preventiva, mediante comparecimento a todos os atos processuais. No mérito, aguarda a confirmação de liminar eventualmente deferida.

Liminar **indeferida** (fls. 120/125).

Informações remetidas pelo juízo impetrado (fls. 129/130).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela **denegação** da ordem (fls. 134/136).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Conforme verificado dos autos, o **paciente** foi denunciado, pois, dia 29 de junho de 2018, na Rua (...), nesta comarca, agindo com vontade de matar, por motivo torpe, com emprego de meio cruel, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e no contexto de violência doméstica e familiar, tentou matar G.R, despejando óleo quente no corpo dela, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito fls. 78 (autos principais), que somente não foram a causa de sua morte por circunstâncias alheias à vontade do agente.

É da denúncia que, dia 27 de Junho de 2018, em horário incerto, na Rua (...), nesta cidade e comarca de São Paulo, o **paciente** ameaçou, por palavras, G.R. dizendo, que iria matá-la.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, o **paciente** e a vítima eram casados fazia um ano, porém, já viviam em união estável fazia dez anos. Entretanto, a vítima, insatisfeita com o casamento, desejava terminar o relacionamento, fato que não era aceito por ele, o que era motivo de diversas discussões. No dia 27 de junho, iniciou-se uma discussão entre os dois, quando, então, o **paciente** disse que iria matá-la. No dia 29 de junho, ele iniciou uma nova discussão com a vítima, por motivo de ciúmes. Na ocasião, o **paciente** estava fritando batatas, e imbuído da vontade de matar a ofendida, despejou o óleo quente no corpo de G. O denunciado apenas não conseguiu consumar o homicídio, porque a ofendida conseguiu correr e solicitar ajuda à sua genitora, que imediatamente socorreu G. ao hospital, onde permaneceu internada e teve que se submeter a diversas cirurgias (denúncia de fls. 190/194, dos autos principais).

Em consulta aos autos principais, nota-se que houve audiência no dia 30 de abril de 2018, sendo deliberado o seguinte: "*O pedido formulado pela Defesa deve ser indeferido. Não houve alteração do substrato fático-jurídico que ensejou a prolação da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, assim como aquela proferida a fls. 240/241, que a manteve. A elas me reporto, evitando-se, assim, desnecessária repeti-la. Entendo que não é o caso de se reconhecer, neste momento, excesso de prazo. Formação da culpa. Considerando a quantidade de feitos que tramitam neste 1. Tribunal do Júri, assim como a complexidade do caso, que envolve a oitiva de sete testemunhas, o tempo decorrido de prisão preventiva não discrepa do razoável a outras hipóteses semelhantes. Anoto, porque relevante, que as diligências faltantes circunscrevem-se, basicamente, oitiva de testemunhas nas quais a própria defesa insistiu nesta data, e que não foram localizadas nos endereços por ela informados. Com esses fundamentos, fica indeferido o pedido de relaxamento de prisão por excesso de prazo. Para audiência em continuação, designo o dia* ***15 de julho de 2019, às 15 horas e 30 minutos***. *Intimem-se novamente as testemunhas de acusação, nos termos do quanto requerido pelo Ministério Público. Proceda-se ao quanto mais necessário à realização do ato, inclusive requisitando-se o réu onde se encontrar recolhido*" (fls. 260/261).

Segundo informações prestadas pela autoridade coatora, o **paciente** se encontra custodiado desde o dia 30 de agosto de 2018, pelos fatos já consignados (indicando laudo de exame de corpo de delito de fls. 81 dos autos digitais). Em requerimento anterior ao início da instrução, a revogação da prisão fora indeferida, em razão da gravidade dos fatos, aliada à extensa folha de antecedentes criminais que o **paciente** possui. Ademais, não houve alteração fática ou processual a ensejar tal benesse. Iniciada a instrução em 30 de abril p.p., novo requerimento foi feito, dessa vez de relaxamento da prisão por excesso de prazo, e novamente indeferido, pelas razões expostas no termo de audiência de fls. 260/262. A **instrução está prevista para se encerrar no próximo dia 15 de julho, data em que foi designada audiência em continuação** (fls. 129/130).

Segundo entendimento jurisprudencial, os prazos referentes às fases procedimentais mencionados no Código de Processo Penal são impróprios, ou seja, admite-se sua extrapolação desde que justificado no caso concreto, não devendo ser aferido por mero cálculo aritmético. Neste sentido, o seguinte precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECORRENTE PRESO EM 02.11.2012. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS COMPLEXAS. DEMORA JUSTIFICÁVEL DO FEITO. TRAMITAÇÃO COMPREENDIDA COMO REGULAR. I - O exame da alegada ilegalidade da fundamentação da prisão preventiva do Recorrente acarretaria supressão de um grau de jurisdição, pois a matéria não foi apreciada na origem. **II - A eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo para formação da culpa deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não resultando da simples soma aritmética dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal, porquanto tais prazos não são absolutos, mas parâmetros para efetivação do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR) e do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR), ao evitar a antecipação executória da sanção penal. Precedentes.** III - O excesso de prazo pela demora na conclusão da instrução criminal somente restará caracterizado quando decorrente de providências solicitadas exclusivamente pela Acusação ou por desídia estatal, revelando-se justificável, diante da complexidade da ação penal, quantidade de réus denunciados e necessidade de diligências, expedição de precatórias, dentre outros motivos. Precedentes. IV - O retardamento para a conclusão da ação penal justifica-se devido à a necessidade de realização de avaliação psicológica na vítima, bem como da instauração de incidente de insanidade mental. V - Recurso ordinário em habeas corpus improvido, recomendando-se a adoção de celeridade no julgamento do feito." (STJ – RHC: 44280 SE, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa j. 24/04/2014 v.u.).

No presente caso, não se vislumbra exagerada dilação do prazo para formação da culpa, levando em conta a complexidade do feito e as dificuldades enfrentadas pelo Juízo na localização das testemunhas, o que torna mais morosa a conclusão do feito, tudo dentro da razoabilidade. Ademais, conforme destacado na decisão impugnada, a própria defesa, tem contribuído para o atraso no julgamento, haja vista, as diligências faltantes consistirem basicamente na oitiva de testemunhas em que ela própria insistiu, as quais não foram encontradas nos endereços indicados. Na espécie, não se vislumbra, portanto, desídia por parte da autoridade impetrada, tampouco por parte do Ministério Público, observando

Acesso ao Sumário

que a instrução **está prevista para se encerrar no dia 15 de julho p.f**., data próxima.

Destaca-se que, dada à gravidade **concreta** do delito, inclusive pela forma cruel em que praticado, situação a evidenciar a **periculosidade** do paciente, aliada aos péssimos antecedentes do **paciente**, com possibilidade de reiteração delitiva, tudo a indicar a necessidade do encarceramento provisório para assegurar a ordem pública e a integridade física e psicológica da própria ofendida, nenhuma outra medida, menos rigorosa, surge suficiente para tanto.

Por outro lado, **recomenda-se** ao Juiz "a quo", diante do tempo já transcorrido, que **dê a celeridade possível ao julgamento do processo.**

Sem vislumbrar, portanto, abuso ou ilegalidade corrigível por "*habeas corpus*", não há como acolher o pleito.

Diante de todo exposto, pelo meu voto, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2108730-13.2019.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente A.F.N.

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 33.808)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

PAULO ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Sentença Condenatória – Interposição do Recurso de apelação pela Defensoria Pública, pugnando pela apresentação das razões em 2º Grau, nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP – Pleito indeferido com base na celeridade processual, prejuízo ao erário e boa-fé processual – Sustenta a ocorrência de violação ao devido processo legal – NÃO VERIFICADO – Não se verifica a ocorrência de qualquer violação ao devido processo legal na medida em que a impetração da presente

ordem de *habeas corpus*, nos termos do artigo 105, § 3º do Regimento Interno deste Sodalício, torna esta Colenda Câmara preventa para apreciação dos recursos subsequentes referentes ao mesmo processo, de modo que a Defesa tem ciência prévia do órgão julgador a que será distribuído o recurso de apelação, de modo a possibilitar a 'customização' de sua linha argumentativa.

Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de A.F.N., com pedido liminar, apontando MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0011843-84.2014.8.26.0223.

Aduz o impetrante que o paciente foi condenado à pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Interposto recurso em 03/10/2018, foi requerida a abertura de vista para apresentação de razões de apelação na forma do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal. A autoridade impetrada recebeu o recurso, em 26/02/2019, todavia não o recebendo nos termos do 4º, do art. 600, do CPP.

Acrescenta que o magistrado *a quo* determinou a abertura de vista à Defensoria Pública para a "apresentação de razões de apelação, no prazo legal, sob pena de nomeação de defensor dativo para a apresentação da referida peça".

Sustenta que aludida norma processual se encontra em pleno vigor e que "impedir o paciente de apresentar as razões recursais perante o Tribunal, tal como taxativamente postulado quando da interposição do apelo, nada mais é do que retirar dele mais uma das armas a disposição do seu direito de defesa, qual seja, conhecer previamente os Julgadores responsáveis pelo seu julgamento em sede colegiada" (fls. 08).

Requer a concessão da medida liminar para a suspensão do andamento do processo e, no mérito, a anulação da decisão que negou o direito de apresentação das razões recursais em 2ª Instância (fls. 01/13).

O pedido liminar foi indeferido, sendo dispensadas informações da autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 63).

Pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 68/71).

Acesso ao Sumário

Este, em síntese, é o relatório.

Segundo se depreende dos autos, o paciente foi condenado por r. sentença prolatada em 04/04/2018, como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias- multa, no valor unitário mínimo legal, facultado o recurso em liberdade.

Contra aludida decisão foi interposto recurso de apelação pela Defensoria Pública em 03/10/2018, pugnando pela apresentação das razões de apelação em 2º Grau, nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP.

O recurso foi recebido, por decisão proferida em 26/02/2019, afastando-se os efeitos do art. 600, § 4º, do CPP, determinando-se a imediata intimação do Defensor Público para apresentação das razões de apelação, nos seguintes termos*, in verbis*:

"Vistos, A Defensoria Pública requereu o recebimento do recurso de apelação nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP. Entretanto, alterando posicionamento anterior, recebo a apelação interposta pela Defensoria Pública. Entretanto, não a recebo nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP e determino a imediata intimação do Defensor Público para que apresente neste juízo as razões de recurso de apelação no prazo legal. Explica-se. Não obstante a validade e vigência do artigo 600, § 4º, do CPP, constata-se que nos casos em que atua a Defensoria Pública a aplicação do mencionado dispositivo legal não tem o objetivo pretendido pelo legislador e não é compatível com a duração razoável do processo e os meios para sua celeridade e efetividade, princípios contemplados pela Emenda Constitucional 45/04 (CF, artigo 5º, LXXVIII). Considerando que a Defensoria Pública não tem profissional que atua em segundo grau, com atribuição específica para apresentar razões recursais, e que, por tal motivo e dada a necessidade de intimação pessoal do Defensor Público, em casos como o presente os autos são remetidos de volta a esta origem, com perda de tempo e, sobretudo, recursos públicos, a aplicação da mencionada norma legal causa evidente prolongamento da prestação jurisdicional. Portanto, nos casos de autuação da Defensoria Pública, todo esse trâmite onera a administração da justiça e interfere em demasia na razoável duração do processo. Ainda, em recente decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do mandado de segurança nº 2269425-72.2018.8.26.0000 impetrado contra as decisões deste juízo que a pedido da Defensoria Pública do Estado de São Paulo recebeu os recursos de apelação nos termos do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, foi RECOMENDADO a esta magistrada a análise com cautela dos casos em que se aplicará o artigo 600, § 4º, do CPP, "devendo levar em conta, principalmente aqueles feitos que se encontram com prescrição para data próxima". Ante o exposto, pelos fundamentos apresentados, alterei posicionamento e deixo de

receber a apelação interposta pelo Defensor Público nos termos do artigo 600, § 4º, do CPP. Intime-se." (fls. 15/16).

Contra aludida decisão, insurge-se o paciente, sustentando a ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que é facultado à Defesa apresentar as razoes do recurso na instância revisora, nos moldes do art. 600, § 4º, do CPP.

Embora respeitando os argumentos da nobre defesa, a ordem não comporta concessão.

Este relator, antes de analisar a liminar, determinou que fosse certificado pela Secretaria Judiciária a necessidade de encaminhar o processo para Vara de origem para cumprimento do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, como mencionado na decisão da autoridade impetrada (fls. 58/59).

Por certidão, informou o r. cartório que em consulta à Presidência da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça, após o recebimento dos autos, procede-se à intimação pessoal do Defensor Público em Primeira Instância, bem como à devolução dos autos à origem para a apresentação das razões recursais (fls. 60).

A ação penal originária tramita em formato físico, de modo que, em cumprimento ao rito previsto no § 4º, do art. 600 do CPP, os autos são remetidos a esta sede revisora e, constatando-se que o apelante é defendido pela Defensoria Pública, os autos são novamente remetidos à origem, para intimação pessoal do Defensor Público atuante em 1º Grau para apresentação das razões recursais.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A aplicação da vetusta regra do artigo 600, § 4º, do CPP é incompatível com a própria estruturação da Defensoria Pública (tal como se dá no âmbito do Ministério Público).

As normas processuais, de outra parte, só fazem sentido se aplicadas dentro de critérios de razoabilidade. É esta que norteia a exegese se qualquer regra de direito material ou processual.

Nesses termos, a vedação de aplicação do art. 600, § 4º, do CPP, dá credibilidade à Justiça e impede que manobras protelatórias e reprováveis procrastinem indefinidamente a estabilidade do julgado e, em última análise, a própria ordem pública, não se olvidando que a atividade jurisdicional não se desenvolve sem elevados custos.

Como visto, carece de lógica, ferindo de morte a razoabilidade, a interposição de recurso de apelação pela Defensoria Pública em 1ª Instância; a remessa do feito a este Tribunal; a intimação pessoal do Defensor Público na instância originária e, depois, a devolução dos autos ao 1º Grau para apresentação de razões do recurso, e novamente a remessa dos autos à 2ª Instância, para

Acesso ao Sumário

prosseguimento do julgamento.

É cediço que aludidas garantias devem ser compatibilizadas com outras de igual quilate constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser asseguradas às partes no curso do processo.

Todavia, na hipótese vertente, o defensor impetrante sustenta a premente necessidade apresentação das razões em 2º Grau, pois, "consoante leciona Alexandre Morais da Rosa, a razão de ser do artigo 600, §4º, do Código de Processo Penal é a de que "a apresentação das razões somente quando já distribuído o recurso pode se constituir em ganho porque apresentam-se os argumentos depois de se saber quem serão os julgadores, potencializando as expectativas de comportamento decisório. A linha argumentativa pode ser "customizada" conforme o órgão julgador."

Entretanto, excepcionalmente no caso em análise não se verifica a ocorrência de qualquer violação ao devido processo legal na medida em que a impetração da presente ordem de *habeas corpus*, nos termos do artigo 105, § 3º do Regimento Interno deste Sodalício, torna este relator prevento para apreciação dos recursos subsequentes referentes ao mesmo processo:

***"Art. 105**. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.*

"§ 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

"§ 2º O Presidente da respectiva Seção poderá apreciar as medidas de urgência, sempre que inviável a distribuição e encaminhamento imediatos do processo ao desembargador sorteado.

"§ 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição."

É certo, portanto, que o recurso de apelação interposto pelo paciente será distribuído a este relator por prevenção, nos moldes supracitados.

O nobre Defensor Público impetrante tem ciência de que a presente ordem de *habeas corpus* foi distribuída a esta Colenda Câmara, inclusive já peticionou nos autos pugnando pela juntada de documentos (fls. 42).

Mediante acesso ao sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça, em consulta

ao andamento da ação penal originária, infere-se que os autos se encontram com vista à Defensoria Pública para apresentação das razões recursais desde 14/06/2019 e ainda não foram apresentadas, donde se conclui que (valendo-se das palavras do douto impetrante), a linha argumentativa da Defesa poderá ser "customizada" em suas razões, conforme o entendimento deste órgão julgador.

Dessa forma, somente em casos excepcionais e quando demonstrado prejuízo estreme de dúvida, é que se deve realizar a intervenção em atenção ao contraditório e ampla defesa.

Com efeito, para a anulação do ato, este deve estar eivado de nulidade absoluta, necessária a caracterização do prejuízo causado a quem alega.

É o princípio insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal, em respeito à máxima jurídica do *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.

E, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Ante o exposto, denega-se a ordem ora impetrada em favor de A.F.N.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2126471-66.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CARLOS ALEXANDRE DA SILVA RODRIGUES e Paciente CHARLIENE SOUZA DANTAS, é impetrado MMJD DA 25ª VARA CRIMINAL DO FÓRUM DA BARRA FUNDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 22 de julho de 2019.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Crime contra relações de consumo – Prisão preventiva – Paciente não localizada – Diligências efetuadas na tentativa de localização da ré – Garantia a ordem pública

Acesso ao Sumário

e aplicação da lei penal – Problema de saúde – Não comprovada debilidade extrema a justificar eventual prisão domiciliar – Artigo 318, II do CPP – Constrangimento ilegal não evidenciado – ORDEM DENEGADA.

VOTO

1. Trata-se de "*habeas corpus*" com pedido de liminar impetrado em favor de Charliene Souza Dantas contra ato do MM. Juízo da 25ª Vara Criminal Central, em que alega o impetrante que a paciente sofre constrangimento ilegal nos autos 0022989-25.2013.8.26.0008.

Esclarece que a paciente foi denunciada pela prática do artigo7º, II, VII e IX da Lei 8.137/90. Ao receber a denúncia, a douta autoridade coatora determinou a citação para apresentar resposta no prazo de 10 (dez) dias nos termos do artigo 396-A do CPP. Todavia, houve tentativa de localização da paciente em endereço que não é de seu conhecimento.

Alega que a paciente não pode arcar com deficiência do Estado em encontrá-la, já que a sua prisão foi decretada tão somente porque não foi localizada, sendo que nunca fora sua intenção fugir da justiça. Sustenta que possui grave problema de saúde- câncer- e que a prisão poderá agravar seu estado de saúde.

Diante disto, o impetrante pugna pela revogação da prisão preventiva sem a imposição de outra medida cautelar ou subsidiariamente a revogação da prisão preventiva com imposição de outra medida diversa da prisão prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, e que ao final seja confirmada a liminar anteriormente concedida.

Indeferida a liminar (fls. 69/71) e prestadas informações pela autoridade impetrada (fls. 65/66) e por fim a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 76/80).

É o relatório.

2. A ordem deve ser denegada.

Segundo consta dos autos, no dia 11 de novembro de 2013, a paciente, agindo em concurso e com unidade de desígnios com Gene Vagner de Araújo Dantas, comercializou produtos alimentícios falsificados, consistentes em azeite de oliva da marca "Andorinha".

Aos 22 de janeiro de 2019 foi decretada a revelia da paciente e decretada sua prisão preventiva nos seguintes termos:

"... verifica-se que a acusada em liberdade furtou-se à confiança da Justiça tomando rumo ignorado, prejudicando o devido processo legal. Sem a

prisão da acusada o presente feito irá permanecer parado nas prateleiras da Justiça, com desvalor à própria idéia do justo em sociedade. Com efeito, como garantia da ordem pública e da própria regularidade do processo, DECRETO a prisão preventiva de CHARLENE SOUZA DANTAS, nos termos do art. 312 e seguintes do CPP" (fls. 520 dos autos de primeiro grau).

Inicialmente, destaco que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal: *"Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º da CF. Habeas corpus indeferido"* (1ª Turma – j. 26.04.94 Rel. Moreira Alves – RT 159/213).

Ao contrário do alegado, a decisão preenche os requisitos mínimos de fundamentação exigidos para a decretação da excepcional custódia cautelar. Outrossim, vale ressaltar que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "*não é necessário que o despacho que decreta a prisão preventiva seja extenso, ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e materialidade, além da indispensabilidade da segregação do agente*" (STJ, 5ª Turma – HC nº 2678/ES, p. 231 e RHC 3801-2/MT).

Ademais, "*não se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Jamais do Magistrado que, mesmo quando empregue expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si*" (cf. *habeas corpus* nº 2130176-14.2015.8.26.0000, Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça, Relator Paulo Rossi, j. 12 de agosto de 2015, vu)

Estabelecidos tais pontos, de rigor enfatizar que eventuais condições favoráveis não afastam a necessidade da análise dos quesitos autorizadores da excepcional custódia cautelar. Não se olvide que "*...Condições Favoráveis. No caso, irrelevantes. O direito à liberdade provisória não decorre, automaticamente, do fato de ser o agente primário e ter bons antecedentes...*" (TJ-SP – HC nº 2060382-03.2015.8.26.0000, Relator Des. Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 16/07/2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/07/2015).

Assim, *in casu*, estão presentes os pressupostos necessários para a manutenção do decreto preventivo, porquanto o delito imputado a paciente possui pena máxima cominada superior a quatro anos (art. 313, I, CP), bem como há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Acesso ao Sumário

E, no caso vertente, ainda que se trate de delito cometido sem violência ou grave ameaça, as circunstâncias da prisão do paciente não possibilitam a revogação do decreto preventivo, sendo necessária a prisão cautelar como garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Com efeito, conforme já destacado na decisão que indeferiu a liminar, a paciente foi procurada em todos os endereços constantes nos autos e não foi localizada. Em 12 de abril de 2018 foi determinada sua citação por edital, o que ocorreu em 09/10/2018. Em 22 de janeiro de 2019 nos termos do artigo 366 do CPP o processo foi suspenso em relação a ela, sendo declarada sua revelia, bem como decretada sua prisão preventiva e determinando-se a expedição de mandado de prisão. Na mesma data foi designado o dia 27 de fevereiro de 2019 para a realização de audiência única para o também acusado nos autos Gene Vagner de Araújo Dantas, sendo determinado a antecipação de provas em relação a paciente.

Assim, a fixação de eventuais medidas cautelares não suprem, por ora, a necessidade de garantia da ordem pública, restando totalmente justificada a manutenção do paciente no cárcere durante a instrução criminal.

No mais, embora a paciente relate ser portadora de grave problema de saúde, não se comprovou que a permanência no estabelecimento prisional possa agravar seu estado de saúde ou tampouco que não possa receber o tratamento adequado na unidade carcerária.

Vale registrar a regra excepcional do art. 318, inc. II, do CPP destina-se a situações de saúde de debilidade extrema, não se mostrando ser, ao menos neste momento, a hipótese em tela.

Não se evidenciou, pois, o acenado constrangimento ilegal.

3. Ante o exposto, **DENEGO A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2142289-58.2019.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é impetrante MARCELA DO CARMO PEREIRA e Paciente GISLENE TERSI SALES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DENEGARAM A ORDEM. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.148)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO

COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* com pedido liminar. Suposta prática de furto qualificado. Pleito de concessão de liberdade provisória, por entender desnecessária a custódia cautelar. Defesa sustenta que o decreto constritivo carece de fundamentação idônea por ter se baseado na gravidade abstrata do delito. Paciente é mãe de crianças menores de 12 (doze) anos. Aduz ter-lhe sido negado o benefício da prisão domiciliar, não obstante a decisão exarada nos autos do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.161/SP. Impossibilidade. Necessidade de resguardo da ordem pública. Mesmo diante da recente decisão do Pretório Excelso, plenamente possível a manutenção da prisão preventiva diante de situações excepcionais, desde que devidamente fundamentadas. Caso que se enquadra em tal situação. O simples fato de ser mãe de duas crianças pequenas não lhe dá automaticamente direito líquido e certo à concessão do benefício, que deverá ficar a critério do juiz. Imprescindibilidade para os cuidados das crianças não demonstrada. Constrangimento ilegal não configurado. Decreto mantido. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pela douta advogada Marcela do Carmo Pereira, em favor de GISELE TERSI SALLES, pleiteando a revogação da prisão preventiva, por entender desnecessária a custódia cautelar. No mérito, requer a confirmação da ordem.

Sustenta, em linhas gerais, não estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, uma vez que o decreto constritivo carece de fundamentação idônea, por ter se baseado principalmente na gravidade abstrata do delito.

Pretende seja concedida a liminar para revogação da prisão preventiva, para que a paciente possa responder ao processo em liberdade. Subsidiariamente, almeja ser agraciada com a substituição da prisão preventiva em domiciliar, sendo-lhe fixadas as obrigações inerentes. Aduz, ainda, que a paciente é genitora

Acesso ao Sumário

de menores de 12 e 08 anos de idade, que carece dos cuidados da paciente.

O pleito liminar foi indeferido (fls. 26/28).

Dispensadas as informações, por cuidar-se de processo digital, cujos dados essenciais podem ser acessados por meio do sistema E-Saj.

A defesa anexou outros documentos (fls. 31/91).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (116/122).

É o relatório.

Devidamente processada, a ordem deve ser **denegada.**

A paciente teve a prisão preventiva decretada no dia 17 de junho de 2019, pela suposta prática furto qualificado (fls. 232/233 dos autos originais).

Consta da denúncia, no dia 21 de outubro de 2017, por volta das 15h40min, no Supermercado "Big Bom", situado na Av. Brasília, n° 1950, Vila Brasil, nesta cidade, GISLENE TERSI SALES*, LUCIANA VENÂNCIO* e *GISLAINE APARECIDA DE MATOS*, agindo em concurso e unidade de desígnios com uma mulher não identificada, subtraíram, em proveito comum, 144 (cento e quarenta e quatro) unidades de protetor solar, das marcas "Sundown" e "Neutrogena", restando prejuízo no valor de aproximadamente R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pertencentes ao referido estabelecimento. Apurou-se que as acusadas e uma mulher não identificada associaram-se para praticar crime de furto. Assim, na data dos fatos, utilizando o veículo GM/Vectra, placa DGU 9960 (pertencente ao filho de GISLAINE) as rés e a comparsa dirigiram-se ao referido estabelecimento e passaram a andar pelos corredores, simulando a compra de diversos produtos.

Na sequência, as acusadas GISLENE TERSI e *Luciana* deslocaram-se à prateleira onde ficavam as unidades de protetor solar e colocaram, no "carrinho de compras", cerca de 144 (centro e quarenta e quatro) unidades daquele produto. Ato contínuo, dirigiram-se a uma repartição menos movimentada do estabelecimento, onde se encontraram com a pessoa não identificada, que colocou os produtos no interior de sua bolsa, após o que, evadiram-se todas do local sem passar pelo caixa de pagamento. A ação criminosa foi flagrada pelas câmeras de segurança do local, logrando êxito em identificar GISLENE e *Luciana*, que possuem ocorrências semelhantes na cidade de Araras/SP.

A paciente foi denunciada como incursos no artigo 155, § 4º, incisos IV, do Código Penal (fls. 228/231).

Pois bem.

Em que pese o inconformismo, não se vislumbra ausência de fundamentação idônea na decisão guerreada.

De plano, é possível verificar que a decisão encontra amparo no artigo 312 do Código de Processo Penal, pois além de existirem indícios de autoria e

Acesso ao Sumário

materialidade (vez que a denúncia além de ofertada já foi também recebida), há fundado receio de perigo à ordem pública, a qual se vê cada vez mais abalada com a expressiva quantidade de delitos patrimoniais praticados, o que requer medidas enérgicas por parte do Poder Público com vistas a acautelar, na máxima medida possível, a incolumidade social.

Não obstante o crime de furto não pressupor violência ou grave ameaça, é evidente que sua ocorrência em escala tão elevada é fator que contribui sobremaneira para o desassossego público, não constituindo, de maneira alguma, conduta com desprezível grau de reprovabilidade, haja vista as penas relativamente elevadas cominadas abstratamente a esse tipo de infração por nosso ordenamento jurídico, o que reflete a importância que o legislador pátrio conferiu à tutela de um relevante bem jurídico como o patrimônio.

Ademais, no presente caso, é lícito afirmar que a conduta em tese atribuída a paciente é passível de maior grau de censura, em virtude de ter sido alegadamente cometida em sua forma qualificada pelo concurso de agentes.

Por conseguinte, há razões mais do que fundamentadas para supor que, caso prematuramente colocado em liberdade, a paciente poderá vir a oferecer sérios riscos à ordem pública e causar inquietação no meio social, não havendo garantia alguma de que, caso solta, não voltará a delinquir.

Assim sendo, a liberdade provisória da paciente, neste momento, pode vir a causar grave embaraço ao regular curso da instrução criminal e a uma eventual aplicação da lei penal.

Destarte, é perfeitamente razoável a custódia preventiva para garantia da ordem pública. Ao se defrontar com as particularidades do caso concreto que tem diante de si, é lícito ao juiz embasar sua decisão utilizando-se de expressões de cunho genérico, sendo desnecessária, nesse estágio, a minudência de fundamentação própria de uma sentença condenatória.

Outrossim, é oportuno destacar que o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, admite a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, como *in casu*, contanto que atendidos os requisitos elencados no artigo 312 do mesmo diploma legal.

No presente caso, tem-se, ainda, que a paciente lastreia sua pretensão ao benefício ora pleiteado com base no recente julgado do Pretório Excelso, no âmbito do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP, no qual se determinou, como regra, que Magistrados de todo o País deveriam conceder a referida benesse em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade.

Entretanto, a própria decisão que concedeu a ordem coletiva previu que,

Acesso ao Sumário

diante de "*situação excepcionalíssimas*", caberia aos juízes, com base em atenta e acurada análise do caso concreto, denegar a ordem, sem prejuízo da devida e idônea fundamentação exigida de qualquer decisão emanada das Autoridades Judiciais.

Em que pese seja a paciente mãe de três crianças menores de 12 (doze) anos, considero que o caso em exame se enquadra na situação de excepcionalidade prudentemente ressalvada na decisão do E. Supremo Tribunal Federal.

Não se olvida que o artigo 318 do Código de Processo Penal faculta ao julgador a possibilidade de concessão de prisão domiciliar, desde que atendido qualquer dos requisitos elencados em seus incisos. *In casu*, o pedido deveria necessariamente basear-se ou na hipótese prevista no inciso III (agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência) ou na hipótese ventilada no inciso V (mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos).

No entanto, o texto legal é cristalino ao estabelecer que a concessão de tal benesse deverá ficar a critério do juiz, que **poderá** ou não deferi-la, caso se verifiquem uma ou mais das hipóteses listadas, de sorte que o preenchimento de qualquer dos requisitos não enseja, de forma alguma, a concessão automática do benefício.

De se registrar que tal entendimento encontra respaldo nesta própria E. 9ª Câmara de Direito Criminal:

> *"A novel legislação altera o art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, que passa a constar com a seguinte redação:*
>
> *"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for [...] mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".*
>
> *A referida alteração consolida os direitos da criança inclusive no âmbito do Direito Processual Penal, conferindo transversalidade ao seu melhor interesse.*
>
> *Contudo, conforme consta do próprio precedente ora examinado, "**o uso do verbo "poderá", no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria "dever" do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei, [... sob pena de se] gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão**".*
>
> *A hipótese concreta dos autos indica ser absolutamente incompatível com o acautelamento da ordem pública e da persecução penal – bens jurídicos*

Acesso ao Sumário

constitucionalmente tutelados – a conversão da prisão preventiva em ***prisão domiciliar****,* ***notadamente em razão do concreto risco de recidiva evidenciada no próprio título vergastado****, o que evidentemente não é ilidido com a mera segregação da paciente em ambiente domiciliar".*

(TJSP; *Habeas Corpus* 2015097-79.2018.8.26.0000; Relator (a): Amaro Thomé; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 28ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/03/2018; Data de Registro: 19/03/2018) (grifo meu).

Assim, o fato de a paciente ser genitora de filhos menores, por si só, não lhe garante em absoluto direito líquido e certo à obtenção do benefício de cumprimento de sua reprimenda em âmbito domiciliar.

Assim, inexistem motivos para que a prisão preventiva seja revogada por esta via.

Ante o exposto, pelo meu voto, não vislumbrado o alegado constrangimento ilegal, **denego a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2132991-42.2019.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente JOACIR JOSÉ DA SILVA, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE OSASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.981)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 26 de julho de 2019.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: ***Habeas Corpus*****. Tentativa de furto qualificado. Impetração que objetiva a revogação da prisão preventiva, por ausência dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal. Inadmissibilidade. Indícios de autoria e prova da existência do crime. Paciente que praticou o delito em comento após ser**

Acesso ao Sumário

beneficiado com a liberdade provisória, o que revela seu desajuste na vida em liberdade e dá a exata medida do grau de periculosidade de que é possuidor. Ausência de constrangimento ilegal. Insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, sendo o encarceramento absolutamente necessário para resguardar a ordem pública, acautelar o meio social e prevenir a reprodução de fatos criminosos, encontrando-se presente o 'periculum libertatis'. Ordem denegada.

VOTO

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, representada pelo Dr. Fabricio Bueno Viana, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de JOACIR JOSÉ DA SILVA, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de Osasco, que converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente (fls. 20 destes autos e 27/28 dos autos de origem).

Sustenta, em resumo, que a decisão *a quo* carece de fundamentação idônea, porquanto não demonstrou de modo concreto a presença dos requisitos legais autorizadores da prisão cautelar. Argumenta que o paciente ostenta predicados pessoais favoráveis e é acusado de crime desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa, sendo, portanto, desnecessária e desproporcional a sua manutenção no cárcere, eis que, em caso eventual condenação, fará jus a regime prisional diverso do fechado. Por fim, anota que as medidas cautelares alternativas à prisão se afiguram suficientes e adequadas no caso dos autos.

Pleiteia, assim, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, a fim de que ele possa aguardar em liberdade o desenrolar da persecução penal.

O pedido veio instruído com cópias (fls. 06/20).

Indeferida a liminar (fl. 24) e prestadas as informações de estilo pela digna Autoridade apontada como coatora (fl. 28), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 31/34).

É o relatório, em síntese.

Não vislumbro o insinuado constrangimento ilegal.

Ora, ao que é dado inferir do exame dos autos, o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela suposta prática do delito descrito no artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, no dia 15 de junho de 2019, por volta das 05h30min, na Rua (...), cidade e comarca de Osasco, agindo em concurso e com unidade de desígnios com um indivíduo desconhecido, subtraiu, para si e seu comparsa, 01 (uma) furadeira

Makita, de cor verde, avaliada em R$ 300,00; 01 (uma) furadeira Makita M650, avaliada de R$ 229,90; 01 (uma) furadeira de alto impacto (martelete), avaliada em R$ 686,00; 01 escada em alumínio marca Botafogo, avaliada em R$ 709,00, bens de propriedade das vítimas H.B.de S. e E.M. da S. (fls. 59/60 dos autos de origem).

Embora o exame aprofundado de provas não possa ser feito nos limites estritos do *habeas corpus*, é possível vislumbrar no caso em tela a existência de prova da materialidade e de indícios de autoria razoavelmente sérios, encontrando-se suficientemente fundamentada a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva (fls. 20 destes autos e 27/28 dos autos de origem), para a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, sendo oportuno salientar que a digna Autoridade apontada como coatora, dentre outras considerações, enfatizou que "… *o custodiado já se encontra em cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, possui diversas passagens por audiência de custódia anterior por delito idêntico, de forma que a sua custódia é necessária para garantir a aplicação da lei penal*."

A propósito, merece atenção, a esse respeito, o dilema vivenciado pelo Juiz de primeiro grau nessa ocasião: se, por um lado, não pode simplesmente repetir os requisitos previstos no art. 312 da lei processual penal, não pode, também, por outro, avançar demasiadamente na análise de tais pressupostos, para não correr o risco de prejulgar a causa.

Seja como for, presentes se encontram os requisitos para a prisão cautelar (art. 312 do CPP), pois, embora se trate de delito que não se reveste de violência ou grave ameaça, a garantia da ordem pública recomenda a permanência do paciente no cárcere, uma vez que sua conduta provoca intranquilidade no meio social. Realmente, o fato de o ter praticado o delito em comento após ser beneficiado com a liberdade provisória, mediante o cumprimento de condições, por fatos semelhantes (cf. certidão de distribuição de fls. 22/23 e Folha de Antecedentes de fls. 25/26 dos autos de origem), revela seu desajuste na vida em liberdade e dá a exata medida do grau de periculosidade de que é possuidor.

Dessa forma, é evidente que a custódia cautelar não se reveste das características próprias do constrangimento ilegal, posto que se trata de pessoa com forte inclinação ao crime, especialmente contra o patrimônio, que não reúne condições pessoais que façam presumir que, em liberdade, não voltará a delinquir, sendo a prisão, como já acentuado, absolutamente necessária para resguardar a ordem pública, acautelar o meio social e prevenir a reprodução de fatos criminosos, encontrando-se presente o *periculum libertatis.*

Ora, se o paciente coloca em risco a segurança pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, são muito menos abrangentes e eficazes. Observo, neste ponto, que

Acesso ao Sumário

a r. decisão atacada apontou, satisfatoriamente, a insuficiência de medidas cautelares diversas da prisão, dada a propensão do paciente às atividades criminosas, condição incompatível com a confiança necessária à efetividade de qualquer medida cautelar alternativa.

Anoto, ainda, que a reiteração de práticas ilícitas, por si só, justifica a decretação da prisão preventiva. Nesse sentido a lição do sempre lembrado Basileu Garcia: "*Para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida*" (Comentários ao Código de Processo Penal, Forense, vol. 3º, págs. 169/170). Diverso não é o entendimento da jurisprudência: *"CRIMINAL – HC – HOMICÍDIO – PRISÃO EM FLAGRANTE – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO – PRISÃO PREVENTIVA – REITERAÇÃO DE PRÁTICAS ILÍCITAS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – EXCESSO DE PRAZO – DEMORA JUSTIFICADA – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – TRÂMITE REGULAR – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA – I. Não se vislumbra ilegalidade na custódia cautelar do réu, tendo em vista que procedida em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante. II. A reiteração de condutas ilícitas, o que denota ser a personalidade do réu voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva. Precedentes. III. Hipótese em que o feito tramita regularmente. IV. Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo juízo ou pelo ministério público. V. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada. VI. Ordem denegada".* (STJ – HC 200600651295 – (59646 RS) – 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 16.10.2006 – p. 407).

Em suma, ainda que a prisão provisória seja uma medida extrema, certo é que em casos excepcionais, como o dos autos, em que o paciente é criminoso contumaz, a ordem pública prevalece sobre liberdade individual, o que, por si, só descaracteriza o alegado constrangimento ilegal.

Para que não fique sem registro, cumpre enfatizar que o princípio do estado de inocência (*CF*, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não proíbe qualquer tipo de prisão provisória, desde que emanada de órgão competente e devidamente fundamentada, como no presente caso.

Por fim, é importante consignar que estando o processo ainda em sua fase inicial, não é possível estimar os limites mínimos e máximos da futura

Acesso ao Sumário

reprimenda a ser imposta, para saber se o paciente terá direito a benefícios e regime prisional diverso do fechado, pois, para tanto, é necessária uma análise minuciosa do conjunto probatório, com a verificação de requisitos e critérios objetivos e subjetivos previstos na legislação penal, impossível de ser feita nos limites estreitos do "*habeas corpus*".

Ante o exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* Criminal nº 2136701-70.2019.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é paciente ANTONIO JOSE FELIPE e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem a fim de substituir a prisão preventiva pela internação provisória prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, determinando-se ainda a imediata instauração do incidente de insanidade mental e que o Hospital Espírita de Marília apresente relatório a respeito do estado do paciente. Expeça-se alvará de soltura em favor do paciente. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.194)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 25 de julho de 2019.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Roubo – Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presentes os requisitos autorizadores da manutenção da custódia cautelar. Medida cautelar prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal. Necessidade. Perícia ainda não realizada. Outras provas do estado mental do paciente. Insuficiência da aplicação das medidas cautelares alternativas. CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM.

VOTO

Impetrado o presente *Habeas Corpus* em benefício de **ANTÔNIO JOSÉ**

Acesso ao Sumário

FELIPE, alegando constrangimento por parte do MM. Juízo de Direito apontado como autoridade coatora, que converteu a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva (fls. 01/06).

O pedido liminar foi indeferido por esta Relatora (fls. 44/45).

As informações foram prestadas pelo MM. Juízo de origem (fls. 54/55), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 60/69).

É O RELATÓRIO.

O paciente foi denunciado e teve decretada sua prisão preventivamente pela suposta prática do crime de roubo.

Postula a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a aplicação da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A ordem será concedida em parte.

Extrai-se dos autos que a decretação da prisão preventiva pelo MM. juízo *a quo* encontra-se devidamente motivada, nos precisos termos da lei processual, em especial pela necessidade de garantia da ordem pública e pela gravidade verificada no caso concreto, circunstância reveladora de maior periculosidade social do réu.

Todavia, no tocante a alegação de inimputabilidade do paciente, há indícios de que o paciente sofre de disturbo mental, encontrando-se atualmente em tratamento médico, conforme documentação anexa.

Na origem, inclusive, já houve dois pedidos de instauração do respectivo incidente de insanidade, uma deles ainda pendente de análise.

Assim, em cognição não exauriente sobre a saúde mental do paciente, tendo em vista as declarações médicas anexas, acolhe-se o pleito para substituir a prisão preventiva por internação provisória prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, embora ausente a prévia confecção do incidente de insanidade mental, necessário para se aferir capacidade psíquica do paciente para entender o caráter ilícito da infração[1].

Posto isto, por meu voto, concedo parcialmente a ordem a fim de substituir a prisão preventiva pela internação provisória prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, determinando-se ainda a imediata instauração do incidente de insanidade mental e que o Hospital Espírita de Marília apresente relatório a respeito do estado de saúde do paciente. Expeça-se alvará de soltura

Acesso ao Sumário

1 Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima: "No entanto, embora a regra seja a existência de prévio laudo de exame de insanidade mental, não se pode concluir que referido exame funcione como condição *sine qua non* para a imposição da medida. Como há excessiva demora para a elaboração desse laudo (...) podem ser utilizadas outras provas do estado mental do acusado, pelo menos enquanto não é concluído o exame de insanidade mental". (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1052-1053).

clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2130813-23.2019.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é paciente T.B.M. e Impetrante G.D.M., é impetrado M.C.M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.217)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

DAMIÃO COGAN, Desembargador Relator

Ementa: *Habeas Corpus.* Sentença condenatória. V. acórdão confirmatório com determinação de expedição de mandado de prisão. Impetração pleiteando a suspensão da prisão, realização de perícia oficial para concessão de indulto humanitário. Paciente foragido. Relatório médico particular. Ausente limitação de atividade ou necessidade de cuidados contínuos. Impossibilidade de realização de perícia oficial. Não preenchimento dos requisitos previstos no art. 1º, inciso II do Decreto n. 9.706/2019. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ingressa o impetrante com a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente, pleiteando a revogação da prisão oriunda de sentença condenatória, realização de perícia médica oficial e concessão do indulto humanitário com base no Decreto n. 9.706/2019.

Aduz que o paciente foi condenado por diversos crimes de roubo, receptação, falsificação de documento público e porte ilegal de arma, já tendo cumprido parte da pena na Penitenciária de Mirandópolis II, Raio 03, Cela 328.

Alega que requereu ao juízo *a quo* a concessão de indulto humanitário em favor do paciente com fulcro no Decreto nº 9.706/2019, pleiteando, para tanto,

sua submissão a perícia médica oficial (fls. 8/14).

Sustenta que o juízo *a quo* ratificou o teor de decisão anterior, indeferindo o pedido de concessão de indulto humanitário, sem sequer enfrentar o requerimento de submissão do paciente a perícia médica oficial (fl. 7).

Pondera a ausência de fundamentação na decisão do juízo de primeiro grau, bem como a afronta aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Argumenta que a decisão de fl. 7 é ilegal, uma vez que não observa o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Registre-se que o paciente impetrou *habeas corpus* autuado sob o nº 2114014-02.2019.8.26.0000, no qual o impetrante formulou o mesmo pleito ou a cassação do acórdão que condenou o paciente e da decisão de primeiro grau, para que fossem aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão.

Pleiteia a revogação do mandado de prisão expedido em seu desfavor até a realização de perícia médica oficial no paciente, a fim de comprovar o preenchimento de requisito previsto no Decreto nº 9.706/2019 para a concessão de indulto humanitário.

Foi indeferida a medida liminar (fls. 112/113).

Vieram informações da i. autoridade apontada como coatora (fls. 116/118).

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo não conhecimento ou denegação da ordem (fls. 129/134).

É o relatório.

De acordo com as informações prestadas pela i. autoridade apontada como coatora, o paciente foi condenado às penas de 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 12 dias-multa, no piso, por furto qualificado, com recurso em liberdade.

A r. sentença transitou em julgado para o Ministério Público, sendo interposto recurso defensivo.

O V. acórdão deu parcial provimento ao recurso para ajustar a pena do paciente para 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 11 dias-multa, no piso, sendo determinada a expedição de mandado de prisão.

Foi expedido mandado de prisão em 18/12/2017.

Em liminar concedida pelo C. STJ, foi deferida a medida liminar para suspender os efeitos do mandado de prisão até o exaurimento das instâncias ordinárias, determinando a soltura do paciente.

Em 17/01/2018, foi expedido alvará de soltura.

O recurso especial não foi admitido. O agravo contra a r. decisão não foi conhecido e o agravo regimental encontra-se concluso para decisão.

Acesso ao Sumário

Em 30/04/2019 foi decretada a prisão do paciente, dando-se início à execução, em virtude dos recursos especiais e extraordinários não possuírem efeito suspensivo.

O mandado de prisão foi expedido, sendo interposto pedido de suspensão da ordem de prisão perante o E. STJ.

Em 09/05/2019, o referido pleito foi indeferido.

Em 31/05/2019, novo pedido de concessão de indulto humanitário foi apresentado, requerendo a determinação de perícia médica oficial e a suspensão do mandado de prisão.

E o i. magistrado da Vara Criminal de Matão indeferiu o pleito em razão da inexistência de limitação de atividade e necessidade de cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento prisional.

Assim, não preenchidos os requisitos previstos no art. 1º, inciso II do Decreto n. 9706/19 não há como conceder o benefício. E ainda, o relatório médico apresentado é particular, conforme fls. 1101/1102 dos autos da ação penal n. 0005476-07.2007.8.26.0347.

Vale o destaque ao citado dispositivo:

"Art. 1º Será concedido indulto às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas, que, até a data de publicação deste Decreto, tenham sido acometidas: ...

II - por doença grave, permanente, que, simultaneamente, imponha severa limitação de atividade e que exija cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada por laudo médico oficial, ou, na falta do laudo, por médico designado pelo juízo da execução;"

Anote-se que quando do indeferimento do pedido liminar às fls. 112/113, ficou determinado que o juízo *a quo* esclarecesse a não submissão do paciente à perícia médica oficial, sendo que foi informado que o paciente encontra-se foragido, razão pela qual a medida não foi tomada.

E quanto à suspensão do mandado de prisão, deve o paciente iniciar o cumprimento de pena.

Isso porque, julgado o apelo, houve determinação de imediata expedição de mandado de prisão, o que não comporta qualquer reparo, face à decisão do C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126292/SP, eis que o Relator do processo, Ministro Teori Zavascki, votou no sentido de mudança de jurisprudência da Suprema Corte, estabelecendo que a prisão do condenado deve ocorrer após a confirmação da sentença em julgamento de segunda instância, independente de se esgotarem todos os recursos da defesa, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo

Acesso ao Sumário

Lewandowski (Presidente).

Essa decisão modifica entendimento anterior da própria Corte, que em 2009 (DJE nº 33, divulgado em 17/02/2009 e publicado em 18/02/2009), no julgamento do *Habeas Corpus* 84078/MG, adotou entendimento de que a execução da pena estava condicionada ao trânsito em julgado da condenação definitiva, ou seja, após ser julgada pelos três graus de recursos (Segundo Grau, STJ e STF), ressalvada a possibilidade de prisão preventiva.

Assim, a decisão no *Habeas Corpus* 126292/SP traz uma mudança no entendimento da Corte, sendo que, ao negar o *habeas corpus*, restabeleceu o previsto no art. 27, da Lei nº 8.038/90, ainda que atualmente revogado pelo novo Código de Processo Civil, contudo neste foi mantido o efeito suspensivo e a exceção será avaliada pelo relator, nos termos do art. 995. Desse modo, os Recursos Especial e Extraordinário não têm efeito suspensivo das decisões dos Tribunais, apenas devolutivo.

E, isso porque, os recursos cabíveis da decisão de segundo grau perante o C. Superior Tribunal de Justiça e o C. Supremo Tribunal Federal restringem-se à análise de matéria de direito e não examinam mais provas ou fatos.

Dessa forma, a manutenção da condenação pela Corte de Segunda Instância encerra a análise de fatos e de provas, autorizando o início da execução da pena e a imediata expedição de mandado de prisão, sem qualquer ofensa ao Princípio da presunção de inocência.

Destarte, não há constrangimento ilegal a ser afastado pelo presente *writ.*

Isso posto, **denega-se a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2129626-77.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante V.C. e Paciente K.J.E.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: concederam a ordem para, retificando-se a liminar, revogar a prisão preventiva decretada, impondo-se ao paciente as medidas protetivas (afastamento do lar, proibição de o paciente se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, tendo como 500 metros o limite mínimo de distância entre estes e o paciente, bem como a proibição de o paciente manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação) e medidas cautelares (comparecimento bimestral do paciente em juízo, para informar e

Acesso ao Sumário

justificar suas atividades, proibição de frequentar bares e estabelecimentos similares e o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga). Expeça-se o necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.630)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), ANGÉLICA DE ALMEIDA e PAULO ROSSI.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

JOÃO MORENGHI, Relator

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Inexistência de medida protetiva de urgência. Encarceramento provisório. Desproporcionalidade.

– Existindo a possibilidade de se garantir à vítima a sua integridade física e psicológica mediante a imposição de outras medidas protetivas eficazes, desnecessária será a imposição da prisão, *ultima ratio* na defesa dos direitos da vítima por atos de violência doméstica.

PRISÃO PREVENTIVA. Violência doméstica e familiar. Medida protetiva prévia. Ausência. Prisão cautelar. Desproporcionalidade. Inteligência do art. 313, III, do CPP.

– Em casos de violência doméstica e familiar, tendo a prisão preventiva como fundamento também garantir a execução da medida protetiva de urgência, nos termos do art. 313, III, do CPP, afigura-se desproporcional a decretação da primeira sem a prévia imposição da segunda.

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos do art. 282 do CPP. Presença. Imposição. Possibilidade.

– Presentes os requisitos do art. 282 do CPP, cabível é a imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva para preservação da instrução criminal, bem como para evitar a prática de infrações penais.

VOTO

1. Em favor de K.J.E., o bel. V.C. impetrou o presente *habeas corpus* postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação.

Acesso ao Sumário

Sustenta que o paciente, preso por suposta infração ao art. 129, § 9º, do CP, no âmbito de violência doméstica, merece responder ao processo em liberdade, eis que é primário e possui residência fixa no distrito da culpa, além de não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. Destaca que as penas mínimas que incorrem ao paciente são de prisão simples ou detenção, entre 15 dias a 3 meses, podendo ocorrer o antecipado cumprimento da pena. Pugna pela aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. Assim, evidente o constrangimento ilegal a ser sanado por este *writ* (fls. 1-12).

Juntados documentos comprobatórios da presente impetração (fls. 13-101) e deferida a liminar pleiteada (fls. 103), prestou informações a d. autoridade coatora – Juízo de Direito da Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Paulo (fls. 110-1), fornecendo senha para acesso aos autos digitais.

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 114-8).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

> "Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 12 de maio de 2019, às 23:52h, na Rua (...), Rio Pequeno, São Paulo/SP, K.J.E., qualificado às fls. 12, prevalecendo-se da relação doméstica e familiar, na forma da Lei 11.340/06, ofendeu a integridade corporal da companheira M.A.S.M., qualificada às fls. 05, causando-lhe lesão corporal, conforme laudo a ser oportunamente acostado aos autos.
>
> Consta, ademais, dos inclusos autos de inquérito policial que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, K.J.E. prevalecendo-se da relação doméstica e familiar, na forma da Lei 11.340/06, ameaçou a companheira M.A.S.M., de causar-lhe mal injusto e grave.
>
> Conforme apurado, vítima e denunciado conviveram em união estável por quatro anos, sem filhos em comum. É dos autos que o denunciado agredia fisicamente a vítima com constância, tendo a vítima formalizado ocorrência em outras duas oportunidades, consoantes fls. 14/16 e 17/18.
>
> Nas circunstâncias inicialmente descritas, o denunciado, embriago, chegou em casa e passou a exigir satisfações da companheira. Na sequência, K.J.E. mandou a vítima sentar e, fazendo uso de uma tábua do guarda-roupa, agrediu a vítima batendo em sua cabeça, causando-lhe lesão corporal, conforme laudo a ser oportunamente acostado aos autos. Tamanha foi a força empregada no golpe perpetrado pelo denunciado que a cabeça da vítima começou a sangrar imediatamente.
>
> Em seguida, a vítima foi ao banheiro pegar uma toalha para estancar o fluxo de sangue, momento que K.J.E., irritado, gritou para

Acesso ao Sumário

que a vítima sentasse novamente e ameaçou-a de morte com os dizeres de que "*iria matá-la agora*", pegando novamente um pedaço da tábua para agredi-la.

Atordoada, a ofendida conseguiu se esquivar e sair correndo pela rua, rumo ao Hospital (fl. 25), sendo necessário receber oito pontos na região da cabeça. Não fosse o bastante, o denunciado foi ao Hospital atrás dela. Acionada a polícia militar, a vítima confirmou a agressão praticada pelo denunciado, sendo o agente conduzido ao Distrito Policial e formalizada a prisão em flagrante".

A ordem merece concessão, confirmando-se a liberdade deferida ao paciente, mas, retificando-se a liminar.

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.

A partir desta orientação, estabelece a Lei nº 11.340, de 2006, que, no caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, antes da decretação da custódia cautelar do agressor, é necessária a adoção das medidas de urgência previstas no art. 22, *ex vi* do art. 18, I, da mesma lei. Ou seja, existindo a possibilidade de se garantir à vítima a sua integridade física e psicológica mediante a imposição de outras medidas protetivas eficazes, desnecessária será a imposição da prisão.

Conclui-se, portanto, que o descumprimento de tais medidas é que ensejará a prisão preventiva do agressor, funcionando como *ultima ratio* na defesa dos direitos da vítima por atos de violência doméstica.

Este proceder, aliás, é ratificado pelas recentes 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, as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva são as seguintes:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoas com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva

Acesso ao Sumário

quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

No caso em tela, não se verifica a hipótese legal de admissibilidade da prisão preventiva prevista no art. 313 do CPP, pois, embora o crime envolva a prática de violência familiar, não houve a decretação anterior de medida protetiva, ou seja, a prisão, ***in casu***, é desproporcional, pois não tem como fundamento garantir a execução de medida protetiva de urgência, não funcionando como a ***ultima ratio.***

No entanto, merece correção as medidas impostas ao paciente quando da concessão da medida liminar.

Afigura-se, assim, suficiente para o caso destes autos, antes da decretação da prisão preventiva do paciente, a adoção das seguintes medidas protetivas: afastamento do lar, proibição de o paciente se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, tendo como 500 metros o limite mínimo de distância entre estes e o paciente, bem como a proibição de o paciente manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

Atento, ainda, às condições deste caso, e presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Penal, aplica-se, como medida cautelar: o comparecimento bimestral do paciente em juízo, para informar e justificar suas atividades, proibição de frequentar bares e estabelecimentos similares e, finalmente, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

Mais não é necessário.

3. Pelo exposto, concede-se a ordem para, retificando-se a liminar, revogar a prisão preventiva decretada, impondo-se ao paciente as medidas protetivas (afastamento do lar, proibição de o paciente se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, tendo como 500 metros o limite mínimo de distância entre estes e o paciente, bem como a proibição de o paciente manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação) e medidas cautelares (comparecimento bimestral do paciente em juízo, para informar e justificar suas atividades, proibição de frequentar bares e estabelecimentos similares e o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga). Expeça-se o necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº

2147891-30.2019.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que são impetrantes NESTOR LEONEL DE SOUZA NETO e WASHINGTON ROCHA DE CARVALHO e Paciente THAIZ CRISTINA PARADA, é impetrado MMJD DA VARA CRIMINAL DE OLÍMPIA.

ACORDAM, em 13ª 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.596)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Peculato – Pretendido o trancamento da ação penal, sob o argumento da falta de justa causa, por atipicidade dos fatos – Inadmissibilidade – Provada a materialidade e evidenciados indícios suficientes de autoria atribuída à paciente, a justificar a instauração e o prosseguimento da ação penal, para apuração de eventual conduta dolosa consistente em, na condição de agente público equiparado à funcionária pública, apropriar-se de valores de que tinha a posse em razão do cargo. Hipótese, ademais, em que existe a descrição objetiva dos fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, com todas as suas circunstâncias. Momento consumativo do crime, de resto, que ocorre quando a pessoa, na função pública, passa a agir como se fosse dona da coisa de que tenha a posse ou detenção em razão do cargo. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Washington Rocha de Carvalho e Nestor Leonel de Souza Neto, com pedido de liminar, em prol de **Thaiz Cristina Parada**, denunciada como incursa no artigo 312, *caput*, na forma do artigo 71 (por 30 vezes), ambos do Código Penal, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Olímpia, sob a alegação de constrangimento ilegal, mercê do recebimento da denúncia, a despeito da falta de justa causa para ação penal. Aduzem, em síntese, que,

Acesso ao Sumário

na função de escrevente contratada pelo Oficial do Cartório de Registro de Pessoas e Tabelionato da cidade de Altair, a paciente é acusada de se apropriar para si, de forma continuada (por 30 vezes), de dinheiro oriundo da cobrança de emolumentos e custas de serviços prestados e não anotados nos livros cartorários. Sustentam que os emolumentos e as custas, que correspondem ao tributo da espécie taxa, supostamente cobrados e apropriados pela paciente, não foram objeto do respectivo lançamento tributário, evidenciando-se, com isso, a atipicidade dos fatos, nos moldes do que recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por meio do RHC 75.768-RN.

Por isso, requerem a concessão da ordem para trancar a ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, o i. Procurador de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, perfeitamente cognoscível, deve ser denegada.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar a paciente a sofrer constrangimento ilegal, por conta do recebimento da denúncia, a despeito da falta de justa causa para a ação penal, por atipicidade dos fatos, a afetar, em tese, sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que, no período compreendido entre o final do ano de 2015 e janeiro de 2017, na Rua 2, nº 305, Centro, na cidade de Altair, a paciente, na condição de escrevente do Cartório de Registro de Pessoas e Tabelionato de Altair, apropriou-se, por 30 vezes, em proveito próprio, de dinheiro particular de que tinha a posse em razão do cargo, na quantia aproximada de R$ 40.403,74 (quarenta mil, quatrocentos e três reais e setenta e quatro centavos).

Consta, ainda, que a paciente foi contratada por André Luiz Ribeiro, Oficial do Cartório de Registro de Pessoas e Tabelionato de Altair, para exercer a função de escrevente, a qual desempenhou, sob a supervisão de André, do ano de 2015 até fevereiro de 2017. Ela era responsável por fazer o atendimento ao público, bem como realizar alguns procedimentos cartorários, tais como autenticações, reconhecimentos de firma e lavraturas de algumas certidões.

Ademais, segundo emerge dos autos, valendo- se da função que exercia e do fato de que o Oficial do Cartório comparecia ao local esporadicamente, apenas para verificar o movimento do cartório, a paciente, a partir do fim do ano de 2015, passou a confeccionar escrituras, certidões e procurações, fazendo uso de papéis de segurança, sem, contudo, registrá-las nos respectivos livros, ocasiões em que cobrava dos particulares pelos emolumentos e custas de serviços

Acesso ao Sumário

não prestados, pegando para si o dinheiro. Ela ainda teria elaborado algumas certidões de casamento, cobrando os emolumentos e custas dos interessados, mas, nas respectivas certidões, fazia constar que os nubentes eram isentos, pegando para si o dinheiro cobrado indevidamente.

Desse modo, os dados que emergem dos autos do presente *mandamus* revelam a presença do *fumus commissi delicti.*

Logo, não há cogitar-se de trancamento da ação penal.

É que o remédio constitucional aforado pelos ilustres impetrantes somente se justificaria, para esse fim, se despontasse, *prima facie*, "a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e da materialidade" ou, ainda, "a incidência de causa excludente da culpabilidade"[1], sem dilação probatória[2], o que não se vislumbra no caso dos autos, descabendo, ainda, na hipótese em que a pretensão dependa do exame de matéria fático-probatória.[3]

Ademais, o pedido de instauração da ação penal foi oferecido porque o membro do Ministério Público colheu das peças informativas produzidas durante o inquérito policial os necessários elementos para formar sua *opinio delicti* e, apresentada a denúncia, o MM. Juiz imprimiu-lhe a marcha regular, em conformidade com os dispositivos da lei processual que regem a matéria. Nada nos autos demonstra que não havia prova da materialidade dos crimes e indícios suficientes de autoria a ensejar a propositura da ação.

Frise-se que é dado ao julgador trancar a ação penal por falta de justa causa apenas nas hipóteses em que a imputação é manifestamente ilegal, não amparada em elemento de convicção algum e completamente divorciada dos elementos levados ao Ministério Público para formação de sua convicção. O divórcio entre a instauração da *persecutio criminis* em Juízo e a realidade deve vir demonstrada cabalmente no *habeas corpus* para que a ordem possa ser concedida. A mera alegação de falta de justa causa não tem o condão de autorizar a outorga da tutela reclamada.

É bom que se diga, aliás, como tem se orientado iterativamente a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive o Excelso Pretório, que não se pode pretender o exame aprofundado das provas, com seu cotejo e valoração, nos angustos lindes da ação constitucional de *habeas corpus*, nem trancar a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

Convém conferir, nesse passo, os pronunciamentos da jurisprudência a respeito do tema:

1 - STJ - RHC 17312/MS - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - Julgamento em 09/08/2005 - DJ 12.09.2005, p. 347; STJ - RHC 17748/BA - Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Sexta Turma - Data do Julgamento 23/08/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005, p. 370.

2 - STJ - HC 39336/SP - Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Sexta Turma - j. em 31/08/2005 - DJ 19.09.2005, p. 389.

3 - STF - RHC 85829/PE - 2ª Turma - Min. Ellen Gracie - j. em 16/08/2005 - DJ 02/09/2005.

Acesso ao Sumário

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA: EXAME. I. - O exame de provas não é possível em habeas corpus. II. - HC indeferido".[4]

"HABEAS CORPUS E RECURSO QUE VISAM O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DEFESA QUE INTENTA DESCLASSIFICAR O DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL. Habeas corpus não se mostra meio idôneo para verificar existência ou não de justa causa, quando implicar exame de provas. Ausência de nulidade da denúncia. Recurso ordinário a que se nega provimento".[5]

"(...) 1. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, a análise da alegada insuficiência de provas para a condenação, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório. (...) 5. Writ denegado. (...)".[6]

E, mais:

"... A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. IV. - HC indeferido".[7]

Desse modo, como afloram dos autos indícios da autoria delitiva e existe a descrição objetiva dos fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, com todas as suas circunstâncias, em perfeita consonância com a norma inscrita no artigo 41 do Código de Processo Penal, a denúncia foi corretamente recebida, de modo que o eventual afastamento das imputações só será possível após o cotejo e a valoração das provas a serem produzidas na instrução criminal, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Vale dizer, somente no ato sentencial é que se poderá proclamar eventual descabimento das acusações inscritas na denúncia.

De mais a mais, impende anotar que o caso em apreço não se ajusta ao precedente jurisprudencial mencionado na impetração, o qual versa sobre situação de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito na esfera administrativa, antes do recebimento da exordial, onde houve o parcelamento da dívida que estava sendo regularmente adimplida pelo titular da Serventia.

Aqui, a paciente é acusada de apropriar-se de valores de particulares de que tinha a posse em razão do cargo público por equiparação, os quais possuíam natureza de tributo e destinação pública, uma vez que foram pagos por usuários do serviço extrajudicial (contribuintes originários), a título de emolumentos e custas, mas, segundo consta, sem o conhecimento do próprio titular da Serventia Extrajudicial, ou seja, trata-se de hipótese em que o lançamento tributário jamais

Acesso ao Sumário

4 - STF - HC 84.537/SP, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 01/03/2005, DJU 18/03/2005, v.u.

5 - STF - HC nº 83.215/RJ, Rel Min. Nelson Jobim, j. 14/10/2003, DJU 19/03/2004, v.u.

6 - STJ - HC 37847/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 19/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 351.

7 - HC 86091/PI Relator Min. Carlos Velloso - Julgamento: 06/12/2005 - Segunda Turma, Publicação: DJ 03-02-2006, pp-00088. Ement Vol-02219-04, pp-00808.

aconteceria, pois os valores foram supostamente apropriados por funcionário do cartório que nem mesmo se encontra na posição de substituto tributário e, portanto, sem competência para fazer o recolhimento de tais tributos.

Aliás, impende anotar que o momento consumativo do crime se dá quando a pessoa, na função pública, passa a agir como se fosse dona da coisa ou de valores de que tenha a posse ou detenção em razão do cargo, de modo que, no caso em apreço, isso ocorreu a partir do instante em que a paciente, na condição de funcionária pública por equiparação, apropriou-se dos valores cobrados a título de emolumentos e custas dos contribuintes originários (usuários do serviço extrajudicial) pela emissão de escrituras, certidões e procurações, deixando de levar ao titular da Serventia o conhecimento acerca da existência de tais atos para que fosse, em relação a eles, providenciado o efetivo recolhimento dos tributos aos cofres públicos.

Frente a esse contexto, evidenciada a presença de justa causa para ação penal, fica fácil concluir não estar a paciente a sofrer o constrangimento contrário ao ordenamento jurídico com que acenam os ilustres impetrantes, pelo que exsurge imperiosa a denegação do remédio heroico.

3. Pelo exposto, **denega-se** a ordem de *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2135483-07.2019.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é impetrante KATIANE DE MORAES MAKOSKI e Paciente LUCAS DOUGLAS LIMA DIAS, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE REGISTRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 9 de agosto de 2019.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus* – Tráfico de entorpecentes – Agente surpreendido mantendo em depósito, para

fins de tráfico, 28,15 gramas de cocaína, sob a forma de "crack" e 9,36 gramas de cocaína em pó – Critérios a serem empregados na análise dos pressupostos da prisão preventiva.

É certo que o STF já reconheceu não ser concebível eventual denegação de liberdade lastrada apenas na gravidade abstrata da conduta daquele que é criminalmente investigado.

Ao decidir sobre sua eventual liberação, o Magistrado deve, com efeito, considerar, sempre, não apenas a natureza da infração, como também as circunstâncias nas quais os fatos teriam ocorrido e as condições pessoais do suposto agente.

Em se cuidando de crime de tráfico de entorpecentes, a avaliação deve, assim, abranger não apenas a variedade da substância apreendida, como sua espécie, sua quantidade, a forma como estava acondicionada, além de toda a dinâmica dos fatos e o histórico do averiguado.

Em tais situações, porém, é inclusive recomendável que aludida análise seja efetuada com maior rigor e especial cautela pelo Juiz, de modo a restarem efetivamente assegurados a manutenção da ordem pública, o bom andamento da instrução criminal, bem como a aplicação da lei penal, uma vez não se poder perder de vista que o tráfico de entorpecentes apresenta natureza grave e hedionda, com consequências particularmente nocivas à sociedade.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

A advogada Katiane de Moraes Makoski impetra o presente pedido de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de LUCAS DOUGLAS LIMA DIAS, alegando que este estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Registro, que teria convertido a sua prisão em flagrante em preventiva. Imputa-se ao ora paciente a conduta de ter sido flagrado mantendo em depósito, para fins de tráfico, uma pedra de cocaína, sob a forma de "*crack*", pesando 28,15 gramas e 9,36 gramas de cocaína em pó, divididos em 14 porções.

Busca-se, assim, a revogação da prisão preventiva, pelas razões apontadas

na inicial. Subsidiariamente, pretende a substituição do cárcere pela prisão domiciliar, com a expedição do competente alvará de soltura.

Indeferida a liminar (fls. 44/45) e prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, que vieram devidamente acompanhadas de documentos (fls. 49/75), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o Relatório.

O presente *writ* não comporta concessão.

Ao contrário do asseverado na impetração, inexiste qualquer constrangimento ilegal em manter-se o ora paciente cautelarmente recolhido ao cárcere, uma vez que, analisados os fatores motivadores da decretação da prisão preventiva, vê-se deverem estes restar confirmados por esta Corte.

Lucas Douglas Lima Dias está preso preventivamente desde 16 de maio de 2019, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

O STF já decidiu ser válida, nos casos de tráfico, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado para início de cumprimento de pena, bem como a concessão de liberdade provisória (*Habeas corpus* n. 104339/SP, declarando inconstitucional a parte do art. 44 da Lei n. 11.343/06, que vedava a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico).

O tráfico de entorpecentes não deixa de ser, contudo, delito grave e hediondo, com consequências extremamente danosas à sociedade, o que recomenda seja procedida análise rigorosa do caso concreto, de modo a garantir a observância das medidas assecuratórias da ordem pública, do bom andamento da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, em especial se ausentes os requisitos subjetivos para a eventual concessão de benefício.

O Magistrado deve, para tanto, sopesar não apenas a natureza da infração, como também as circunstâncias e as condições pessoais do paciente. Em se cuidando de tráfico de entorpecentes, cumpre ainda considerar a quantidade de entorpecente apreendida, sua variedade, bem como a forma como estava acondicionado.

Analisado o caso concreto, chega-se a conclusão de não ser efetivamente recomendado que o ora paciente responda ao processo em liberdade.

Existem nos autos indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas.

Importa ainda consignar que, apesar de o ora paciente não ostentar antecedentes (certidão de fls. 37 dos autos principais), o caso ora em apreço exige uma análise mais criteriosa em razão da espécie de entorpecente apreendido.

A quantidade de entorpecente apreendida, com efeito, conquanto não seja

Acesso ao Sumário

vultosa, não deixa de ser expressiva. O laudo toxicológico concluiu, ademais, que a apreensão se refere a cocaína, sendo que parte significativa do entorpecente estava sob a forma de "crack", substância altamente viciante e dotada de grande potencial nocivo para a saúde dos usuários (28,15 gramas de cocaína, sob a forma de "crack" e 9,36 gramas de cocaína em pó).

O i. parecerista oficiante, às fls. 79/80, ainda deixou consignado que:

> O paciente era conhecido como traficante de drogas e, após reunir elementos de convicção idôneos sobre a realização do comércio na residência dele, autoridade da "Delegacia de Investigações sobre Entorpecentes" postulou e o douto coator ordenou busca domiciliar, na qual detetives localizaram cocaína, em pó e na forma de crack, em quantidades razoáveis conforme auto de prisão de cópia juntada neste *writ* e o incidente de revista acessíveis pelo portal de serviços do E-saj.
>
> [...]
>
> Existiam, também, boas provas indiretas (relatos dos detetives) e diretas (apreensão da cocaína) para identificar a atuação de Lucas Douglas enquanto criminoso profissional, cuja sobrevivência dependeria do grave ilícito penal, de modo a prognosticar reincidência cujo impedimento só seria viável com a prisão preventiva.

Não se cogita, assim, de decorrer a manutenção da custódia cautelar exclusivamente da gravidade abstrata da conduta, eis que vem ela escorada tanto no exame dos pressupostos legais como à situação inerente ao caso concreto.

Ressalte-se que o pedido sequer veio acompanhado de documentação comprobatória de ocupação lícita e de residência fixa, o que consiste em um motivo a mais para não ser concedida a liberdade. Existem, de qualquer modo, fortes indícios de que, uma vez solto, o agente irá persistir em sua conduta, prejudicar a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal.

Não se pode olvidar, tampouco, que o tráfico de entorpecentes provoca pânico e temeridade social e que a correta apuração do ocorrido exige que todas as testemunhas estejam suficientemente protegidas, de sorte a poderem prestar seus esclarecimentos de modo livre e desimpedido.

Acesso ao Sumário

Tudo isso recomenda sejam observadas medidas assecuratórias da ordem pública, do bom andamento da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, razão pela qual, acaba sendo forçoso reconhecer não ser recomendável que o paciente responda ao processo em liberdade.

Estando efetivamente presentes, no caso concreto, os motivos autorizadores da prisão preventiva, deve prevalecer a necessidade de ser garantida a correta instrução criminal, a efetiva aplicação da lei penal, bem como a tranquilidade e a segurança do corpo social.

Observe-se igualmente a esse respeito, já ter restado assentado que a prisão provisória não atenta contra o princípio da presunção de inocência.

> Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º, da CF/88.[1]

A aplicação das medidas cautelares enumeradas pelo legislador na atual redação do art. 319 do CPP é, de outra parte, descabida.

É certo que a Lei n. 12.403/11 carreou ao ordenamento jurídico mecanismos, diferentes da prisão, destinados a assegurar o Juízo. Todos eles têm como pressuposto, contudo, a soltura do flagrado do cárcere, uma vez figurar a liberdade provisória na base de todas as medidas cautelares previstas em lei, das quais é antecedente lógico. A nova redação dada ao art. 321 do CPP dispõe, com efeito, que, na ausência dos pressupostos da custódia preventiva, o Juiz deverá conceder a liberdade provisória e, se for o caso, impor as medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo Codex.

Impende observar, por fim, que, estando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312), serão descabidas quaisquer outras medidas cautelares mais favoráveis ao paciente, em especial se considerada a equação 'necessidade/adequação', que vem expressa no atual art. 282 do CPP, nos seguintes termos:

> As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Não tendo sido detectada, portanto, qualquer ilegalidade na permanência da custódia cautelar do paciente, não se pode deferir a ordem impetrada.

Ante o exposto, denega-se o *writ.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 0028518-39.2019.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é paciente DANIEL PIMENTA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71169. Impetrante: Renato Alcaide. Paciente: Carlos Adalberto Queiroz e Marcelino Aparecido da Silva. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, 26 de abril de 1994. **Diário da Justiça**. 16 Set. 1994, p. 24.267. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original). Acesso em: 12 Out. 2014.

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem de *Habeas Corpus*, convalidando-se a liminar deferida, para que o benefício da liberdade provisória se efetive sem a necessidade de recolhimento de fiança, mediante, porém, cumprimento das demais cautelares eventualmente fixadas no juízo de origem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.824)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – Paciente cuja liberdade de locomoção se encontrava coarctada por não ter condições financeiras de arcar com a fiança – Pleito de afastamento da quantia estipulada – Possibilidade mediante cumprimento das demais cautelares diversas – Paciente que não pode arcar com o valor arbitrado sem prejuízo de sua subsistência – Ausentes os requisitos para a decretação da preventiva – A fiança não pode ser onerosa a ponto de ensejar a violação de um direito subjetivo – Inteligência dos arts. 325, § 1º, e 350, ambos do CPP. Ordem concedida, convalidando a liminar anteriormente deferida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensora Pública **Luciana Angelo Almeida Santos**, em favor de **Daniel Pimenta**, preso preventivamente pela suposta prática do crime previsto no art. 147 do Código Penal, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito do plantão Judiciário da 13ª CJ - Araraquara**, pleiteando a concessão de liberdade provisória ao paciente, sem a necessidade de recolhimento de fiança.

Sustenta a impetrante, em síntese, que a autoridade policial arbitrou fiança no valor de R$ 1.500,00, a qual não foi satisfeita pelo paciente por absoluta impossibilidade financeira, o que permitiria a aplicação do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal.

Aduz ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, bem como de fundamentação idônea da decisão que decretou tal custódia, pois esta não teria se lastreado em elementos concretos, afrontando o art. 5º, LXI, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal.

Alega que a manutenção no cárcere, até o pagamento da fiança, viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana vez que o paciente está impossibilitado de pagar a fiança por conta própria.

Por fim, aduz que a prisão preventiva do paciente se figura desproporcional, eis que decretadas outras medidas cautelares.

O pedido foi apreciado em plantão judiciário pelo eminente Desembargador Péricles Piza, que deferiu a liminar pretendida (fls. 23/24).

Mantido o deferimento da liminar por este Relator (fls. 33/35), foram prestadas as informações de estilo (fls. 40/41), tendo o douto Procurador de Justiça, Ednilson Andrade Arraes de Melo, opinado pela concessão definitiva da ordem (fls. 44/46).

É o relatório.

O caso é de concessão da ordem, convalidando-se a liminar anteriormente deferida.

Não se ignora o disposto no art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal, segundo o qual desafiará recurso em sentido estrito a decisão que *"[...] conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança [...]"*.

Por outro lado, prevê o mandamento constitucional do art. 5º, LXVIII, que "*conceder-se-á 'habeas- corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*".

No presente caso, o paciente encontrava-se preso por ausência de condições financeiras para arcar com a fiança arbitrada, situação passível, portanto, de ser desafiada por meio de *habeas corpus*, visto que coarctada sua liberdade de locomoção.

Como se vê, caso tivesse condições financeiras favoráveis, não teria permanecido encarcerado e, pelo que consta dos autos, o paciente encontra-se em aparente situação de hipossuficiência.

Não se pode perder de vista que a fiança se constitui como garantia real. Cuida-se de meio acautelatório para o cumprimento das obrigações processuais do afiançado.

Os parâmetros objetivos para a fixação do valor da fiança se encontram positivados no art. 325 do Código de Processo Penal.

Extrai-se do referido mandamento legal (inciso II), que a fiança será concedida no limite de 1 a 100 salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada não for superior a 04 anos.

Um dos critérios subjetivos a ser observado, para tanto, é a condição financeira do afiançado. Outros parâmetros subjetivos estabelecidos para o

Acesso ao Sumário

arbitramento da fiança estão previstos no art. 326 do CPP e consistem a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Tudo isso a indicar que o juiz, ao estabelecer a fiança, deve ser cauteloso, de modo que a mesma não seja demasiadamente onerosa, a ponto de se tornar a violação de um direito, ou baixa demais, de modo a banalizar o instituto em testilha.

Nesse sentido, lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

"[...] Aliado ao critério objetivo de cálculo, exige-se ainda que se leve em conta a situação financeira do afiançado. Nesta linha, nem a fiança pode ser um fardo impagável, afinal haveria, indiretamente, a violação de um direito, nem pode ser por demais branda, já que sua insignificância em face do poderio econômico do réu descredibilizaria a medida. [...]" (TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de direito processual penal. Salvador, Juspodivm, 4 ed. 2010, p.629).

Destarte, observada a condição de hipossuficiência do afiançado e, sendo a liberdade provisória direito subjetivo do acusado, possibilita o inciso I do § 1º do art. 325 do CPP a dispensa da fiança, na forma do art. 350 do codex.

Nesse sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO TENTADO – LIBERDADE PROVISÓRIA – SUBSTITUIÇÃO DA FIANÇA POR OUTRAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP – Possibilidade: Presentes os pressupostos autorizadores da liberdade provisória, já que concedida no juízo a quo, possível a substituição da fiança, considerada excessiva, por outras medidas cautelares diversas da prisão previstas na novel Lei 12.403/11. Ordem concedida, convalidando-se a liminar." (Habeas Corpus nº 0095280-47.2013.8.26.0000, 15ª Câm. Crim., Rel. J. Martins, j. em 25/07/2013).

"Habeas Corpus. Furto tentado. Paciente preso em flagrante. Liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança. Pretensão obstada pela ausência de condições financeiras do protagonista, morador de rua. Se ausentes as condições que ensejariam a prisão preventiva, razão não existe para o arbitramento de fiança. Concessão da ordem." (HC nº 0084406-71.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Sérgio Rui. j.07.07.2011.v.u.).

Tecidas estas ponderações, não se olvidando que o delito foi perpetrado sem violência ou grave ameaça à pessoa, verifica-se que era mesmo de rigor o afastamento da fiança arbitrada pelo MM. Juiz *a quo*, sobretudo diante de sua aparente hipossuficiência financeira.

Ante o exposto, pelo meu voto, **concedo a ordem de *Habeas Corpus*,**

Acesso ao Sumário

convalidando-se a liminar deferida, para que o benefício da liberdade provisória se efetive sem a necessidade de recolhimento de fiança, **mediante, porém, cumprimento das demais cautelares eventualmente fixadas no juízo de origem.**

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0000013-87.2018.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é recorrente JOSÉ CUSTODIO DE OLIVEIRA, 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: "Via de consequência, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito interposto por José Custódio de Oliveira, confirmando-se a r. decisão de pronúncia recorrida, para que o réu seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.414)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Homicídio simples tentado – Pronúncia Recurso da defesa – Pretendida a impronúncia ou absolvição – Não acolhimento – Materialidade comprovada pelos documentos constantes nos autos – Existência de indícios suficientes de autoria delitiva – Pretendida, igualmente, a desclassificação da conduta para o delito de ameaça – Improcedência – Os indícios constantes nos autos apontam para a existência, ao menos em tese, de "animus necandi" – Assim, eventual dúvida acerca do elemento subjetivo do tipo deve ser dirimida pelo E. Tribunal do Júri, que é o Juiz Natural do feito – Incidência do princípio do "in dubio pro societatis"

Acesso ao Sumário

nesta fase processual – Pronúncia mantida – Recurso defensivo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por José Custódio de Oliveira, contra a r. decisão de fls. 1395/1401, cujo relatório de adota, que o pronunciou para ser submetido a julgamento perante o E. Tribunal do Júri local como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea f, e com o artigo 14, todos do Código Penal.

Inconformado, recorre o acusado postulando sua impronúncia ou, subsidiariamente, a desclassificação do delito para o crime de ameaça (fls. 1416/1426).

O recurso foi bem processado e contrariado pelo Ministério Público (fls. 1434/1439).

Em sede de juízo de retratação, a r. decisão foi mantida, sendo os autos remetidos a este Egrégio Tribunal (fls. 1440).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça pugnou pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 1452/1454).

É o relatório.

O recurso interposto pela defesa não comporta provimento.

Consta da denúncia que, no dia 18 de maio de 2014, por volta das 15h30min, na residência situada na Rua (...), Bairro Morada do Sol, no Município e Comarca de Fernandópolis, José Custódio de Oliveira, agindo com *animus necandi*, por motivo torpe e mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, empregando uma arma de fogo (revólver), tentou matar Cláudia Íris do Nascimento, que foi sua companheira, somente não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o Ministério Público, o acusado, sem se conformar com o término do relacionamento que mantivera com Cláudia e com o relacionamento que esta iniciara com Sérgio Carlos Manssur Curi, decidiu, na data dos fatos, matar estas duas pessoas.

Inicialmente, dissimulou seu intento, tecendo comentários elogiosos a Sérgio nas redes sociais. Na data dos fatos, porém, dirigiu-se armado à casa de Sérgio, ciente de que Cláudia lá se encontrava.

Lá chegando, ocultou seu propósito, dizendo que necessitava conversar com Cláudia e Sérgio, tendo sido franqueada por este a entrada do denunciado no interior do imóvel, dirigindo- se os três a uma área de lazer nos fundos da residência, local em que sentaram- se o denunciado numa mureta e, em bancos

Acesso ao Sumário

de alvenaria defronte a ele, Cláudia e Sérgio.

O acusado, então, disse que estava sofrendo por conta de uma pessoa e que naquele dia resolveria a situação, matando-os. Sacou o revólver que trazia no bolso de sua bermuda, apontou-o em direção a Sérgio, depois em direção a Cláudia, tornou a mirar em Sérgio, contra quem efetuou um disparo que não o atingiu apenas por erro de pontaria.

Sérgio correu para o interior da casa, ingressando pela porta da cozinha. Foi perseguido pelo denunciado, que o seguiu até a entrada da cozinha e, depois, até a porta da sala, na frente do imóvel. Ali, enquanto Sérgio tentava fechar a porta, José Custódio contra ela investia com chutes e empurrões, efetuando concomitantemente diversos disparos que atingiram Sérgio, produzindo nele lesões corporais graves.

Quando, porém, Sérgio conseguiu fechar a porta da sala, o acusado voltou-se contra Cláudia, que fora trancada fora da residência. Mirou contra ela a arma de fogo e por pelo menos duas vezes acionou o gatilho, não realizando os disparos fatais que pretendia apenas porque a arma de fogo falhou. Atemorizada, Cláudia refugiou-se numa varanda situada nos fundos do imóvel, escondendo-se atrás de um balcão próximo à churrasqueira.

Temendo a chegada de policiais, José Custódio deixou o imóvel levando a arma de fogo. Contudo, minutos depois telefonou para Cláudia e lhe disse que, se ela não conversasse consigo, retornaria ao local e mataria a todos. Na sequência, o acusado compareceu à residência de Cláudia e abordou Juliana Iris Ramos, filha desta, a quem reafirmou seu intento homicida, além de relatar que a arma de fogo empregada falhara quando tentou disparar contra Cláudia. O réu disse que buscaria outra arma de fogo para matar a ofendida e, se não o fizesse, contrataria alguém para terminar o serviço.

Ademais, no mesmo dia dos fatos, por volta das 16h16, o acusado ainda mandou uma mensagem pelas redes sociais (Facebook) reafirmando o propósito de ceifar a vida de Cláudia, dizendo que vou até o fim..não quer ser minha não vai ser de ninguém .

O delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, haja vista que a arma de fogo falhou todas as vezes em que acionado o gatilho contra Cláudia.

O crime foi praticado por motivo torpe, já que o acusado agiu movido por um sentimento vil e injustificado de posse e ciúme sobre Cláudia, bem como em retaliação ao término do relacionamento que com ela mantivera e ao início de um novo.

José Custódio agiu com dissimulação e empregou recursos que dificultaram a defesa de Cláudia e Sérgio. Isso porque ele manteve oculto o propósito de ceifar a vida de ambos, dando, ao contrário, falsas amostras de

Acesso ao Sumário

amizade com a vítima e Sérgio nas redes sociais, onde teceu, inclusive, elogios a este, ocultando a desaprovação do novo relacionamento. Ludibriados, Sérgio e Cláudia autorizaram o ingresso do acusado na residência no dia dos fatos e, de forma amistosa, aceitaram sentar- se frente a frente com ele nos fundos do imóvel.

Lá, agindo de inopino e colhendo de surpresa Cláudia e Sérgio, que não tinham razões para esperarem agressão, o acusado sacou a arma e anunciou seu intento, passando a efetuar disparos e a perseguir as vítimas.

Esses são os fatos.

O recurso defensivo não comporta provimento.

A materialidade delitiva vem comprovada pelo boletim de ocorrência, laudos periciais (fls. 156/180; 123/154 e 184/188), assim como pelas demais provas acostadas aos autos.

Os indícios de autoria são extraídos da prova oral.

O réu, em Juízo, negou as práticas delitivas. Disse que foi a casa do ofendido conversar porque não gostou de ver a vítima se agarrando com ele na frente de sua filha; foi armado para se proteger. Negou ter gritado na casa, e nem ameaçando de morte. Esclareceu que quando Rocha entrou na casa gritou para ele abrir o portão porque queria ir embora, viu a porta movendo e nesse momento disparou, pois acreditou que ele poderia sair com arma para lhe atingir. Negou ter falado com Cláudia ou com Sérgio depois do disparo (fls. 1348 – sistema SAJ).

A exculpação apresentada pelo réu, no entanto, não se apresentou verossímil ao ponto de ensejar a sua impronúncia nessa fase processual.

Na fase administrativa da persecução penal, a ofendida Claudia (que faleceu no curso da instrução criminal), confirmou os fatos narrados pela denúncia, asseverando que se encontrava na casa de Sérgio, com quem estava se relacionando, quando o recorrente chegou, acionando o interfone, dizendo que precisava falar com eles. No interior da casa, mais precisamente no quintal, começaram a conversar, tendo o recorrente dito que estava sofrendo muito por causa dessa mulher, a vítima, tendo sacado seu revólver e apontado na direção dela, mas em seguida efetuou disparos contra Sérgio que correu para o interior da residência, sendo que o recorrente continuou efetuando disparos contra ele. Em seguida, foi em direção a ela, apontando a arma e efetuando dois disparos, tendo a arma falhado (fls. 16/18 e fls. 99/101).

O relato do ofendido Sergio, por sua vez, também indica que o acusado tentou matá-lo e também a ofendida Claudia (fls. 1348 – sistema SAJ).

As testemunhas Silmara de Souza Melo e Juliana Iris Ramos também indicam que o réu queria ceifar a vida dos ofendidos (fls. 1348 – sistema SAJ).

Acesso ao Sumário

Desse modo, nesta fase, torna-se inviável acolher a impronúncia ou absolvição, muito menos o pleito desclassificatório para o delito de ameaça, uma vez que não restou absolutamente comprovada a tese defensiva de disparo acidental ou para defender-se de suposta agressão.

Com efeito, os indícios dos autos, especialmente os depoimentos das vítimas e das testemunhas, demonstram que, em tese, o réu teria atirado de forma dolosa contra os ofendidos, apenas não consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Em decorrência disso, a decisão final acerca da responsabilidade penal do réu deve ser tomada pelo Tribunal do Júri, que é o Juiz Natural da causa, à luz do princípio do "in dubio pro societatis", vigente na fase do sumário da culpa.

Além disso, é certo que a pretensão desclassificatória só poderia ser acolhida caso a acusação de crime doloso fosse manifestamente inadmissível, não sendo este o caso dos autos.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TESE DE DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IN DUBIO PRO SOCIETATE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. 1. O princípio do in dubio pro societate incide na fase da pronúncia, devendo as dúvidas serem resolvidas pelo Tribunal do Júri. 2. Nos termos do art. 410 do Código de Processo Penal, o magistrado somente desclassificará a infração penal quando a acusação de crime doloso contra a vida for manifestamente inadmissível, o que não ocorreu no caso em apreço. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ – Rel. Ministra Laurita Vaz – 5ª Turma – REsp nº 775062/DF – DJe 12/05/2008).

Por todos estes motivos, tem-se que agiu com acerto o d. magistrado singular ao pronunciar o ora recorrente, restando preenchidos os requisitos previstos no art. 413, "*caput*", do Código de Processo Penal, como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c. c. o art. 61, II, f, e com o art. 14, inc. II, todos do Código Penal, devendo o r. *decisum* manter-se intocável.

Via de consequência, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito interposto por José Custódio de Oliveira, confirmando-se a r. decisão de pronúncia recorrida, para que o réu seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076930-64.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.206)**

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, 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, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 25 da Lei Complementar nº 60, de 10 de dezembro de 2.003, do Município de Franca – Ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Inconstitucionalidade reconhecida – Violação aos artigos 111 e 128 da constituição estadual – Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do artigo 25 da Lei Complementar nº 60, de 10 de dezembro de 2.003, do Município de Franca, que estabelecem o pagamento de "Gratificação de Assiduidade" a servidores municipais.

Alega que as normas mencionadas contrariam o disposto no art. 111, e 128, da Constituição do Estado, sob o fundamento de que referida norma contraria os princípios constitucionais que as normas insculpem.

Inexistente pedido de liminar.

Vieram informações às fls. 102/105 da Prefeitura Municipal e às fls. 155/157 pela Câmara Municipal.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 160).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 163/174).

É o relatório.

Procede, a ação.

A norma guerreada assim dispõe:

Art. 25 – Os empregados públicos da EMDEF farão jus a uma gratificação de assiduidade, que será paga de uma só vez, em parcela destacada e não incorporável, na folha de pagamento do mês de maio de cada exercício, a partir de 2004, com base nas faltas apuradas entre o período de 20 de maio de 2003 e 19 de maio de 2004, e nos mesmos períodos dos anos subsequentes, observados os seguintes percentuais e critérios de avaliação:

I – Nenhuma falta: 30% (trinta por cento) do padrão de vencimento;

II – 1 (uma) falta, ainda que justificada: 20% (vinte por cento) do padrão de vencimento; Ver tópico III – 2 (duas) faltas, ainda que justificada: 15% (quinze por cento) do padrão de vencimento;

IV – 3 (três) faltas, ainda que justificada: 10% (dez por cento) do padrão de vencimento;

V – 4 (quatro) faltas, ainda que justificada: 5% (cinco por cento) do padrão de vencimento;

Parágrafo Único – Para apuração dos percentuais para a concessão da gratificação de assiduidade, na forma deste artigo, excetuam-se as faltas abonadas.

Tem-se que o referido ato normativo padece de vício de inconstitucionalidade, haja vista que a instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 111 e 128,

Acesso ao Sumário

aplicável aos Municípios por força do art. 144 da ambos, da Constituição do Estado, que assim dispõe:

> ***Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.***
>
> ***Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.***
>
> ***Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.***

Assim, temos que a norma guerreada não atende ao interesse público, nem mesmo às exigências do serviço, esbarrando nos princípios de moralidade, interesse público e finalidade, além de ofender o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e que, como aqueles, têm assento no art. 111 da Constituição do Bandeirante.

Observa-se a que a gratificação proporcionada pela norma em exame além e não atender a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; e ser, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; é, também, desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que não acarretarão benefício algum para a Administração Pública.

Isto posto, julga-se procedente ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 25 da Lei Complementar nº 60, de 10 de dezembro de 2.003, do Município de Franca.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065025-62.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA.

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 32116)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI N. 7.040, DE 01 DE NOVEMBRO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA. LEI QUE DISPÕE SOBRE A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA AOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS E CRIA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO DA GUARDA CIVIL NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 24, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E, EM CONSEQUÊNCIA, AO PRINCÍPIO DA REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS, ACOLHIDO PELO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 2) NORMA QUE ATRIBUI A ÓRGÃO PÚBLICO A DEFESA JUDICIAL E GRATUITA DE UM GRUPO DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS (GUARDAS CIVIS) PARA DEFESA DE INTERESSE PARTICULAR. AFRONTA AO ARTIGO 111 DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, RAZOABILIDADE, MORALIDADE E INTERESSE PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com efeito *ex tunc*.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto a Lei Municipal nº 7.040, de 1º de novembro de 2018, do Município de Indaiatuba, que dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita aos Guardas Municipais e cria o cargo de Defensor Público da Guarda Civil.

Alega o autor, em síntese: 1) a incompetência legislativa do Município para dispor sobre assistência jurídica gratuita e criar defensoria pública para tutela de direitos de servidores públicos; 2) a incompetência da advocacia pública municipal para defesa de interesses pessoais de servidores públicos em face de demandas versando sua responsabilidade pessoal no exercício de função pública, por ser vocacionada exclusivamente à tutela dos interesses do poder público como pessoa jurídica sujeito de direitos; 3) afronta aos princípios de moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público na atribuição da tarefa de representação judicial de servidores públicos, pelo órgão público municipal, por atos praticados no exercício da respectiva função e que proporcionem sua responsabilidade pessoal; 4) violação do art. 24, inciso XIII, da Constituição Federal e, em consequência, ao princípio da repartição das competências legislativas, acolhido pelo artigo 144 da Constituição Estadual, bem como dos arts. 111 e 103 ambos da Constituição Paulista.

Diante disso, requer, liminarmente, a suspensão da vigência e eficácia da Lei nº 7.040, de 1º de novembro de 2018, do Município de Indaiatuba, até o final julgamento desta ação, sob o argumento de que estão presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que a lei gera despesa pública comprometendo o erário e consiste no exercício de atividade ilegítima.

A liminar foi deferida pelo r. despacho de fls. 121/122, nos seguintes termos: *"Defiro a liminar, por vislumbrar a existência de periculum in mora, uma vez que a lei gera despesa pública imediata com a criação de órgão público, e, em especial, a razoabilidade do direito invocado (fumus boni iuris)"*.

Citada (fls. 137), a d. Procuradoria-Geral do Estado deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (fls. 158).

Requisitadas informações à Câmara Municipal de Cosmorama, estas foram prestadas às fls. 141/145, defendendo a constitucionalidade do diploma impugnado, bem como a regularidade da tramitação do processo legislativo que o originou.

Por sua vez, o Prefeito Municipal de Indaiatuba às fls. 152/156, do mesmo modo, defende a constitucionalidade da lei impugnada, requerendo, ao final, a improcedência da ação.

O i. Subprocurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 161/172, reiterando os termos da inicial e opinando pela procedência do pedido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como intenção discutir a constitucionalidade da Lei nº 7.040, de 1º de novembro de 2018, do Município de Indaiatuba, que dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita aos Guardas Municipais e cria o cargo de Defensor Público da Guarda Civil e que tem a seguinte redação:

> "Art. 1º – O Município oferecerá, mediante requerimento do interessado, assistência jurídica integral e gratuita aos Guardas Civis municipais que, no exercício de suas funções ou em razão delas, se envolvam ou sejam implicados em casos que demandem tutela judicial ou extrajudicial.
>
> Art. 2º – As atividades descritas no art. 1º serão exercidas pela Defensoria Pública da Guarda Civil, vinculada à Secretaria Municipal da Segurança Pública, atribuída ao seguinte cargo de provimento efetivo ora criado, cujo padrão de vencimento inicial corresponderá a 50% (cinquenta por cento) da Referência I, Classe 'A', do Grupo ES, Sub Grupo J, a que se refere o Anexo VII, da Lei Complementar nº 11, de 14 de dezembro de 2010:

	Quant.	Atribuições	Jornada Semanal	Requisitos
Defensor Público da Guarda Civil	01		20h	Possuir diploma de bacharel em Direito, expedido por universidade ou Faculdade reconhecida pelo MEC, devidamente registrado; Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil com 3 (três) anos de atividade jurídica, no exercício da advocacia.

> Art. 3º – As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento vigente, suplementadas se necessário.
>
> Art. 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

Acesso ao Sumário

Constata-se, pois, que a lei objurgada dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita aos guardas municipais a ser exercida pela Defensoria Pública da Guarda Civil, vinculada à Secretaria Municipal da Segurança do Município de Indaiatuba.

Pois bem. A assistência jurídica integral e gratuita é direito constitucionalmente assegurado àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, Constituição Federal e art. 3º da Constituição Bandeirante).

O texto constitucional, a fim de dar cumprimento à diretriz estabelecida no seu art. 5º, concebeu o órgão da Defensoria Pública para tal obrigação, constituindo-a como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, *caput*, da Constituição Federal[1] e art. 103 da Constituição Paulista[2]).

E, na divisão de competência legislativa, a própria Constituição estabeleceu, em seu art. 24, caput e inciso XIII, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre "assistência jurídica e Defensoria Pública".

No âmbito da competência concorrente, a Constituição Federal adotou a competência concorrente não cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a edição de normas particulares, que irão complementar as normas gerais (adicionando à legislação nacional) ou suplementá-las através de suas respectivas leis (competência supletiva, quando a União tenha se mantido inerte ou omissa ou no caso de consonância). Aos Municípios é outorgada também a competência suplementar (art. 30, II, CF), "no que couber", especificando a legislação federal ou estadual, desde que: presente o interesse local e mantida compatibilidade com a legislação suplementada.

Dentro deste sistema vertical a União, no exercício da competência legislativa que lhe é outorgada pela Carta Magna (art. 24, XIII), editou a **Lei Complementar n. 80/94**, com o escopo de organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados.

Por sua vez, o Estado de São Paulo criou a Defensoria Pública Estadual por meio da Lei Complementar nº 988/2006, com unidades de atendimento em diversos municípios, além de contar com convênio para atender as cidades onde

1 **Constituição Federal**. "**Art. 134** – Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".

2 **Constituição Federal**. "Art. 103 – À Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, compete a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus.
Parágrafo único – Lei Orgânica disporá sobre a estrutura, funcionamento e competência da Defensoria Pública, observado o disposto nos artigos 134 e 135 da Constituição Federal e em lei complementar federal".

Acesso ao Sumário

não possui unidade própria.

Como se vê, a Constituição não se limitou a prever o direito à assistência judiciária gratuita, mas também instituiu o órgão vocacionado a prestar este relevante serviço, fazendo-o apenas nas esferas federal e estadual, cabendo a cada estado federativo instituir unidades do seu funcionamento nos municípios.

E, em pesquisa ao site da Defensoria Pública de São Paulo[3], constatou-se que há unidade da Defensoria Pública instituída no Município de Indaiatuba[4], de modo a inexistir qualquer razão peculiar local para o Município criar outro órgão de Defensoria Pública.

A pretensão da legislação municipal de Indaiatuba de criar o órgão da Defensoria Pública da Guarda Municipal importa em usurpação da competência que, constitucionalmente, é reservada concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal e não se compactua com as limitações próprias da competência legislativa atribuída aos Municípios (art. 30, I e II, da Constituição Federal).

Hely Lopes Meirelles, ao lecionar sobre a competência legislativa dos municípios, aponta como *"assuntos vedados ao Município, por não se enquadrarem no conceito de 'interesse local', é de se assinalar, a título exemplificativo, a atividade jurídica, a segurança nacional, o serviço postal, a energia em geral, a Informática, o sistema monetário, a telecomunicação e outros mais, que, por sua própria natureza e fins, transcendem o âmbito local."* (n/ grifo)[5].

Se assim é, a procedência da ação é medida que se impõe por violação ao pacto federativo, não sendo dado ao Município criar um órgão da Defensoria Pública.

O argumento apresentado pela Câmara Municipal de Indaiatuba, no sentido de que *"a propositura do projeto se deu em razão do compadecimento da própria Secretaria Municipal de Segurança Pública de Indaiatuba com a situação de hipossuficiência demonstrada por parcela significativa dos servidores ocupantes do cargo de guarda municipal"* (fls. 143) não merece prosperar, eis que, como acima já mencionado, o Município de Indaiatuba tem unidade de atendimento da Defensoria Pública Estadual, com competência constitucional para prestar o serviço de defesa jurídica aos necessitados, nos termos do art. 103 da Constituição Estadual, o que já engloba a defesa dos

Acesso ao Sumário

3 (Endereço eletrônico constante do texto original)

4

Residência em	Posto de	Tipo de	Endereço	Cidade	Telefone	Horário
Indaiatuba	OAB / Indaiatuba	Cível, Família, Infância e Juventude e Criminal	R. Humaitá, 1539	Indaiatuba	(19) 3834-6593	2ª à 6ª das 13h às 17h00min (para

5 Direto Municipal Brasileiro, 18ª ed.. Malheiros, 2017, pag. 144.

guardas civis que comprovarem hipossuficiência financeira.

Ademais, a norma impugnada, para além da violação ao pacto federativo, também ofende o artigo 111, da Constituição Estadual, que dispõe que*: "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público"*.

Não obstante a autonomia aferida aos Municípios para sua auto-organização, a instituição de órgãos e cargos públicos municipais só se mostra legítima se realizada em conformidade com os princípios previstos no art. 111 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

No caso específico dos autos, a lei municipal impugnada instituiu uma Defensoria Pública vinculada à Secretaria Municipal de Segurança Pública e voltada apenas à defesa gratuita de interesses pessoais de guardas civis, fugindo assim do direito constitucionalmente assegurado de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, Constituição Federal), porquanto a norma impugnada viola o princípio da impessoalidade, eis que prevê privilégio a uma categoria de servidores públicos.

O privilégio ora fixado pela norma impugnada também viola o princípio da razoabilidade, moralidade e interesse público, eis que não atende a qualquer ideal da justiça, pois estende o benefício da gratuidade sem que haja a comprovação do requisito da insuficiência de recursos e para atender interesses privados dos guardas civis, bem como não apresenta justificativas para beneficiar este grupo de servidores municipais em detrimento de outros, além de onerar o erário com o dispêndio de recursos públicos para defesa de interesse pessoal de agentes públicos. Repita-se, incidindo em *bis in idem* normativo, como atalho para privilegiar uma determinada classe de indivíduo, o que é repelido pelo sistema vigente.

Neste particular, transcrevo trecho de voto proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal, indicado pelo requerente em sua inicial, em ação direta de inconstitucionalidade que analisou o art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e a alínea a do Anexo II da Lei Complementar n. 10.194/94 daquela unidade federativa (que asseguravam a assistência judiciária do Estado ao servidor público processado civil ou criminalmente), que bem se adequa ao caso dos autos:

> "(...) se o servidor comprovar suas dificuldades e seu grau de necessidade, tem ele o amparo da Defensoria Pública, na medida em que o próprio texto constitucional determina que o Estado prestará assistência judiciária e integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Dessa forma, não há necessidade de lei que privilegie indistintamente todos os servidores estaduais, no exercício de suas atribuições (...) Entretanto,

Acesso ao Sumário

o dispositivo da Constituição Estadual, desvirtuado ainda mais pela lei supracitada, estabelece injustificável privilégio àqueles que praticarem crimes contra o Estado, atos de improbidade e lesões ao seu patrimônio, os quais serão beneficiados, necessitem ou não, do patrocínio estatal de sua causa. Ora, se o agente for hipossuficiente, terá direito à assistência jurídica estatal. Mas se não a necessitar deverá promover sua defesa com recursos próprios, sem o patrocínio estatal, já que a defesa do Estado, na maioria dos casos, não se confunde com a do servidor e deve ser promovida pelo competente corpo de Procuradores do Estado. Portanto, a norma desigualada não é necessária nem adequada. Tampouco proporcional, eis que significará, na maioria das vezes, no patrocínio, pelo Estado, da conduta de ímprobos, corruptos, servidores faltosos (...). (STF, ADI 3.022-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02-08-2004, v.u., DJ 04-03-2005[6])". (fls. 13/14)

No mesmo sentido, julgado deste C. Órgão Especial em caso análogo:

"Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Artigo 21 da Lei 14.125, de 29 de dezembro de 2005 e Decreto 48.084, de 5 de janeiro de 2007 – Inconstitucionalidade – Ocorrência. Desrespeito à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo e desvio de poder de emenda parlamentar por impertinência temática Inconstitucionalidade formal. Atribuições institucionais da Advocacia Pública. Princípio da simetria. Representação judicial de agentes públicos em face de sua responsabilidade pessoal. Afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade e ao interesse público primário. Inconstitucionalidade material. Decreto regulamentar deve ter interpretação estrita, diante da norma do artigo 84, inciso IV, da Constituição da República, sem a possibilidade de extensão dada ao Presidente da República no inciso VI. Inconstitucionalidade por arrastamento. Ação procedente[7]" (n/ grifo).

Por fim, como bem apontado pela d. Procuradoria Geral da Justiça: *"Mesmo que não se tratasse da criação da instituição municipal da Defensoria Pública*

6 EMENTA: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente."

7 ADIN nº 0252533-35.2012.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 01.02.2017.

Acesso ao Sumário

propriamente dita, mas, sim, de órgão de advocacia pública do Município, a inconstitucionalidade também seria manifesta, porque incompatível a lei local com os artigos 98, 99, inciso I, 111 da Constituição Estadual" (fls. 166), ante a inadequação de órgão da advocacia pública municipal para defesa de interesses pessoais de guardas civis em face de demandas versando sua responsabilidade pessoal no exercício de função pública, por não ser possível tal vocação a um órgão público, devendo sua atribuição ser voltada exclusivamente à tutela dos interesses do Poder Público como pessoa jurídica titular de direitos.

Assim, por qualquer ângulo ou fundamento que se examine o caso, conclui-se pela inconstitucionalidade da Lei nº 7.040, de 1º de novembro de 2018 do Município de Indaiatuba, com efeito *ex tunc*.

Pelo exposto, julgo procedente a ação, nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2093725-48.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.658)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 7.707, de 28 de março de 2019, do Município de Guarulhos, que "autoriza o Poder Executivo a criar a Farmácia

Acesso ao Sumário

de Manipulação com o objetivo de proporcionar o suprimento da demanda de medicamentos no município de Guarulhos e dá outras providências" – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual. Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Guarulhos visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 7.707, de 28 de março de 2019, do Município de Guarulhos, que "autoriza o Poder Executivo a criar a Farmácia de Manipulação com o objetivo de proporcionar o suprimento da demanda de medicamentos no município de Guarulhos e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 25, 47 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que, além da ingerência na criação, estrutura e atribuições de órgãos e serviços da Administração Pública Municipal, a lei impugnada implica na imposição de obrigações a cargo de órgãos públicos, colocando como responsabilidade da Administração a obrigação de prover recursos humanos, físicos e financeiros. Sustenta que a norma combatida padece de vício de iniciativa, pois cria para a Administração Pública obrigações e despesas, invadindo competência do Poder Executivo. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 7.707, de 28 de março de 2019, do Município de Guarulhos.

A liminar foi deferida (fl. 127/132).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos apresentou informações (fl. 142/153).

O prazo para manifestação da Procuradoria-Geral do Estado transcorreu *in albis*, conforme certidão de fl. 155.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 158/165, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A lei impugnada tem a seguinte redação:

LEI Nº 7.707, DE 28 DE MARÇO DE 2019.

Projeto de Lei nº 1953/2017 de autoria do Vereador Toninho da Farmácia.

Autoriza o Poder Executivo a criar a Farmácia de Manipulação com o

Acesso ao Sumário

objetivo de proporcionar o suprimento da demanda de medicamentos no município de Guarulhos e dá outras providências.

"Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a criar a Farmácia de Manipulação no município de Guarulhos, com o objetivo de proporcionar o suprimento da demanda de medicamentos das Unidades Básicas de Saúde, com remédios manipulados.

Art. 2º O atendimento será efetuado, mediante receituário médico, prescrita por profissionais da Rede Pública de Saúde, a quem provar residência no município de Guarulhos.

Parágrafo único. A Farmácia de Manipulação terá responsável técnico durante todo o horário de funcionamento, conforme legislação sanitária vigente.

Art. 3º Os remédios controlados não serão produzidos pela Farmácia de Manipulação.

Art. 4º Compete à Secretaria da Saúde a criação da farmácia e a execução e implementação do disposto nesta Lei.

Parágrafo único. A estrutura física da Farmácia de Manipulação deve atender a legislação sanitária vigente.

Art. 5º Fica autorizado o Poder Executivo a firmar convênios com Universidades, no sentido de utilizar a estrutura existente nos cursos de Farmácia e Bioquímica.

Art. 6º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares se necessário.

Art. 7º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Com efeito, a lei impugnada transborda o poder do Legislativo, pois revela verdadeira ingerência no Executivo Municipal, com interferência em área exclusiva da Administração, privativa do Executivo inclusive quanto à iniciativa do projeto de lei.

Acesso ao Sumário

De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do Plenário, indicar medidas administrativas ao Prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo. A propósito ensina Hely Lopes Meirelles:

"A atribuição típica e predominante da Câmara é normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o

Município; estabelece, apenas, normas de administração (...). De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situações concretas por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de sua exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo, ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial" (*in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros Editores, São Paulo, 15ª ed., pp. 605/606).

E, ainda, sobre o processo legislativo, destaca-se trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*: **"... as regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando relações recíprocas entre esses mesmos órgãos"** (Cf. "Do Processo Legislativo", Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, p. 111/112).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que **"o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*"** (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes* e *contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

A instituição de programas destinados à execução de políticas públicas – no caso, a criação de Farmácia de Manipulação Municipal, com providências dirigidas à Secretaria da Saúde, além de autorização para celebração de convênios – executados direta ou indiretamente pelo Poder Público, bem como

Acesso ao Sumário

a organização e funcionamento da Administração Pública, situam-se no domínio da reserva da Administração, espaço conferido com exclusividade ao Chefe do Poder Executivo no âmbito de seu poder normativo imune a interferências do Poder Legislativo, e que se radica na gestão ordinária dos negócios públicos, como se infere dos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado, aplicável na esfera municipal por força de seu artigo 144.

Assim, "Ives Gandra Martins, referindo-se aos atos típicos de administração, ensina que **'sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade'** ('Comentários à Constituição do Brasil', 4º vol. Tomo I, 3ª ed., atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002)."[1]

Deveras, compete ao Chefe do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração, a prática de atos de administração típica e ordinária, e a disciplina de sua organização e de seu funcionamento (artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição Bandeirante), consagrando atribuições de chefia de governo.

O Poder Legislativo Municipal, a seu turno, é o que elabora, modifica, altera e emenda as leis, em caráter geral, abstrato e impessoal, que regula o comportamento dos munícipes. A Câmara do Município não administra, mas apenas fixa regras de administração, reguladoras da atuação administrativa do Prefeito. Por isso, por deliberação do Plenário, pode indicar medidas administrativas ao Chefe do Poder Executivo Municipal, a título de colaboração e sem qualquer obrigatoriedade; todavia, não pode prover situações concretas por seus próprios atos e impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de exclusiva atribuição e competência.

No que tange à natureza das leis autorizativas, esclarece Sérgio Resende de Barros:

> **"(...) insistente na pratica legislativa brasileira, a 'lei' autorizativa constitui um expediente, usado por parlamentares, para granjear o crédito político pela realização de obras ou serviços em campos materiais nos quais não têm iniciativa das leis, em geral matérias administrativas. Mediante esse tipo de 'leis', passam eles, de autores do projeto de lei, a coautores da obra ou serviço autorizado. Os constituintes consideraram tais obras e serviços como estranhos aos legisladores e, por isso, os subtraíram da iniciativa parlamentar das**

Acesso ao Sumário

1 ADI nº 2047125-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/10/2014.

leis. Para compensar essa perda, realmente exagerada, surgiu 'lei' autorizativa, praticada cada vez mais exageradamente. Autorizativa é a 'lei' que – por não poder determinar – limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da 'lei' começa por uma expressão que se tornou padrão: 'Fica o Poder Executivo autorizado a...' O objeto da autorização – por já ser de competência constitucional do Executivo – não poderia ser 'determinado', mas é apenas 'autorizado' pelo Legislativo, tais 'leis', óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio, muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente." (Sérgio Resende de Barros. "Leis Autorizativas", *in* Revista da Instituição Toledo de Ensino, Bauru, ago/nov 2000, p. 262).

Nessa linha, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.682/2018, do Município de Tietê e de iniciativa parlamentar, que 'autoriza o Executivo Municipal a celebrar convênios com clínicas médicas, visando à implantação do programa SAÚDE A TODOS, junto aos pacientes hipossuficientes do Município de Tietê e dá outras providências'. Ingerência do Poder Legislativo local na competência constitucionalmente traçada ao Poder Executivo. Atribuição, também, de encargos adicionais à Administração Pública. Vício de iniciativa configurado. Matéria privativa do Senhor Prefeito municipal, nos termos do artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição estadual. Ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 5º, da Carta Constitucional estadual).

Não conhecimento de alegações do requerente baseadas na Lei Complementar nº 101/2000, porquanto no âmbito da presente ação a norma objurgada deve ser contrastada somente com o Supremo Pacto deste Estado-membro. Eventual afronta a legislação federal consubstanciaria mera ilegalidade. Precedente deste Egrégio Órgão Especial. Ação procedente." (ADI nº 2202823-02.2018.8.26.0000, Rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 20/02/2019).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal n. 5.902, de 08 de dezembro de 2016, do Município de Sumaré – Legislação que autoriza a concessão de subsídios a atletas praticantes de modalidades esportivas olímpicas e paraolímpicas e dá outras providências – Lei de iniciativa parlamentar que regula o funcionamento da Administração Pública, matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo – Tema 917 de Repercussão

Acesso ao Sumário

Geral – Vício de iniciativa configurado – Lei que, ao autorizar ao Poder Público a conceder subsídios a atletas, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo para administrar o Município – Lei autorizativa que disfarça uma determinação – Ofensa aos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual. Ação julgada procedente." (ADI nº 2108129-41.2018.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 17/10/2018).

Nesse diapasão, evidente a invasão pela Câmara Municipal de Guarulhos na esfera de competência privativa do Executivo Municipal, com afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, cuja observância é obrigatória, *ex vi* do artigo 144 da mesma Carta.

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.707, de 28 de março de 2019, do Município de Guarulhos.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2072826-29.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TÂNIA FLAVIA NAGASHIMA SIMONAKA, é agravado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, COM SANÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.025)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI,

Acesso ao Sumário

FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *AGRAVO INTERNO – Oposição contra decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial de mandado de segurança – Alegação de vício na distribuição por prevenção do processo, por desrespeito ao comando do artigo 196 do RITJ – DISTRIBUIÇÃO – Processo distribuído por prevenção à cadeira que recebeu a reclamação nº 0004877-22.2019.8.26.0000, sendo que esta acompanhou, também por prevenção, a distribuição do MS nº 2075516-36.2016.8.26.0000, do qual emanou a decisão que a agravante diz ter sido desrespeitada pela autoridade aqui apontada como coatora (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo) – Situação que a distribuição neste Tribunal de Justiça é feita por 'cadeiras' e remetidas aos magistrados que a ocupam, titularmente ou provisoriamente, segundo dicção dos artigos 72, parágrafo único e 105, § 1º, do seu Regimento Interno, coadunando-se com a disposição do § 3º do artigo 988 do NCPC – Regularidade da distribuição endossada por despacho da E. Vice-Presidência do TJSP – Circunstância em que a discussão de vício na distribuição desborda da verdadeira intenção da agravante que é a de desconstituir os acórdãos no mandado de segurança anterior que confirmaram a licitude de pena administrativa residual de suspensão de 90 dias da sua função de delegada de polícia, além da reclamatória não ter qualquer viabilidade de processamento pelo fato da decisão supostamente violada ter transitado em julgado (artigo 988, § 5º, inciso I, NCPC) – Constatação de manifesta inadmissibilidade do agravo interno que conduz à aplicação da sanção prevista no § 4º do artigo 1.021 do NCPC, no caso, de multa de 5% sobre o valor atribuído à causa – Recurso interno não provido, com

Acesso ao Sumário

sanção.*

VOTO

1. Dizendo-se inconformada com a decisão terminativa de fls. 186/192 do Relator sorteado nos autos principais do mandado de segurança nº 2072826-29.2019.8.26.0000, cujo processo foi extinto sem julgamento do mérito pelo indeferimento da sua inicial, eis que identificado ausência de direito líquido e certo contra decisão transitada em julgado que confirmou pena administrativa mitigada para 90 dias de suspensão do exercício do cargo da impetrante, delegada de polícia, aqui se alega, sinteticamente, que a distribuição por prevenção foi ilegal por não respeitar o comando do artigo 196 do RITJ (fls. 01/04 e 35/39).

Na contraminuta de fls. 42/45 a douta Procuradoria Geral do Estado, representando processualmente a autoridade impetrada, sustenta inexistir qualquer vício na distribuição do processo e na regularidade da pena administrativa residual de 90 dias aplicada pelo Governador do Estado de São Paulo em desfavor da agravante.

É o relatório.

2. O presente recurso interno foi interposto com base na previsão do artigo 1.021 do Novo Código de Processo Civil, contra a decisão de fls. 186/192 nos autos principais, a seguir reproduzida:

"Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato omissivo do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, por não expedir notificação ao Governador do Estado de São Paulo para o fiel cumprimento do decidido nos autos dos primeiros embargos declaratórios opostos no bojo do Mandado de Segurança nº 2075516-36.2016.8.26.0000, no sentido de desconstituição de pena administrativa residual da suspensão da função da impetrante (Delegada de Polícia) pelo prazo de 90 dias, ante a subversão feita pelo próprio relator designado daqueles, Des. Sérgio Rui, aposentado, que em segundos embargos declaratórios naquele processo, opostos pela Fazenda Pública, acabou por emprestar-lhes efeito infringente impróprio para confirmar a sanção administrativa residual, causando-lhe prejuízos financeiros e funcionais.

Aduz, ainda, que a inércia da autoridade impetrada poderá ensejar crime de prevaricação, eis que nega cumprimento ao estabelecido no artigo 26 da Lei 12.016/2009.

Há pedido de liminar.

É o necessário.

O processo merece ser extinto sem resolução de mérito, ante a inequívoca falta de interesse de agir, pela ausência cabal do direito líquido e certo invocado.

Com efeito, a impetrante enveredou com a mesma tese por meio da

Acesso ao Sumário

Reclamação nº 0004877-22.2019.8.26.0000, ou seja, a de que a decisão que teria feito 'coisa julgada' nos primeiros embargos declaratórios nos autos do MS nº 2075516-36.2016.8.26.0000 foi objeto de descumprimento pelo próprio Presidente deste E. Tribunal, induzido em 'erro' pelo Des. Sérgio Rui, vindo aquela reclamatória à minha conclusão, sobrevindo a seguinte decisão:

*"**1.** Trata-se de reclamação oposta por Tânia Flávia Nagashima Simonaka contra os acórdãos copiados as fls. 265/269 e 275/283, relatados pelo Des. Sérgio Rui, aposentado, os quais teriam vulnerado o decidido nos primeiros embargos declaratórios interpostos no bojo do Mandado de Segurança nº 2075516-36.2016.8.26.0000, os quais, com efeito infringente, alteraram a decisão exarada no acórdão que havia denegado o mandamus, para concedê-lo e 'desconstituir o ato administrativo impugnado' (fls. 20/32).*

A insurgência da reclamante se atém ao fato de que com a desconstituição do processo administrativo disciplinar, tanto a pena de demissão, como a mitigada de 'suspensão pelo prazo de 90 dias', não teriam mais validade jurídica com a decisão dos Embargos Declaratórios 2075516-36.2016.8.26.0000/50001, julgados em 07/03/2018, pelo mesmo relator, Des. Sérgio Rui.

Diz que após aquele julgamento, a Fazenda Pública opôs segundos embargos declaratórios (50002) para esclarecimento da subsistência da pena de suspensão, sobrevindo resposta positiva do colegiado, seguindo-se os terceiros embargos, agora por ela opostos, não acolhidos em função do que se decidiu nos segundos.

***2.** Pois bem. Análise perfunctória dos embargos declaratórios que integraram o julgamento do MS 2075516-36.2016.8.26.0000 revela que **não** há, em princípio, contradição entre os mesmos.*

Com efeito, nos embargos declaratórios que a reclamante quer ver cumprido foi destacado pelo então relator que:

***"Não se trata, em hipótese alguma, de reexame do mérito do ato administrativo, mas sim da <u>análise da razoabilidade e proporcionalidade da manutenção da sanção aplicada à servidora</u>"** (fls. 28, primeiro parágrafo, destaque feito no original)*

***"Todavia, a ora embargante teve sua pena atenuada em sede administrativa. Houve a mitigação da demissão a bem do serviço público para <u>suspensão pelo prazo de noventa dias</u> nos termos do artigo 67, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 207/79, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 922/2002, com fundamento no artigo 69 do mesmo diploma legal"** (fls. 30, terceiro parágrafo)*

"Portanto, contraditória, desproporcional e desarrazoada revela-se a opção, feita por este C. Órgão Especial, de manutenção da pena máxima imposta à embargante, olvidando-se da dicção do artigo 69 da LCE nº 207/1979, segundo o qual, na aplicação das

Acesso ao Sumário

penas disciplinares, serão considerados a natureza, a gravidade, os motivos determinantes e a repercussão da infração, bem como os danos causados, a personalidade e os antecedentes do agente, além da intensidade do dolo ou o grau de culpa. Tanto é assim que a autoridade administrativa não desprezou a possibilidade legal de abrandamento, notadamente diante de suas condições pessoais da embargante – primária – e de sua responsabilidade frente à execução do contrato, tanto que a comutou de demissão para suspensão por 90 dias." *(fls. 30/31)*

Ora, se o Mandado de Segurança foi interposto contra o ato de demissão da reclamante, conforme se depreende da inicial do processo eletrônico nº 2075516-36.2016.8.26.0000, e, no seu curso, houve a mitigação da pena para a de suspensão de 90 dias, não obstante a perda parcial do seu objeto, realmente não poderia o Poder Judiciário julgar por adequada a sanção disciplinar máxima, como ficou subentendido no respectivo acórdão (fls. 601/629, daqueles), mas esclarecido e readequado o seu escopo para confirmar a legalidade da pena mitigada, ante os argumentos que convenceram o colegiado da justa causa do processo administrativo instaurado.

No entanto, outro fato se impõem para impedir o processamento do presente reclamo: a decisão colegiada prolatada no indigitado Mandado de Segurança, integrada pelos três embargos declaratórios citados, ***transitou*** *em julgado dia 09/11/2018, como faz prova a certidão lançada a fls. 954 daqueles autos.*

*Nesse interim, segundo norma expressa no artigo 988, § 5º, inciso I, do NCPC: '****é inadmissível a reclamação....proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada.'***

Assim, se há algum erro de fato, ou de direito, no referido julgamento, a via reclamatória, além de não ser adequada, não pode mais ser percorrida.

4. *Posto isto,* ***nego seguimento ao reclamo*** *por ser manifestamente inadmissível pelos motivos acima elencados, nos termos dos artigos 988, § 5º, inciso I, do NCPC e 197 do Regimento Interno deste E. Tribunal.*

Int."

Ora, este Colendo Órgão Especial, no exercício de suas atribuições jurisdicionais, confirmou a subsistência da pena administrativa mitigada de 90 dias em desfavor da impetrante, como resultado ***integrado*** *dos 3 (três) embargos declaratórios opostos no bojo do MS nº 2075516-36.2016.8.26.0000.*

Assim, a 'coisa julgada' naqueles autos é relativa à legalidade da pena administrativa residual, conforme estabelecido no artigo 502 do NCPC, a qual, por óbvio, não é que sustenta a impetrante, que quer ver a prevalência de decisão que foi superada dentro do próprio julgamento por este Colendo Órgão Especial. Não há, assim, o alegado 'direito

Acesso ao Sumário

líquido e certo' para ensejar prática omissa da autoridade impetrada.

Nestes termos, a Lei 12.016/2009 que regulamenta a ação de mandado de segurança, estabelece que:

Artigo 1º – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ***habeas corpus*** *ou* ***habeas data****, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

Artigo 6º – A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

[...]

§ 5º 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.

Artigo 10 – A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

À vista do exposto, indefiro a inicial e julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento nos artigos 1º, 6º, § 5º, e 10 da Lei 12.016/2009 e artigos 485, incisos I e VI, e 932, inciso VIII, do Novo Código de Processo Civil.

Int."

Posteriormente, com a alegação de 'vício' na distribuição do processo por prevenção (fls. 195/200), este Relator encaminhou os autos para manifestação da Egrégia Vice-Presidência, responsável regimentalmente pela distribuição de feitos para este Órgão Especial (fls. 211/212), sobrevindo despacho do Des. Artur Marques no qual assevera inexistir qualquer irregularidade na remessa dos autos ao sucessor da cadeira anteriormente ocupada pelo Des. Sérgio Rui (fls. 215).

Com efeito, é de clareza solar que o comando normativo do artigo 196 do RITJ é voltado para a distribuição 'preferencial' da ação de reclamação para o mesmo relator da decisão supostamente violada, a qual, seria, no caso, aquela prolatada nos primeiros embargos declaratórios nos autos do MS nº 2075516-36.2016.8.26.0000, com voto condutor do Des. Sérgio Rui, já aposentado, pela qual, segundo entendimento da agravante, lhe teria sido mais favorável por extinguir qualquer tipo de penalidade administrativa.

No entanto, o presente mandado de segurança é voltado contra suposto ato lesivo do Presidente deste E. Tribunal por não determinar a execução da decisão daqueles embargos, porque as decisões em segundos e terceiros embargos

naqueles autos, que confirmaram, em efeito modificativo, a pena residual, não poderiam transitar em julgado. Essa é a tese da impetrante, repetida, à exaustão e passando da linha do tolerável, em inúmeros processos desde então.

Certamente, dúvida não há de que o sucessor na cadeira vacante terá competência plena, e preventa, para todos os processos nela distribuídos, segundo estabelecido nos artigos 72, parágrafo único e 105, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, o que se coaduna com a disciplina do § 3º do artigo 988 do NCPC.

No entanto, a discussão da irregularidade da distribuição está completamente dissociada do objeto do presente mandado de segurança, porque além da reclamatória nº 0004877-22.2019.8.26.0000 já ter sido superada pela regra cogente do artigo 988, § 5º, inciso I, do NCPC, o que a agravante busca, em verdade, é a desconstituição dos dois últimos acórdãos nos autos do MS nº 2075516-36.2016.8.26.0000 que fizeram coisa julgada naquele processo. Obviamente, essa pretensão não comporta mais a via incidental, mas ordinária por processo específico, de modo que a relutância infundada caracteriza nítida procrastinação.

Assim, considero que o presente agravo interno, que busca anulação de distribuição sem qualquer vício procedimental, é manifestamente inadmissível.

E, como consequência dessa constatação e da unanimidade de votos deste colegiado, aplica-se à agravante multa de 5% (cinco pontos percentuais) sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos §§ 4º e 5º do artigo 1.021 do NCPC.

3. Destarte, pelo meu voto, **nego provimento ao agravo interno, com sanção.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 2113860-81.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante IVANI BOMVINO LEITE, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.630)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO,

CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE EXTINGUIU RECLAMAÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – RECLAMAÇÃO DIRECIONADA A DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ DO COLÉGIO RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL QUE NÃO CONHECEU DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE PRESSUPOSTO FORMAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA – INSTRUMENTO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DE ESTREITA VIA DE ADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 74, X, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E 195 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – VIA INADEQUADA – UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DA AÇÃO PRÓPRIA – INADMISSIBILIDADE – DECISÃO DE EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, VI, DO CPC, MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo interposto em face de decisão monocrática deste Relator que julgou extinta sem exame do mérito Reclamação ajuizada pela ora agravante.

Busca a agravante a reforma da decisão reiterando os argumentos expendidos na reclamação no sentido de que *ajuizou ação objetivando o reconhecimento de seu direito à recomposição das perdas havidas em seus vencimentos por ocasião da conversão da moeda em URV, tendo obtido a procedência parcial da demanda para que a ré (FESP) recalculasse seus*

vencimentos desde março/1994 até a data da decisão, utilizando a metodologia de conversão da Lei 8.880/94, observada a prescrição quinquenal, mas que *ao iniciar o cumprimento da sentença, realizada a liquidação do débito, constatou-se resultar valor zero, em virtude de reestruturação havida na carreira e que já teria compensado as perdas.*

Alegou que o Juiz de primeiro grau violou a coisa julgada e a jurisprudência do STJ consolidada em sede de Resolução de Demandas Repetitivas (RE 1.136.733/PR) uma vez que não tendo ocorrido, quando do processo de conhecimento, o reconhecimento da propalada reestruturação remuneratória, deve ser observada a posição pacífica e remansosa no sentido de que não admite venha a ser alegada quando já transitado em julgada a sentença.

Houve contraminuta (págs. 16/21).

É o relatório.

Com efeito, a ora agravante manejou a reclamação extinta narrando, em muito apertada síntese, que a decisão reclamada proferida pelo Colégio Recursal violara a coisa julgada que condenou a FESP ao pagamento das diferenças oriundas da errônea conversão de seus vencimentos em URV, na época própria.

O Pedido de Uniformização de Jurisprudência que formulara não fora conhecido por envolver reexame de provas do caso concreto, sendo esta a decisão que ensejou a presente reclamação, ajuizada com fulcro no artigo 38, da Resolução nº 759/2016, do TJSP e artigo 927, IV e V, do CPC.

E como decidiu este Relator, a Reclamação Constitucional é ação de competência originária do Tribunal, prevista na Constituição Federal e na Constituição Estadual, que tem como objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais, não se amoldando à hipótese versada nestes autos.

Da leitura do art. 102, I, combinado com o art. 105, I, f, ambos da CF, denota-se que *compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia de suas decisões.*

A Carta Paulista, por seu turno estabelece em seu artigo 74, inciso X que *compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente (...) a reclamação para garantia da autoridade de suas decisões.*

Nesse passo, o Regimento Interno deste Tribunal, em seu art. 195 admite *a reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões (...).*

E no caso de decisão da Turma de Uniformização, a competência para o exame da reclamação é efetivamente deste Órgão Especial, nos termos do artigo 38, da Resolução nº 589/2012, incluído pela Resolução nº 759/2016, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

Art. 38 – Pelas mesmas razões contidas na Resolução STJ/GP nº 3, de 07 de abril de 2016, que delegou aos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes, as reclamações contra decisões da Turma de Uniformização serão direcionadas ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e por ele julgadas.

No entanto, como asseverado na decisão agravada, o manejo da reclamação pressupõe desrespeito à competência e à autoridade do Tribunal, consubstanciada pelo descumprimento de ordem por ele emanada.

Não é o que se tem na espécie.

A reclamante figurou como autora em ação ajuizada perante o Juizado Especial a fim de obter a correta conversão de seus vencimentos em URV, nos termos da Lei 8.880/94.

Iniciando-se o cumprimento da sentença de procedência obtida, à liquidação foi atribuído valor zero que ensejou a extinção da fase.

Inconformada com a decisão, a autora postulou uniformização de jurisprudência que não foi conhecida por envolver matéria fática, buscando agora, pela via reclamatória, a reforma da decisão proferida e que extinguiu a fase de cumprimento de sentença.

Conforme supra mencionado, a reclamação é remédio constitucional destinado à preservação da competência e garantia da autoridade das decisões dos tribunais, não se mostrando adequada à pretensão ora veiculada.

E este Relator evidentemente questionou qual seria a decisão deste Tribunal que estaria sendo descumprida, uma vez que não caracterizado o descumprimento passível de ser reclamado pela via constitucional.

E nem se argumente com a violação à coisa julgada, porquanto esta não é a sede adequada para referida arguição, que possui instrumento processual próprio previsto no ordenamento.

Atender o pleito da reclamante, nos termos postos, seria permitir a utilização da ação constitucional como sucedâneo de recurso ou da ação própria, o que é inadmissível.

O conteúdo veiculado na inicial é nitidamente de insatisfação com o decidido, o que não pode ser revisto em sede de reclamação.

Assim tem recorrentemente decidido o Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

RECLAMAÇÃO – Ação voltada contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Colégio Recursal da Capital – Pretensão de reformar o acórdão reclamado – Via inadequada – Impossibilidade de utilizar a reclamação como sucedâneo recursal – Reclamação não conhecida.

(TJSP; Reclamação 0043342-37.2018.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Especial; Foro Central Juizados Especiais Cíveis – 1ª Vara do Juizado Especial Cível – Vergueiro; Data do Julgamento: 20/02/2019).

RECLAMAÇÃO – Propositura contra acórdão da Turma Recursal que deu provimento ao apelo da parte contrária para julgar improcedente a ação principal, bem como em relação à decisão proferida pela Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça de São Paulo, que não conheceu do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei – Inadmissibilidade – Via inadequada, que não pode servir de sucedâneo de recurso próprio – Competência deste C. Órgão Especial que depende de decisões próprias como parâmetro – Competência para julgamento deste meio processual que pertence àquele cuja decisão e competência se busca preservar – Inexistência de subordinação do julgado ao Tribunal de Justiça ou ao Órgão Especial – Reclamação não conhecida.

(TJSP; Reclamação 2269095-75.2018.8.26.0000; Relator: Álvaro Passos; Órgão Especial; Foro de Sorocaba – 2ª Vara do Juizado Especial; Data do Julgamento: 13/03/2019).

RECLAMAÇÃO – Insurgência contra v. acórdão da Col. Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais, que não conheceu de pedido de uniformização de interpretação de lei apresentado pela ora reclamante, por intempestivo – Inadequação da via eleita – Instrumento processual que, ante os limites apresentados, releva-se como sucedâneo recursal – Impossibilidade de usurpação de competência de Tribunais Superiores – RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

(TJSP; Reclamação 0006353-95.2019.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Especial; Foro de Sorocaba – 1ª Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 20/02/2019).

Reclamação. Insurgência contra decisões proferidas pela 4ª Turma do Colégio Recursal de São José do Rio Preto e pela c. Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais. Alegação de infringência do Tema 6 do IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000 deste Tribunal de Justiça. Pretensão de desconstituição de julgado de Órgão Fracionado. Inadmissibilidade da medida como sucedâneo recursal. Inadequação da via eleita. Precedentes. Reclamação não conhecida.

(TJSP; Reclamação 2275366-03.2018.8.26.0000; Relator: Antonio Celso

Acesso ao Sumário

Aguilar Cortez; Órgão Especial; Foro de São José do Rio Preto – Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 13/02/2019).

RECLAMAÇÃO Contra acórdão da Eg. Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais não conhecendo de reclamação contra decisão da C. 2ª Turma Cível do Colégio Recursal de Bauru. Reclamação ajuizada com o manifesto propósito de reforma da solução dada à ação de origem. Inviabilidade. Inadmissível usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Órgãos fracionários não se subordinam hierarquicamente ao Órgão Especial. Precedentes. Não conheço da reclamação.

(TJSP; Reclamação 2275136-58.2018.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Especial; N/A – N/A; Data do Julgamento: 13/02/2019).

Pois bem. Não podendo a reclamação ser utilizada como sucedâneo recursal, nem se caracterizando como instrumento processual viável para reexame de decisão judicial ou mesmo da jurisprudência do Tribunal, inviável seu conhecimento.

Inadequada a via eleita, falece à reclamante interesse processual, pelo que era de rigor mesmo a extinção do feito sem exame do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Assim sendo, de rigor o desprovimento do agravo.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2104844-06.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.423)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE,

Acesso ao Sumário

VICO MAÑAS, FRANÇA CARVALHO, CAMPOS PETRONI, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Pedido liminar deferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade – Decisão monocrática – Violação a cláusula da reserva de plenário – Não ocorrência – Apreciação do pedido liminar pelo Relator autorizada pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça/SP (art. 230) – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Preliminar afastada.

AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra r. decisão que deferiu o pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Estadual que dispõe sobre previdência complementar obrigatória – Aparente violação ao art. 126, § 15, da Constituição Paulista – Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo regimental (fls. 1/8) contra a decisão monocrática proferida às fls. 93/95 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, presentes a probabilidade do direito alegado, deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia da Lei nº 16.675, de 13 de março de 2018, do Estado de São Paulo.

Em busca de reforma, sustenta a agravante, em síntese: **a)** ofensa ao princípio da reserva de plenário; **b)** ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 11/21).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Afasta-se a alegada nulidade por violação ao princípio da reserva de plenário.

Dispõe o art. 230, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça/SP: ***"Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar, ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento"***.

Possível, portanto, a análise do pedido liminar em decisão monocrática do Relator.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

> **AGRAVO REGIMENTAL – LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS POR DECISÃO MONOCRÁTICA – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU ARTIGO 90, § 5º, DA CARTA BANDEIRANTE – INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – QUESTIONAMENTO DE DIVERSOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO EXISTENTES NO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO – ATRIBUIÇÕES APARENTEMENTE DISSOCIADAS DAS FUNÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO – ELEVADO NÚMERO DE SERVIDORES COMISSIONADOS QUE SUGERE ABUSO E DESPROPORÇÃO NA CRIAÇÃO DE CARGOS QUE DISPENSAM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – EXAME DOS REQUISITOS LEGAIS ATRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – ATO JUDICIAL MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.**
>
> **"Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder".**
>
> **"A decisão que aprecia medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário, afastando-se, ipso facto, a incidência da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal"**. (Agravo Regimental nº 2183836-49.2017.8.26.0000/50001, ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. Renato Sartorelli, julgado em 13.12.2017, negaram provimento ao agravo regimental, votação unânime)
>
> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Demanda que**

Acesso ao Sumário

visa a Emenda nº 43, de 10 de novembro de 2016, à Constituição do Estado de São Paulo – Agravo regimental – Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal – Improcedência – Competência do Tribunal de Justiça que inclui examinar a pretensão de declarar inconstitucional preceito da Constituição Estadual – Invocação, "como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria CF" – Precedentes da Suprema Corte e doutrina autorizada, a respeito – Alegação afastada.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decisão monocrática do relator, concedendo a medida liminar – Alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 10 da Lei nº 9.868/99 e Súmula Vinculante 10 do STF) – Inocorrência – Previsão regimental expressa (arts. 229 e 230, c.c. 168, § 2º, do RITJSP) – Disposição que se amolda ao sistema processual permissivo da concessão de tutelas de urgência pelo relator, nos recursos derivados ou nos processos originários – Reserva de plenário, ademais, que diz respeito ao mérito da causa, e não a decisão provisória – Precedente do Órgão Especial – Alegação rejeitada. (Agravo Regimental nº 2073870-54.2017.8.26.0000/50000, ÓRGÃO ESPECIAL – TJ/SP, Rel. Des. João Carlos Saletti, julgado em 14.3.2018, negaram provimento ao agravo regimental, votação unânime)

Passo a análise do mérito recursal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Busca o autor a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 16.675, de 13 de março de 2018, do Estado de São Paulo, que dá nova redação aos parágrafos 4º e 5º, do art. 1º, da Lei nº 14.653/2011[1] e acrescentam os parágrafos 7º, 8º e 9º – fls. 19/20 (autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Pois bem.

Ainda que pesem as razões que fundamentam o recurso, o agravo regimental não deve ser provido.

Cumpre a concessão da liminar desde que presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A presença das situações supra apontadas é aferida em cognição sumária,

Acesso ao Sumário

1 Lei que instituiu o regime de previdência complementar no âmbito do Estado de São Paulo, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões de que trata o artigo 40 da Constituição Federal e autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar, na forma de fundação, e dá outras providências.

vale dizer, conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança (ou seja, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, *"o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe"* (*A antecipação da tutela*. São Paulo, Malheiros, 2004, 8ª ed., p. 35).

Ainda: essa análise pressupõe *"(...) saber se é mesmo provável que o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a medida, se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis, se o bem que o autor pretende proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu (o que envolve a questão atinente à importância do bem jurídico) (...)"* (José Miguel Garcia Medina in Direito Processual Civil Moderno, Ed. RT, 2015, p. 472).

A medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade somente pode ser deferida quando presentes, de modo inequívoco, o *fumus boni iuris*, resultante de indício de que o direito pleiteado de fato existe, e o *periculum in mora*, compreendido como o receio de que a demora da decisão judicial acarrete dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado.

Estabelece a Constituição do Estado de São Paulo:

*"**Artigo 126** – Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

.....

***§ 15** – O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no artigo 202 e seus parágrafos, da Constituição Federal, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.*

....."

(destaquei)

De outra parte, dispõe o art. 202, da Constituição Federal: ***"O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar"***. (grifo nosso)

Presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco

Acesso ao Sumário

ao resultado útil do processo, prudente a manutenção da liminar concedida.

De se anotar, por fim, a existência da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2165511-31.2014.8.26.0000**, julgada parcialmente procedente e que pende de recurso junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ESTADUAL – LEI ESTADUAL 14.653 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2011 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EXPRESSÕES CONTIDAS NO § 1º DO ART. 1º ("APLICA-SE AOS QUE INGRESSAREM NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DESTA LEI") E NO ART. 3º ("DE QUE TRATA O § 1º DO ART. 1º DESTA LEI") – INSTITUIÇÃO DE LIMITAÇÕES PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO ESTADUAL INCOMPATÍVEIS COM OS PARÂMETROS FIXADOS PELO ART. 126, §§ 14 A 16, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – RATIFICAÇÃO DA LIMINAR PARA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DAS EXPRESSÕES IMPUGNADAS – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, COM RATIFICAÇÃO DA LIMINAR.**
>
> **RECLAMAÇÕES – ATO NORMATIVO EDITADO PELA SPPREV CONFERIU EFEITO *EX NUNC* PARA A LIMINAR – EFEITO *EX TUNC* É DA ESSÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NO CASO EM TELA – DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO EXPRESSA DA RETROATIVIDADE EM VISTA DA ESPECIFICIDADES DA MATÉRIA – PROCEDÊNCIA DAS RECLAMAÇÕES, COM DETERMINAÇÃO.** (julgada em 8 de março de 2017, julgaram a ação procedente, por maioria de votos)
>
> Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. decisão.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0015427-76.2019.8.26.0000, da Comarca de Tupi Paulista, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, JOVINO DE SYLOS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 26 de junho de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 7º DO REGULAMENTO DO TRANSPORTE ESCOLAR DA ZONA URBANA DO MUNICÍPIO DE TUPI PAULISTA – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 948 A 950 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NECESSÁRIA ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO COLEGIADO FRACIONÁRIO – INVIÁVEL QUE A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEJA SUSCITADA MONOCRATICAMENTE – ADEMAIS, A V. DECISÃO SUSCITANTE NÃO DECLINA EXPRESSAMENTE AS RAZÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, A JUSTIFICAR ACOLHIMENTO DO INCIDENTE E REMESSA AO C. ÓRGÃO ESPECIAL – DESATENDIMENTO À NORMA DO ART. 949, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INCIDENTE NÃO CONHECIDO.

VOTO

Arguição de inconstitucionalidade suscitada monocraticamente pelo E. Des. Souza Nery, integrante da C. 12ª Câmara de Direito Público, nos termos

da decisão encartada a fls. 352/354, voltado contra o art. 7º do Decreto nº 6.284/2017, do Município de Tupi Paulista/SP.

Destacou o E. Desembargador suscitante que a *"ação civil pública baseia-se em suposta inconstitucionalidade de Decreto Municipal. Não obstante, essa pretensa inconstitucionalidade não pode ser declarada por este Órgão Fracionário por força da cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da Carta Magna"* (fls. 353).

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado a fls. 364/371 opinando pela admissão e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade.

É o Relatório.

A presente arguição não suplanta conhecimento, ***rogata maxima venia***.

Preliminarmente, verifico flagrante nulidade procedimental, consistente na própria legitimidade do Órgão Jurisdicional a suscitar o conflito. O Código de Processo Civil disciplina o rito procedimental do *"Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade"* (artigos 948 a 950), determinando que *"arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes,* ***submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo****"*.

Resta claro que compete ao órgão colegiado inicialmente competente para apreciação do recurso suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Após a submissão da questão pelo relator ao órgão fracionário, acolhida a tese aduzida, aí então *"a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver"* (art. 949, II, CPC). Não se observou, ainda, a oportunidade para que as partes se manifestassem sobre a questão constitucional previamente à remessa da questão a este E. Órgão Especial.

No mesmo sentido, determina o art. 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que *"o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público será suscitado pelo órgão julgador fracionário do Tribunal, de ofício ou a requerimento do interessado, para apreciação do Órgão Especial, nos termos da Constituição Federal e da lei processual civil"*. A título de observação, não consta do rol do art. 932 do Código de Processo Civil, que versa sobre as atribuições e poderes do Relator, a possibilidade de remessa dos autos, por decisão monocrática, para apreciação da questão constitucional.

Conclui-se, portanto, que o incidente ora examinado não comporta apreciação de mérito, tendo em vista a inobservância do procedimento legal previsto para tanto. Nesse sentido:

> *"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inteligência e aplicação dos artigos 948 e 949 do Código de Processo Civil, e 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça – Descumprimento –* ***Necessidade de manifestação prévia do órgão fracionário acerca***

Acesso ao Sumário

da inconstitucionalidade cuja declaração é requerida pela parte, manifestação sem a qual não pode ser submetida a questão à apreciação do Órgão Especial *– Precedentes do Órgão Especial – Arguição não conhecida, determinado o retorno dos autos à Câmara suscitante."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0027697-69.2018.8.26.0000, rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. em 12 de setembro de 2018, destacado).

Ainda, colhe-se da leitura da r. decisão suscitante (fls. 353/354) que o E. Desembargador Relator limitou-se a decidir pela necessidade de instauração deste incidente sob o único fundamento de que a *"ação civil pública baseia-se em suposta inconstitucionalidade de Decreto Municipal. Não obstante, essa pretensa inconstitucionalidade não pode ser declarada por este Órgão Fracionário por força da cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da Carta Magna. Entendo necessária a submissão da questão de inconstitucionalidade que acolho de ofício, da Lei Complementar Municipal nº 079/2005, ao Órgão Especial, nos termos do art. 97 da Carta Magna e art. 657 do RITJSP"* (fls. 353).

Todavia, nos termos dos artigos 948 e 949 da Lei Processual em vigor, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público em controle difuso, o relator submeterá a questão à Turma Julgadora, a qual, de maneira fundamentada, deverá enfrentá-la e, somente em caso de acolhimento, expressamente declinadas as razões para tanto, será lavrado acórdão com remessa dos autos ao C. Órgão Especial para exame da prejudicial.

Na hipótese afere-se que o E. Desembargador Relator suscitante limitou-se a submeter o exame da constitucionalidade dos dispositivos legais questionados a este C. Órgão Especial, sem ao menos posicionar-se acerca da rejeição ou acolhimento da tese alvitrada, postura insuficiente ao atendimento das exigências do art. 949, inciso II, do CPC/2015 (*"Art. 949. Se a arguição for: (...) II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver."*).

Dissecando o procedimento do incidente, esclarece a doutrina, ***verbis***:

"A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, arguida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por um de seus pares –, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a arguição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.

Se, todavia, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada

Acesso ao Sumário

é inconstitucional –, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial**, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observando o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97). Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto". **(Luís Roberto Barroso in "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", Saraiva, 2009, 4ª ed., págs. 97/98).

Sob tais circunstâncias, pacífico o entendimento na jurisprudência no sentido de que o incidente não deve ser conhecido:

*"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 80/05, 150/08, 200/10, 213/10, 229/11, 271/13, 295/13, 299/13 e 318/14, todas do Município de Ilha Solteira, no que se refere à criação e livre provimento dos cargos referidos na petição inicial – Câmara suscitante que não indica, especificamente, as normas que violariam a Constituição estadual – **Necessidade de manifestação prévia do órgão fracionário acerca da inconstitucionalidade cuja declaração é requerida pela parte, pronunciamento sem o qual não se pode submeter a questão à apreciação deste Egrégio Órgão Especial** – Precedentes – Arguição não conhecida, com determinação de encaminhamento dos autos à C. Câmara suscitante."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0022607-80.2018.8.26.0000, rel. Des. GERALDO WOHLERS, j. em 24 de outubro de 2018, destacado).

Ante o exposto, não conheço do incidente, determinando retorno dos autos ao E. Desembargador Relator suscitante.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0047574-92.2018.8.26.0000, da Comarca de São Manuel, em que é suscitante 8ª 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 EM PARTE A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

PEREIRA CALÇAS (Presidente), JACOB VALENTE, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, JOVINO DE SYLOS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 26 de junho de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Arts. 73 e 74 da LC 48/2006, do Município de Pratânia, vigentes à época do ajuizamento da ação. Dispositivos que cuidam da gratificação de incorporação aos servidores municipais que exerçam cargo em comissão ou função de confiança. Arguição de inconstitucionalidade das referidas normas municipais por estabelecerem, a cada ano de exercício de cargo comissionado de maior remuneração, a incorporação ao seu vencimento de um décimo da remuneração do cargo em comissão e não apenas a incorporação da diferença entre as remunerações dos cargos, sendo que, quando do retorno do servidor ao cargo de origem, o valor incorporado passa a integrar os seus vencimentos. Fórmula de cálculo da incorporação que viola os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público (arts. 111, 128 e 144 da Constituição Estadual). De rigor a adoção da técnica da interpretação conforme, sem redução do texto, no sentido de que haja incorporação mas que ela seja calculada nos termos do art. 133 da Constituição Estadual (que estabelece os critérios de incorporação dos servidores estaduais), ou seja, com a incorporação de um décimo por ano da diferença entre a remuneração do cargo em comissão superior e a remuneração do cargo efetivo.

Arguição acolhida parcialmente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela C. 8ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou procedente o pedido formulado por JOSÉ JOÃO ZAMUNER, para condenar a ré PREFEITURA MUNICIPAL DE PRATÂNIA ao pagamento da verba atrasada relativa à incorporação prevista nos artigos 73 e 74 da Lei Complementar Municipal nº 48/2006, sem a incidência do redutor previsto na Portaria nº 131/2008 (fls. 424)[1], correspondente ao período de novembro de 2008 até o efetivo reconhecimento administrativo do direito e início do pagamento, com acréscimo de juros de mora e de correção monetária (fls. 332/334).

Pelo v. acórdão de fls. 359/363, a 8ª Câmara da Seção de Direito Público, em atenção ao disposto no artigo 97 da Constituição da República[2] e à Súmula Vinculante n. 10 do C. Supremo Tribunal Federal[3] decidiu, por votação unânime, remeter os autos a este Órgão Especial para análise da suscitada inconstitucionalidade dos arts. 73 e 74, da Lei Complementar nº 48/2006, do Município de Pratânia, por violação aos princípios da igualdade, moralidade, razoabilidade e do interesse público, previstos na Constituição Federal e na Constituição Bandeirante.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (505/511), pela admissão e acolhimento do incidente. Constou da ementa do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DA REMUMERAÇÃO DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. BENEFÍCIO INCOMPATÍVEL COM O INTERESSE PÚBLICO E COM AS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA.
>
> Os artigos 73 e 74 da Lei Complementar nº 48/2006, do Município de Pratânia, que estabelecem incorporação de décimos da remuneração de cargo de provimento em comissão ou de cargo com remuneração maior, exercido por servidor efetivo, e não a diferença, não guarda afinidade com os art. 111 e 128 da Constituição Estadual".

Anote-se que os artigos ora impugnados foram posteriormente alterados

1 Por meio da Portaria nº 131/2018, o Município de Pratânia atribuiu aos servidores exonerados dos cargos em comissão nela especificados o direito à incorporação mencionada na legislação, mas com a limitação dos seus vencimentos brutos ao valor que recebiam quando no exercício do cargo em comissão – considerando, portanto, que o teto máximo de incorporação seria tão somente a diferença entre os vencimentos do cargo comissionado e o de origem, nos moldes do que dispõe o artigo 133, da Constituição Estadual (fls. 362 – último parágrafo).

2 **Constituição Federal** "**Art. 97.** 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."

3 **Súmula 10 do C. STF** – "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Acesso ao Sumário

pela Lei Complementar nº 84 de 27 de março de 2013.

É o relatório.

O presente incidente tem como intenção discutir a constitucionalidade dos arts. 73 e 74 da Lei Complementar nº 48 de 23 de maio de 2006 ("Institui o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Município de Pratânia – SP e dá outras providências – fls. 384/421), os quais tratam da gratificação de incorporação aos funcionários que exerçam cargo em comissão ou função de confiança e que tiveram, até a revogação pela Lei Complementar nº 84/2013[4], a seguinte redação (393/393vº):

> "Art. 73 – Ao funcionário titular de cargo de provimento efetivo que exerça cargo em comissão ou função de confiança que lhe proporcione remuneração superior à do cargo para o qual foi nomeado quando de seu ingresso no serviço público, incorporará ao vencimento de forma a integrá-lo, na data de seu retorno ao cargo de provimento efetivo, 10% (dez por cento) da remuneração superior, por ano de exercício até o limite de 100% (cem por cento) desta remuneração.
>
> Parágrafo único – Para efeito da incorporação prevista neste artigo, será considerado somente o tempo de serviço prestado no regime jurídico estatutário vigente no Município de Pratânia/SP.
>
> Art. 74 – Quando o funcionário tiver exercido cargos ou funções que lhe tenham proporcionado remuneração superior, porém de valores diferentes, será computado o valor de maior remuneração, desde que a tenha percebido por período superior a 06 (seis) meses.
>
> Parágrafo único – Caso não a tenha percebido por período superior a 06 efetuada por aquela que for percebida pelo maior número de meses". (fls. 393/393vº).

Em análise aos dispositivos mencionados, verifica-se que neles era estabelecido que a cada ano de exercício de cargo comissionado de maior remuneração (art. 74), o servidor municipal incorporaria à remuneração do cargo de origem, um décimo da maior remuneração (art. 73 – *"incorporará ao vencimento de forma a integrá-lo, na data de seu retorno ao cargo de provimento efetivo, 10% (dez por cento) da remuneração superior, por ano de exercício"*).

Na inicial da ação ordinária ajuizada por JOSÉ JOÃO ZAMUNER em

4 **Nova redação dada aos artigos 73 e 74, pela Lei Complementar nº 84/2013:**
"Art. 73 – Ao funcionário titular de cargo de provimento efetivo que exerça cargo em comissão ou função de confiança que lhe proporcione remuneração superior a do seu cargo de provimento efetivo, incorporará ao vencimento de forma a integrá-la, na data de seu retorno ao cargo de provimento efetivo, 5% (cinco por cento) desta diferença, por ano de exercício, até o limite de 50% (cinquenta por cento).
Parágrafo único – Para efeito da incorporação prevista neste artigo, será considerado somente o tempo de serviço prestado no regime jurídico vigente no Município de Pratânia/SP.
Art. 74 – Quando o funcionário tiver exercido cargos ou funções que lhe tenham proporcionado remuneração superior, porém de valores diferentes, será computado o valor de maior remuneração, desde que a tenha percebido por período superior a 06 (seis) meses.
Parágrafo único – Caso não a tenha percebido por período superior a 06 efetuada por aquela que for percebida pelo maior número de meses".

face da Municipalidade de Pratânia, pleiteia o autor a readequação do cálculo de incorporação de décimos aos seus vencimentos. Alega o autor que o art. 73 da LC nº 48/2006 estabeleceu que a remuneração do cargo em comissão serviria de base de cálculo a integrar-se à sua remuneração de origem, sendo indevida a aplicação do redutor fixado pela Portaria nº 131/2008 do Executivo Municipal de Pratânia, a qual pretendeu que o instituto da incorporação de décimos fosse aplicado ao limite da diferença entre as remunerações do cargo de origem e em comissão.

A ação foi julgada procedente (fls. 332/334), razão da interposição pela Municipalidade de Pratânia do recurso de apelação juntado às fls. 337/341.

Ao analisar o recurso de apelação da Municipalidade, a Câmara Suscitante apontou a inconstitucionalidade dos referidos artigos 73 e 74 da LC 48/2006, ao argumento de que, ao fixarem que os décimos da gratificação da remuneração superior serão integrados ao valor da remuneração do cargo de origem e não sobre a diferença entre as remunerações do cargo de origem e em comissão, afrontaram os princípios da igualdade, moralidade, razoabilidade e do interesse público, constantes dos arts. 111 e 128 da Constituição Bandeirante[5].

Pois bem. A norma impugnada tem como premissa os termos do art. 133 da Constituição Estadual, o qual trata do instituto da incorporação aos servidores estaduais, nos seguintes termos: *"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 décimos"*. (n/ grifo).

De se registrar contudo que, em razão da autonomia de que goza o Município, não há obrigatoriedade de se aplicar aos servidores públicos municipais os mesmos termos do quanto disposto no artigo 133 da Constituição Estadual. Tanto que nos Municípios em que a Lei Municipal não prevê a incorporação, os servidores municipais não a recebem[6].

A autonomia atribuída aos Municípios lhes permite ainda fixar critérios mais benéficos de incorporação em relação àqueles fixados pela Carta Bandeirante. Contudo, o Município não pode ignorar os princípios previstos na Constituição Federal e Estadual, em razão da determinação constante no art. 144

Acesso ao Sumário

5 **Constituição do Estado de São Paulo:**
"**Art. 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
Art. 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço".

6 Neste sentido: AP nº 0157534-37.2005.8.26.000, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. 16.08.2007, AP nº 9018759-44.2009.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 21.12.2009 e AP nº 0012663-36.2009.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leme de Campos, j. 30.07.2012

da Constituição Estadual[7].

Leciona Hely Lopes Meirelles: *"o Município goza de total liberdade na organização do seu pessoal para melhor atendimento dos serviços de sua competência. Entretanto, há duas regras fundamentais que não pode preterir: a que exige que a 'organização se faça por lei' e a que impõe a 'observância dos preceitos constitucionais federais pertinentes aos servidores públicos e das leis federais de caráter nacional (...)[8]"* (n/ grifo)

Este C. Órgão Especial já se manifestou sobre referida autonomia dos Municípios e a necessidade de observância dos princípios constitucionais. Confira-se:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 4 DE ABRIL DE 2016, DO MUNICÍPIO DE ELIAS FAUSTO, QUE DISPÔS SOBRE A INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DOS SERVIDORES EFETIVOS E DEU OUTRAS PROVIDÊNCIAS – NORMA QUE NÃO ATENDE O INTERESSE PÚBLICO, NEM AS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO E CONTRARIA OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA, VIOLANDO OS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO EX TUNC E SEM MODULAÇÃO DE EFEITOS[9]."
>
> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 145, IV, da Lei nº 1.300, de 20.10.1999; Lei nº 1.364, de 19.12.2001 e artigos 107 e 108 §§ 1º a 4º, da Lei Complementar nº 01, de 01.06.2010, que disciplinam sobre gratificação de função de servidores públicos. Diferença entre o padrão do cargo em comissão e o do cargo efetivo titular. Incorporação anual de terços em desacordo com a Constituição Estadual. II – Revogação da Lei nº 1.300/99 pelo artigo 163 da Lei Complementar nº 01/10. III – Violação aos artigos 111, 115, XVI, 128, 133 e 297, todos da Constituição do Estado de São Paulo. IV – A instituição de vantagem remuneratória consistente em gratificação no valor da diferença entre cargo de provimento em comissão ou função de confiança por servidor público e seu cargo titular de provimento efetivo não é inidônea, mas a forma de incorporação é inidônea. V – Incorporação de terços dessa diferença de remuneração por ano de exercício, arredondando-se período inferior a um ano – Inadmissibilidade. Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade e interesse público. VI – Inconstitucionalidade parcialmente configurada. Ação parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.364/01 e do artigo 108 da Lei Complementar nº 01/10, por incompatibilidade com os artigos 111 e 133 da Constituição Bandeirante[10]"

7 **Constituição Estadual.** "**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

8 Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 18ª ed., 2003, p. 635.

9 ADIN nº 2135062-85.2017.8.26.0000, Rel. Ferraz de Arruda, j. 04.10.2017.

10 ADIN nº 0133699-39.2013.8.26.0000, Rel. Guerrieri Rezende, j. 12.03.2014.

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 1º DA LEI 2.325/98, DO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA DE ÁGUAS DE LINDÓIA – INCORPORAÇÃO DE REMUNERAÇÃO E VANTAGENS DO CARGO DE DIRETOR APÓS CINCO (5) ANOS DE EXERCÍCIO, CONSECUTIVOS OU ALTERNADOS – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE E INTERESSE PÚBLICO – CRITÉRIO DE INCORPORAÇÃO QUE, MESMO SENDO MAIS BENÉFICO QUE AQUELE PREVISTO AOS SERVIDORES ESTADUAIS (ART. 133 DA CE), NÃO SE MOSTRA DESPROPORCIONAL – PRECEDENTES – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE."[11]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 73, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Santos, com a redação dada pela Emenda nº 29/1995. Servidores. Vencimentos. Exercício, a qualquer título, de cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular. Incorporação, à proporção anual de um quinto, da respectiva diferença. Inconstitucionalidade da expressão "a qualquer título", que viola a exigência de aprovação em concurso público (art. 115, II, da Constituição do Estado). Vantagem que deve ser limitada aos casos de exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alegação de ofensa ao princípio da razoabilidade. Não ocorrência. Critério de incorporação que, ainda que mais benéfico que o aplicável aos servidores do Estado (art. 133), não se mostra desproporcional. Precedentes deste Órgão Especial e do STF. Ação julgada procedente em parte, apenas quanto à expressão "a qualquer título."[12]

Assim, não obstante a autonomia conferida aos Municípios, a dispensar que a Lei Municipal de Pratânia fique atrelada aos exatos termos do quanto definido para os Estados (art. 133 da Constituição Bandeirante), não tem o Município liberdade total para definir os termos da incorporação aos seus servidores, os quais devem estar em consonância com os princípios constitucionais.

Feita tal premissa, passa-se à análise do caso concreto, a fim de se verificar se há ofensa, pelos artigos impugnados, aos princípios constitucionais.

Acesso ao Sumário

Já de proêmio, constata-se que a norma estabelecida pela Lei Municipal viola o princípio da razoabilidade.

Isto porque a norma em exame determina que a cada ano de exercício do cargo comissionado, o servidor incorpora um décimo desta remuneração e não a diferença entre ela (remuneração do cargo em comissão) e a remuneração do cargo efetivo (de origem).

Disso resulta, como bem apontado pela C. Câmara Suscitante, que *"o servidor que atingir o limite de cem por cento da remuneração do cargo comissionado, ao retornar ao cargo de origem, receberá o salário do cargo*

11 ADIN nº 2160708-34.2016.8.26.0000, Rel. João Negrini Filho, j. 07.06.2017.

12 ADIN nº 2199841-54.2014.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Villen, j. 10.06.2015.

de origem com o acréscimo integral do cargo em comissão em seu vencimento básico, ou seja, ele fará jus, quando no cargo de origem, ao equivalente a duas remunerações – como se ocupasse os dois cargos" (fls. 361/362).

A norma, por certo, extrapola a finalidade do instituto da incorporação, que é a de garantir a estabilidade financeira ao funcionário efetivo que exerce um cargo em comissão, permitindo ao servidor não apenas incorporar a diferença a maior percebida pelo cargo comissionado (garantia da estabilidade financeira), mas incorporar frações desta remuneração superior a ponto de, sem qualquer motivo excepcional, poder receber ao final de dez anos, duas remunerações diversas para o mesmo cargo.

Há, pois, evidente desvirtuamento, pelos artigos impugnados, da instituição da incorporação, ante a desproporcionalidade da sua fórmula de cálculo, resultando na violação ao princípio da razoabilidade.

Com relação ao princípio da razoabilidade, ensina Alexandre de Moraes: *"(...) pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades administrativas ou legislativas e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes (...) deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem tratamentos excessivos (ubermassig), inadequados (unangemessen), buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível (erfordelich, unerlablich, undedingt, notwendig), como corolário ao princípio da igualdade (...)*[13]*"*

Ademais, a norma municipal também não atende ao interesse público e às exigências do serviço (art. 128 da Constituição Bandeirante), porque beneficia exclusivamente os servidores públicos para além da finalidade do instituto da incorporação (estabilidade financeira), sem contrapartida.

Ao prever a incorporação dos décimos da remuneração superior à remuneração do cargo efetivo e não da diferença entre elas, como constitucionalmente determinado, os artigos impugnados acabaram por assegurar majoração de remuneração, sem qualquer critério de interesse público para tanto, criando excessivo ônus financeiro ao Município, acabando por claramente privilegiar o interesse pecuniário dos servidores, em detrimento dos cofres públicos.

À toda evidência, o instituto da incorporação, tal como fixado pelos artigos municipais ora impugnados, não atende ao interesse público e às exigências do serviço público, bem como contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não é o caso, contudo, de se declarar a inconstitucionalidade dos artigos 73 e 74 da Lei Complementar 48/2006, do Município de Pratânia, eis que o instituto da incorporação é constitucional, sendo inconstitucional apenas a

13 Direito Constitucional Administrativo, Ed. Atlas, 2007, pg. 97.

Acesso ao Sumário

fórmula adotada pela Municipalidade, de incorporação integral de remuneração superior (e não apenas da sua diferença com a remuneração do cargo efetivo).

Destarte, de rigor a adoção da técnica da interpretação conforme, com relação aos artigos impugnados, no sentido de que a incorporação seja calculada, nos termos do artigo 133 da Constituição Estadual, ou seja, com a incorporação de um décimo por ano da diferença entre a remuneração do cargo em comissão superior e a remuneração do cargo efetivo, a fim de adequá-la aos princípios constitucionais, aos quais está a Municipalidade adstrita nos termos do art. 144 da Constituição Estadual.

Finalmente, de se anotar, por oportuno, que a alteração legislativa posterior dos artigos ora impugnados pela Lei Complementar nº 84 de 27 de março de 2013 não convalida os atos praticados durante a sua vigência, não constituindo o objeto de análise deste incidente.

Ante o exposto, acolhe-se parcialmente a arguição, nos termos deste acórdão.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0017519-27.2019.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA (com declaração), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX

Acesso ao Sumário

ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 12 de junho de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação tirada de ação de "preceito cominatório de obrigação de fazer c.c. pedido condenatório por danos materiais e morais" promovida por Associação em face do Município de Araçatuba e da empresa Pau Brasil Empreendimentos Imobiliários Ltda. (esta última incluída no polo passivo por determinação do juízo) – Objetiva a regularização do loteamento, com o seu registro imobiliário e a realização de todas as obras de infraestrutura necessárias a seu enquadramento às exigências legais em vigor, além do pagamento de danos morais e materiais – Ausência de discussão em torno de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem privada e pública, ligadas ao parcelamento do solo – Regramento novo, expedido pelo Órgão Especial, a ser levado em consideração – Resolução nº 785, de 1º de agosto de 2017, que, alterando o disposto nos artigos 3º, inciso I.12, e 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, agora atribui à Seção de Direito Público a competência para julgar ações que tais – Ressalva, porém, de que a norma modificadora se aplica apenas aos processos distribuídos, no Tribunal, "a partir de sua vigência" – Normas das Resoluções 623 e 785 que regulam a competência interna das Seções do Tribunal, de sorte que a distribuição a que esta aludem é a havida em segunda instância, não a da causa, em primeiro grau – Recurso distribuído em 2018, na vigência, portanto, da Resolução 785/2017 – Competência, no caso concreto, da Seção de Direito Público.

Conflito julgado procedente, declarada competente a

Câmara suscitante (13ª Câmara de Direito Público).

VOTO

A r. sentença de fls. 419/422 julgou extinta, sem resolução de mérito, a ação de *"preceito cominatório de obrigação de fazer c.c. pedido condenatório por danos materiais e morais"* (art. 76, I, c.c. art. 485, IV, CPC), por vício de representação.

Apelou a autora (fls. 424/436) e o recurso foi respondido (fls. 440/446 e 447/455).

O recurso foi distribuído à 5ª Câmara de Direito Privado (Relator o Desembargador MOREIRA VIEGAS, fls. 460), que dele não conheceu e determinou a remessa dos autos para uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 470/473), porque

> "Trata-se de apelação em que se pretende através de ação civil pública a regularização do loteamento junto ao Município réu, nos termos da Lei nº 6.766/79, com pedido indenizatório.
>
> "A matéria em discussão é de competência de uma das Câmaras de Direito Público, na forma do art. 3º, inc. I.2, I.10 e I.12 , da Resolução 623/2013, com as alterações da Resolução nº 785/17.
>
> "Essas normas atribuem à Seção de Direito Público a competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: 'Ações relativas a licitações e contratos administrativos', 'Ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção', e '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'."

O recurso, então, foi redistribuído à 13ª Câmara de Direito Público (Relator o Desembargador BORELLI THOMAZ, fls. 480), que dele também não conheceu e suscitou conflito de competência (fls. 484/487), porque

> "(...) entendo ser caso de se declinar competência, pois para o caso em voga, é ela das C. Câmaras de Direito Privado, da Primeira Subseção, na forma do artigo 5º, I.21 da Resolução 623/13:
>
> "(...)
>
> I.21 – Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes, salvo o disposto nos itens I.12 do art. 3º e II do art. 4º, ambos desta Resolução."
>
> "A nova redação desse item foi dada pela Resolução nº 785/2017, fixada a competência das Câmaras de Direito Público, na forma do artigo 3º, I.12, para as ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle

Acesso ao Sumário

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.

"Esse o caso dos autos.

"Nada obstante, restou decidido no Conflito de Competência nº 0051533-08.2017.8.26.0000, de relatoria do I. Desembargador Ferraz de Arruda, que a alteração trazida pela Resolução 785/17 só se aplica aos feitos distribuídos a partir de sua vigência:

(...)

"Esse entendimento não passou despercebido à C. 5ª Câmara de Direito Privado, que o referiu, mas, ao contrário do sustentado naquele julgamento, a data a ser considerada é a da distribuição do processo, não do recurso.

"Como a ação sob análise foi distribuída em 20.08.2014, com a máxima vênia, ante declinação de competência pela C. 5ª Câmara de Direito Privado, entendo por bem suscitar conflito de competência ...".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 5ª Câmara da Seção de Direito Privado (fls. 496/502).

É o relatório.

1. Transcrevi propositadamente os textos dos v. arestos em confronto para evidenciar as posições divergentes.

Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação.

A ação em debate objetiva (fls. 1/44) a condenação do Município

"(...) a tomar, a suas expensas, todas as medidas que se fizerem necessárias para o REGISTRO DO LOTEAMENTO JUNTO AO CARTÓRIO DE IMÓVEIS competente, observadas as determinações da Lei nº 6.766/79 e demais legislações pertinentes;

"(...), em prazo razoável executividade, na forma do Código de Processo Civil, artigos 632 e 633, a **realizar todas as obras de infra-estrutura necessárias e faltantes ao enquadramento do loteamento às exigências legais em vigor**, notadamente à complementação do loteamento com a construção de guias, sarjetas, calçadas, arborização e asfaltamento, bem como proceder à **correta utilização da área**

institucional já reservada no loteamento, conforme determinações legais pertinentes, em especial aquelas contidas no artigo 40, 'caput', da Lei nº 6.766, de 19 de Dezembro de 1979 e de acordo com os padrões exigidos pelo Poder Público Municipal ao loteador na forma da legislação municipal atualmente vigente.

"(...) na qualidade de responsabilidade solidária e com base na responsabilidade objetiva da culpa, no **pagamento de danos morais e materiais** equivalentes a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reis) por cada titular de lote, valor este que se mostra razoável diante do não só **estado de miserabilidade do loteamento** mas sobretudo e principalmente pela **omissão, por anos e anos do poder município municipal**, quanto à exigência do efetivo registro imobiliário do loteamento que, apesar de aprovado pelo município em 2.009 até a presente data, passados 05 anos, não foi registrado".

"(...)"

Anoto que, posteriormente, foi incluída no polo passivo da demanda a empresa Pau Brasil Empreendimentos Imobiliários Ltda., por determinação do Juízo de origem (fls. 236/237, 239 e 240).

Essa a demanda, e com base na peça inaugural é que se define a competência, como dito de início.

2. O pedido de regularização do loteamento, como se vê, foi formulado pela Associação em face do Município e da empresa Pau Brasil.

A natureza jurídica das pessoas nos polos da relação processual, é sabido, não interfere na distribuição da competência interna.

Na hipótese, a autora formula pedidos em face do Município, para impor-lhe o dever de cumprir obrigações de fazer tendentes à regularização do loteamento, obrigações estendidas à empresa Pau Brasil.

Como é bem de ver, a causa de pedir e as pretensões exercidas pelo autor trazem para o feito questões de direito público que escapam à competência das Câmaras de Direito Privado.

A competência da Seção de Direito Privado para as ações relativas a loteamento diz respeito apenas a matérias de direito privado. É o caso, *v.g.*, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em favor ou em proteção dos direitos dos adquirentes dos lotes ou à imposição de medidas para a correta implantação do loteamento em proveito deles. No caso em exame, a matéria em discussão é especialmente pública, porque diz com o direito urbanístico e municipal do parcelamento do solo.

Assim vinha o signatário se posicionando, com suporte em manifestações deste C. Órgão Especial (cf. Dúvida de Competência nº 169.453.0/0-00, j. 14.01.2009, relator Des. EROS PICELI; Dúvida de Competência nº 165.669, j.

20.08.2008, relator Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN; Dúvida de Competência nº 0021027-59.2011.8.26.0000, Rel. Des. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, j. 04.05.2011; Conflito de Competência nº 0050005-12.2012.8.26.0000, Rel. Des. GRAVA BRAZIL, j. 23.05.2012; Conflito de Competência nº 0141364-09.2013.8.26.0000, Rel. Des. GRAVA BRAZIL, j. 18.09.2013; CC 0053965-05.2014.8.26.0000, da relatoria do signatário deste voto, j. 22.10.2014; j. Conflito de Competência nº 0041822-81.2014.8.26.0000, j. 1º.10.2014, Relator Des. ROBERTO MORTARI).

3. A situação aqui não é diversa, como decorre dos pedidos formulados na peça inicial, acima transcrito,

O objetivo da demanda é o de regularizar o loteamento, por cujo cumprimento deve zelar o agente público competente, também titular do poder fiscalizatório e de coerção no âmbito administrativo.

Não há, por conseguinte, discussão de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrarias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo, com as da Lei 6.766/79.

4. Ocorre que, recentemente, este C. Órgão Especial editou a Resolução nº 785, de 1º de agosto de 2017, alterando os incisos I.12 do art. 3º, e I.21 do art. 5º da Resolução 623/2013, passando esta a dispor, relativamente à competência da Seção de Direito Público:

> ***Art. 3º - "I.12 – 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;***
>
> ***Art. 5º - "I.21 – Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes, salvo o disposto nos itens I.12 do art. 3º e II do art. 4º, ambos desta Resolução".***

O Artigo 9º da Resolução nº 785 assim dispôs sobre a sua vigência:

> ***Art. 9º – Esta Resolução entra em vigor na da data de sua publicação, aplicando-se aos feitos distribuídos a partir de sua vigência, revogadas as disposições em contrário".***

O quadro delineado na r. sentença apelada é revelador de que o parcelamento interfere ***no sistema viário público e na infraestrura urbana básica***, com a introdução de arruamento e os consequentes equipamentos urbanos, a cargo do loteador ou do poder público, mas a demandar prévia aprovação deste, e a consequente prática de atos administrativos próprios e exclusivos do Poder Público.

Acesso ao Sumário

5. Mas o C. Órgão Especial optou, expressamente, por excluir da abrangência da Resolução 785 os processos distribuídos anteriormente à sua vigência, havida na data de sua publicação. Repito a disposição:

> **"Art. 9º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos feitos distribuídos a partir de sua vigência, revogadas as disposições em contrário".**

Diante dessa deliberação, deixou claro o C. Órgão Especial prevalecer para os casos distribuídos anteriormente à Resolução 785, o posicionamento antes vigorante a respeito do tema.

Respeitado o entendimento esposado pela E. Câmara suscitante, a distribuição a que alude a norma não é a da causa, havida em primeira Instância, mas a do recurso nesta Instância. Afinal, tanto a Resolução 623, como a 785, que a alterou no particular, regulam a distribuição da competência interna, quer dizer, entre as diversas Seções deste E. Tribunal.

Aliás, o propósito da disposição do artigo 9º da Resolução 785 foi o de evitar o deslocamento dos feitos já distribuídos entre as Seções de Direito Privado e de Direito Público, entre as quais, por seus órgãos fracionários, vinha sucedendo a instauração de conflitos de competência, que a modificação imprimida por este C. Órgão Especial procurou eliminar.

Considerando essa orientação, agora em norma expressa, o conflito precisa ser acolhido, reconhecida, para o caso concreto, **a competência da E. Câmara suscitante**, porque distribuída a causa, **em segunda instância**, **em 11.04.2018** (fls. 460), quando já em vigor a Resolução 785/2017 (de 1º de agosto de 2017).

6. Diz-se que a palavra **feito**, utilizada no artigo 9º da Resolução nº 785, alude, não à distribuição havida nesta Instância, mas a da própria causa, sucedida em primeiro grau.

Com o sempre merecido respeito, tomando à colação o grande DE PLÁCIDO E SILVA, *"propriamente, segundo o próprio sentido etimológico do vocábulo,* ***feito deve ser entendido como o processo ou os autos da demanda, da causa, do pleito****"*.

Justamente com esses significados ou, por outra, expressões ou vocábulos, este E. Tribunal de Justiça vem resolvendo as questões atinentes à competência interna da Corte, em mais de uma Resolução.

Da palavra **processo** se valeu a Resolução nº 693/2015, no artigo 6º:

"Art. 6º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando aos processos já distribuídos".

A própria Resolução nº 623/2013, no seu texto compilado (alterado em 04/04/2019), no § 2º do artigo 6º, alusivo à competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (art. 6º, *caput*), valeu-se da mesma palavra **processo**,

Acesso ao Sumário

para expressar o marco de vigência dessa disposição:

"Art. 6º - [...].

§ 2º - O disposto no caput deste artigo não implicará redistribuição dos processos já distribuídos até 9 de fevereiro de 2011, quando entrou em vigor a Resolução nº 538/2011, devendo para tanto ser observado o disposto no art. 5º, inciso I, item I.36 e inciso II.10, desta Resolução".

Como se vê, em nenhuma dessas oportunidades, e também assim noutras, cuja menção é despicienda, este C. Órgão Especial atribuiu sentido diverso ao vocábulo processo ou causa (ou feitos), porque está a regular a distribuição da competência **interna**. Sempre se entendeu que a distribuição levada em consideração é a nesta Instância, não a de primeiro grau. E o fez, repito, para evitar, quando conveio, a redistribuição de feitos, processos ou causas de umas Câmaras para outras. A nova competência se aplica a partir da vigência da Resolução. O que foi distribuído antes permanece onde antes distribuído, respeitada a prevenção quando ressalvada, como se procedeu na definição da competência das Câmaras Empresariais (cf. Resolução nº 623/2013, art. 6º, § 2º, c.c. art. 5º, inciso I, item I.36 e inciso II.10).

Veja-se que nesse caso, das Câmaras Empresariais, a vigência da Resolução nova, introduzindo alteração na Resolução 623, ressalvou expressamente processos (causas ou feitos) distribuídos antes de sua vigência, exatamente como procedeu a Resolução 785/2017, de cuja interpretação se cuida aqui.

Não custa acrescentar que, quisesse este C. Órgão Especial regular a competência de tal modo a mandar respeitar a distribuição em primeira instância, devera explicitar essa opção, desse modo distinguindo a situação regulada pela Resolução 785 de modo diferente do que sempre fez. Aí sim, teria dado o sentido que se quer emprestar ao vocábulo feito.

Penso, ainda renovado o mesmo respeito, que o trato dado por este C. Órgão Especial ao vocábulo feito e seus sinônimos, sempre levou em consideração a distribuição em Segunda Instância, quando, independentemente de onde se processou a causa em primeiro grau, se em Vara Especializada ou não, dava-se o destino segundo a orientação **interna** da Corte.

7. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a Câmara suscitante (13ª Câmara de Direito Público).

É meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 43.498)

1. Tomado de empréstimo o relatório preparado e saudando, com

antecipação, o eminente Relator, **Des. João Carlos Saletti**, e o eminente **Des. Evaristo dos Santos**, que abriu divergência mercê do voto 36.664, adianto minha aderência à posição sustentada pelo e. Relator, cujas fundações serão a seguir esposadas, não sem antes lembrar que, por sugestão do **e. Des. Ricardo Anafe**, este Órgão Especial aprovou – por votação unânime – a interpretação a ser dada ao momento em que se aplica a Resolução nº 785, de 01.08.17 que alterou a Resolução 623/2013 é a data do Recurso protocolado em Segundo Grau, interpretação que, até tornaria dispensável esta declaração de voto, considerando ainda que o culto **Des. Evaristo dos Santos** retirou sua divergência. Por amor ao debate, entretanto, segue a declaração.

2. Vale pontuar, de antemão, que este subscritor não desconhece os precedentes invocados nas razões da douta divergência (cujos votos vencedores acompanhei na ocasião), vindo, porém, a alterar seu anterior juízo por crer que o arranjo do e. Relator, à conta de seus embasamentos, deve prevalecer.

Não se trata, portanto, de sopesar certezas ou equívocos e sim de examinar institutos processuais que, levantadas todas as vênias, merecem abono.

Nessa linha, procurará este subscritor adicionar outros fundamentos que, salvo engano, se exibem oportunos.

3. A tormenta, assim entendo, está assentada na seguinte dúvida: em qual ponto da régua temporal há de ser fixada a nova regra de competência delineada pela Res. nº 623/2013, na redação dada pela Res. nº 785, de 01.08.17?

Diante disso, mostra-se induvidoso o fato de que o debate está centrado em disposição situada no plano simplesmente processual.

Se assim é, então é possível reafirmar a regra de hermenêutica de que tais comandos rituais têm aplicação imediata, resguardado, à obviedade, o princípio adotado pelo regime processual brasileiro, denominado – pela doutrina – de sistema de isolamento dos atos processuais.

Até aqui, convenha-se, nenhuma novidade e nenhuma discórdia.

4. Outro vetor que se apresenta identicamente unânime diz respeito ao fato de que é absoluta a competência em razão matéria, da pessoa e da função jurisdicional.

Acesso ao Sumário

A legislação nacional que rege as formas sempre deixou registrado que tal classificação põe referida competência intangível à vontade das partes, porquanto inderrogável, e que a não obediência de seus limites implica na nulidade da decisão a ser proferida, passível, inclusive, de ser quebrada pela via da ação rescisória (CPC/1939, art. 798, I, "a"; CPC/1973, art. 485, II; CPC/2015, art. 966, II).

Mas isto também é consabido e não provoca qualquer conflito.

5. A pedra de toque, a meu sentir, está na interpretação – sistêmica,

teleológica e histórica – do alcance, no tempo, da disposição alteradora da competência no seio desta Corte.

Respeitado o senso aplicado no douto voto dissidente, o vocábulo **"feito"** não pode se sujeitar, a par da doutrina de escol colacionada, a uma exegese literal.

E isto porque (longe de se estabelecer um juízo de valor acerca de tais métodos de interpretação), cuidando-se – a distribuição em segundo grau – de pura adequação da causa à competência absoluta deste Tribunal de Justiça, cada Seção receberá os processos que lhe estão afetos.

Em outras palavras: a adequação se dará a partir da lide formada (Reg. Interno, art. 103) em justaposição à regra vigente na época da entrada do recurso nesta Seleta Casa, mesmo porque a Resolução nº 623/2013 trata da competência – absoluta – recursal, **aplicável**, às suas fortuitas alterações, a **imediata** vigência, cabendo atentar, em aval do fundamento timbrado pelo e. Relator, à dicção do § 2º de seu art. 6º, que diz, referindo-se ao ingresso nesta Corte, estabelece que *"[...] não implicará a redistribuição dos processos já distribuídos (...) observado o disposto no art. 5º, inciso I, item I.36 e inciso II, item II.10* [...]*"*, os quais são taxativos ao citar a locução *"*(...) *cujo* ***recurso*** *tenha sido distribuído antes de 9 de fevereiro de 2011* (...)*"*, a reafirmar que a competência na instância superior é moldada quando da distribuição do *"*(...) ***recurso*** (...)*"*.

Abra-se parêntese para afastar qualquer crítica na direção de eventual descuido na escolha da expressão "feito", a qual, em verdade, honradas as opiniões em contrário, foi empregada, conforme se afirmou linhas acima (em seu conceito integrado ao nosso sistema processual e na forma que vem sendo usada ao longo das inúmeras modificações operadas nos instrumentos legais que fixaram a competência no ambiente deste Colegiado), como recurso.

A propósito, o argumento deitado no culto voto discrepante, de que *"*(...) *Em tese, é possível considerar, futuramente, eventual modificação no texto da* ***Resolução nº 785****, de modo a fazer constar a data de distribuição do recurso como critério para a incidência da norma. Porém, independentemente dessa possível sugestão* de lege ferenda (...)*"*, cuja convicção, postado novo acatamento, está muito distante de uma intelecção sistêmica, teleológica e histórica da distribuição de feitos (*rectius*: recursos) em segundo grau.

E nem se diga que a existência de V. Arestos no rumo de não fazer a distinção entre a data de distribuição da demanda e a do recurso deixaria de interferir no resultado do coevo julgamento, porquanto localizados, os processos, antes da edição da Res. nº 785/2017. Esta conjuntura, *maxima venia*, é singelo acidente de percurso, mormente porque não inibe os princípios norteadores do tema: competência absoluta e imperiosidade da incontinenti aplicação da nova norma processual.

Acesso ao Sumário

Por igual, é pouco relevante o debate sugerido quanto à possibilidade de agravo de instrumento e apelação terem suas trajetórias em Seções díspares, eis que a Súmula 158 não veio a compor esse enigma, senão pôr a pá de cal sobre qualquer dúvida, prestigiando, dessa forma, a competência absoluta.

Em fechamento deste capítulo, cumpre enjeitar a concepção de que este Sério Órgão Especial poderá, a seu talante, adotar *"(...) como marco temporal para a incidência de determinadas regras* ***critérios distintos*** *da data de distribuição de* ***recursos****. (...)"*.

Muito embora o Direito seja a casa de todas as ideias, há intransponíveis limites objetivos que impedem ver a questão de modo menos formal. A discussão ora travada não se cinge à simples vontade dos integrantes deste Colendo Órgão Especial em deliberar numa ou noutra direção e sim da reflexão que deve exsurgir do técnico confronto entre os princípios de elevada grandeza (competência absoluta e imperiosidade da imediata incidência da regra processual) e a prevalência da interpretação literal dos dizeres da Res. 785/2017.

6. Como último elemento de reflexão, calha sobrelevar que o estranhamento (*rectius*: preocupação) apontado no erudito voto dissidente, quanto ao trânsito de recursos perante Seções diferentes não se justifica.

Menos pela circunstância de que dita situação sempre esteve presente quando houve a alteração da competência em razão da matéria (e certamente há de estar no futuro quando outras mais vierem a ocorrer), não causando desconforto aos princípios da estabilidade e da segurança jurídica, mas sim porque, e essencialmente, este Notável Órgão Especial já se defrontou com este dilema no passado sem que, a tanto, ofendesse o entendimento de quem quer que seja, cumprindo relembrar, a título de exemplo, dentre muitas, as mais recentes alterações de competência **(I)** da matéria relativa a direito ambiental (Res. nº 681/2015), **(II)** da alusiva à responsabilidade civil (Res. nº 736/2016) e **(III)** da pertinente à reivindicação de bem imóvel (Res. nº 785/2017), as quais não somente atenderam o critério da validez imediata da norma processual, como ainda estabeleceram, sem agredir os princípios da estabilidade e da segurança jurídica, o curso de demandas de mesmo naipe perante Seções diversas desta E. Casa, acolhido, nesse particular, o axioma da competência absoluta.

Acesso ao Sumário

7. Nessa quadra, a análise feita pelo e. Relator sorteado é oportuna, podendo-se destacar do texto originário as seguintes passagens:

> *"[...] A ação em debate objetiva (fls. 1/44) a condenação do Município (...) a tomar, a suas expensas, todas as medidas que se fizerem necessárias para o REGISTRO DO LOTEAMENTO JUNTO AO CARTÓRIO DE IMÓVEIS competente, observadas as determinações da Lei nº 6.766/79 e demais legislações pertinentes; (...) a* ***realizar todas as obras de infra-estrutura necessárias e faltantes ao enquadramento do loteamento às exigências legais em vigor****, notadamente à complementação do*

loteamento com a construção de guias, sarjetas, calçadas, arborização e asfaltamento, (...) no ***pagamento de danos morais e materiais*** *equivalentes a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reis) por cada titular de lote, (...) Essa a demanda, e com base na peça inaugural é que se define a competência, como dito de início.* ***2.*** *O pedido de regularização do loteamento, como se vê, foi formulado pela Associação em face do Município e da empresa Pau Brasil. A natureza jurídica das pessoas nos polos da relação processual, é sabido, não interfere na distribuição da competência interna. Na hipótese, a autora formula pedidos em face do Município, para impor-lhe o dever de cumprir obrigações de fazer tendentes à regularização do loteamento, obrigações estendidas à empresa Pau Brasil. Como é bem de ver, a causa de pedir e as pretensões exercidas pelo autor trazem para o feito questões de direito público que escapam à competência das Câmaras de Direito Privado. A competência da Seção de Direito Privado para as ações relativas a loteamento diz respeito apenas a matérias de direito privado. É o caso, v.g., de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em relação em favor ou em proteção dos direitos dos adquirentes dos lotes ou à imposição de medidas para a correta implantação do loteamento em proveito deles. No caso em exame, a matéria em discussão é especialmente pública, porque diz com o direito urbanístico e municipal do parcelamento do solo. (...) 3. A situação aqui não é diversa, como decorre dos pedidos formulados na peça inicial, acima transcrito. O objetivo da demanda é o de regularizar o loteamento, por cujo cumprimento deve zelar o agente público competente, também titular do poder fiscalizatório e de coerção no âmbito administrativo. Não há, por conseguinte, discussão de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrarias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo, com as da Lei 6.766/79. (...) O quadro delineado na r. sentença apelada é revelador de que o parcelamento interfere* **no sistema viário público e na infraestrura urbana básica***, com a introdução de arruamento e os consequentes equipamentos urbanos, a cargo do loteador ou do poder público, mas a demandar prévia aprovação deste, e a consequente prática de atos administrativos próprios e exclusivos do Poder Público. (...) Respeitado o entendimento esposado pela E. Câmara suscitante, a distribuição a que alude a norma não é a da causa, havida em primeira Instância, mas a do recurso nesta Instância. Afinal, tanto a Resolução 623, como a 785, que a alterou no particular, regulam a distribuição da competência interna, quer dizer, entre as diversas Seções deste E. Tribunal. Aliás, o propósito da disposição do artigo 9º da Resolução 785 foi o de evitar o deslocamento dos feitos já distribuídos entre as Seções de Direito Privado e de Direito Público, entre as quais, por seus órgãos fracionários, vinha sucedendo a instauração de conflitos de competência, que a modificação imprimida por este C.*

Acesso ao Sumário

*Órgão Especial procurou eliminar. Considerando essa orientação, agora em norma expressa, o conflito precisa ser acolhido, reconhecida, para o caso concreto, **a competência da E. Câmara suscitante**, porque distribuída a causa, **em segunda instância**, **em 11.04.2018** (fls. 460), quando já em vigor a Resolução 785/2017 (de 1º de agosto de 2017).* [...]*".*

8. Assim, entendo que é caso de se julgar procedente o conflito para enfim atribuir o conhecimento e julgamento da Apelação nº 1008081-34.2014.8.26.0032 à E. 13ª Câmara de Direito Público, pelo eminente Desembargador Borelli Thomaz.

Estas, em resumo, as fundações pelas quais adiro ao substancial voto do Relator, o e. **Des. João Carlos Saletti**, acompanhando-o em sua íntegra.

BERETTA DA SILVEIRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0017876-07.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESEMBARGADORA SÍLVIA MEIRELLES, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESEMBARGADOR ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA DESEMBARGADORA SÍLVIA MEIRELLES DA 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, JOVINO DE SYLOS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de junho de 2019.
FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA–EMBARGOSDECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS POR FORÇA DE VÍCIO PROCESSUAL – PROVIMENTO A RECURSO ESPECIAL QUE ORDENOU CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DO RECLAMO – PREVENÇÃO DA CÂMARA PERENIZADA, NA FORMA DO ARTIGO 105 E PARÁGRAFOS DO RITJSP – REGRA DO 'JUIZ CERTO' (ARTIGO 108, INCISO II, DO RITJSP) QUE NÃO PREVALECE FRENTE À NORMA CONTIDA NO ARTIGO 109, 'CAPUT', DO MESMO DIPLOMA LEGAL – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL, INCLUSIVE EM CARÁTER NORMATIVO – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETENTE A DESEMBARGADORA SILVIA MEIRELLES DA 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

VOTO

Conflito estabelecido entre os Desembargadores Sílvia Meirelles e Israel Góes dos Anjos respectivamente da 6ª Câmara de Direito Público e 37ª Câmara de Direito Privado, ambas deste E. Tribunal, para reexame dos embargos declaratórios opostos a fls. 93/94 (não conhecidos pelo v. acórdão encartado a fls. 97/102), consoante determinado pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, nos termos do r. ***decisum*** proferido a fls. 135/138, deu provimento ao recurso especial fazendário.

Com o retorno dos autos, ordenou-se remessa à C. 6ª Câmara de Direito Público (fls. 140), abrindo-se conclusão ao eminente Des. Israel Góes dos Anjos (fls. 142) – relator do v. acórdão recorrido e atualmente com assento na 37ª Câmara de Direito Privado –, que por sua vez ofereceu a representação de fls. 143, à luz de interpretação conjunta dos artigos 105, 108 e 109 do RITJSP, restando acolhida a fls. 145.

Encaminhados os autos à eminente Des. Sílvia Meirelles, o v. acórdão prolatado a fls. 157/162 declinou da competência e suscitou o presente conflito, argumentando que a mudança de Câmara por parte do relator sorteado não faz romper a prevenção, na forma do artigo 108 do RITJSP, razão pela qual permanece como juiz certo o eminente Desembargador relator originário.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação acostada a fls. 171/175, apontou a disponibilidade do direito em litígio no feito primitivo e declinou de opinar nos autos.

É o Relatório.

Embate que se põe a lume expõe necessária dissolução de aparente antinomia na interpretação dos artigos 105, 108 e 109 do RITJ/SP, os quais ostentam a seguinte redação (com destaques no interessante):

*"**Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa**, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, **terá a competência preventa** para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.*

§ 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

§ 2º O Presidente da respectiva Seção poderá apreciar as medidas de urgência, sempre que inviável a distribuição e encaminhamento imediatos do processo ao desembargador sorteado.

§ 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição.

(...)

Art. 108. Será juiz certo:

I – o desembargador com visto nos autos ou que pedir adiamento do julgamento, independentemente do motivo da cessação de sua participação no órgão julgador;

II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador;

III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência, por proposições de súmulas ou por incidente de resolução de demandas repetitivas, e para assunção de competência;

IV – o relator do acórdão para reexame das decisões na forma do art. 1.040, inciso II, do CPC;

V – o juiz substituto do Tribunal nas condições dos incisos anteriores, mesmo depois de sua promoção;

VI – o Presidente que adiar o julgamento para proferir voto de desempate, embora com mandato findo, mesmo que compareça, em sessão ulterior,

Acesso ao Sumário

desembargador ausente e que pudesse ter participado do julgamento.

Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da aposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos que vierem a ser distribuídos por prevenção.

§ 1º O revisor ou o segundo juiz, conforme o caso, ou o seguinte na ordem de antiguidade, substituirá o relator afastado ou impedido, nos embargos de declaração, uniformização de jurisprudência, assunção ou dúvida de competência.

§ 2º Em uniformização da jurisprudência, por proposição de súmula ou por incidente de resolução de demandas repetitivas e nos casos de assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo revisor ou segundo juiz do acórdão suscitante."

Os preceitos normativos em tela dispõem sobre regras internas no âmbito desta Corte, estabelecendo parâmetros objetivos para aferição de prevenção dos órgãos fracionários, além de gizar critérios de identificação do "juiz certo", integrante encarregado da relatoria do caso.

Extrai-se da norma inserta no ***caput*** do artigo 105 do RITJSP que a prevenção é regra de competência intimamente vinculada à Câmara ou Grupo, ressalvando o § 1º que o afastamento dos juízes participantes do julgamento não rompe a prevenção do órgão, nem da cadeira.

Sem dúvida, na linha externada no bojo do v. acórdão suscitante, será "juiz certo" o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, **sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessão de sua participação no órgão julgador, na forma do artigo 108, inciso II, do RITJSP**.

Todavia, ***venia concessa***, a regra em voga encontra ressalva no dispositivo que lhe é subsequente (art. 109), que em seu ***caput*** prevê deixar de ser "juiz certo" no processo o desembargador que vier a se afastar, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, exatamente como sucedeu com o eminente Des. Israel Góes dos Anjos, atualmente com assento na C. 37ª Câmara de Direito Privado, como destacou o próprio v. acórdão suscitante a fls. 159.

Com efeito, subsome-se a hipótese à exceção prevista no ***caput*** do artigo 109 do RITJSP, em detrimento da norma invocada pela E. Desembargadora que compõe a C. Câmara suscitante, órgão fracionário que, à luz do artigo 105, ***caput***, combinado com seus parágrafos 1º e 3º, do mesmo diploma normativo, pereniza a competência para enfrentamento do recurso pendente em razão da

Acesso ao Sumário

prevenção, vinculada a relatoria à cadeira.

Nesse mesmo prumo, atento à existência de reiteradas discussões envolvendo tema equivalente, o C. Órgão Especial solidificou entendimento, **inclusive tomado sob a índole normativa**, de que o afastamento definitivo do relator originário (da Câmara à qual pertencia), tem o condão de liberá-lo dos julgamentos pendentes, ainda que em caráter de reexame, lá deixados. Nesse sentido:

> *"I. Conflito de competência. Conflito negativo suscitado em razão da devolução de autos, cujo processamento se encontrava sobrestado aguardando o julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. II. Remessa dos autos à 13ª Câmara de Direito Público após referido julgamento, que ensejou a instauração da controvérsia acerca do juiz certo para relatar o caso, em razão do afastamento de um dos desembargadores da referida Câmara Julgadora. III.* ***Desembargador Relator sorteado que se afastou da Câmara por mais de sessenta dias, posteriormente removido para outra seção, deixa de ser o juiz certo. Precedente deste Órgão Especial, com caráter normativo (Conflito de Competência nº 0012240-94.2018.8.26.0000, j. em 20/06/2018). Arts. 105, 'caput', §§ 1º e 3º, 108, IV, e 109, 'caput', todos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.*** *IV. Conflito julgado procedente. Fixada a competência da 13ª Câmara de Direito Público. Determinação de remessa dos autos ao Desembargador Relator Antonio Tadeu Ottoni, para reexaminar a decisão, devolvida nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/73 (atual 1.040, II do CPC)."*
>
> **(TJSP; Conflito de competência cível 0016429-18.2018.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/08/2018; Data de Registro: 16/08/2018, destacado)**
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Servidor público. Remuneração. Mandado de Segurança. Suscitação de conflito. Dúvida sobre quem deve julgar a queixa recursal. Necessário cometimento à E. 13ª Câmara de Direito Público.* ***Antigo debate de jurisdição que foi solvido em recente sessão deste Colendo Órgão Especial. Prevalência da regra contida no art. 105 do Regimento Interno da Corte. Prevenção da Câmara ante o definitivo afastamento do relator originário. Precedente dotado de efeito normativo.*** *CONFLITO PROCEDENTE."*
>
> **(TJSP; Conflito de competência cível 0016431-85.2018.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/08/2018; Data de Registro: 10/08/2018, destacado)**

Acesso ao Sumário

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE PERMANECEU SOBRESTADO ATÉ O JULGAMENTO DO RE Nº 606.358/SP – AUTOS DEVOLVIDOS À TURMA JULGADORA NOS TERMOS DO ARTIGO 543-B, § 3º DO CPC/73 (ARTIGO 1.040, II DO NOVO CPC) – ***RELATOR SORTEADO QUE SE AFASTOU DA CÂMARA E POSTERIORMENTE FOI REMOVIDO PARA OUTRA SEÇÃO – JULGADOR QUE DEIXA DE SER O JUIZ CERTO, NOS TERMOS DO ART. 109, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA*** *– DECISÃO QUE DEVE SER REEXAMINADA PELO ATUAL OCUPANTE DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE."*

(TJSP; Conflito de competência cível 0012240-94.2018.8.26.0000; Relator: João Negrini Filho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Paulínia – 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/06/2018; Data de Registro: 22/06/2018, destacado)

Disso resulta, invariavelmente, que a controvérsia deve ser dirimida reconhecendo-se a competência da I. Desembargadora suscitante em razão da prevenção, determinada a atual relatoria pela cadeira então ocupada pelo eminente desembargador relator originário.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito com remessa dos autos à Des. Sílvia Meirelles da C. 6ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018518-77.2019.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA, é suscitada 9ª 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 TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO

Acesso ao Sumário

SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de obrigação de fazer processada perante a Vara Comum da Fazenda Pública. Ação ajuizada em face da Fazenda do Estado para aquisição de medicamento necessário para tratamento de doença que acomete a autora e cujo valor da causa não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos. Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009. Magistrado de primeiro grau que atua acumulando as funções da Vara da Fazenda Pública e do Juizado Especial da Fazenda Pública. Competência recursal que é da Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba (art. 39 do provimento do Conselho Superior da Magistratura CSM nº 2.203/2014).

Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitante (Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba).

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba em relação à C. 9ª Câmara de Direito Público, ambas deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 109/113, originada de ação de obrigação de fazer ajuizada por Maria Federelli de Morais em face da Fazenda Pública Estadual, a qual tramitou pela vara comum da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba.

O recurso de apelação foi inicialmente distribuído à 9ª Câmara de Direito Público que, pelo v. Acórdão de fls. 155/160, dele não conheceu, declinando da competência e determinando a redistribuição ao Colégio Recursal.

Redistribuídos os autos à C. Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba, o recurso não foi conhecido pelo v. Acórdão de fls. 183/185, propondo-se que fosse suscitado conflito negativo de competência.

Acesso ao Sumário

Encaminhados os autos para a d. Procuradoria Geral de Justiça, esta deixou de oferecer manifestação no caso, sob a justificativa de ausência de interesse público (fls. 196/199).

É o relatório.

A Câmara suscitada (9ª Câmara de Direito Público) não conheceu do recurso, aduzindo que a matéria dos autos se enquadra na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública (art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/09), devendo o julgamento do recurso de apelação ser realizado pelo Colégio Recursal.

Já a Câmara suscitante (Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba), aduziu, em síntese, que não discorda do entendimento do ínclito Desembargador da Câmara Suscitada de que a competência do Juizado da Fazenda Pública é absoluta e que, no caso vertente, a demanda deveria estar tramitando no Juizado, já que a causa está dentro do limite de alçada e prescinde da produção de prova pericial. Contudo, aduz que, tendo a ação sido manejada perante a Vara Comum da Fazenda Pública, eventual recurso contra decisão proferida no processo deve ser endereçado ao Tribunal de Justiça, ou seja, a uma das Câmaras de Direito Público. Afirma ainda que incumbe à 9ª Câmara de Direito Público reconhecer a incompetência absoluta do juízo de primeiro grau, declarando nulo o processo, uma vez que o feito tramita perante a vara comum da Fazenda Pública, quando deveria ter sido distribuído no Juizado da Fazenda Pública. Por fim, ressalta que há evidente prejuízo à parte na não declaração de nulidade do processo, porque o prazo para interposição de recurso inominado é de 10 dias e, no caso, a parte recorrente foi intimada da sentença no dia 5 de novembro de 2018 (certidão de fls. 117), tendo o prazo para recurso se iniciado no dia 6 de novembro, portanto, a apelação interposta no dia 7 de dezembro de 2018, será considerada intempestiva.

Pois bem. A presente ação foi ajuizada em 13.07.2018, portanto, na vigência da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 2º da referida lei estabelece a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos seguintes termos: *"É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos"*.

De se registrar que o parágrafo 4º do referido art. 2º é expresso no sentido de que *"No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta."*, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 2º, § 1º, incisos I a III da Lei nº 12.153/2009[1].

Acesso ao Sumário

1 **Lei nº 12.153/2009** – "Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e

No caso, a ação foi ajuizada em face da Fazenda Pública, objetivando a autora a disponibilização de medicamento para tratamento de doença que lhe acomete, tendo como valor da causa quantia inferior a sessenta salários mínimos (R$ 4.922,64 – fls. 08), porquanto se enquadra nas hipóteses previstas na Lei 12.153/2009, de tal sorte que, nos termos do art. 2º, caput e § 4º, da referida lei[2], o Juizado Especial da Fazenda Pública tem competência absoluta para processar e julgar a presente demanda.

Ocorre que os presentes autos foram ajuizados perante a Vara Comum da Fazenda Pública de Araçatuba, tendo tramitado sem a observância do rito previsto na Lei 12.153/2009, não obstante a mesma vara também acumule a função do Juizado Especial da Fazenda Pública[3] (conforme indicou consulta nos dados oficiais disponíveis no sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça), motivo da divergência quanto à competência para julgamento do recurso interposto, se das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça (por ter tramitado perante a Vara Comum da Fazenda Pública) ou se do Colégio Recursal (por se tratar de matéria de competência absoluta dos Juizados Especiais).

No caso concreto, a remessa dos autos ao Colégio Recursal de Araçatuba para apreciação do recurso é medida que se impõe, pelos motivos que passo a expor.

De proêmio, de se registrar que, em que pese a ação ter sido ajuizada e tramitado pelo rito comum, o Juízo de Primeiro Grau (Vara Comum da Fazenda Pública de Araçatuba) também está investido nas funções do Juizado Especial da Fazenda Pública de Araçatuba, a não se justificar a nulidade de todos os atos decisórios até então praticados, com a determinação de novo processamento dos autos pelo rito previsto na Lei nº 12.153/2009.

---

dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: I as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

2 **Lei nº 12.153/2009** – "Art. 2º (...)

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta."

3 O art. 22 da Lei 12.153/2009 determina o prazo de instalação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em até 2 (dois) anos da vigência desta Lei, podendo, contudo, haver o aproveitamento total ou parcial das estruturas das atuais Varas da Fazenda Pública, caso dos autos. No mesmo sentido, o art. 8º do Provimento CSM nº 2203/2014, *in verbis*:

"Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento."

Acesso ao Sumário

Ora, o art. 64, § 4º do Código de Processo Civil[4] faculta a permanência dos efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, a menos que haja decisão judicial em sentido contrário, o que, conforme ensina Nelson Nery Junior, *"pode ser justificável em casos nos quais a incompetência possa interferir no conteúdo decisório"*[5].

No caso, não se mostra razoável entender que a incompetência do Juízo da Vara da Fazenda Pública de Araçatuba poderia interferir no conteúdo das decisões já proferidas, pois o mesmo Juízo da Fazenda Pública acumula as funções do Juizado Especial. A eventual determinação de encaminhamento dos autos ao Juízo competente (Juizado da Fazenda Pública) para o sopesamento da conveniência de manutenção dos atos decisórios vai contra os princípios da economia e celeridade processual, eis que se trata do mesmo Juízo em que tramitou a presente demanda.

Entendo, pois, que não é o caso de se anular a r. sentença, devendo-se aproveitar os atos processuais já praticados.

Logo, considerando que: a) a matéria dos presentes autos é de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública e b) o Juízo de primeiro grau de Araçatuba da Vara Comum da Fazenda Pública por onde tramitou os presentes autos está também investido nas funções do Juizado Especial da Fazenda Pública, impõe-se reconhecer a Câmara Suscitante (Colégio Recursal) como competente para conhecer e julgar o recurso de apelação interposto.

Tal entendimento decorre da interpretação do art. 39 do provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2203/2014, o qual prevê a competência do Colégio Recursal para julgamento de recurso oriundo de decisão proferida por magistrado integrante do Sistema do Juizado Especial, *in verbis*:

> "Art. 39. O Colégio Recursal é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais". (**Artigo renumerado pelo Provimento nº 2258/2015**). (n/ grifo)

Assim, ainda que o feito não tenha tramitado pelo rito do Juizado Especial, cabe ao Colégio Recursal de Araçatuba a apreciação do recurso interposto, pois oriundo de decisão proferida pela Vara que acumula as funções do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Registre-se que diverso seria o deslinde se o magistrado de primeiro grau não tivesse atuado acumulando funções. Neste caso, a competência seria de uma das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, como já decidido por este C. Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

4 **CPC**. Art. 64, § 4º: "salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente".

5 Nery Junior, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. "Código de Processo Civil Comentado". 16ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, pág. 64 (comentário ao item 15).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A C. 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL E A 5ª TURMA DA FAZENDA PÚBLICA DO COLÉGIO RECURSAL DA CAPITAL – (...) LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS EM DESFAVOR DA FAZENDA DO ESTADO – VALOR DA CAUSA, INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO, QUE NÃO ULTRAPASSA O TETO DE SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, RECONHECIDA, DE OFÍCIO, PELA C. CÂMARA SUSCITADA – ARTIGO 2º, § 4º, DA LEI Nº 12.153/2009 – IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE REMESSA DO RECURSO DE APELAÇÃO DIRETAMENTE AO COLÉGIO RECURSAL – FEITO QUE TRAMITOU PERANTE A VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, A DESPEITO DE JÁ EXISTIR JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA INSTALADO – **MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO ATUOU ACUMULANDO FUNÇÕES** – INCOMPETÊNCIA DO COLÉGIO RECURSAL PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO – ARTIGO 39 DO PROVIMENTO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA CSM Nº 2.203/2014 – NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL QUE NÃO ACARRETA A ANULAÇÃO DE ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS POR JUIZ ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE – ARTIGO 64, § 4º, DO CPC – NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DE SEUS EFEITOS ATÉ EVENTUAL RATIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA DAS VARAS DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL". "O Colégio Recursal não detém competência para exercer a revisão de decisão proferida por juiz que não integra o Sistema dos Juizados Especiais". "O legislador processual optou por homenagear a estabilidade e estimular o aproveitamento dos atos praticados pelo juízo absolutamente incompetente, conservando seus efeitos até a ulterior manifestação do juiz natural da causa, resguardando-lhe o exame das decisões e o sopesamento da conveniência da manutenção ou não dos pronunciamentos judiciais antecedentes". "A competência para deliberar acerca da convalidação ou não dos atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente é do juízo de primeiro grau a quem a lide for distribuída, evitando-se, com isso, supressão de instância[6]".

Por fim, uma vez que os autos tramitaram pelo rito comum e para que não haja prejuízo às partes, deve-se reconhecer como tempestivo o recurso interposto para julgamento pelo Colégio Recursal, não obstante o prazo para recurso inominado ser de 10 (dez) dias.

Pelo exposto, julgo procedente o conflito, afirmando a competência da Câmara Suscitante (Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba) para

Acesso ao Sumário

6 Conflito de Competência nº 0052874-35.2018.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, j. 13.02.2019.

decidir a apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0023653-70.2019.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.499)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E O ENTE MUNICIPAL – PRETENSÃO QUE SE RESTRINGE À IMPOSIÇÃO DE INSTALAÇÃO DO PONTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO IMÓVEL DA AUTORA, SITUADO EM LOTEAMENTO IRREGULAR – DEBATE QUE SE INSERE NO CAMPO DO DIREITO PRIVADO

Acesso ao Sumário

– PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PARTICIPAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL QUE NÃO ALTERA A COMPETÊNCIA – AUSÊNCIA DE PRETENSÃO DEDUZIDA ESPECIFICAMENTE CONTRA O MUNICÍPIO A ENVOLVER CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO – ARTIGO 5º, § 1º, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 13ª Câmara de Direito Público e a C. 38ª Câmara de Direito Privado envolvendo agravo de instrumento tirado contra r. ***decisum*** que deferiu a tutela antecipada em Ação de Obrigação de Fazer promovida por Lúcia Helena Pinto contra EDP – São Paulo Distribuição de Energia S.A. e Município de São José dos Campos, determinando às rés que, ***verbis***, *"no prazo de 15 (quinze) dias, contados da apresentação dos documentos da autora para elaboração do contrato de fornecimento de serviços, instalem e passem a servir a unidade consumidora com os serviços de fornecimento de energia elétrica, sob pena de multa diária de R$500,00, até o limite, por ora, de R$50.000,00"*.

Distribuído originalmente o agravo à C. 38ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão lançado a fls. 94/96, relatado pelo eminente Des. César Peixoto, argumentou que a matéria está afeta à Seção de Direito Público, na forma do artigo 3º, inciso I, da Resolução TJSP nº 623/2013, pois *"o núcleo da discussão envolveu o fornecimento de energia elétrica, diante do indeferimento, pelo Município de São José dos Campos/SP, do pedido realizado na via administrativa pela parte"*.

Redistribuído o recurso, a C. 13ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 118/124, de relatoria do eminente Des. Antonio Tadeu Ottoni, declinou da competência suscitando o presente conflito, porquanto o tema em discussão tem origem em negócio jurídico de caráter eminentemente privado, invocando a propósito o § 1º, do artigo 5º, da Resolução TJSP nº 623/2013.

É o Relatório.

Desnecessário na hipótese remessa dos autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, à luz do artigo. 951 do Código de Processo Civil, não se vislumbrando prejuízo às partes ou ao processo, prestigiada a celeridade. Registra-se também ausência de intervenção ministerial no feito originário.

Consoante disposto no art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil,

Acesso ao Sumário

constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

Primeiramente, adota-se a premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, irrelevante na hipótese a presença de ente público de direito interno no polo passivo da lide.

Questão de fundo envolve pretensão condenatória deduzida em ação de obrigação de fazer promovida por particular em desfavor de concessionária de energia elétrica, bem como, em litisconsórcio, contra o Município de São José dos Campos, ante a negativa obtida pela consumidora quanto ao pleito de instalação do ponto de energia elétrica em sua residência, situada em loteamento irregular.

Rogata maxima venia ao entendimento externado no v. acórdão de fls. 94/96, colhe-se da peça de ingresso (fls. 45/57) que a pretensão deduzida é focada eminentemente em relação de direito privado, relacionada exclusivamente ao fornecimento de energia elétrica, surgindo o suposto óbice apresentado pela Municipalidade como questão meramente reflexa ou secundária.

Frise-se, aliás, limitada a pretensão, ***verbis***, à *"procedência da ação, tornando definitiva a antecipação dos efeitos da tutela concedida, determinando-se o estabelecimento do fornecimento de energia elétrica arcando as rés com as custas e honorários advocatícios..."* (fls. 57, item 3).

Ademais, como bem destacado no v. acórdão suscitante a fls. 122, *"na hipótese dos autos, trata-se de ação de obrigação de fazer objetivando a ligação de energia elétrica na residência da autora e, conquanto a narrativa constante da proemial mencione suposto indeferimento pelo Município,* ***a autora não formulou qualquer pedido de anulação ou de revisão de ato administrativo praticado por referido ente federativo, o que afasta a possibilidade de apreciação de matéria de direito público no processo****"* (grifos no original).

Nesse contexto, tenho que a competência para exame da matéria em foco recai sobre as Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado, às quais compete dirimir os feitos relativos a prestação de serviços de energia elétrica:

> *"Art. 5º (...)*
>
> *§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia."*

Casos similares, inclusive provenientes da mesma Comarca, foram solvidos pelas C. Câmaras de Direito Privado mencionadas. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO CÍVEL – Interposição contra sentença que julgou improcedente a ação obrigação de fazer. Prestação de serviços de energia elétrica. Loteamento irregular. Prestação dos serviços impossibilitada diante de Termo de Ajustamento de Conduta e no artigo 1º do Decreto Municipal nº 15.538/2013. Resolução nº 414/2010 da Aneel que exige providências da concessionária para a instalação de energia elétrica. Recusa na instalação que se apresenta legítima. Honorários advocatícios majorados, com base no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015. Sentença mantida."

(TJSP; Apelação Cível 1026047-19.2017.8.26.0577; Relator: Mário A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2018; Data de Registro: 10/10/2018)

"Apelação. Prestação de Serviços. Fornecimento de energia elétrica. Ação de obrigação de fazer. Sentença de improcedência baseada em TAC – Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Município, a Concessionária e o Ministério Público, condicionando o fornecimento do serviço à regularidade do loteamento. Loteamento irregular. Consumidor que não deu causa à irregularidade, nem há prova de que dela tinha ciência, prevalecendo a presunção de boa-fé na aquisição do imóvel. Município que autorizou a ligação de água, considerando que o imóvel não estava em área de risco. Ausência de prova de que se trata de área de preservação permanente ou haja qualquer risco ambiental. Imóveis vizinhos ligados à rede elétrica, não se admitindo tratamento diferente para consumidores que se encontram na mesma condição jurídica. Serviço essencial de energia elétrica, que é caracterizado como de utilidade pública, necessário para a qualidade de vida das pessoas e intrinsecamente ligado à condição digna de habitabilidade do imóvel. Sentença reformada. Concedida tutela para ligação da energia elétrica na residência dos autores no prazo de 48hs, com aplicação de multa diária de R$ 1.000,00 (hum mil reais) por descumprimento, limitada a R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Sucumbência invertida. RECURSO PROVIDO, com determinação".

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1028730-63.2016.8.26.0577; Relator: L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/07/2018; Data de Registro: 03/07/2018)

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – ÁGUA – Obrigação de fazer – Recusa de fornecimento de energia em área irregular – Impossibilidade – Imóvel situado em zona especial de interesse social – Instituto jurídico e político de ordenação urbana adotado pelo Plano Diretor do Município para regularização fundiária – Direito de moradia que deve ser prestigiado de forma plena, abrangida a prestação de serviço essencial – Sentença mantida. Apelação não provida."

(TJSP; Apelação Cível 1001452-19.2018.8.26.0577; Relator: Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/05/2019; Data de Registro: 20/05/2019)

E, não bastasse, alçado o tema ao C. Grupo Especial, a solução imposta converge ao entendimento aqui adotado:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada – Fornecimento de energia elétrica em imóvel construído em suposto loteamento irregular – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução n°. 623/2013 – Competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (da 11ª à 38ª Câmaras) – Fixação da competência da 21ª Câmara de Direito Privado – Conflito procedente."

(TJSP; Conflito de competência cível 0054716-89.2014.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Ourinhos – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2015; Data de Registro: 04/03/2015)

"Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de obrigação de fazer. A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes. Tratando-se de pedido relativo à ligação de energia elétrica em casas, em loteamento, ainda sem escritura pública, a competência é das Câmaras de nºs 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada, 20ª de Direito Privado."

(TJSP; Conflito de competência cível 0045731-97.2015.8.26.0000; Relator: Ruy Coppola; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Bragança Paulista – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2015; Data de Registro: 28/08/2015)

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 38ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2093781-81.2019.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante ONIER MASARINI, são suscitados 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.317)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, 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, 31 de julho de 2019.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: Conflito de Competência suscitado por Onier Masarin, tendo como suscitadas a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba.

Trata-se o caso em análise de Ação Condenatória à obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, em face da Fazenda Pública Estadual, ajuizada na Vara da Fazenda Pública de Araçatuba, pleiteando fornecimento de medicamento ao ora suscitante, tendo atribuído à causa o valor de R$ 14.800,00 (fls. 13). O processo tramitou regularmente, até ser proferida sentença, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Fazenda Pública Estadual ao fornecimento do medicamento apontado nos moldes prescritos e pelo tempo que se fizer necessário o tratamento (fls. 135/148).

Dessa decisão, foi interposto recurso de apelação pela Fazenda Pública (fls. 152/165), que foi remetido a Este Tribunal de Justiça.

Inicialmente, o recurso foi distribuído à C. 11ª Câmara de Direito Público que, por decisão monocrática (fls. 180/185), não conheceu do apelo e determinou sua remessa a uma das Turmas do Colégio Recursal de Araçatuba que, por sua vez, ao receber os autos julgou extinto o processo sem resolução do mérito (fls.

Acesso ao Sumário

205/207), considerando que o valor da causa atribuído na inicial não fora correto, já que o tratamento deveria ser realizado durante um ano, totalizando R$ 177.600,00.

Admissível o conhecimento do Conflito de Competência suscitado pela parte, tendo em vista que, com a pronúncia de incompetência absoluta, caberia ao Relator da Turma Recursal suscitar conflito, ou remeter ao juízo que entendesse competente e não a extinção sem resolução do mérito, de acordo com o parágrafo único, do artigo 66, do Código de Processo Civil e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A competência absoluta do Juizado da Fazenda Pública é fixada para julgamento das causas cíveis de interesse do Estado até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, contudo, em se tratando de pretensão sobre obrigações vincendas, para fins de atribuição da referida competência, deve-se considerar a soma de 12 parcelas, nos termos do § 2º, do artigo 2º, da Lei 12.153/2009.

O valor dado à causa foi erroneamente fixado, já que na própria inicial apresentada constam elementos que permitem verificar que o valor é superior ao limite do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Além disso, verifica-se que o processo tramitou regularmente na Vara da Fazenda Pública e, de acordo com o artigo 39 do Provimento Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014, o Colégio Recursal somente tem competência para julgamento dos recursos oriundos de decisões proferidas pelo Juizado da Fazenda Pública.

Assim, como o processo possui valor superior a 60 salários mínimos e tramitou regularmente pela Vara da Fazenda Pública, é caso de julgamento do recurso interposto pela Fazenda Pública pela C. 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal.

Por fim, cabendo a este Relator a análise das medidas urgentes, nos termos do artigo 201, do Regimento Interno deste Tribunal, convalida-se a liminar,

Acesso ao Sumário

mantendo-se a obrigação da Fazenda Pública de fornecer a medicação ao ora suscitante.

Conflito de competência procedente, declarando a competência da C. 11ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso interposto, convalidada a liminar até ulterior decisão do juízo competente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado por ONIER MASARINI em recurso de apelação manejado pela Fazenda do Estado de São Paulo combatendo r. decisão prolatada pelo MM. Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Araçatuba que, em ação de obrigação de fazer, julgou procedente o pedido inicial condenando a Fazenda Pública Estadual para que forneça o medicamento STELARA 90MG (USTEQUINUMABE) ao Sr. Onier, necessário ao tratamento de sua enfermidade.

Os autos de apelação foram distribuídos para a Colenda 11ª Câmara de Direito Público desta Corte sendo que o Eminente Desembargador José Jarbas de Aguiar Gomes decidiu, monocraticamente (fls. 180/185), que não seria caso de conhecimento do apelo, pois, tratando-se de competência funcional e, portanto, absoluta, seu exame caberá a uma das Turmas do Colégio Recursal, que abranja os processos oriundos da Comarca de Araçatuba, para o qual deverão ser remetidos estes autos.

Mencionou o Eminente Desembargador *que o artigo 2º, caput e § 4º, da Lei nº 12.153/09 'ser de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (...), certo que 'no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta (grifamos), ao passo que o artigo 5º, inciso I, da referida lei, dispõe que podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública, 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.*

Aduziu, ainda, que o recurso não pode ser conhecido por este órgão jurisdicional, pois a autora atribuiu à causa o valor de R$ 14.800,00 (catorze mil e oitocentos reais), para fevereiro de 2017 (fl. 08), inferior ao teto de sessenta salários mínimos, fator determinante para que se reconheça a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e, assim, dos Colégios Recursais para a apreciação e o julgamento de feitos dessa natureza.

A Colenda Turma da Fazenda do Colégio Recursal da comarca de Araçatuba, por sua vez, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos

termos do artigo 51, inciso II, da lei nº 9.009/95, entendendo pela incompetência absoluta do Juizado Especial para julgamento da causa, prejudicada a análise do mérito.

Os magistrados sopesaram que *"a parte Recorrida busca a condenação do Réu em obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamentos. À causa, deu o valor de R$ 14.800,00 (quatorze mil e oitocentos reais), referente ao valor do medicamento, conforme orçamento juntado aos autos.*

O valor atribuído à causa, porém, não é o correto.

(...)

No caso vertente, a parte Autora requer que o Réu seja obrigado a fornecer o medicamento necessário ao tratamento prescrito pelo médico que lhe assiste. Conforme relatório médico, o tratamento tem duração inicial de 12 meses, consubstanciando-se no uso de '2 ampolas no dia 0, na 4ª semana e depois a cada 12 semanas'. Destarte, o Recorrido fará uso de 2 ampolas iniciais mais 2 ampolas após um mês e, ainda, 2 ampolas a cada 12 semanas, durante 1 ano. Desta sorte, o tratamento inicial corresponde a, pelo menos, 12 ampolas no ano.

Considerando que o valor de cada ampola é de R$ 14.800,00, o valor total do tratamento inicial é de R$ 177.600,00 (cento e setenta e sete mil e seiscentos reais).

Feita esta consideração, reputo que, em que pese a atual fase do processo, o reconhecimento da incompetência do Juizado Especial para julgamento da ação é de rigor.

Conforme demonstrado, o valor atribuído à causa é superior a 60 salários mínimos e, assim, ultrapassa o teto estabelecido pelo artigo 2º da Lei 12.153/2009 para o processamento de ações perante os juizados especiais em ações contra a fazenda pública."

Reclama o suscitante que a Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública ao se declarar incompetente para processar e julgar a demanda, não poderia ter anulado a sentença e o processo que correu perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública, ao contrário, deveria suscitar a incompetência e devolver ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na forma do art. 66, parágrafo único, do CPC.

Assevera, ainda, que Turma Recursal, ao afirmar-se absolutamente incompetente para conhecer e julgar o processo, também não tinha competência para extingui-lo e que essa decisão veio a prejudicá-lo, eis que necessita do uso dos medicamentos para sobreviver.

Diante disso, requer-se que seja processado o presente e reconhecida a competência da 11ª Câmara de Direito Público ou do Juizado Especial da Fazenda Pública de Araçatuba-SP (incluindo a Turma Recursal), vez que para

o autor, não importa o órgão competente e sim o prosseguimento do feito para poder continuar seu tratamento.

Requer, por fim, com fundamento nos artigos 955 e 300, ambos do CPC, a suspensão dos efeitos do V. Acórdão proferido pela Colenda Turma Recursal de Araçatuba, para manter hígido o título judicial que fixou a obrigação da Fazenda Pública em fornecer a medicação ao autor suscitante, vez que há cumprimento de sentença em andamento com pedido de bloqueio de verbas públicas.

Houve pedido de liminar deferido por este Relator a fim de suspender os efeitos do V. Acórdão proferido pela Turma Recursal de Araçatuba, mantendo a obrigação da Fazenda Pública de fornecer a medicação ao Suscitante ONIER MASARINI.

É o relatório.

Inicialmente, salienta-se que é admissível o conhecimento do Conflito de Competência suscitado pela parte, tendo em vista que, com a pronúncia de incompetência absoluta, caberia ao Relator da Turma Recursal suscitar conflito, ou remeter ao juízo que entendesse competente e não a extinção sem resolução do mérito, de acordo com o parágrafo único, do artigo 66, do Código de Processo Civil[1].

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. VALOR DA CAUSA. OBSERVÂNCIA DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO A NORMATIVO FEDERAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. NECESSÁRIA REMESSA DO FEITO AO JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO DE INVIABILIDADE DO SISTEMA DE AUTOMAÇÃO. PRECEDENTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA INTERNA. SÚMULA 13/STJ.
>
> 1. **A pronúncia da incompetência absoluta enseja a remessa dos autos ao juízo competente e não a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 64, § 3.º, do CPC/2015, considerada ainda a ausência dessa hipótese no rol do art. 485 do mesmo diploma legal.**
>
> 2. "O argumento de impossibilidade técnica do Judiciário em remeter os autos para o juízo competente, ante as dificuldades inerentes ao processamento eletrônico, não pode ser utilizado para prejudicar o jurisdicionado, sob pena de configurar-se indevido obstáculo ao acesso

Acesso ao Sumário

1 Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.

à tutela jurisdicional" (REsp 1.526.914/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016).

3. Não se conhece do recurso especial que se fundamenta na existência de divergência jurisprudencial, mas se limita, para a demonstração da similitude fático-jurídica, à mera transcrição de ementas e de trechos de votos. Hipótese, por extensão, da Súmula 284/STF.

4. A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial. Inteligência da Súmula 13/STJ.

5. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido.

(REsp 1776858/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 22/03/2019)

Portanto, considerando que cabe ao Órgão Especial decidir pela fixação da competência, resta prejudicada a decisão que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

Passa-se, pois à análise do conflito, declarando-se, com a devida vênia, a competência da Colenda 11ª Câmara de Direito Público.

Trata o caso em análise de Ação Condenatória à obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, em face da Fazenda Pública Estadual, ajuizada na Vara da Fazenda Pública de Araçatuba, pleiteando fornecimento de medicamento ao ora suscitante, tendo atribuído à causa o valor de R$ 14.800,00 (fls. 13). O processo tramitou regularmente, até ser proferida sentença pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Fazenda Pública Estadual ao fornecimento do medicamento apontado nos moldes prescritos e pelo tempo que se fizer necessário para o tratamento (fls. 135/148).

Dessa decisão, foi interposto recurso de apelação pela Fazenda Pública (fls. 152/165), que foi remetido a este C. Tribunal de Justiça.

Inicialmente, o recurso foi distribuído à C. 11ª Câmara de Direito Público que, por decisão monocrática (fls. 180/185), não conheceu do apelo e determinou sua remessa a uma das Turmas do Colégio Recursal de Araçatuba que, por sua vez, ao receber os autos julgou extinto o processo sem resolução do mérito (fls. 205/207).

Com efeito, a Lei 12.153/2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios preceitua que:

Art. 2º ***É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos***

Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no caput deste artigo.

§ 3º (VETADO)

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

Verifica-se, assim, que é fixada por esta lei a competência absoluta do Juizado da Fazenda Pública para julgamento das causas cíveis de interesse do Estado até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, contudo, em se tratando de pretensão sobre obrigações vincendas, para fins de atribuição da referida competência, deve-se considerar a soma de 12 parcelas, nos termos do § 2º, do artigo 2º, da Lei 12.153/2009.

No caso em análise, em que pese tenha sido atribuído o valor da causa em R$ 14.800,00 (quatorze mil e oitocentos reais), consta da própria inicial que esse valor é referente a cada ampola do medicamento "Ustelara (usteqyubynabe) 90mg", de uso contínuo, tendo sido o pedido de condenação *"a fornecer à autora o medicamento descrito no item '2' deste pedido, enquanto durar o tratamento, confirmando a tutela antecipada concedida"* (fls. 13). Consta, ainda, do documento referido na inicial que o tempo de tratamento inicial é de 12 meses (fls. 19), com a posologia de "dose 0, aplicar 2 ampolas no dia 0; na 4ª semana e depois a cada 12 semanas" (fls. 20).

Acesso ao Sumário

Desse modo, pode-se aferir que o valor dado à causa foi erroneamente fixado, já que na própria inicial apresentada constam elementos que permitem verificar que o valor é superior ao limite do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Ademais, a análise do valor da causa é requisito de fixação de competência

absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, conforme já ressaltado, e, de acordo com o § 3º[2], do artigo 292, do Código de Processo Civil, é devida sua correção de ofício pelo Magistrado, não sendo fixada meramente para fins fiscais, ou de recolhimento de custas, tratando-se, pois, de questão de admissibilidade para o referido procedimento, de modo que sua análise pelo Magistrado não está sujeita à preclusão.

Nesse sentido, manifesta-se a doutrina:

> *"(...) não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (acolhimento da alegação de prescrição em relação a um dos pedidos, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibilidade, se permite a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já se tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo[3]".*

Ressalte-se, outrossim, que a incompetência absoluta pode ser alegada e decidida em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do § 1º, do artigo 64, do Código de Processo Civil.

Além disso, verifica-se que o processo tramitou regularmente na Vara da Fazenda Pública e, de acordo com o artigo 39 do Provimento Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014, o Colégio Recursal somente tem competência para julgamento dos recursos oriundos de decisões proferidas pelo Juizado da Fazenda Pública, como se vê:

> *Art. 39. O* ***Colégio Recursal*** *é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e* ***tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais.*** *(Artigo renumerado pelo Provimento nº 2258/2015)*

Assim, como o processo possui valor superior a 60 salários mínimos e tramitou regularmente pela Vara da Fazenda Pública, é caso de julgamento do recurso interposto pela Fazenda Pública pela Colenda 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal.

Por fim, cabendo a este Relator a análise das medidas urgentes, nos termos do artigo 201[4], do Regimento Interno deste Tribunal, convalida-se a

2 § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

3 Fredie Didier Jr. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 789.

4 Art. 201. Suscitado o conflito de competência, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de noventa dias, cabendo ao relator decidir sobre as medidas urgentes, ou designar, dentre os integrantes dos órgãos em conflito, quem o fará.

Acesso ao Sumário

liminar, mantendo-se a obrigação da Fazenda Pública de fornecer a medicação ao ora suscitante até ulterior decisão do juízo competente.

Ante o exposto, convalidada a liminar, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito de competência, declarando a competência da Colenda 11ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0024118-79.2019.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA, é suscitada 9ª 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 COLENDA TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.937)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, 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 e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação tirada de ação de obrigação de fazer tramitada em vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, remetida para distribuição na Seção de Direito Público deste E. Tribunal, recaindo na sua 9ª Câmara, que declinou da competência para a Turma da Fazenda do Colégio Recursal daquela Comarca, em razão da competência absoluta da matéria para

o respectivo juizado fazendário – Turma recursal que também não reconhece sua competência pelo fato do feito ter sido sentenciado em vara ordinária, pelo mesmo juiz que acumula o juizado fazendário – Aplicação dos preceitos dos artigos 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009 e 8º, inciso I, do Provimento CSM nº 2.203/2014 que disciplinam a acumulações de funções de magistrado no JEFAZ – Possibilidade de remessa do recurso tirado da sentença ordinária direto para o respectivo Colégio Recursal – Inteligência do artigo 39 do citado Provimento CSM nº 2.203/2014 – Precedentes neste Órgão Especial – Conflito acolhido, fixada a competência da Turma Recursal suscitante.*

VOTO

1 – Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba em face da Colenda 9ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal, incidentalmente aos autos do Recurso Inominado nº 1025775-11.2017.8.26.0032, tirado em ação ordinária de obrigação de fazer do Estado de São Paulo para o fornecimento de medicamento de alto custo para tratamento de câncer (fls. 153/155).

Referida ação foi sentenciada (fls. 60/74) e com apelo interposto pela parte vencida, subindo os autos à Seção de Direito Público, que declinou da competência por entender pela competência absoluta, no caso, do respectivo Juizado Especial da Fazenda Pública, determinando a remessa do recurso para ser julgado na Turma Recursal (fls. 156/164).

Alega o relator suscitante que, em verdade, naquela Comarca, o magistrado sentenciante responde cumulativamente pela Vara da Fazenda Pública e o Juizado Especial da Fazenda Pública, sob filas de fluxos separadas no Sistema de Automação da Justiça, sendo do advogado a escolha de peticionamento inicial para o juizado ou a vara ordinária. Diz que apesar da competência do juizado ser de natureza absoluta, como o feito já foi sentenciado, se a Câmara suscitada entendeu por essa circunstância deveria ter anulado a sentença e não determinado que a Turma Recursal o julgasse, de modo a não confundir competência originária com regra de distribuição recursal. Apontou, ainda, que o valor da causa foi erroneamente atribuído pela parte autora, de modo que o valor real (R$ 137.030,64) foge do limite de alçada do Juizado da Fazenda.

Dispensada a manifestação das partes e do Ministério Público na forma do artigo 202 do RITJ.

É o breve, e necessário, relatório.

Acesso ao Sumário

2 – DA COMPETÊNCIA

O objeto do presente conflito negativo de competência é absolutamente idêntico a outros que foram submetidos a este Colendo Órgão Especial, sendo o último julgado aos 29 de maio de 2019, com voto condutor do Des. Renato Sartorelli, que obteve a adesão do presente subscritor, resultando em posição unânime do plenário, com a ementa e o excerto que interessa a seguir reproduzidos:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A C. 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL E A TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA – COMPETÊNCIA RESIDUAL DO C. ÓRGÃO ESPECIAL PARA CONHECER DO CONFLITO – ARTIGO 13, INCISO II, ALÍNEA 'E', DO REGIMENTO INTERNO – CONFLITO CONHECIDO".

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR SERVIDOR PÚBLICO EM DESFAVOR DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA – VALOR DA CAUSA QUE NÃO ULTRAPASSA O TETO DE SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO COLÉGIO RECURSAL RECONHECIDA DE OFÍCIO, PELO RELATOR DA C. CÂMARA SUSCITADA – ARTIGO 2º, § 4º, DA LEI Nº 12.153/2009 – FEITO QUE TRAMITOU PERANTE VARA DA FAZENDA PÚBLICA COM ATRIBUIÇÃO PARA O PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 8º, INCISO I, DO PROVIMENTO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA Nº 2.203/2014 – MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUE ATUOU ACUMULANDO FUNÇÕES DO JEFAZ – POSSIBILIDADE DE REMESSA DA APELAÇÃO DIRETAMENTE AO COLÉGIO RECURSAL, QUE TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO RECURSO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 39 DO PROVIMENTO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA Nº 2.203/2014 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA C. TURMA SUSCITANTE".

[...]

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública são disciplinados pela Lei nº 12.153/2009, incumbindo-lhes processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, sendo absoluta a competência no foro onde estiver instalado (artigo 2º, caput e § 4º), prevendo a norma de regência o prazo de até 02 (dois) anos, contados de sua vigência, para a instalação daqueles órgãos especializados, com possibilidade de aproveitamento total ou parcial das estruturas das atuais Varas da Fazenda Pública (artigo 22 da Lei nº 12.153/2009).

Por outro lado, considerando que a fixação da competência de cada órgão jurisdicional integrante de sua estrutura é atribuição

Acesso ao Sumário

exclusiva do Tribunal correspondente, coube ao Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014 consolidar as normas internas relativas ao Sistema dos Juizados, dispondo em seu artigo 8º, verbis:

'Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento'.

No caso da Comarca de Araçatuba, a Vara da Fazenda Pública foi criada pelo artigo 7º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 980/2005, acumulando as funções do JEFAZ por força do disposto no artigo 8º, inciso I, do Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014, o que autoriza a ilação de que o magistrado sentenciante também integra o Sistema dos Juizados Especiais.

Logo, estando o juiz de primeiro grau acumulando as funções do Juizado Especial da Fazenda Pública, a C. Turma suscitante detém competência recursal para julgamento do recurso, consoante se infere da leitura do artigo 39 do Provimento do Conselho Superior da Magistratura CSM nº 2.203/2014, verbis:

"Art. 39. O Colégio Recursal é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais" (Artigo renumerado pelo Provimento nº 2.258/2015).

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda Turma da Fazenda do Colégio Recursal da Comarca de Araçatuba para a qual deverão ser remetidos os autos." (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0018596-71.2019.8.26.0000)

No caso em testilha, como este subscritor está plenamente convencido dos argumentos despendidos pelo Des. Renato Sartorelli no Conflito de Competência nº 0018596-71.2019.8.26.0000, reproduzido em parte linhas atrás, e cuja solução foi acolhida de forma unânime recentemente pelo colegiado deste Órgão Especial, é o caso de, desde logo, dirimir o presente conflito pelo seu mérito.

E não há nenhuma razão, diante dos reiterados casos envolvendo o Juizado da Fazenda da Comarca de Araçatuba, para decisões conflitantes pela sorte (ou

Acesso ao Sumário

azar) na distribuição perante este Colegiado, em detrimento da estabilidade jurisprudencial que deve orientar casos análogos, razão pela qual o preceito do artigo 204 do RITJ é raramente invocado.

3 – À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e o julgo procedente para declarar competente a Colenda Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba, suscitante, para julgamento do recurso inominado, determinando-se a imediata remessa dos autos para aquele colegiado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0026480-54.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 32ª CÂMARA DO 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 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4923/19)**

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, VICO MAÑAS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência. São Paulo – Foro Regional de Vila Prudente. Ação de indenização de dano material e moral. Sentença de improcedência. Apelação distribuída à 32ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça. Relator

Acesso ao Sumário

sorteado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, dele não conheceu. Autos redistribuídos à 13ª Câmara de Direito Público, que também não conheceu do reexame e suscitou conflito negativo de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem questões atinentes a responsabilidade civil do Estado, relacionada à conservação e fiscalização de praças de pedágio em estradas de rodagem. Tema afeito à oferta de serviço público considerado essencial, verificando-se o controle jurisdicional da atividade administrativa. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I.7, 'b', da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Precedentes. Conflito procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Público.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça que, em julgamento unânime, por acórdão de relatoria do I. Desembargador Ferraz de Arruda, declinou da competência para conhecer e julgar a Apelação Cível n. 1012453-61.2015.8.26.0009, oriunda da 4ª Vara Cível da Comarca de São Paulo – Foro Regional IX – Vila Prudente. A Câmara suscitante entendeu que a questão versa sobre direito consumerista e responsabilidade civil, esta fundada na prestação de serviço defeituoso ao consumidor/cliente do serviço "Sem Parar", e na relação de usuário de rodovia administrada por concessionária, também abrangida pelo CDC, circunstância que atrai a competência da Seção de Direito Privado deste Tribunal (p. 312/318). De outro lado, a suscitada 32ª Câmara de Direito Privado, em acórdão unânime, cuja relatoria coube ao I. Des. Ruy Coppola, entendeu que "[...] *embora a inicial descreva um dano causado por acidente de trânsito, matéria de competência da Seção de Direito Privado, a motivação da causa petendi é a responsabilidade civil do Estado, decorrente de ilícito extracontratual de concessionária de serviço público, atraindo a competência da Colenda Câmara de Direito Público desse Eg. Tribunal de Justiça.* [...]" (p. 297/306).

É o relatório.

O presente conflito de competência refere-se à Apelação Cível n. 1012453-61.2015.8.26.0009, interposta pelo autor Leandro Ferrari Frezzati em

Acesso ao Sumário

face da sentença de p. 266/270, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São Paulo – Foro Regional IX – Vila Prudente nos autos da ação de indenização de mesmo número.

O requerente ajuizou esta demanda em face da Concessionária das Rodovias Ayrton Senna e Carvalho Pinto S/A – Ecopistas e do Centro de Gestão de Meios de Pagamento – CGMP, narrando que trafegava pela Rodovia Carvalho Pinto e, ao passar pela cabine designada "Sem Parar" em uma das praças de pedágio, a cancela desceu de forma repentina e atingiu o capô e o para-brisa do seu veículo, embora a sinalização estivesse verde. Requereu a condenação das rés pelo dano material no valor de R$ 3.500,00 e moral de R$ 5.000,00 (p. 01/13).

Julgado improcedente o pedido, apelou o autor alegando que não juntou a nota fiscal do serviço prestado por motivo de força maior, embora tenha exibido o orçamento do reparo necessário em seu veículo; afirmou que a responsabilidade das rés é objetiva e que é aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor; disse ser cabível indenização por dano moral em vista do descaso com que foi tratado pelas rés, além da própria situação em si. Pugnou pela inversão do julgado, com a procedência da ação, e prequestionou a matéria ventilada (p. 272/283).

Apenas o Centro de Gestão de Meios de Pagamento Ltda. – CGMP apresentou contrarrazões (p. 287/294).

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, tal como ocorre neste caso.

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.).

Acesso ao Sumário

Vale dizer, não é a qualidade da parte que desloca a competência para esta ou aquela Seção de Direito, mas sim a natureza da controvérsia trazida para a Corte.

Conquanto este tema em particular ainda suscite debates acerca da competência jurisdicional, é seguro afirmar que este Órgão Especial assentou o entendimento no sentido de que devem ser apreciadas pela Seção de Direito Privado as ações que versem sobre acidentes de veículo, quando entendidos estes como a colisão entre automotores no trânsito.

De outro lado, quando o dano resultar de evento atribuído à falta do serviço público, a questão deverá ser dirimida pela Seção de Direito Público,

com fundamento no art. 3º, I.7, da Resolução n. 623/2013, com a redação alterada pela Resolução n. 736/2016 deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

[...]

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

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;".

Referido item III.15, do artigo 5º, acima mencionado, dispõe que compete à Seção de Direito Privado, mais especificamente à Terceira Subseção (composta pelas 25ª a 36ª Câmaras) conhecer e julgar *"Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro."*.

Em outras palavras, o pedido e a causa de pedir em apreço envolvem o controle da omissão da Administração quanto à fiscalização de serviço público considerado essencial, isto é, afeta à responsabilidade civil do Estado (por meio de sua concessionária) na prestação do serviço público, de sorte que exsurge a competência das 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público deste Tribunal, conforme artigo 3º, inciso I, item I.7, 'b', da Resolução n. 623/2013 desta Corte.

A ação tem por base, portanto, a responsabilidade civil do Estado, circunstância que conduz ao reconhecimento da competência da 13ª Câmara de Direito Público para julgamento da sobredita apelação.

Releva notar que ações semelhantes têm sido conhecidas e julgadas por várias das Câmaras da Seção de Direito Público, como as seguintes:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Pretensão de obter indenização decorrente de fechamento de cancela em pedágio. Sentença de improcedência. Legitimidade passiva da DERSA, que terceirizou os serviços de operação e arrecadação de tarifas no pedágio. Ato ilícito, nexo causal e danos materiais provados. Reparação integral dos danos materiais ocorrida com o depósito de valores na conta da autora. Inexistência de danos morais. Na denunciação da lide, sendo improcedente a demanda principal, fica prejudicado o julgamento

Acesso ao Sumário

da lide secundária. Não condenação do denunciante no pagamento de verbas de sucumbência ao litisdenunciado, pois o litisdenunciado não recorreu da sentença. Improcedência mantida. Recurso não provido." (10ª Câmara de Direito Público – Apelação n. 0000698-65.2013.8.26.0223, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 04.09.2017).

"Responsabilidade Civil. Indenização pretendida em decorrência de mencionada falha do serviço referente ao sistema 'Sem Parar' de pedágio, provocando colisão do veículo do autor com a cancela que não abriu. Falha que, no entanto, não restou demonstrada. Constatação de que o autor se encontrava inadimplente com os pagamentos pelo serviço, o que, conforme explicado pela ré Vianorte S.A., provoca a desativação do equipamento. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido." (4ª Câmara de Direito Público – Apelação n. 0011433-15.2007.8.26.0597, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 13.04.2015).

"INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. Danos decorrentes de defeito no acionamento da cancela do sistema 'Sem Parar'. Prejuízos comprovados pelos orçamentos acostados. Responsabilidade solidária da administradora da rodovia. Art. 25, § 1º, do CDC. Ação procedente. Recurso provido." (10ª Câmara de Direito Público – Apelação n. 0003528-49.2008.8.26.0394, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 15.12.2014).

Assim, também, a Apel. n. 802.792-5/9-00, DJ 23.09.08, rel. Des. Edson Ferreira da Silva.

No mesmo sentido, em que se reconhece a competência da Seção de Direito Público para julgamento de ações de tal natureza, os seguintes julgados deste Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ACIDENTE DE VEÍCULO EM ESTRADA MUNICIPAL ATRIBUÍDO NA INICIAL A UMA ÁRVORE CAÍDA NA PISTA DE ROLAMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA EM FACE DA MUNICIPALIDADE – EVENTO ATRIBUÍDO À FALTA DO SERVIÇO PÚBLICO DE CONSERVAÇÃO DA RODOVIA – COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO RECONHECIDA – EXEGESE DO ARTIGO 3º, I.7, DA RESOLUÇÃO 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITANTE." (CC n. 0010292-83.2019.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 22.05.2019).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RAZÃO DE BURACO NÃO SINALIZADO EM RODOVIA. NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM MANTER EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO AS VIAS E LEITOS

Acesso ao Sumário

CARROÇÁVEIS, DECORRENDO DAÍ A PRETENSA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I, ITEM 'I.7', DA RESOLUÇÃO N° 623/2013 DO TJSP. PRECEDENTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DA CORTE." (CC n. 0005200-27.2019.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 13.03.2019).

"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." (CC n. 0026873-13.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 03.10.2018).

Em igual sentido julgaram-se o CC n. 0193434-37.2012.8.26.0000 (27.02.13, rel. Des. Alves Bevilacqua) e o CC n. 0029271-06.2013.8.26.0000 (08.05.13, rel. Des. Castilho Barbosa), etc.

Por essas razões, a meu ver, a competência para conhecer e julgar a presente apelação é mesmo da Seção de Direito Público deste Tribunal, por meio da sua 13ª Câmara, diante do que dispõe o art. 3º, item I.7, 'b', da Resolução n. 623/2013 deste C. Órgão Especial.

Ante o exposto, por meu voto julga-se procedente este conflito e declara-se competente para conhecer e julgar a Apelação n. 1012453-61.2015.8.26.0009 a 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência Cível nº 0023570-54.2019.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante 12ª CAMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 32ª 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 PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.092)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS. AÇÃO PROPOSTA POR SEGURADORA DE VEÍCULO EM FACE DA CONCESSIONÁRIA CCR VIA OESTE, TENDO EM VISTA PAGAMENTO EFETUADO A SEGURADO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE VEÍCULO CAUSADO POR RESSOLAGEM NA PISTA. APONTADA NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA EM MANTER EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO AS VIAS E LEITOS CARROÇÁVEIS, DECORRENDO DAÍ A PRETENSA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO APLICAÇÃO DO ART. 3º, I, ITEM "I.7", DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO Nº 648/2014. PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A C. 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DA CORTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público em relação à 32ª Câmara de Direito Privado, ambas deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tirado de recurso de apelação em ação de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo, ocorrido em razão da presença de ressolagem na pista.

Afirma a d. Câmara suscitante que o recurso fora distribuído originariamente à C. 32ª Câmara de Direito Privado que entendeu pela incompetência, determinando a remessa dos autos, então distribuídos à suscitante; acrescenta que o autor efetuou pagamento de quantia a Felipe Fernandes Camargo em decorrência de contrato de seguro, acionado em razão de acidente de trânsito sofrido no dia 14/12/2015 na Rodovia Raposo Tavares, após o segurado se chocar com objeto na pista (ressolagem); diz que a Resolução 623/2013 atribuiu a competência das Seções 25ª à 36ª de Direito Privado, para julgamento das ações que versam sobre acidente de veículos, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado e, por tal razão, suscita-se o presente conflito.

Em manifestação, a d. Procuradoria Geral de Justiça declinou da oferta de parecer (fls. 405/407).

É o relatório.

Julga-se procedente o conflito, reconhecida a competência da C. 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o recurso.

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. <u>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</u>..."**[1]

Neste passo, a Resolução nº 623/2013 dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e a competência de suas Seções, estabelecendo em seu artigo 3º, ***verbis***:

Art. 3º. *A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º*

1 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013

Acesso ao Sumário

Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, 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;

Alterado pela Resolução nº 736/2016"

A ressalva de que trata o item I.7, "b", do artigo 3º, acima referido, é em relação à competência para a Seção de Direito Privado para julgar: *"art. 5º, III.15. III.15 –* ***Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro;...".***

Ocorre que não se trata, aqui, de dano causado em "acidente de veículo" que pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito, não se podendo, a meu ver, alargar o significado da expressão para a fixação da competência; cuida-se, ao revés, de recurso de apelação tirado de ação de reparação de danos que a Itaú Seguros de Auto e Residência S/A promove contra a CCR Via Oeste, que tramitou perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Barueri, em razão de pagamento a segurado, por acidente de veículos ocorrido pela presença de uma ressolagem de caminhão sobre pista, ocasionando o choque do veículo contra a mureta central.

Neste sentido, aliás, confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reparação de danos – Ato ilícito cuja responsabilidade é atribuída a concessionária de serviço público (SABESP) – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item 'I.7', da Resolução n° 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 9ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente. (0064124-70.2015.8.26.0000, Rel. ADEMIR BENEDITO, j. em 27/01/2016)".

Acesso ao Sumário

Do referido julgado colhe-se que:

"A lide principal está jungida, portanto, à reparação por danos sofridos em ilícito extracontratual, ***consubstanciado em acidente ocasionado***

***por buraco deixado aberto na via pública, em razão de obra de responsabilidade da SABESP**, o que evidencia falha na prestação de serviço realizado por concessionária de serviço público, e que demanda a competência das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público deste E. Sodalício.*

Isso porque a matéria debatida nos autos efetivamente se insere dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas 'ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução', e que são da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014.

Em casos análogos, o Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça assim já decidiu: 'COMPETÊNCIA. DÚVIDA. Responsabilidade civil extracontratual, decorrente de ato ilícito supostamente praticado por concessionária de serviço público. Morte de transeunte por eletrocussão, supostamente decorrente de inadequada manutenção nos fios de alta tensão pela concessionária-ré. Competência da d. Câmara suscitante, 2ª Câmara de Direito Público desta Corte, diante da nova redação dada ao inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução 623/2013, pela Resolução 648/2014. Precedentes da Corte. Dúvida procedente, com fixação da competência da 2ª Câmara de Direito Publico, para processar e julgar o apelo' (TJSP, Conflito de Competência nº 0041874-43.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 26/08/2015).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reparação de danos causados em razão do rompimento de um ramal externo (duto) pertencente à SABESP. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Competência recursal definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público para : 'I.7 Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução'. Conflito procedente. Competência da 12ª Câmara de Direito Público" (TJSP, Conflito de Competência nº 0039872-37.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 03/12/2014).

Como, ademais, bem salientado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer:

"3. Nestes autos, o pedido inicial visa a condenação da ré-apelante SABESP que é uma empresa da administração indireta do Estado,

Acesso ao Sumário

porém, prestadora de serviços públicos, relacionados ao saneamento básico, aos danos (materiais e morais) ***que resultaram ao Autor-apelado, decorrentes da inadequada e imprópria manutenção da via pública, quando da reparação da rede de água e esgoto, deixando um buraco no local do fato, motivo das lesões corporais sofridas pela vítima.***

4. Trata-se, ao que se depreende, desde logo e ao menos em tese, de responsabilidade civil extracontratual, mas, diretamente relacionada ao objeto da Empresa-ré, ou seja, à prestação de serviço público, originada, contudo, da prática de ato ilícito pela Ré-apelante.

Os danos causados não decorrem da relação jurídica contratual entre o Autor e a Ré, mas, tem como motivo gerador a prática de ato ilícito relacionado à prestação do serviço público a esta cabível.

Entre as partes envolvidas, nestes autos, inexiste qualquer vinculação pactuada, ao menos os prejuízos não têm como fato gerador anterior contrato, nem mesmo os efeitos jurídicos dele.

5. Inolvidável, outrossim, que o Autor-apelado, a vítima, transitava pelo local do fato pedalando sua bicicleta, quando dela caiu, por ter adentrado em um buraco deixado no leito carroçável daquela via, motivo de suas lesões corporais.

Conquanto a Vítima transitasse em uma bicicleta, esse veículo não fora o motivo do infortúnio, mas, sim, o dito buraco na via pública; destarte, aquele transporte não tipifica, neste caso, um acidente de trânsito."[2]

Diante do exposto, julga-se procedente o presente conflito, declarando-se a competência da d. Câmara suscitante, 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0024133-48.2019.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA, é suscitada 9ª 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 TURMA DA FAZENDA DO COLÉGIO RECURSAL DE ARAÇATUBA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

2 ***NMS***: Conflito de Competência nº 0026873-13.2018.8.26.0000, Rel. Ricardo Anafe, j; em 03.10.2018

acórdão. **(Voto nº 39.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, FRANÇA CARVALHO, CAMPOS PETRONI, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação declaratória c.c. obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência – Fornecimento de medicamento de alto custo – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública que é plena, após o decurso do prazo previsto no art. 23 da Lei nº 12.153/2009 – Inteligência do Provimento CSM nº 2.203/2004. Competência recursal da denominada Turma Recursal Cível ou Mista – Art.98, I, da CF c.c. Lei Federal nº 12.153/09 – Reconhecimento da competência da Câmara suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba, em face da decisão proferida pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declinou da competência para julgamento da Apelação Cível nº 10000010-37.2018.8.26.0000, interposto contra decisão que, julgou procedente ação declaratória c.c. obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência, para fornecer à autora, que é portadora da moléstia classificada no CID10 sob número C43, com estágio clínico atual IV, metastática para Linfonodos Cervicais, Ossos e Pulmões, BRAF não mutado, sem tratamento prévio (câncer maligno agressivo). Em razão desta doença é necessário o uso do medicamento NIVOLIMABE, havendo urgência no uso deste para que não sejam agravados os quadros da doença, sendo ele de uso contínuo, até progressão da doença ou toxidades limitantes e não deve ser substituído, pois conforme consta no relatório do médico que lhe assiste, já foram utilizados outros medicamentos os quais foram

Acesso ao Sumário

ineficazes, sob o fundamento de que o valor da causa igual ou inferior a 60 salários mínimos.

É o relatório.

O pedido formulado na petição inicial visa ao fornecimento, pela ré a autora, de medicamento para tratamento de câncer.

Resta claro, o que o valor do medicamento pleiteado, como consta dos autos, é de aproximadamente R$ 47.760,00 mensais, o que o coloca na classe de alto custo, mas abaixo do valor de 60 (sessenta) salários-mínimos, estipulados pelo art. 2º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

O referido artigo assim dispõe:

Art. 2º – É da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar as causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos.

E de acordo com Provimento nº 2.203/2014, foram mantidas as designações para processamento das ações de competência do JEFAZ, onde não instalado, nos seguintes termos:

Art. 8º. Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.

Assim, como se observa dos autos, o feito foi conhecido e julgado pela Vara do Juízo da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba que cumulou a função de Juizado Especial da Fazenda Pública (Provimento CSM nº 2.203/2004), sendo a competência para apreciação de recursos afetos aos processos que tramitam pelo rito da Lei nº 12.153/2009 (JEFAZ) do Colégio Recursal (art. 98, inciso I da CF/88).

Isto posto, julga-se procedente a dúvida, proclamando-se a competência da Turma da Fazenda do Colégio Recursal de Araçatuba.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0024630-62.2019.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos,

em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª 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 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.134)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, FRANÇA CARVALHO, CAMPOS PETRONI, PINHEIRO FRANCO, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer, com pleito liminar, proposta pelo Município de São José dos Campos em face do Estado de São Paulo. Não disponibilização de vaga, na rede estadual de atenção à saúde, para a realização de procedimento cirúrgico de alta complexidade em benefício de munícipe (recém-nascida). Discussão a propósito da corresponsabilidade dos entes federativos no tocante ao custeio e à prestação de serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Demanda que não se restringe à questão afeta à Infância e Juventude.

Conflito conhecido, reconhecida a competência da DD. 13ª Câmara de Direito Público, suscitada.

VOTO

Vistos, etc...

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. Câmara Especial deste Augusto Sodalício diante de v. Acórdão prolatado pela E. 13ª Câmara de Direito Público, também deste Tribunal bandeirante, que declinou da competência – para a Câmara Especial – para conhecimento e julgamento da Apelação nº (...), interposta pelo Estado de São Paulo – requerido – em face da r. sentença de fls. 363/5, proferida nos autos do processo de mesmo número.

Na espécie, o Município de São José dos Campos propôs ação de obrigação de fazer, com pleito liminar, em face do Estado de São Paulo.

Narrou o autor que a munícipe e recém-nascida C.L.M.O. padecia de cardiopatia congênita gravíssima (sobrecarga ventricular esquerda) e, por tal motivo, estava internada na Unidade de Tratamento Intensivo Neonatal do Hospital Municipal de São José dos Campos. Em razão da moléstia que a acometia, a criança necessitava, com urgência, ser submetida a cirurgia cardíaca pediátrica de alta complexidade; dito procedimento cirúrgico era disponibilizado tão-somente pela rede estadual de atenção à saúde. Ante a demora do órgão estadual – *Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde* – em providenciar o atendimento cirúrgico à infante n'um dos serviços estaduais habilitados, buscava o requerente a imediata disponibilização pelo Estado de São Paulo de vaga, em quaisquer de seus serviços habilitados, para a realização da delicada cirurgia cardíaca pediátrica em favor de C.L. (fls. 01/06).

O feito foi inicialmente distribuído ao I. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos. Declinada a competência (fls. 23/4), os autos foram redistribuídos ao E. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da mesma Comarca, o qual deferiu a tutela provisória de urgência alvitrada. Determinou-se ao Estado de São Paulo a pronta transferência da criança para um dos hospitais de referência a fim de que fosse efetivada a cirurgia cardíaca pediátrica, sob pena de multa diária, fixada inicialmente em R$ 2.500,00, sem prejuízo de bloqueio de conta corrente do ente público (fls. 29/32).

Posteriormente, o E. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude recusou a competência, remetendo o processo a uma das I. Varas da Fazenda Pública (fls. 155).

Restituído o feito ao I. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos, esta unidade suscitou conflito negativo de competência (fls. 166/8).

A C. Câmara Especial deste Augusto Sodalício, ao equacionar o Conflito de Competência (de nº (...)), declarou competente para apreciar a causa o E. Juízo suscitante (v. acórdão a fls. 472/8).

Na sequência, o I. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, ante a perda superveniente de objeto, julgou extinto o feito sem resolução do mérito,

Acesso ao Sumário

nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil. O réu restou condenado ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, sendo os últimos fixados em R$ 937,00 (fls. 363/5).

Manejada então Apelação pelo requerido (fls. 367/71), a C. 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que *"a matéria debatida nos autos é relativa à proteção do direito à saúde da criança (CF, art.196 e ECA, art. 7º e 11, § 2º)"*, não conheceu do recurso, determinando a remessa à I. Câmara Especial (fls. 391/4).

Redistribuído o feito para a DD. Câmara Especial, o inconformismo da parte igualmente não foi conhecido. A douta Turma julgadora suscitou conflito negativo de competência, assinalando que *"não se pode ignorar que as partes em litígio são pessoas jurídicas de direito público, figurando a criança apenas como terceira beneficiária, cuja matéria invocada, direito à saúde, nos termos da Lei nº 8.080/90, é colocada para discussão entre os entes federativos quanto à obrigatoriedade em se realizar procedimentos complexos, em nenhum momento tendo sido invocado a Lei nº 8.069/90 (ECA) ... A competência, portanto, é das Colendas 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, a quem cabe julgar demandas que, conforme o artigo 3º, inciso I, item I.2, da Resolução 623/2013 desta Egrégia Corte Estadual, versem sobre 'Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos' "* (fls. 487/91).

Remetidos os autos a esta esfera, manifestou-se d. Procuradoria-Geral de Justiça pelo acolhimento do conflito (fls. 497/501).

É o relatório.

2. Ponha-se em destaque, por primeiro, o teor dos artigos 103 e 104 do Regimento Interno deste Augusto Sodalício:

"**Art. 103.** A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.

Art. 104. A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

Na espécie, ao que se depreende da peça inaugural da ação originária, o Município de São José dos Campos, em razão de não dispor de serviço de saúde municipal habilitado, buscava compelir o Estado de São Paulo a realizar procedimento cirúrgico de alta complexidade em benefício de munícipe (recém-nascida) que padecia de cardiopatia congênita gravíssima e estava internada em *Unidade de Tratamento Intensivo Neonatal* de nosocômio local.

De acordo com os artigos 148, inciso IV, 208, inciso VII, e 209, todos da Lei nº 8.069/90, compete ao Juízo da Infância e da Juventude o conhecimento de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, abrangendo litígios versando ofensa ao direito infanto-juvenil à saúde.

Acesso ao Sumário

A controvérsia suscitada no feito primevo permeia a tutela do direito fundamental da criança à saúde, é verdade, porém a ela não se restringe. De fato, **em seu cerne, a pretensão** da Municipalidade de São José dos Campos, objetivando obrigar o Estado de São Paulo a providenciar procedimento cirúrgico de alta complexidade em prol de munícipe, repise-se, **está atrelada à corresponsabilidade estatal em custear e prestar serviços de saúde no âmbito do *Sistema Único de Saúde*.**

Tratam então os autos de questão de ordem administrativa afeta ao Direito Público.

De conseguinte, é de se concluir que a demanda não versa "matéria de Infância e Juventude" (artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça), restando afastada a competência recursal da C. Câmara Especial.

Estando as "ações relativas a controle e cumprimento dos atos administrativos" (artigo 3º, inciso I.2, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal Pleno) inseridas dentre as matérias afetas a julgamento pela Seção de Direito Público, de rigor, portanto, a remessa do feito à E. 13ª Câmara de Direito Público, à qual competirá o conhecimento e equacionamento da Apelação manejada.

Confira-se, aliás, o entendimento da própria e DD. Câmara Especial ao ensejo da análise do retrocitado Conflito de Competência nº 0024297-18.2016.8.26.0000:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. – Cirurgia – Custeio pelo Poder Público – Demanda de obrigação de fazer fundada no direito à saúde. (...) Competência do M. Juízo suscitante, para apreciar e decidir na espécie.

(...)

A só circunstância de, na ordem substantiva, o efeito de um dado processo beneficiar um menor não atrai a competência da Vara da Infância e Juventude, que apenas se firma na matéria específica do Juízo minoril.

Tratando-se de demanda individual, proposta por ente público contra a Fazenda paulista, para mais relativa a menor em aparente regular amparo familial, falta ao caso o pressuposto para a atração da competência jurisdicional especializada para as questões do Direito da Infância e da Juventude.

De resto, se à Justiça especializada coubesse a remessa de todos os processos que envolvessem interesses de menores, não se saberia como compaginar essa orientação com a ideia-matriz de que o Direito da Infância e da Juventude se especialize para a regulação de situações coletivas e, sobretudo, de risco, sem subtrair de seus segmentos próprios (p.ex. o do Direito de Família, o do Direito de Sucessões, o do Direito de Previdência) inúmeras questões que, *quodammodo*, afetam interesses de menores.

Acesso ao Sumário

Averbe-se que as previsões do art. 208 da Lei n. 8.069/1990 (de 13-7) e de seu art. 209 (que prescreve correlata competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude) concernem a processos coletivos, ainda que referíveis a interesses individuais homogêneos.

Não presente, dessarte, situação a justificar a atuação da Justiça Especializada da Infância e Juventude, deve a causa deslindar-se perante a Vara da Fazenda São José dos Campos" (Rel. o nobre Des. Ricardo Dip, j. em 22.08.2016).

Em caso semelhante à espécie, assim já se pronunciou este E. Órgão Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU TUTELA DE URGÊNCIA – PRETENSÃO DEDUZIDA POR MENOR, DEVIDAMENTE REPRESENTADO, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO, ENVOLVENDO PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR DOMICILIAR ('HOME CARE') – MATÉRIA QUE NÃO ENFRENTA DIREITO DE *CRIANÇA* OU ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO (ART. 148 DA LEI 8069/90), A JUSTIFICAR COMPETÊNCIA DA C. *CÂMARA ESPECIAL*, NOS MOLDES DO ART. 33, IV, DO RITJ/SP – PLEITO QUE ENVOLVE DEBATE SOBRE DIREITO EMINENTEMENTE PREVIDENCIÁRIO – CONTINGÊNCIA DA MENORIDADE IRRELEVANTE 'IN CASU' – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE" (Conflito de Competência nº 0010134-62.2018.8.26.0000, Rel. o honradíssimo Des. Francisco Casconi, j. em 09.05.2018).

3. Ante o exposto, **conheço do conflito e o julgo procedente, indicando como competente a Colenda 13ª Câmara de Direito Público** para processar e julgar o recurso de Apelação interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0023205-97.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª 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 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.687)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, FRANÇA CARVALHO, CAMPOS PETRONI, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 14 de agosto de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Apelação – Demanda de reparação de danos regressiva – Queda de árvore em veículo – Ação que não versa sobre acidente automobilístico, cuidando-se de responsabilidade civil do Município – Apelação distribuída à 9ª Câmara de Direito Público que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 33ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pretensão da demanda que se refere à responsabilidade civil do ente municipal na prestação 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 9ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta pelo Município de São Paulo (fl. 299/306) contra decisão que, em ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada por Alfa Seguradora S.A., objetivando a condenação do Município no pagamento de R$ 7.744,67 (sete mil, setecentos

e quarenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), referente à indenização paga em razão da queda de galho de árvore em veículo de segurado, julgou procedente o pedido (fl. 275/280 e 296).

Os autos foram distribuídos à Colenda 9ª Câmara de Direito Público que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado (fl. 351/363).

Redistribuídos os autos, a Colenda 33ª Câmara de Direito Privado igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 370/372).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, deixou de se manifestar por não vislumbrar interesse ministerial na hipótese dos autos (fl. 380/383).

É o relatório.

2. A Resolução nº 623/2013, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, assim estabelece em seu artigo 3º:

> "Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> **I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:**
>
> **a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;**
>
> **b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;"**

Infere-se da inicial que a Seguradora pretende se ressarcir dos valores despendidos pela indenização securitária prestada em virtude de danos decorrentes da queda de galho de árvore em veículo de segurado. Como se vê, de acidente de trânsito não se trata, porquanto o fundamento invocado pela autora diz respeito à responsabilidade civil do ente municipal consistente na [inadequada] prestação do serviço público e na conservação das árvores plantadas em vias públicas, o que teria causado o acidente. Essa é a causa de pedir da ação.

Acesso ao Sumário

Cumpre observar que a hipótese *sub exame* não pode ser cuidada sob a temática da responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Sexta Carta Republicana), dado que não se trata aqui de apreciação de *facere* danoso (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, *in* RT 552/14), mas sim de um *non facere* de repercussão danosa, caracterizando a hipótese clássica da *faute du service* dos franceses, aqui denominada na doutrina como culpa anônima, ou meramente, por tradução, falta de serviço, que constitui a responsabilidade do Estado por comportamento ilícito, sob o perfil do descumprimento de um dever de agir, no qual a omissão é propositada (dolo) ou gerada por singela incúria, na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia – esse ponto merece um parênteses, na medida em que parte dos especialistas entende que mesmo na omissão, a responsabilidade do Estado, quer por força da exegese da norma inserta no artigo 107 da Constituição Federal anterior, quer em razão do preceito esculpido no artigo 37, § 6º, da atual Carta, a Administração responde por responsabilidade objetiva e não subjetiva, conforme desvendado (Cf. Desembargador Álvaro Lazzarini, *in* Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos de Seus Agentes, *in* RJTJESP 117/8).

A propósito, em recentes decisões proferidas por este Colendo Órgão Especial foi declarado a competência da Seção de Direito Público para processar e julgar recursos de casos semelhantes. Confira-se:

> **"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – BURACO NÃO SINALIZADO EM VIA PÚBLICA – NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL EM MANTER A RODOVIA EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO – TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, I, ITEM 'I.7', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO ÓRGÃO ESPECIAL – PRECEDENTES – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITANTE".** (Conflito de Competência nº 0022350-21.2019.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 26.06.2019).
>
> **"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RAZÃO DE BURACO NÃO SINALIZADO EM RODOVIA. NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM MANTER EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO AS VIAS E LEITOS CARROÇÁVEIS, DECORRENDO DAÍ A PRETENSA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL**

Acesso ao Sumário

EXTRACONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I, ITEM 'I.7', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO TJSP. PRECEDENTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DA CORTE." (Conflito de Competência nº 0005200-27.2019.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 13.3.2019).

Nesse diapasão, conclui-se que embora a inicial descreva um dano causado em veículo em trânsito, a motivação da *causa petendi* é a responsabilidade civil do Poder Público, decorrente de ilícito extracontratual relativo à prestação de serviço público, atraindo a competência da Seção de Direito Público, consoante estabelece a Resolução nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 9ª Câmara de Direito Público, para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 9ª Câmara de Direito Público.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2068063-82.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RENATA PEDROZA SOARES, 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 PASSIVA E DENEGARAM A SEGURANÇA, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31969)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, JOVINO DE SYLOS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI,

Acesso ao Sumário

RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 26 de junho de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

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.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por RENATA PEDROZA SOARES, 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 na base e horário de trabalho atual.

Aduz, em síntese, que: 1) é enfermeira, funcionária pública da Prefeitura Municipal de São Paulo há mais de nove anos e está lotada na BASE SAMU OESTE JARDIM SARAH AM1039 desde junho de 2018, realizando plantão de 24 horas (sexta-feira das 19 horas até as 19 horas da sábado); 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) foi-lhe solicitada manifestação de interesse (ou não) em permanecer na atual base e horário, tendo preenchido o formulário pela permanência; 4) mediante referidas mudanças de regionalização, houve a unificação da base SAMU Oeste Jardim Sarah AM 1039 com a AM 1043 Barra Funda, passando a se chamar SAV CIDADE UNIVERSITÁRIA; 5) foi convocada, por meio de Diário Oficial, para escolha de vagas mas, apesar da base CID UNIVERSITÁRIA manter o funcionamento 24 horas, mudaram a forma de plantões da equipe, prejudicando radicalmente a situação funcional dos servidores, incluindo a da impetrante; 6) realiza atualmente plantões de 24 horas (sexta noturno e sábado diurno) na base CID UNIVERSITÁRIA, porém, foi-lhe oferecido plantão apenas diurno em dias não especificados, como única opção para permanecer na referida base, o que colide com o horário de plantão que realiza em outro emprego público (Hospital Universitário), em que faz escalas diárias, das 07hs às 13hs, de segunda a sexta-feira; 7) 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 posto e horário de trabalho, e, ainda mais, sem qualquer motivação.

Pleiteia, nestes termos, a concessão de medida liminar, com a determinação ao impetrado da sua permanência na mesma base e horário de trabalho e, a final, seja a segurança concedida tornando definitiva a liminar exarada. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Pelo r. despacho de fls. 49/50 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 na base e horário atual de trabalho, nos termos do art. 3º e parágrafo único da Portaria nº 190/2019, demonstrado, assim, fundamento relevante para o pedido. O periculum in mora decorre do fato de a vaga escolhida poder ser preenchida por outro(a) enfermeiro(a) e a impetrante impedida de permanecer na mesma base e horário de trabalho em que presta serviços, a resultar, ao final, na ineficácia da medida. Defiro, portanto, a medida liminar."*.

Acesso ao Sumário

O Sr. Prefeito do Município de São Paulo apresentou informações às fls. 56/68. 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, defendeu a legalidade do ato em voga, eis que o artigo 3º da Portaria SMS nº. 190 de 22 de fevereiro de 2019 assegura a vinculação do servidor ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES das viaturas do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU cadastradas no Ministério da Justiça, o que foi assegurado à impetrante. Acrescentou que o modo de cumprimento da jornada de trabalho (alterado de 24h corridas em dia fixo, para 12h em escala 12x36) insere-se na esfera de discricionariedade da Administração, conforme princípio da supremacia do interesse público.

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 77/86 pela ilegitimidade passiva, com a consequente denegação da segurança, nos moldes do art. 485, I e VI do CPC, c.c. art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009. Constou da ementa do parecer:

> "MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A 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 – ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA – INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. SEGURANÇA DENEGADA.".

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".*

Acesso ao Sumário

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

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.

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 é a responsável pela execução das disposições da Portaria SMS nº 190 de fevereiro de 2019, com a remoção dos servidores do SAMU do Município de São Paulo (fls. 69/73) e responsável por decidir os recursos interpostos, conforme comunicado nº 008/2019 – SMS – G/COGEP.

No mesmo sentido, o parecer do i. Membro do Ministério Público:

"Não detém o senhor Prefeito do Município de São Paulo, apontado pelo impetrante como autoridade coatora, legitimidade passiva *ad causam* neste writ constitucional.

Extrai-se dos autos que ao executar as disposições da Portaria SMS nº. 190 de fevereiro de 2019, a Coordenadoria de Gestão de Pessoas – COGEP da Secretaria Municipal de Saúde, por meio do Comunicado 06/19 deu início ao processo de remoção dos servidores do SAMU do Município de São Paulo (fls. 69/71), bem como decidiu recursos interpostos (cf. comunicado nº. 008/2019 – SMS – G/COGEP.

Vale observar, outrossim, que conforme ressaltou a autoridade impetrada nas informações, o cumprimento a medida liminar concedida, competirá a Coordenadora de Gestão de Pessoas – COGEP.

O ato dito ilegal ora contestado, com efeito, que não permitiu a manutenção da jornada de trabalho da impetrante, não emanou do senhor Prefeito do Município de São Paulo, mas da Coordenadora de Gestão de Pessoas – COGEP da Secretaria Municipal de Saúde.

Depreende-se que o senhor Prefeito do Município de São Paulo nenhuma participação teve no ato administrativo em testilha, o que não o legitima como autoridade coatora". (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. 56/68, 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

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;"

que nem é de se falar na aplicação da teoria da encampação[5].

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

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 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

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 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).

Válida aqui a transcrição de trecho do parecer do i. Membro do Ministério Público, sobre a impossibilidade de aplicação da teoria da encampação no caso em tela:

"(...) Com efeito, a competência originária desse Egrégio ÓRGÃO ESPECIAL DO TJSP é para conhecer e julgar mandados de segurança contra atos do Prefeito de São Paulo (art. 74, III, Constituição do Estado), sem competência para conhecê-los quando a autoridade impetrada for um Secretário municipal ou estadual ou Coordenador da Secretaria Municipal da Saúde.

Assim está dito porque, competência dos Tribunais Estaduais será fixada por suas respectivas Constituições (art. 125, § 1º, da CF); no Estado de São Paulo essa competência fora atribuída ao próprio Tribunal de Justiça (art. 69, II, 'a', da CESP), por esse Colendo Órgão Especial (art. 13, II, 'e'; art. 30, parágrafo único; e, art. 289, todos do RITJSP).

O referido art. 13 do Regimento Interno desse Tribunal de Justiça Paulista, determina que compete a essa Colenda Corte Especial: 'I – processar e julgar, originariamente: a) 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".

A Constituição Bandeirante proclama em seu art. 74: "Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: [...] III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital".

Deste modo, por conta da ilegitimidade passiva do senhor Prefeito do Município de São Paulo, e da consequente ausência de competência deste c. Órgão Especial para conhecer o pleito, ex vi do disposto no artigo 74, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, combinado com o artigo 13, inciso I, 'a', do Regimento Interno deste c. Tribunal de Justiça Paulista, aguarda a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo a denegação da ordem nos moldes do artigo 485, incisos I e

Acesso ao Sumário

7 MS nº 2207535-06.2016.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, j. 19.04.2017.

VI, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei Federal n. 12.016/2009". (fls. 85/86).

Assim, reconhecida a ilegitimidade passiva *ad causam*, é 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 2062583-26.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RODRIGO DA SILVA PIEDADE, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM EM PARTE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.503)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Concurso Público para o cargo de Perito Criminal do Estado de São

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.

Acesso ao Sumário

Paulo. Candidato aprovado fora do número de vagas.

Surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Nomeação de concorrentes melhor classificados, também aprovados fora do número de vagas. Parte das nomeações tornadas sem efeito. Impetrante enquadrado dentro do número de vagas subsequentes.

Declaração inequívoca da Administração Pública acerca da existência das vagas e da necessidade de seu preenchimento. Autoridade impetrada que não demonstrou a existência de restrições orçamentárias a impedir a nomeação de novos aprovados. Mera expectativa de direito convertida em direito líquido e certo à nomeação ao cargo pretendido. Entendimento do STF firmado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 784). Na mesma direção, recentes decisões do STJ. Diversidade de precedentes das Cortes Superiores.

Nomeação que deve ocorrer até o vencimento do prazo de validade do concurso em questão, observada a discricionariedade da Administração para, dentro de tal lapso, optar pelo melhor momento para que a medida se efetive.

Segurança parcialmente concedida, a fim de assegurar ao impetrante o direito à nomeação no cargo de Perito Criminal do Estado de São Paulo até o término do prazo de validade do concurso em que aprovado. Concessão parcial da segurança.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por **Rodrigo da Silva Piedade** contra ato omissivo atribuído ao Governador do Estado de São Paulo. Relata o impetrante que, após participar de concurso público para o provimento de vagas no cargo de Perito Criminal – PC 1/2013, obteve aprovação no 46º lugar. Ressalta que, em um primeiro momento, referida posição não o classificava dentro do número de vagas. Contudo, foram nomeados os candidatos classificados até a 43ª colocação, tendo ocorrido nove desistências, e tal fato o posicionou dentro do número de vagas declaradamente existentes pela Administração, cujo preenchimento se mostrou necessário. Sustenta, diante disso, que possui o direito líquido de ser nomeado e tomar posse no cargo em

questão, restando configurada situação de preterição arbitrária e injustificada por parte da autoridade impetrada. Afirma ainda que a hipótese dos autos permite a aplicação da tese de repercussão geral nº 784, do **Supremo Tribunal Federal**. Requer a concessão da ordem, a fim de que seja convocado e nomeado para o cargo de Perito Criminal, 3ª Classe, do Estado de São Paulo (fls. 01/13). Anexa documentos à inicial da impetração (fls. 14/111).

A liminar foi indeferida pela decisão de fls. 113/115.

O Governador do Estado prestou informações às fls. 127/133.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela parcial concessão da segurança, a fim de assegurar-se ao impetrante a nomeação pretendida até o término do prazo de validade do concurso no qual aprovado (fls. 136/144).

2. Em suas informações, o Governador do Estado de São Paulo sustenta, preliminarmente, a *"ausência de requisito legal para a impetração do mandado de segurança"*, posto que o concurso no qual o impetrante foi aprovado ainda está vigente, de modo que possível à Administração Pública convocar os aprovados para o preenchimento das vagas remanescentes ou que surgirem durante o prazo de validade do certame. Destaca, assim, que lhe faleceria interesse processual, ante a ausência de violação a direito líquido e certo. No mérito, alega ser o caso de denegação da ordem, na medida em que ainda não se exauriu o prazo de validade do concurso. Por consequência, não haveria que se falar em omissão atribuível à administração, pois dentro de mencionado prazo cabe ao administrador a escolha do momento de eventual nomeação.

3. Extrai-se dos autos que o impetrante participou de concurso público de provas e títulos destinado ao provimento de cargos na carreira de Perito Criminal do Estado de São Paulo, conforme edital copiado às fls. 18/49. **Rodrigo** obteve a 46ª colocação na classificação da lista geral referente à região de Santos, que contava com 27 vagas iniciais (fls. 69/70). Na lista classificatória que englobou todas as regiões do estado de São Paulo, posicionou-se na 724ª colocação (fls. 93).

Durante o prazo de validade do concurso, os candidatos (1) *Thomaz Elias*, (2) *Clayton Ramos Pereira*, (3) *Edson Miyazaki de Andrade*, (4) *José Antônio Passos Rocha*, (5) *Hélio Gomes da Rocha Neto*, (6) *Elthon Rodrigues de Oliveira*, (7) *Mariana Fonseca de Magalhães Linhares*, (8) *Roberto Conde Amieiro*, (9) *Luiz Guilherme Soares da Silva*, (10) *Tatiana Spinelli Martins Soares* e (11) *Alexis de Sá Ribeiro do Bonfim de Melo* – classificados da 33ª à 43ª colocação, respectivamente –, foram nomeados por ato do Governador do Estado.

Todavia, por meio de portaria datada de 30 de outubro de 2018, 09 (nove) destes 11 (onze) aprovados tiveram suas nomeações tornadas sem efeito em razão de não terem tomado posse dentro do prazo legal (fls. 111).

Acesso ao Sumário

Daí decorre a alegação do impetrante no sentido de que, ante a manifestação inequívoca da administração quanto à existência e necessidade de preenchimento das vagas não ocupadas por outros candidatos melhor classificados, possuiria direito líquido e certo à nomeação ao cargo pretendido, na medida em que se encontra dentro do número de vagas dos candidatos subsequentes àqueles que não foram empossados.

4. Inicialmente, consigne-se, que a preliminar de falta de interesse processual suscitada pela autoridade impetrada se confunde com o próprio mérito do presente Mandado de Segurança, razão pela qual impositiva sua **rejeição**, posto que a análise de seus termos será feita a seguir.

5. **Dito isso, é caso de concessão parcial da segurança, a fim de que se assegure ao impetrante o direito à nomeação ao cargo pretendido até o término do prazo de validade do certame em que foi aprovado.**

Como relatado acima, constata-se que, apesar de não ter sido aprovado dentro do número de vagas inicialmente previsto no edital para o concurso de Perito Criminal, **durante o prazo de validade de mencionado certame a administração pública tornou inconteste o surgimento de novas vagas, assim como a necessidade de seu preenchimento.** A nomeação de onze candidatos que **também se classificaram fora do número de vagas** inicialmente estabelecido no edital revela tal fato.

Ocorre que, destes 11 (onze) candidatos nomeados, 09 (nove) deixaram de tomar posse no prazo legal, conforme se depreende do documento da cópia de publicação do diário oficial juntada às fls. 111. Referidos concorrentes estavam classificados da 33ª até a 43ª colocação, de modo que, excluídos os 02 (dois) candidatos cujas posses não foram tornadas sem efeito, há que se concluir pela existência de ao menos 09 (nove) vagas cujo preenchimento se mostra incontestavelmente necessário, em razão de expressa manifestação da Administração Pública neste sentido.

Diante de tal quadro, **observada a lista classificatória constante dos autos, verifica-se que o impetrante – classificado na 46ª posição dentre os aprovados – se encontra dentro do número de candidatos subsequentes englobados pelas vagas remanescentes, declaradamente existentes pela Administração Pública e cujo provimento se mostra necessário. Dessa forma, sua nomeação ao cargo pretendido até o termo final do prazo de validade do concurso em questão é medida de rigor, tendo se convertido de mera expectativa de direito em direito líquido e certo.**

Salienta-se que o permissivo para a nomeação do impetrante ocorrer dentro do prazo de validade do certame em tela se fundamenta na discricionariedade da Administração Pública para, dentro de tal lapso temporal, escolher o momento mais oportuno para efetivação da medida.

Acesso ao Sumário

O que não se admite, por outro lado, é que mencionado prazo se escoe e a nomeação ora ordenada não ocorra, situação que caracterizaria evidente infringência aos princípios da proteção à confiança estatal, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa, vez que, além de demonstrada a existência da vaga e a necessidade de seu preenchimento, a autoridade impetrada não comprovou impedimento financeiro capaz de obstar a nomeação do impetrante.

6. Analisando controvérsia relativa à existência de direito subjetivo de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital de concurso público, no caso de surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do certame, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 784), decidiu o **Supremo Tribunal Federal**: *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 – RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato,*

Acesso ao Sumário

mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. ***7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos***

Acesso ao Sumário

termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. *9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.*". (RE 837311, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-072 Divulgação 15-04-2016 Publicação 18-04-2016).

Igualmente: *"DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONVOCAÇÃO. DESISTÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.* ***1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 9.12.2015, ao julgar o mérito do RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux, com repercussão geral reconhecida, reconheceu, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, fora do número de vagas, pois houve, naquele caso, "dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado".*** *2. Na hipótese, a Administração Pública manifestou-se de forma inequívoca acerca da existência das 226 vagas do cadastro de reserva e, sobretudo, da necessidade de convocação, para o cumprimento de ações estabelecidas pelo denominado "Programa Pacto pela Vida". 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento."*. (RE 919920 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 14/10/2016, Processo Eletrônico DJe-234 Divulgação 03-11-2016 Publicação 04-11-2016).

7. Na mesma direção, citam-se julgados do **Superior Tribunal de Justiça** relativos a casos juridicamente assemelhados, que, inclusive, fazem referência à tese fixada na Suprema Corte: *"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROCURADOR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA E NÃO RECORRIDA. CONFIRMAÇÃO DESSE DECISÓRIO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO LIMITE DE VAGAS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE NA SUA NOMEAÇÃO POR PARTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO NA RESPOSTA AO PEDIDO DE*

Acesso ao Sumário

PROVIMENTO DOS CARGOS FEITO PELO BANCO CENTRAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE RESTRIÇÃO FINANCEIRA OU DE QUALQUER OUTRO OBSTÁCULO ORÇAMENTÁRIO PARA A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. (...) ***3. No que concerne à questão de mérito objeto deste mandamus, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu que da aprovação em concurso público só decorre direito subjetivo à nomeação, se estiver demonstrada alguma das seguintes situações: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no edital (RE 598.099); b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração, considerando os fundamentos declinados no acórdão. 4. Ocorre que o julgado do STF consignou, ao final, outra premissa de direito, a qual, embora tratada como excepcionalidade do caso, igualmente se verifica na situação em exame, que consiste no fato de surgirem novas vagas e houver manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento, bem como, por óbvio, inexistir prova de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público, para tal nomeação. 5. No caso, os impetrantes foram aprovados fora do limite de vagas conforme previsão editalícia. De sua parte, o Banco Central do Brasil, autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, dentro do período de validade do certame, enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da 'extrema relevância' quanto à nomeação adicional, uma vez que considerou que os seus quadros jurídicos se encontravam 'muito aquém do necessário para que o órgão jurídico bem desempenhe sua missão institucional de garantir a segurança legal dos atos dos gestores da Autarquia, a integridade de seu patrimônio e a plena recuperação de seus créditos'. Assim, no que se refere à manifestação inequívoca da administração quanto à existência de vagas e à necessidade premente do seu provimento, a prova é indene de dúvidas. 6. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a quem competia provar a restrição orçamentária ou qualquer outro obstáculo financeiro como óbice ao interesse público no provimento de tais cargos, nos termos estritos como decidido pelo STF no julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, ignorou solenemente o pleito do Banco Central do Brasil, nada obstante os fundamentos nele deduzidos. Demais disso, no âmbito deste mandado de segurança, quando poderia fazer a referida prova, nada objetou nesse sentido, como se depreende do teor das informações juntadas aos autos, do que se conclui que inexiste***

Acesso ao Sumário

***qualquer impedimento orçamentário ou financeiro para atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação dos impetrantes, formulado pelo ente da administração a quem competia fazê-lo. 7. Mandado de segurança concedido.*"**. (MS 22.813/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018)

No mesmo sentido: *"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA.* ***CONCURSO PÚBLICO. IMPETRANTE APROVADA NA 54ª COLOCAÇÃO, SENDO QUARENTA E SETE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. COMPROVAÇÃO DE QUE FORAM NOMEADOS CINQUENTA E UM CANDIDATOS, MAS TRÊS NOMEAÇÕES FORAM TORNADAS SEM EFEITO. VAGAS EXISTENTES, RECONHECIMENTO DO DIREITO DA 54ª COLOCADA À NOMEAÇÃO.*** *REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. MOMENTO DA CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. I – O presente feito decorre de mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado do Pará objetivando convocação da impetrante para comprovação da habilitação e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, seja nomeada para o cargo ao qual logrou aprovação. No Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a segurança foi concedida. II – Verifica-se que a irresignação da parte recorrente acerca da alegada não comprovação do direito líquido e certo da recorrente à nomeação, ante a não comprovação da existência de cargos vagos, vai de encontro às convicções do julgador a quo, que, com lastro no conjunto probatório constante dos autos, decidiu que se comprovou a necessidade de nomeação do candidato aprovado, embora fora do número de vagas, ante a desistência de candidatos nomeados, melhor classificados. III - Nesse diapasão, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ. IV – Quanto ao momento da convocação de candidato aprovado, verifica-se que o Tribunal a quo, em nenhum momento, abordou as aludidas questões, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ, que assim dispõe: 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo'. V – Gize-se, por oportuno, que a falta de exame de questão constante de normativo legal apontado pelo recorrente nos embargos de declaração não caracteriza, por si só, omissão. Mesmo quando a questão é afastada de maneira fundamentada pelo Tribunal a quo, ou ainda não é abordada pelo Sodalício, e o recorrente, em ambas as situações, não*

Acesso ao Sumário

demonstra, de forma analítica e detalhada, a relevância do exame da questão apresentada para o deslinde final da causa. VI – Sobre o assunto, destacam-se os seguintes precedentes: AgInt no REsp n. 1.035.738/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em 14/2/2017, DJe 23/2/2017 e AgRg no REsp n. 1.581.104/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/4/2016, DJe 15/4/2016. ***VII – Ainda que assim não fosse, a jurisprudência dominante nesta Corte Superior é de que, em havendo desistência de candidatos nomeados, surge o direito subjetivo dos candidatos classificados imediatamente subsequentes, ainda que fora do número de vagas previsto no edital, por todos: AgInt no REsp n. 1.702.352/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 15/6/2018.*** *VIII – Desta forma, aplica-se, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.' Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. IX – Agravo interno improvido.".* (AgInt no AREsp 1308701/PA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019).

Ainda: *"ADMINISTRATIVO.* ***CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS ALÉM DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA E DESCLASSIFICAÇÃO DE CANDIDATOS CONVOCADOS. EXPECTATIVA DE DIREITO CONVERTIDA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*** *DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. MARCO INICIAL. 1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação da Súmula 284/STF. 2. O prazo decadencial para se impetrar Mandado de Segurança contra ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame. 3. A alegação de ilegitimidade ativa da agravada para a impetração do mandamus não foi objeto de apreciação pela Corte a quo, o que implica falta de prequestionamento a obstar a análise da questão nesta Corte. Agravo regimental improvido.".* (AgRg no REsp 1414110/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015).

Acesso ao Sumário

8. Ante o exposto, por este voto, **rejeita-se a preliminar e concede-se parcialmente a segurança** para assegurar ao impetrante o direito à nomeação ao cargo de Perito Criminal do Estado de São Paulo, até a data de expiração da validade do Concurso Público de Provas e Títulos para o provimento de cargos na Carreira de Perito Criminal – PC 1/2013.

Custas *ex lege*, sem imposição de verba honorária, nos termos do artigo 25

da Lei nº 12.016/09, e dos Enunciados das Súmulas 105 do **Superior Tribunal de Justiça** e 512 do **Supremo Tribunal Federal**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0024852-30.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALINE PEREIRA DA SILVA, são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO – IPREM e SECRETÁRIO DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR FALTA DE LEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO, DENEGARAM EM PARTE A SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA

Impetração pretendendo nomeação e posse em concurso público dirigida contra o Prefeito Municipal de São Paulo, o Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM e o Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social 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.

Acesso ao Sumário

Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM e Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social de São Paulo não dispõem 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 dos referidos agentes. Em relação a eles, 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 eventual direito decorrente da aprovação da candidata no certame, até ulterior deliberação do Juízo competente a respeito da questão.

Quanto ao Prefeito, por ilegitimidade de parte, indefiro a inicial, denegando a segurança. Quanto ao mais, determino o envio do feito à distribuição em primeiro grau de Jurisdição. Mantida a eficácia do provimento cautelar até ulterior deliberação do Juízo competente.

VOTO

1. Trata-se de **mandado de segurança** (fls. 01/20) de candidata aprovada no cargo de Especialista em Assistência e Desenvolvimento Social I – Disciplina: Serviço Social, em concurso para preenchimento de vagas na Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), Secretaria Municipal de Habitação (SEHAB) e no Instituto de Previdência Municipal de São Paulo (IPREM), autorizado no processo nº 2013-8.088.292-8 e regido nos termos das Instruções Especiais e Anexos I a VII (fls. 25/58), pretendendo sua nomeação e posse no cargo.

Sustentou, em resumo, direito à nomeação e posse no cargo. Impetrante logrou aprovação dentro do número de vagas no concurso, homologado em 25.03.15. Passados cerca de quatro anos, ainda não tomou posse. Impetrante foi aprovada em 4º lugar dentre as vagas destinadas ao IPREM. Termo final do concurso foi alcançado em 25.03.19 e a impetrante não foi nomeada. Foram contratados comissionados para preencherem as vagas disponibilizadas no certame, com as funções de supervisão e coordenação. Em demanda com o

Acesso ao Sumário

mesmo intuito movida contra o Município de São Paulo – Proc. nº 1.012.028-28.2017.8.26.0053 – foram juntados documentos comprovando a fraude nas contratações realizadas. Déficit orçamentário não pode ser usado como justificativa para contratar comissionados e burlar as regras do concurso público. Há decisões favoráveis no processo paradigma. Administrativamente a impetrante não obteve êxito no pleito de nomeação e posse do cargo. Processo administrativo se arrastou até maio de 2019, quando foi finalizado em decorrência do decurso de prazo do concurso. Violado o direito líquido e certo da impetrante em ser nomeada e empossada no cargo para qual foi aprovada. Daí a liminar e concessão da ordem (fls. 01/20).

Deferida, em parte, a liminar, apenas e tão somente para o fim de impedir que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete o perecimento de qualquer direito decorrente da aprovação da impetrante no certame.

É o relatório.

2. a) Quanto ao Prefeito Municipal de São Paulo, impetração não merece seguimento.

Trata-se de **mandado de segurança** contra ato supostamente praticado pelo **Prefeito Municipal de São Paulo**.

Segundo consta, a impetrante participou do concurso público para cargo de Especialista em Assistência e Desenvolvimento Social I – Disciplina: Serviço Social, para preenchimento de vagas na Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), Secretaria Municipal de Habitação (SEHAB) e no Instituto de Previdência Municipal de São Paulo (IPREM). Narra que foi aprovada em 4º lugar (fl. 203) dentre as vagas destinadas ao IPREM e, decorrido o prazo do concurso (em 25.03.19), ainda não foi nomeada e empossada no cargo. Alega ainda que embora a Administração sustente graves problemas orçamentários, o Município vem contratando comissionados para preencher as vagas disponibilizadas no certame.

Demanda, porém, **não** merece avançar.

Manifesta a ilegitimidade passiva.

A impetrante insere o **Prefeito do Município de São Paulo** no polo passivo da impetração, embora **não** ofereça maiores esclarecimentos sobre qual teria sido a sua participação no ato supostamente ilegal.

Observe-se o **§ 3º** do **art. 6º** da **Lei nº 12.016/09**:

> *"Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições."*

Acesso ao Sumário

(...)

"§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."

Muito embora se apresente a Prefeitura Municipal de São Paulo como responsável pela nomeação dos aprovados (fl. 26 – item 1.6 do Edital), **não** consta qualquer ato praticado por ele a respeito do presente concurso.

Tanto é assim que a própria impetrante, ao apontar os impetrados descreve: *"Contra ato coator praticado pelo Ilustríssimo Senhor PREFEITO DE SÃO PAULO, **ou quem lhe faça as vezes no exercício do ato impugnado**, agente público, vinculado ao MUNICÍPIO DE SÃO PAULO-SP..."* (grifei – fl. 01).

Aliás, do ofício do IPREM solicitando a nomeação dos 7 (sete) aprovados no cargo de Especialista em Assistência e Desenvolvimento Social I – Disciplina: Serviço Social, instaurou-se procedimento administrativo (fls. 205/406) em que se verificou que eventual aprovação do pedido de nomeação dependia da aquiescência de diversos setores e Secretarias da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Extrai-se, finalmente, do despacho proferido em **21.03.19** pelo Subsecretário da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento Municipal:

*"Em atenção a solicitação contida em SEI 014610667, encaminhamos o presente informando acerca da deliberação da Junta Orçamentária-Financeira – JOF, ocorrida em **01/03/2019**:"*

*"**REJEITADO – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM** (SEI 6310.2017/0000191-6): solicitação de autorização de nomeação de 07 (sete) candidatos aprovados em concurso público para o cargo de Analistas de Assistência e Desenvolvimento Social – disciplina Serviço Social."* (grifos no original – fl. 335).

Portanto, eventual ilegalidade na não nomeação da impetrante está – considerando que o Município alega a impossibilidade de nomeação em decorrência de déficit orçamentário –, em tese, relacionada às atribuições da **Secretaria Municipal da Fazenda**.

Ressalte-se, além do mais, que o fato de constar que a nomeação será efetuada pela Prefeitura Municipal de São Paulo **não** significa necessariamente que ela será executada pelo Sr. Prefeito.

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:

Acesso ao Sumário

"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**).

Em síntese, o ato tido como ilegal – rejeição do pedido de nomeação – **não** restou praticado pelo **Prefeito Municipal de São Paulo** e, no caso, não se insere no âmbito de sua competência.

Inequívoca, portanto, sua **ilegitimidade**.

Descabida sua inclusão no polo passivo.

Ensina **HELY LOPES MEIRELLES**:

"Considera-se a autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material *do ato com a autoridade por ele responsável.* Coator *é a* autoridade superior *que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas;* executor *é o* agente subordinado *que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão."*

E,

"Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. *A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário;"* ("Mandado de Segurança" – 2008 – Ed. Malheiros – p. 66/67).

Não destoa **EDUARDO ARRUDA ALVIM**:

"A autoridade coatora é, como regra, quem pratica, comissiva ou omissivamente, o ato impugnado. Deverá ter competência para desfazer o ato impugnado, acatando eventual sentença concessiva da ordem pleiteada (daí o porquê da comunicação da sentença concessiva da ordem lhe ser dirigida, o teor do caput *do art. 13 da Lei nº 12.016/09), ou, ainda, na hipótese desse ato omissivo, para realizar o ato reclamado (por exemplo, expedição de uma certidão) que tenha o dever legal de*

Acesso ao Sumário

praticar." ("Mandado de Segurança" – 2ª ed. – 2010 – Ed. GZ – p. 54).

Esse o entendimento deste **Colendo Órgão Especial** em casos semelhantes:

*"Mandado de segurança. Concurso público. Técnico de enfermagem. **Pleito para nomeação no cargo público. Ilegitimidade passiva do Governador do Estado de São Paulo**. Art. 485, VI do Código de Processo Civil, c.c. art. 6º, § 5º da Lei 12.016/2009. Precedentes. Segurança denegada."*

(...)

*"No caso em voga, a impetrante sustenta ilegalidade por ter direito subjetivo à nomeação ao cargo para o qual foi aprovada, mas, como realçou o D. Procurador de Justiça, todo o procedimento **administrativo alusivo ao certame público, desde a abertura do Edital, homologação do concurso, convocação dos classificados, fora perpetrado pela Secretaria de Estado da Saúde**, como se infere dos documentos públicos que instruem a petição inicial (pág. 78)."* (grifei – MS nº 2.203.9637-31.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 05.07.17 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

"Colhe-se dos autos que o Senhor Prefeito não praticou qualquer ato administrativo ofensivo aos interesses e direitos da Impetrante, ainda que em tese; nem mesmo determinou a prática do aludido ato posto como abusivo; ademais, não tem poderes para reverter os atos perpetrados." (MS nº 0022458-84.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.18 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**).

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Impetração buscando afastar o indeferimento da autodeclaração de etnia parda feita pela impetrante, que lhe garantia permanência nas vagas reservadas a pessoas negras, pardas e/ou afrodescendentes. Procedimentos administrativos de responsabilidade do Secretário Municipal da Saúde. Prefeito Municipal que, nos termos do artigo 1º da Lei 12.016/2009, não pode ser considerado autoridade coatora no caso concreto. Precedentes. Processo extinto, com amparo no artigo 485, VI, do CPC c.c. com o artigo 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009. Ordem denegada." (MS nº 0038069-77.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 30.01.19 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

Essa a **segura** orientação do **Colendo Órgão Especial** quanto ao ponto: MS nº 0.019.394-42.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 27.03.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; MS nº 0155411-85.2013.8.26.0000 – d.m. de 07.08.13 – Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**; MS nº 0192487-80.2012.8.26.0000 – p.m.v. j. de 14.08.13

Acesso ao Sumário

– Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; MS nº 0124882-83.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.10.13 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**; MS nº 0178550-66.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 23.10.13 – Rel. Des. **SAMUEL JÚNIOR** e MS nº 0260131-40.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 23.10.13 – Rel. Des. **FERREIRA RORIGUES**; MS nº 0.160.604-81.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 12.02.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**; MS nº 0.009.945-89.2015.8.26.0000 – d.m. de 11.02.15 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**; MS nº 2013045-76.2019.8.26.0000 – d.m. de 11.02.19 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**; MS nº 0003152-32.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 10.10.18 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; MS nº 2056623-89.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 03.04.19 – de que fui Relator.

Assim, em face da **manifesta ilegitimidade passiva do Sr. Prefeito Municipal de São Paulo**, **indefiro** a inicial (**art. 330, II, do CPC**) quanto a ele e, em consequência, **julgo extinto** o processo, sem julgamento de mérito (**art. 485, I e VI, do CPC**).

b) Quanto ao mais.

A presença do Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM e do Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social de São Paulo no polo passivo dessa impetração **não** justifica a **competência originária** deste **Eg. Tribunal de Justiça**.

A Constituição do Estado de São Paulo **não** incluiu na competência do Tribunal de Justiça a de processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos dos referidos agentes.

Restringe-se ela às pessoas indicadas no **inciso III, do art. 74 da CE**:

"Art. 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:"

(...)

"III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital."

A propósito já se pronunciou este **Eg. Órgão Especial**:

"O Secretário da Pasta da Saúde não está entre as autoridades que possuem prerrogativa de foro (rol taxativo) e, portanto, o Colendo Órgão Especial não deve apreciar Mandado de Segurança contra ele impetrado." (MS nº 0.041.513-55.2017.8.26.0000 – d.m. de 24.05.18 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**).

"Impetração em face do Governador do Estado de São Paulo e do Secretário de Segurança Pública. Concurso para provimento do cargo de

Acesso ao Sumário

*auxiliar de necropsia nº 2/2013 – **Inexistência de ato coator diretamente atribuível ao Governador do Estado de São Paulo – Manifesta ilegitimidade passiva** – Extinção do processo em relação ao Governador do Estado – Inteligência do artigo 485, inciso VI, do atual Código de Processo Civil, combinado com o artigo 6º, § 5º da Lei nº 12.016/2009. **O rol taxativo do artigo 74, inciso III, da Carta Bandeirante não prevê competência desta Corte para processar e julgar originariamente mandado de segurança contra ato de Secretário de Segurança Pública**. Remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital."* (grifei – MS nº 2.023.191-50.2017.8.26.0000 – d.m. de 20.02.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

Ainda no mesmo sentido (MS nº 0.130.910-67.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 11.12.13 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e MS nº 2.156.520-66.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 26.11.14 – Rel. Des. **NEVES AMORIM**; MS nº 2.154.922-38.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 22.08.18, de que fui Relator).

Portanto, com relação ao Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM e ao Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social de São Paulo, de rigor a remessa dos autos ao **Primeiro Grau de Jurisdição** para imediata distribuição e processamento do feito.

c) Quanto à liminar.

Considerando-se o **poder geral de cautela** do magistrado (**art. 297 do CPC**), afigura-se razoável **manter** os efeitos da liminar concedida, a fim de **evitar** que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete **prejuízos** à impetrante.

Assim, **mantenho** o provimento cautelar, para o fim de **impedir** que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete o perecimento de eventual direito decorrente da aprovação da impetrante no certame, até ulterior deliberação do Juízo competente a respeito da questão.

Em síntese:

(1) Quanto ao **Prefeito do Município de São Paulo**, por falta de legitimidade passiva, **indefiro** a inicial (art. 330, II, do CPC) e, em consequência, **denego a ordem** (art. 485, I e VI, do CPC c.c. art. 6º, § 3º da Lei nº 12.016/09).

(2) Quanto aos demais, **determino** a **remessa** dos autos ao Primeiro Grau de Jurisdição, para imediata distribuição e processamento do feito.

(3) Fica **mantido** o **provimento cautelar** concedido à impetrante, até ulterior deliberação do Juízo competente sobre a matéria.

Descabidos honorários (**art. 25**, da **Lei nº 12.016**, de **07.08.09**, **Súmula** nº **502** do **STF** e **Súmula** nº **105** do **STJ**).

3. Por falta de legitimidade do Prefeito Municipal de São Paulo

Acesso ao Sumário

denego, em parte, a ordem (art. 485, I e VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016, 2009), com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança Cível nº 0042440-84.2018.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é impetrante JOSÉ MERIVALDO DOS SANTOS, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.443)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração deduzida por ex-funcionário da Prefeitura da cidade de São Paulo almejando a anulação de decisão proferida pelo Exmo. Sr. Prefeito de São Paulo que o demitiu a bem do serviço público ao cabo de procedimento administrativo disciplinar.

Servidor público municipal que, embora afastado do cargo por ele ocupado para exercer funções junto a órgão do Poder Legislativo, ainda se submetia à Lei nº 8.989/1979, da cidade de São Paulo ("ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO"). Por tal razão, o Alcaide municipal era mesmo a autoridade competente para instauração de procedimentos disciplinares e eventual aplicação

Acesso ao Sumário

de sanções administrativas em seu desfavor.

Absolutamente prescindível o trânsito em julgado da ação penal instaurada para apurar os crimes correlatos aos fatos apurados no procedimento disciplinar. Independência entre as esferas administrativa e criminal.

Revelia configurada. Não apresentação, pelo impetrante, de documentos aptos a comprovar a impossibilidade de comparecimento às audiências designadas para interrogatório.

Presença de defesa técnica no procedimento administrativo – apoio especializado contratado pelo autor.

Segurança denegada.

VOTO

Vistos, etc...

I. Trata-se de Mandado de Segurança, com pleito liminar, impetrado por José Merivaldo dos Santos, por intermédio de ilustre advogado (fls. 18), em face de ato atribuído ao Exmo. Sr. Prefeito de São Paulo, consistente em imposição de pena de demissão a bem do serviço público ao fim de procedimento administrativo disciplinar.

Aduz o impetrante que: ***a)*** *"a competência para a apuração das faltas supostamente cometidas pelo Impetrante, tem de ser apuradas, como de fato são, pela Assembleia Legislativa na exata medida da época dos fatos";* ***b)*** *"o processo administrativo deveria ter ficado sobrestado, eis que a ação penal não foi, ainda, julgada definitivamente e que não há fatos criminosos ou irregulares em termos administrativos que suportem um decreto de Demissão à Bem do Serviços Público";* ***c)*** *"o Impetrante é portador de Diabete, Câncer e tem somente 27% do coração em funcionamento, o que acarretou licença médica, confirmada pelo departamento de perícia da própria Prefeitura, o afastando assim de suas funções de servidor público. Desta forma, justifica a impossibilidade do Impetrante em comparecer às audiências designadas";* ***d)*** *"equivoca-se a Procuradora a decretar a revelia, uma vez que o Impetrante em nenhum momento se opôs a participar de todos os atos do processo administrativo, e engana-se também ao afirmar que há defesa técnica nos autos, sendo que o que há são manifestações do real estado de saúde que aquele momento enfrentava o Impetrante";* ***e)*** *"nem mesmo teve a oportunidade de apresentar defesa técnica no procedimento administrativo através do seu advogado, nem mesmo a produção de provas"* (fls. 15/6).

Requer, desse modo, que se *"suspenda e após revogue definitivamente*

a decisão do Ilustríssimo Prefeito Milton Leite em exercício no Município de São Paulo que condenou o Impetrante a pena de Demissão à Bem do Serviço Público" (fls. 16).

Esta Relatoria denegou o pleito de tutela preambular (fls. 254/9).

Diante disso, **José Merivaldo** interpôs Agravo Regimental (fls. 286/94), ao qual este E. Órgão Especial negou provimento (v. Acórdão de fls. 317/20). Frise-se que em face dessa r. decisão colegiada o impetrante apresentou Recurso Especial (fls. 326/34), que restou inadmitido pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente desta Colenda Corte bandeirante (fls. 356/7).

O ilustre Alcaide prestou informações (fls. 269/74), tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça emitido parecer pela denegação da Segurança (fls. 277/84).

É o relatório.

II. **José Merivaldo**, servidor público da Prefeitura de São Paulo, afastado do cargo para exercer atribuições junto à Assembleia Legislativa deste Estado-membro, teve contra si instaurado procedimento administrativo disciplinar, uma vez que, enquanto lotado no órgão legislativo, ter-se-ia aproveitado do posto por ele ocupado para obter proveito pessoal, consistente no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Consoante consta do relatório elaborado pela Comissão Sindicante, o procedimento administrativo foi instaurado para apurar o *"envolvimento de José Merivaldo dos Santos em atividades a favor da COAF – Cooperativa Orgânica Agrícola Familiar, ainda que de forma indireta.*

No âmbito da denominada 'Operação Alba Branca', que cuidou da ocorrência de supostas fraudes no fornecimento de produtos agrícolas pela Cooperativa Orgânica Familiar – COAF, à Secretaria do Estado de São Paulo, destinados à merenda escolar, restou demonstrado que Jeter Rodrigues Pereira (funcionário da Assembleia Legislativa há 40 anos, amigo de José Merivaldo dos Santos e por este indicado para trabalhar no gabinete do Deputado Fernando Capez) e a COAF firmaram contrato escrito, no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para que aquele que auxiliasse a Cooperativa na obtenção de certidões exigidas na licitação da Secretaria Estadual de Educação e para intervir junto ao órgão estadual quando necessário.

Muito embora o servidor JOSÉ MERIVALDO DOS SANTOS não conste formalmente do acordado entre as partes, o cheque de emissão da COAF referente à primeira parcela do ajuste, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foi depositado em sua conta bancária, beneficiando-se das atividades a favor da COAF.

Assim, o servidor José Merivaldo dos Santos valeu-se de sua condição de funcionário para obter proveito pessoal, em decorrência de atividades a favor da COAF, deixando de proceder de forma a dignificar a função pública" (fls. 202/3).

Acesso ao Sumário

Ao cabo do procedimento disciplinar, foi o impetrante, na data de 11 de junho de 2018, demitido a bem do serviço público, *"nos termos dos artigos 188, inciso III, e 189, inciso VI, da Lei 8.989/79, por violação aos artigos 178, incisos XI e XII, e 179, 'caput' e inciso III, todos da mencionada lei"* (fls. 29).

III. Pois bem. Como visto, pretende **José Merivaldo** a anulação da decisão que lhe infligiu a pena de demissão a bem do serviço.

No entanto, não se vislumbram as suscitadas pechas no procedimento administrativo instaurado em face do impetrante.

Inicialmente, acerca da competência do nobre Alcaide municipal para impor sanção administrativa ao autor, cabe salientar alguns dispositivos da Lei nº 8.989/1979, da cidade de São Paulo *("ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO"):*

"Art. 1º – Esta lei institui o regime jurídico dos funcionários da Prefeitura do Município de São Paulo.

Art. 2º – Para os efeitos deste Estatuto, funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público.

(...)

Art. 45 – Nenhum funcionário poderá ter exercício em unidade diferente daquela em que for lotado, salvo nos casos previstos neste Estatuto ou mediante prévia autorização do Prefeito.

§ 1º – O funcionário poderá ser, a critério e por autorização do Prefeito, afastado junto à Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal.

§ 2º – O afastamento de que trata o parágrafo anterior será permitido, com ou sem prejuízo de vencimentos, por prazo certo.

(...)

Art. 184 – São penas disciplinares:

I -- repreensão;

II – suspensão;

III – demissão;

IV – demissão a bem do serviço público;

V – cassação de aposentadoria ou da disponibilidade.

(...)

Art. 189 – Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que:

I – praticar ato de incontinência pública e escandalosa, ou dar-se a vícios de jogos proibidos;

II – praticar crimes hediondos previstos na Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alterada pela Lei Federal nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, crimes contra a administração pública, a fé pública, a ordem tributária e a segurança nacional;

III – revelar segredos de que tenha conhecimento em razão do cargo ou

Acesso ao Sumário

função, desde que o faça dolosamente, com prejuízo para o Município ou para qualquer particular;

IV – praticar insubordinação grave;

V – lesar o patrimônio ou os cofres públicos;

VI – receber ou solicitar propinas, comissões ou vantagens de qualquer espécie, diretamente ou por intermédio de outrem, ainda que fora de suas funções, mas em razão delas;

VII – pedir, por empréstimo, dinheiro ou quaisquer valores a pessoas que tratem de interesse, ou tenham na unidade de trabalho, ou estejam sujeitas à sua fiscalização;

VIII – conceder vantagens ilícitas, valendo-se da função pública;

IX – exercer a advocacia administrativa.

(...)

Art. 195 – Para aplicação das penalidades previstas no artigo 184, são competentes:

I – O Prefeito;

II – Os Secretários Municipais, até a de suspensão;

III – Os Diretores de Departamento ou autoridades equiparadas, até a de suspensão, limitada a 15 (quinze) dias;

IV – As demais chefias a que estiver subordinado o funcionário, nas hipóteses de repreensão e suspensão até 5 (cinco) dias.

Parágrafo único – O Prefeito poderá delegar competência aos Secretários para demissão nos casos dos incisos I, II e VII do artigo 188.

(...)

Art. 207 – Instaura-se inquérito administrativo quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar a pena de demissão.

Parágrafo único – No inquérito administrativo é assegurado amplamente o exercício do direito de defesa.

Art. 208 – A determinação de instauração de inquérito administrativo e sua decisão competem ao Prefeito que, no entanto, poderá delegar essas atribuições, respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 195.

Parágrafo único - O inquérito administrativo será conduzido por Comissão Processante, permanente ou especial, presidida obrigatoriamente por Procurador Municipal e composta sempre por funcionários efetivos".

Da análise conjugada desses dispositivos legais extrai-se que, embora afastado do cargo por ele ocupado na Prefeitura de São Paulo para exercer funções junto à Assembleia Legislativa, o impetrante ainda se submetia ao Estatuto dos Funcionários da Administração municipal e, por tal razão, o Prefeito municipal era mesmo a autoridade competente para determinar a instauração do procedimento administrativo – que culminou na imposição da sanção ora debatida (a saber, demissão a bem do serviço público), ato da alçada da mesma

Acesso ao Sumário

autoridade.

IV. Outrossim, cumpre registrar ser prescindível à imposição de penalidade administrativa que, acerca dos fatos imputados ao perquirido, já tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera criminal.

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:'

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

4. É firme a jurisprudência desta Corte quanto à independência e autonomia das instâncias penal, civil e administrativa, razão pela qual o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Somente haverá repercussão, no processo administrativo, quando a instância penal manifestar-se pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria, não sendo o caso dos autos. Precedentes.

5. Recurso a que se nega provimento" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 38.902/SP, Rel. o nobre Ministro Og Fernandes, I. Segunda Turma, j. em 08.09.2015).

E assim também verte o entendimento deste C. Órgão Especial:

"MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO – ATO DO PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO – DEMISSÃO DE GUARDA CIVIL METROPOLITANO – LEI MUNICIPAL Nº 13.530/2003 – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – INOCORRÊNCIA – SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NOS TERMOS DO ART. 162 DA LEI CITADA – SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – DESNECESSIDADE DE AGUARDAR SEU TRÂNSITO EM JULGADO PARA A APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO – PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS – ATO PRATICADO POR AUTORIDADE COMPETENTE, COM OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – MOTIVAÇÃO CLARA E QUE NÃO EXTRAPOLA OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA – ALEGAÇÃO DE IMPESSOALIDADE NA REALIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E DE CONFISSÃO OBTIDA MEDIANTE COAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL DOS FATOS ALEGADOS – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – SEGURANÇA DENEGADA (...) 2. Não obstante o sobrestamento do feito nos termos do art 162 da Lei Municipal nº 13.530/2003, era dispensável aguardar-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo irrelevante o momento do lançamento do nome do impetrante no rol dos culpados (...)" – Mandado de Segurança nº 0251586-78.2012.8.26.0000, Rel. o doutíssimo Des. Artur Marques, j. em 17.04.2013.

Acesso ao Sumário

"MANDADO DE SEGURANÇA – DELEGADO DE POLÍCIA – IMPETRAÇÃO CONTRA GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – APLICAÇÃO DE PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – AUSÊNCIA DE NULIDADES OU CERCEAMENTO DE DEFESA – FATOS QUE ENSEJARAM INSTAURAÇÃO DO PAD TAMBÉM ALVO DE APURAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL – PRETENSÃO DE SOBRESTAMENTO DO PAD, ATÉ DESFECHO DO FEITO CRIMINAL, QUE SE MOSTRA INCABÍVEL – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL – ADEMAIS, PREVISÃO DO ART. 65, § 3º, DA LCE Nº 207/1979 QUE NÃO TRADUZ DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PRECEDENTES – PRESCRIÇÃO INOCORRENTE – LAPSO EXTINTIVO, NA HIPÓTESE, REGRADO PELO PRAZO PRESCRICIONAL EM ABSTRATO DA INFRAÇÃO PENAL (ART. 80, INCISO III, DA LCE Nº 207/1979) – 8 (OITO) ANOS, À LUZ DOS ARTIGOS 109, INCISO IV, E 288 DO CP – TRANSCURSO NÃO VERIFICADO NA HIPÓTESE – PRECEDENTES – SEGURANÇA DENEGADA – LIMINAR REVOGADA" (Mandado de Segurança nº 2232029-66.2015.8.26.0000, Rel. o festejado Des. Francisco Casconi, j. em 28.09.2016).

Desse modo, nota-se que não havia óbice ao prosseguimento da marcha procedimental.

V. Relativamente à decretação de revelia, enuncia o artigo 211 da já citada Lei nº 8.989/79, da cidade de São Paulo:

"Art. 211 – O indiciado será citado para participar do processo e se defender.

§ 1º – A citação será pessoal e deverá conter a transcrição do indiciamento, bem como a data, hora e local, marcados para o interrogatório.

§ 2º – Não sendo encontrado o indiciado, ou ignorando-se o seu paradeiro, a citação será feita por editais publicados no órgão oficial durante 3 (três) dias consecutivos.

§ 3º – Se o indiciado não comparecer, será decretada a sua revelia e designado um Procurador Municipal para se incumbir da defesa".

A decretação da revelia de **José Merivaldo** foi assim fundamentada:

"Considerando a ausência do indiciado no interrogatório designado para o dia 15/08/2017, às 9:30hs.

Considerando a resposta inconclusiva do DESS (atual COGESS) às fls. 2101, quanto ao questionamento formulado por meio do Ofício n. 112110/2017, se o indiciado possuiria condições de comparecer neste Departamento para participar de audiência de interrogatório.

Considerando que o indiciado novamente deixou de comparecer no interrogatório agendado para o dia 10/10 p.p.

Considerando que tanto a petição de fls. 2014/2016 como a petição de fls. 2110/2127 não se fizeram acompanhar de documentos aptos a comprovar a real incapacidade do indiciado para comparecer nas datas designadas para seu interrogatório (os comprovantes apresentado são de meses atrás).

Acesso ao Sumário

Decreto a REVELIA do indiciado, nos termos do disposto no artigo 211, § 3º, da Lei n. 8.989/79 e 66 do Decreto n. 43.233/2003" (fls. 198).

Não merece reproche mencionada decisão.

Conquanto o impetrante tenha pleiteado a redesignação de duas audiências especialmente agendadas para sua oitiva (vide fls. 194/5), **José Merivaldo** realmente não anexou aos autos documentos aptos a lastrear a alegação de que estava impossibilitado de comparecer aos atos procedimentais ocorridos nos dias 15.08.2017 e 10.10.2017 por motivo de saúde.

Registre-se que a fls. 196 foi encartado documento referente ao agendamento de sessão de quimioterapia para o dia 14.09.2017 em nome de *"VALDIVIO VIANA DA SILVA"*, e a fls. 197 foi anexado relatório médico referindo que o impetrante *"COMPARECE À CONSULTA AMBULATORIAL PARA ACOMPANHAMENTO DE COMORBIDADES. POSSUI ANTECEDENTE PESSOAL DE DIABETES MELITUS TIPO 2 INSULINO-DEPENDENTE, CA DE BEXIGA COM REALIZAÇÃO DE QUIMIOTERAPIA ATUAL DE MANUTENÇÃO, INSUFICIÊNCIA CARDÍACA CRÔNICA COM DESCOMPENSAÇÃO RECENTE, NEUROPATIA PERIFÉRICA COM AMPUTAÇÃO DE 5 PODODACTILO DIREITO HÁ 3 MESES AINDA EM PROCESSO DE CICATRIZAÇÃO DE COTO CIRÚRGICO, COM NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CURATIVO DIÁRIO E ACOMPANHAMENTO COM CIRURGIA VASCULAR, ENDOCRINOLOGISTA, CARDIOLOGISTA E UROLOGISTA.*

PACIENTE NÃO APRESENTANDO CONDIÇÕES DE RETORNAR AO TRABALHO E REALIZAR SUAS ATIVIDADES LABORAIS NO MOMENTO, DEVENDO PERMANECER AFASTADO POR TEMPO INDETERMINADO".

Frise-se no entanto, que, além de o citado relatório médico não ter consignado a impossibilidade de o autor comparecer aos atos do procedimento disciplinar ora em exame, consta no documento a data de 22.01.2018; ou seja, o relatório foi elaborado cerca de cinco meses após a primeira audiência designada para interrogatório de **José Merivaldo**, o que não evidencia as condições de saúde do autor à época assinalada para os aludidos atos processuais.

VI. Por derradeiro, contrariamente ao que sustenta o impetrante, **houve defesa técnica** no procedimento disciplinar instaurado em face de **José Merivaldo**, apoio profissional, aliás, contratado por ele.

É o que se observa das cópias das petições encartadas a fls. 22/8 e 194/5, subscritas pelo patrono do impetrante.

Cumpre registrar ademais o que ressaltou a ilustre autoridade apontada como coautora:–

"... O impetrante foi devidamente citado e constituiu defensor particular nos autos; entretanto, ao invés de atuar com o intuito de resguardar seus interesses e expor sua versão dos fatos, ele se limitou a reiteradamente requerer a suspensão do procedimento, sob argumento de que estava em

Acesso ao Sumário

licença médica e que a competência para apuração dos fatos era exclusiva da ALESP" (fls. 273).

VII. Diante do exposto, **denego a Segurança.**

Deixo de fixar honorários advocatícios em atenção ao artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2102921-42.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante VANDERLEI DE SOUZA SANTANA, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.455)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), RICARDO ANAFE, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, VICO MAÑAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração por candidato aprovado em concurso público e nomeado para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário junto a este E. Tribunal de Justiça (4ª Região Administrativa Judiciária – Osasco) – Posse indeferida pela d. autoridade coatora – Inexistência do alegado direito líquido e certo – Ausência de boa conduta do candidato (art. 47, V, da Lei 10.261/68) – Impetrante condenado na esfera penal por estelionato

Acesso ao Sumário

– Prescrição retroativa da pretensão punitiva que não afasta a boa conduta exigida para a posse em cargo público – Precedentes – Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por candidato aprovado em concurso público e nomeado para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário junto a este E. Tribunal de Justiça (4ª Região Administrativa Judiciária – Osasco) que, no entanto, teve sua posse indeferida pela d. autoridade coatora, mediante despacho proferido aos 25 de março do corrente ano.

Sustenta o impetrante que a decisão administrativa objeto da presente impetração ofende direito líquido e certo, haja vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva relativa à condenação na esfera criminal, preenchendo os requisitos do artigo 37, I e II, da Constituição Federal.

Prossegue dizendo que a prevalecer o impedimento à posse junto ao cargo público para o qual fora inicialmente nomeado, haverá afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo a r. decisão administrativa vergastada afrontado o primeiro, previsto na Lei Federal n. 9.784/1999. Pugnou pela concessão de liminar e, ao final, a concessão da segurança a fim de que se determine sua imediata reconvocação, seguida de nomeação e posse.

O despacho de fls. 144/145 admitiu o processamento da presente impetração, sem a concessão de liminar, deferida a gratuidade ao impetrante.

Informações prestadas às fls. 148/158.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 168/172), 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 foi, de fato, aprovado e nomeado para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário junto a este E. Tribunal de Justiça (4ª Região Administrativa Judiciária – Osasco). Entretanto, teve sua posse indeferida, mediante despacho proferido aos 25 de março do corrente ano – objeto da presente impetração (fls. 76) – por desatender um dos requisitos previstos no item II, alínea *i*, do Edital do respectivo certame, qual seja, '**preencher as exigências para a posse previstas na Lei Estadual n. 10.261/1968**', especificamente o disposto em seu artigo 47, V, qual seja, '**ter boa conduta**'.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Incontroverso que o impetrante fora demitido por justa causa pela Caixa Econômica Federal no ano de 1997 por fato que ensejou o ajuizamento de ação penal por estelionato, tendo sido condenado a pena de um ano e quatro meses de reclusão, bem como ao pagamento de treze dias-multa (conforme fls. 98/108).

Ao contrário do que sustenta, o reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva não afasta a ausência do requisito da boa conduta exigida pelo já citado artigo 47, V, como aliás, bem observado no parecer da Exma. Juíza Assessora da Presidência deste E. Tribunal de Justiça (transcrito com as informações), no sentido de que '... *o envolvimento do interessado em fatos graves como empregado em empresa pública, ainda que pretérito, releva que não ostenta a boa conduta esperada para o exercício das funções de escrevente*...' (fls. 152).

Nem se diga, de outra parte, que o indeferimento da posse do impetrante afrontaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que a ausência do requisito da '**boa conduta**' é que afronta o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput/CF) e verdadeiro pressuposto para o ingresso no serviço público. Ou, nas bem lançadas considerações do judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, '... **a condenação criminal, mesmo que prescrita, demonstra a incompatibilidade do exercício da função pública, uma vez que o fato criminoso fora perpetrado, justamente, no exercício de sua anterior função, fato esse ensejador de sua demissão por justa causa**...' (fls. 170).

Em vista de tal quadro, força convir pela ausência de direito líquido e certo do impetrante, não padecendo o ato praticado pela d. autoridade coatora de qualquer espécie de ilegalidade. Ao contrário, fez uso do poder discricionário, sem qualquer resquício de arbitrariedade, mas em atenção à legislação que rege a matéria.

Aliás, 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

Acesso ao Sumário

págs. 139:

"**3.5. Conceito de direito líquido e certo.**

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."

Decidindo caso similar, recente precedente deste C. Órgão Especial, extraído dos autos do Mandado de Segurança n. 0007544-78.2019.8.26.0000, Rel. FERRAZ DE ARRUDA, conforme segue:

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA CARGO DE AGENTE DE FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – IMPETRANTE EXCLUÍDO POR OSTENTAR CONDENAÇÃO CRIMINAL POR CRIME INCOMPATÍVEL COM A FUNÇÃO PÚBLICA – OMISSÃO, ADEMAIS, DA INFORMAÇÃO POR OCASIÃO DA SELEÇÃO – REQUISITOS DA TRANSPARÊNCIA E CONDUTA ILIBADA QUE DEVE APRESENTAR O ASPIRANTE A QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA NÃO DEMONSTRADOS – DECISÃO ADMINISTRATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, TENDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO OBSERVADO OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Extraem-se desse último aresto as seguintes considerações que bem se amoldam ao caso concreto, ao fundamentar que:

"Em que pese o impetrante tenha confirmado que sofreu condenação criminal, tendo cumprido a pena imposta e obtido a reabilitação criminal, o fato é que era seu dever, como norma de boa conduta e boa-fé, ter informado tal circunstância.

Era, pois, seu dever legal e editalício declarar não ter sofrido, ao exercer eventual função pública, penalidade alguma nessa e decorrente dessa atividade (item 15.5, 'n' pág. 42).

Além disso, nota-se que o impetrante foi condenado a pena privativa de liberdade e multa, por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo com emprego de arma de fogo e destruição ou rompimento de obstáculo mediante uso de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum, na

Acesso ao Sumário

forma tentada), cumpriu a pena, obteve a reabilitação (págs. 237/239, 241/243 e 247/250), mas obteve também como efeito dessa condenação, a perda da função pública que exercia, qual seja, Escrivão de Polícia (artigo 92, I, "b", do Código Penal).

Pois bem.

O edital do concurso, norma à qual aderiu o candidato quando se inscreveu para concorrer ao cargo, previa, como supra mencionado, em seu item 15.5, 'n', que o candidato não poderia ter sofrido condenação criminal incompatível com o exercício da função pública almejada.

Não bastasse a condenação por roubo com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, na forma tentada (crime grave, ainda mais por ter sido praticado quando ocupava o cargo de escrivão de polícia), era de rigor que não tivesse omitido esta informação.

Assim, ainda que tenha obtido a reabilitação, a boa conduta continua sendo requisito para ocupar cargo público, ou seja, é dever de todo e qualquer servidor público a conduta ilibada, a probidade, a transparência de caráter.

O impetrante omitiu a informação, o que caracteriza conduta incompatível com a higidez de caráter exigida para o exercício do cargo almejado que envolve auditorias contábeis.

(...)

Inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade na decisão administrativa ora apontada como arbitrária e ilegal, uma vez que amplamente fundamentada, com base em elementos de prova constantes dos autos administrativos (aqui colacionados), tendo sido devidamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa: Inexiste, pois, o alegado direito líquido e certo...".

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.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088808-83.2019.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante N.S.F., é agravado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo de instrumento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.720)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de julho de 2019.

ARTUR MARQUES, Relator e Vice-Presidente

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INSURGÊNCIA DA AVÓ PATERNA CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A COLOCAÇÃO DA MENOR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E SUSPENDEU O DIREITO DE VISITAS DOS FAMILIARES.

1. Restou evidenciada nos autos a falta de condições dos genitores para assumirem os cuidados com a menor, pois ambos são usuários de drogas e recusam qualquer tipo de tratamento, bem como da agravante que além de possuir limitações físicas em virtude da idade avançada (90 anos), poucas vezes realizou visitas à neta.

2. Embora não deva ser ignorada a prioridade estabelecida na lei para a permanência dos menores no convívio com a família biológica, a análise da avaliação

Acesso ao Sumário

psicossocial demonstra que o encaminhamento da menor à família substituta se mostra como a melhor solução para o caso.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina obediência aos princípios da proteção integral e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, além de eleger o superior interesse da criança e do adolescente como referencial a pautar todas as decisões a eles relacionadas.

4. Embora o receio da agravante, de que a colocação provisória da neta em lar substituto possa ser convalidada com o tempo, seja legítimo e justificável, inviável que este temor se sobreponha aos interesses da menor.

5. Não pode o acolhimento institucional ser postergado por tempo indeterminado e ao interesse de seus familiares, sob risco de ter os próprios direitos fundamentais subjugados, o que é inadmissível.

6. Levando-se em consideração o melhor interesse da criança, que indiscutivelmente se sobrepõe aos interesses da agravante, a suspensão das visitas da família natural à menor objetiva não criar embaraços a sua colocação em família substituta, não se olvidando o fato de que, no caso concreto, a avó paterna teve pouco contato com a neta durante seu acolhimento.

7. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por N.S.F. contra decisão proferida pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Sorocaba que, nos autos da ação de destituição do poder familiar ajuizada pelo Ministério Público, determinou a colocação da infante M.A. em família substituta e a suspensão de visitas dos familiares.

Sustenta, em síntese, a nulidade da decisão agravada, sob o argumento de que se deve aguardar o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar para realizar a inscrição da criança no cadastro disponível para a adoção, conforme disposto no artigo 1º, da Resolução nº 54 do CNJ. Ademais, alega que não foram esgotadas todas as tentativas de aproximação com a família natural ou extensa, inexistindo fundamento para que a infante seja colocada em família substituta, haja vista que a avó paterna, ora agravante, tem interesse em

Acesso ao Sumário

permanecer com a criança.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela para reformar a decisão agravada, restabelecendo-se as visitas dos familiares à criança e suspendendo-se a determinação para a colocação da infante em família substituta (fls. 01/09).

Indeferida a antecipação do efeito suspensivo (fls. 28/30), foi apresentada contraminuta (fls. 39/42).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 45/53).

É o relatório.

2. Segundo consta, o núcleo familiar é composto por E.A.S. e V.S.O., genitores da menor M.A., nascida em (...) e por N.S.F., avó paterna da menor e ora agravante.

O pleito ministerial decorre do relatório encaminhado pelo Conselho Tutelar que, em 11 de maio de 2018, foi notificado pela Santa Casa de Sorocaba acerca do nascimento da criança e que a genitora seria usuária de crack, não tendo realizado pré-natal por receio de a filha ser acolhida institucionalmente.

Conforme narra a inicial, a genitora vive em um quarto nos fundos da residência da agravante, mãe de seu último companheiro, o qual, à época, se encontrava recolhido no sistema prisional e, ainda, que nenhum de seus outros filhos estão sob sua guarda.

Diante deste panorama, a magistrada *a quo* deferiu a tutela de urgência para determinar o acolhimento institucional da criança, sendo decretada a suspensão do poder familiar da requerida (fls. 20/21 dos autos principais).

Durante o trâmite do processo, foi deferido o aditamento à inicial para incluir no polo passivo o suposto genitor, decretando-se a suspensão do poder familiar dele em relação à menor. Na mesma decisão, determinou-se a elaboração de avaliação psicossocial da família da criança (fls. 174 dos autos de origem).

Em referido estudo restou evidenciada a falta de condições dos genitores para assumirem os cuidados com a menor, pois ambos são usuários de drogas e recusam qualquer tipo de tratamento, bem como da agravante que além de possuir limitações físicas em virtude da idade avançada (90 anos), poucas vezes realizou visitas à neta na instituição de acolhimento (fls. 182/186):

> Levando em consideração que não foi observada mobilização dos genitores na tentativa de assumir os cuidados de M., ambos continuam fazendo uso de drogas e se mostram muito resistentes a realização de qualquer tratamento.
>
> Considerando que a Sra. N. não reúne condições de assumir a guarda da neta, devido às limitações já pontuadas no presente relatório e que ela mesma conseguiu reconhecê-las.
>
> Considerando que não foi observada movimentação de qualquer outro

Acesso ao Sumário

familiar no sentido de se responsabilizar por M.

Considerando que em contato com a equipe da instituição fomos informados que as visitas da Sra. N. para a neta, tem sido esporádicas, sendo que a última teria ocorrido em janeiro/19 e dos genitores ocorreu uma única vez.

Considerando ainda que se trata de uma criança em tenra idade e sabemos que neste período de desenvolvimento é fundamental a convivência familiar. E também que a institucionalização pode acarretar o comprometimento dos vínculos afetivos estáveis e levar a prejuízos de ordem somáticas, intelectuais e emocionais.

Neste momento, visando o melhor interesse da M., o parecer psicossocial é de que ela seja colocada em família substituta.

Desta forma, a sugestão apresentada pelas técnicas do juízo e pelo Ministério Público em audiência, para a colocação da criança em família substituta, foi acolhida pela Magistrada (fls. 190/191) e, consequentemente, impugnada com a interposição do presente agravo de instrumento.

E em que pesem os esforços da combativa Defesa, seus argumentos não derruem o entendimento firmado na origem.

Com efeito, não se ignora a prioridade estabelecida na lei para a permanência dos menores no convívio com a família natural.

No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina obediência aos princípios da proteção integral e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, além de eleger o superior interesse da criança e do adolescente como referencial a pautar todas as decisões a eles relacionadas.

Respeitadas tais premissas, embora o receio da agravante, de que a colocação provisória da neta em lar substituto possa ser convalidada com o tempo, seja legítimo e justificável, inviável que este temor se sobreponha aos interesses da menor.

Como se sabe, a Constituição Federal institui que:

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

Tal previsão é repetida na legislação infraconstitucional, sobretudo no artigo 19 do ECA, o qual encabeça capítulo próprio no Diploma:

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

Acesso ao Sumário

desenvolvimento integral.

Há, ainda, diversas determinações de que a criança e o adolescente afastados do convívio familiar tenham a guarda entregue a terceiros com a finalidade de garantir-lhes os direitos supramencionados:

> Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.
>
> Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:
>
> (...)
>
> VII – campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Assim, não pode o acolhimento institucional ser postergado por tempo indeterminado e ao interesse de seus familiares, sob risco de ter os próprios direitos fundamentais subjugados, o que é inadmissível.

Por fim, levando-se em consideração o melhor interesse da criança, que indiscutivelmente se sobrepõe aos interesses da agravante, a suspensão das visitas da família natural à menor tem como escopo evitar embaraços a sua colocação e adaptação em família substituta, não se olvidando ainda que, no caso concreto, a avó paterna teve pouco contato com a neta durante seu acolhimento.

Destarte, são suficientes os motivos para a manutenção da decisão impugnada, resguardando-se o direito da petiz à convivência familiar.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo de instrumento**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3001225-43.2019.8.26.0000, da Comarca de Borborema, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado N.M.C. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, em parte, ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 18 de julho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTO.

Ação pleiteando medicamento Concerta 36mg a menor portador de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade. Possibilidade de concessão de liminar em face do Poder Público. Ampliação do prazo para cumprimento mantida.

Agravo provido, em parte.

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de decisão (fls. 35/36 – autos de origem) que deferiu a tutela de urgência em **ação de obrigação de fazer** (fls. 01/10 – autos de origem) determinando o fornecimento de medicamento *Concerta 36mg*, no prazo de 05 (cinco) dias, a menor enfermo hipossuficiente, portador de *transtorno de déficit de atenção e hiperatividade*.

Sustentou, em resumo, o desacerto da decisão. Prazo exíguo para cumprimento. Ausência de preenchimento dos requisitos no decidido no REsp nº 1.657.156 do **Col. STJ** acerca da comprovação da utilização ou ineficácia dos medicamentos fornecidos pela rede pública e tampouco a imprescindibilidade do medicamento. Vedação das liminares em face da Fazenda Pública em observância à Lei nº 8.437/92. Daí o efeito suspensivo e a reforma, oportunidade em que requereu, subsidiariamente, a dilação do prazo para cumprimento (fls. 01/20).

Deferido, em parte, o efeito suspensivo (fls. 22/23).

Sem resposta (fl. 27).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 30/38).

É o relatório.

2. Fundada, em parte, a pretensão recursal.

Restringe-se o julgamento única e exclusivamente à manutenção, ou não, do deferimento no fornecimento do medicamento Concerta 36mg, no prazo de 05 (cinco) dias. Inadmissível avançar considerações sobre o mérito da causa.

De início, não merecem guarida as alegações da impossibilidade de concessão de liminares contra o Poder Público.

O apelante equivoca-se ao afirmar que as Leis nºs 8.437/92 e 9.494/97

Acesso ao Sumário

proíbem, sem qualquer ressalva, a concessão de medidas de caráter satisfativo contra a Fazenda Pública.

Nesse esteio:

> *"Ao estabelecer que 'não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação', o § 3º do art. 1º, da Lei n. 8.437/92, está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao 'status quo ante', em caso de sua revogação."* (**STJ** – REsp nº 664224/RJ – j. 06.09.06 – Rel. Min. **TEORI ALBINO ZAVASCKI**).

E ainda: REsp nº 433.262/RS – Rel. Min. **LUIZ FUX** – v.u. j. de 21.11.02 in RSTJ 171/99; AI nº 260.307.5/7 – Rel. Des. **SIDNEI BENETI** in RT 803/227; AI nº 330.931.5/9 – Rel. Des. **AFONSO FARO** – v.u. j. de 18.08.03; AI nº 333.507-5/6 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** – v.u. j. de 01.09.03; AI nº 352.414-5/0 – v.u. j. de 24.11.03; AI nº 975.936-5/5 – v.u. j. de 09.11.09 e AI nº 990.10.550.030-7 – v.u. j. de 17.01.11 de que fui Relator, dentre outros arestos no mesmo sentido.

O MM. Juiz ***a quo***, diante dos elementos trazidos aos autos, entendeu presentes os requisitos suficientes a viabilizar a medida pleiteada:

> *"Examinando a inicial, observo desde já, a necessidade de concessão de liminar consistente em imposição ao requerido a obrigação de fazer."*
>
> *"Com efeito, consta dos autos prova inequívoca de que a parte autora é portadora de doença(s) déficit de atenção e hiperatividade, conforme laudo médico de fls. 17 a qual constitui enfermidade que exige tratamento contínuo. Houve concordância do Ministério Público a concessão da tutela (fls. 32/33)."*
>
> *"Há, nos documentos que acompanham a inicial, verossimilhança do quanto foi alegado pela parte autora e, ademais, se a tutela antecipatória não foi concedida, a parte autora poderá sofrer dano irreparável, com a piora do seu quadro clínico e com o comprometimento de sua higidez, relevando destacar, ademais, que um dos princípios em que se assenta a República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III)."*
>
> *"De outro lado, importa que o pedido implica o resguardo do direito mais sagrado do ser humano, que é o direito à vida."*
>
> *"Posto isso, impede reconhecer que os requisitos necessários à tutela específica estão preenchidos, de sorte a possibilitar o seu deferimento, mesmo porque não deve prevalecer a vetusta tese de que não cabem provimentos de urgência contra a Fazenda Pública."*
>
> *"Aliás, sobre este tema é melhor caminhar com o Ministro CELSO DE MELLO, quando este, sabiamente, decidiu que: '...entre proteger a*

Acesso ao Sumário

inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm força de legislação local, programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes'."

*"assim sendo, **DEFIRO** a tutela específica pleiteada, de modo a determinar ao(s) requerido(s), que conceda gratuitamente, no prazo de 05 dias, à parte autora o(s) medicamento(s) CONCERTA 36mg, na quantidade exigida pelo médico, devendo o fornecimento ser ininterrupto, até o dia em que a presente decisão seja revista."* (fl. 35 autos de origem).

Como aqui se tem julgado:

"... o exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele." (AI nº 0.047.130-60.1998.8.26.0000 – v.u. j. de 11.11.98 – Rel. Des. **VALLIM BELLOCCHI**; AI nº 0.203.518-97.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 01.02.13 – Rel. Des. **COIMBRA SCHMIDT** e AI nº 0.245.356-20.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 06.02.13 – Rel. Des. **REBOUÇAS DE CARVALHO**, dentre inúmeros outros no mesmo sentido).

De outra parte:

"... somente se demonstrada a ilegalidade do ato de deferimento ou negatório da liminar ou o abuso de poder do magistrado, e isto de forma irrefutável, seria admissível a substituição de tal ato vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior." (AI nº 316.545-5/4 – Rel. Des. **CHRISTIANO KUNTZ** – v.u. j. de 10.03.03 e AI nº 0.009.608-71.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 05.02.13 – Rel. Des. **AROLDO VIOTTI**).

A medida, no âmbito da **discricionariedade** conferida ao magistrado, **não** se apresenta como manifestamente teratológica a justificar modificação, **exceto** em relação ao prazo para cumprimento da obrigação.

Ora, no confronto entre os valores em questão, **razoável** opte o magistrado por prestigiar a vida e a saúde humanas em detrimento de outros valores menos relevantes, sob pena de **irreversibilidade** das consequências se reconhecida apenas a final a pertinência do reclamo.

Autor, portador de *"transtorno de déficit de atenção e hiperatividade"*, ajuizou ação em 24.01.19 pretendendo o fornecimento do medicamento

Acesso ao Sumário

"Concerta 36mg" (fls. 01/10). Deferida, em parte a tutela de urgência (fls. 22/23), observo dos autos de origem, **não** havendo, até o presente momento, **nenhuma notícia** de entrega do fármaco ao paciente.

Diante desse cenário, afigura-se **escorreita** a r. decisão.

Aguarde-se, portanto, o julgamento da lide, quando analisada a pretensão com a apropriada profundidade, **subsistindo**, enquanto isso, a presente situação, inclusive, mantendo-se o prazo para cumprimento ampliado para 30 (trinta) dias (fl. 22), em virtude da necessidade de procedimentos administrativos.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Dou provimento, em parte, ao recurso.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1001708-86.2016.8.26.0526/50000, da Comarca de Salto, em que é agravante MUNICÍPIO DE SALTO, é agravada B.F.E. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.059)**

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, 18 de julho de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO.

1. Acesso da criança à educação – ausência de

intromissão indevida do judiciário em questões de outro poder.

2. As normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar a efetividade dessas normas não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder.

3. Inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA e súmulas 63 e 65 deste Tribunal.

4. Posição pacífica desta Corte e dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

5. A manutenção da criança matriculada somente em meio período impede que ela desfrute plenamente dos programas educacionais e assistenciais existentes, como também inviabiliza a dedicação de seu responsável aos compromissos profissionais.

6. Ademais, frise-se que os honorários advocatícios fixados em primeira instância não foram contestados pelas partes, sendo mantida nesta instância. A irresignação do ora agravante repousa na verba sucumbencial arbitrada em grau recursal – R$ 100,00 (cem reais) –, valor que se mostra razoável e atende os dispositivos constantes no artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil.

7. Para efeitos de prequestionamento, desnecessária a manifestação explícita do Tribunal de origem a respeito das normas invocadas, uma vez que para sua satisfação, basta a implícita discussão à matéria impugnada.

8. Agravo Interno não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Salto contra a decisão monocrática proferida às fls. 166/172 dos autos principais, que negou provimento ao reexame necessário e à apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, bem como fixou honorários advocatícios recursais em desfavor do apelante, ora agravante, no valor de R$ 100,00 (cem reais).

Sustenta, em síntese, a inexistência de comprovação da negativa

Acesso ao Sumário

administrativa da solicitação de vaga em creche. No mais, repisa os argumentos da apelação, alegando que os gastos públicos devem atender a Lei de Responsabilidade Fiscal e que a interferência do Judiciário na questão afronta o princípio da separação de poderes. Em continuidade, ressalta o caráter educacional e não assistencialista dos serviços de creche para fundamentar a importância da manutenção dos períodos de férias escolares, bem como para justificar a restrição da permanência dos menores nas instituições de ensino infantil. Por fim, afirma que a verba honorária fixada na origem merece ser mantida. Requer, pelos motivos expostos, o provimento do recurso, prequestionando a matéria (fls. 01/10).

É o relatório.

2. Respeitadas as ponderações feitas pelo agravante, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter a decisão monocrática deste Relator, que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário. Verifica-se, ainda, que a agravante repete a argumentação já analisada na referida decisão.

Como já explicitado no julgado impugnado, a autora cumpriu os requisitos para obtenção da vaga em creche pleiteada na inicial: faixa etária adequada (fls. 16) e o documento de fls. 15 confirma a recusa administrativa da solicitação. Subsiste, portanto, o interesse de agir da menor e a necessidade do Judiciário se pronunciar acerca do mérito discutido na demanda.

No mais, a obrigação de fazer imposta pela r. sentença ao Município, de disponibilizar gratuitamente vaga em creche próxima à residência da menor, decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe, ademais, a Constituição Federal, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Ainda no mesmo sentido, para obtenção de vaga gratuita em unidade pública de educação infantil, há as súmulas 63 e 65 deste Tribunal.

Compete ao Poder Público municipal, frente a eventual insuficiência de vagas, tomar as providências necessárias para que essa deficiência seja suprida, não podendo eximir-se do dever que lhe foi imposto pela própria Constituição Federal.

Além disso, no aparente conflito de normas que tratam do direito à educação, de um lado, e de matéria orçamentária, de outro, é indiscutível a prevalência do primeiro, em face dos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal, que tratam de princípios e direitos fundamentais.

Também não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios que envolvem direitos fundamentais de incapazes, diante da inércia por parte da Administração Pública na implementação de políticas públicas que lhe foram determinadas pelo legislador constitucional, o que revela, com esse seu comportamento negativo, desprezo pela autoridade da Constituição.

Resta clara, portanto, a possibilidade do Poder Judiciário exigir o cumprimento, quando provocado, do direito da criança interessada e o correspondente dever da Municipalidade de possibilitar o exercício pleno do seu direito fundamental à educação, mediante matrícula em creche mantida pelo Poder Público municipal.

Depois, a manutenção da criança matriculada somente em meio período impede que ela desfrute plenamente dos programas educacionais e assistenciais existentes, como também inviabiliza a dedicação de seu responsável aos compromissos profissionais.

E o serviço de creche prestado pelo Poder Público possui natureza essencial, não podendo ser interrompido nem prestado de maneira insuficiente, sob pena de se criar obstáculo à concretização plena da garantia constitucional.

Vale frisar que os honorários advocatícios fixados em primeira instância não foram contestados pelas partes, sendo mantida nesta instância. A irresignação do ora agravante repousa na verba sucumbencial arbitrada em grau recursal – R$ 100,00 (cem reais) –, valor que se mostra razoável e atende os dispositivos constantes no artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, não há razões que recomendem a reconsideração ou reforma da decisão hostilizada.

Por fim, para efeitos de prequestionamento, desnecessária a manifestação explícita do Tribunal de origem a respeito das normas invocadas, uma vez que para sua satisfação, basta a implícita discussão à matéria impugnada.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006605-

Acesso ao Sumário

15.2017.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que é apelante MUNICÍPIO DE BIRIGUI, é apelado M.E.R.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria, negaram provimento ao apelo, vencido o 3º Juiz, que declara." **(Voto nº 32.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), 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 julho de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano

Ementa: Apelação – Ação de obrigação de fazer – Procedência – Menor com diagnóstico de transtornos hipercinéticos (CID F90) distúrbio desafiador e de oposição (CID F 91.3 e F41) – Necessidade de medicamentos – Garantia constitucional do pleno acesso à saúde – Direito de todos e dever do Estado – Inteligência do art. 196 e seguintes da Carta Republicana – Aplicação das Súmulas 29, 37 e 66 deste Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação deduzida pelo Município de Birigui contra a r. sentença (fls. 97/103) que julgou procedente o pedido para condenar a Municipalidade local a assegurar ao autor, o custeio ou fornecimento de 2 (duas) caixas de medicamento Escitalopram 20mg, por mês, nos moldes prescritos por seu médico (fl. 32), confirmando a tutela antecipada de fls. 50/53.

Apela a Fazenda Pública Municipal de Birigui, alegando, em síntese, afronta aos princípios constitucionais da reserva do possível, da legalidade, da hierarquização do SUS, da razoabilidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Aduz que o atendimento do medicamento pleiteado é realizado através do Programa de Alto Custo de responsabilidade do ente estadual e a imposição do fornecimento de forma individualizada caracteriza lesão ao equilíbrio orçamentário e violação direta ao acesso igualitário aos serviços de saúde. Pede seja o recurso provido para reformar a r. sentença (fls. 111/119).

Acesso ao Sumário

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 135/141), a decisão mantida (fls. 150/151) e, nesta instância, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da decisão de primeiro grau (fls. 156/162).

É o relatório.

De se ressaltar, inicialmente, que o v. acórdão proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015) firmou a seguinte tese (Tema 106):

"Constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos fixados neste julgado, a saber:

I – Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II – Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

III – Existência de registro na ANVISA do medicamento".

E, como bem lembrado pela Douta Procuradoria-Geral em seu parecer, houve modulação dos efeitos do v. acórdão, vinculativo (art. 927, inciso III, do CPC/2015), no sentido de que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do julgamento, publicado no DJe de 04/05/2018, assim, não há que se exigir no caso concreto constante dos autos a presença de todos os critérios e requisitos presentes na tese fixada sob o art. 1.036 do CPC/15.

De outra parte, cumpre destacar que o artigo 198 da Carta Magna dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde, traçando suas diretrizes, das quais ora merecem destaque: a) "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (inciso I); b) "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais" (inciso II). Nos §§ 1º e 2º do citado dispositivo, ainda em relação ao Sistema Único de Saúde, nossa Lei Maior consagra a responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios.

No mesmo sentido o artigo 4º da Lei Federal nº 8.080/90 estabelece que o Sistema Único de Saúde constitui-se pelo "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público".

Por sua vez, o artigo 196 da Constituição Federal é expresso ao estabelecer 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 e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, José Afonso da Silva, comentando o art. 196 da Constituição, ensina que a obrigação imposta na cláusula *"a saúde é dever do Estado"* compreende *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta"* (in 'Comentário Contextual à Constituição', Malheiros Editores, São Paulo, 3ª edição, p. 768).

Portanto, em razão da responsabilidade solidária dos entes componentes da Federação, cabe tanto ao Distrito Federal, como aos Municípios, aos Estados e à União garantir a todos o direito à saúde. Destarte, pode o cidadão escolher e exigir assistência à saúde de qualquer dos entes públicos, ou de todos conjuntamente.

Anotem-se, a respeito, as Súmulas nºs 37 e 66 deste Tribunal, respectivamente: *'A ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno'*; *'A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município'*.

A jurisprudência, portanto, é nesse sentido, cabendo aqui, por oportuno, também trazer à colação julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, com voto subscrito pelo Eminente Ministro NELSON JOBIM, no Agravo no RE n.º 255.627-1, *in verbis*:

"... A referência, contida no preceito, a 'Estado' mostra-se abrangente, alcança a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (...) Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem."

Acesso ao Sumário

Com efeito, a prescrição (fls. 31/32 e demais documentos juntados as fls. 33/44) foi feita por médico devidamente habilitado para o tratamento da paciente e a garantia constitucional da primazia da saúde não pode ser afastada por qualquer razão. Não cabe ao Poder Público indicar qual o melhor tratamento para a enfermidade que acomete a apelada, mas ao profissional por ela escolhido e que a acompanha, pois tanto o médico da rede pública de saúde ou particular está preparado para eleger a melhor terapêutica visando à cura ou o melhor tratamento da moléstia, nos termos estabelecidos no artigo 2º, do Código de Ética Médica:

"Art. 2º. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de

sua capacidade profissional".

Ademais, constitui direito da paciente a escolha do profissional e das práticas diagnósticas e terapêuticas, consagradas no artigo 56, do mesmo dispositivo:

> *"É vedado ao médico: Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida".*

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 os exarados pelos recorrentes posto que contrários a nossa Magna Carta. Com efeito, é imperativo constitucional e legal que a autora tem o direito à saúde.

A Lei nº 8.080/90, instituidora do Sistema Único de Saúde (SUS) também explicita, como objetivo básico, a assistência médica e tratamento integral da saúde, inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos (artigos 2º, 5º, 6º e 7º). O acesso à saúde, previsto constitucionalmente pelo artigo 196, é matéria de competência concorrente, sendo responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, indistintamente, a sua garantia.

O direito à saúde não se limita apenas ao aspecto hospitalar, mas também ao fornecimento, pelo Poder Público, da terapia, respectivo remédio e insumos aos necessitados. O interessado tem direito à vida e à saúde, como corolários do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CF), que é o norteador da interpretação e aplicação do direito. Se o Estado-Administração não atender a tais direitos de forma voluntária, o Poder Judiciário o compelirá ao cumprimento das garantias fundamentais dos cidadãos, até porque vigente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a toda lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, XXXV, CF).

É dever comum dos entes federados, portanto, de forma solidária, cuidar da saúde e da assistência pública, conforme deflui da análise do art. 196 em consonância com o art. 198 da Constituição Federal, que atribuíram papel relevante aos Estados nessa tarefa, outorgando-lhes competência comum para, juntamente com a União e o Município, preservarem a saúde pública e proteger os portadores de enfermidades graves, por meio da descentralização do sistema de saúde.

A Constituição Estadual, por sua vez, afirma que *"os Poderes Públicos estadual e municipal garantirão o direito à saúde mediante (...) o atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde"* (art. 219, parágrafo único, "4"). A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, ao instituir o Sistema Único de Saúde (SUS) não o fez para impor rigidez às atribuições de cada ente incumbido de promover e recuperar a saúde, mas sim para determinar a coparticipação e atuação articulada destes órgãos públicos, no

Acesso ao Sumário

intuito de ampliar e melhorar o atendimento à saúde pública em todo território nacional. Esta é a interpretação decorrente do art. 4º de citada Lei, que assim dispõe: *"O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)"*.

Os dispositivos acima citados foram criados obviamente para preservar o maior de todos os bens, a vida, pois sem ela não haveria razão para a existência de quaisquer direitos. Assim, o legislador, ao elaborar as diversas leis especiais que se referem à saúde, o faz com base no direito fundamental à vida, do qual é consectário o direito público subjetivo à saúde. Daí ser inoportuna a invocação de divisão de competências, em face do cidadão necessitado de assistência à saúde.

É de se consignar, mesmo, que *"a cogitação de óbices orçamentários revela-se impertinente, pois se trata de política pública implantada e em funcionamento, pressupondo-se que esteja contemplada nas leis orçamentárias"* (TJSP, Apelação nº 0005646-53.2011, Relator Desembargador Cláudio Augusto Pedrassi, j. 15/01/2013).

No caso em questão, a r. sentença determinou que *"as terapias e insumos deverão ser contratadas pelo meio menos oneroso para a Administração Publica, a critério do Administrador Público"* e já há sinais de cumprimento pelo poder público da determinação judicial (fls. 66/68), o que evidencia que não está a apelada prejudicando os demais beneficiários da rede pública de saúde, vale dizer, a apelada estará usando os meios necessários para o seu tratamento, com o menor custo possível para o Poder Público.

Assim, havendo prova suficiente da situação do menor, portador de doença que exige tratamento, e sendo o produto prescrito necessário, justifica-se acolher o seu pedido, com prioridade, pois a omissão, além de ofender o direito constitucional à saúde, pode até, em tese, representar insuperável ofensa ao princípio maior do natural direito à vida, inscrito no artigo 5º, "caput", da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Em suma, os elementos trazidos à baila são suficientes para reconhecer o direito subjetivo individual à saúde da apelada.

Nesse sentido:

*"REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUCIONAL – **DIABETES MELLITUS** – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS – GARANTIA DE RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA – PERTINÊNCIA SUBJETIVA ATIVA DA UNIÃO, DO ESTADO OU DO MUNICÍPIO. 1. O art. 196 da Constituição Federal é norma de eficácia imediata, independendo de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao*

direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou insumos. 2. A pretensão ao fornecimento de remédio ou de insumos, bem como à realização de determinado exame necessários ao tratamento da saúde pode ser dirigida à União, ao Estado ou Município, porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 662.033/RS). 3. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos fere o direito subjetivo material à saúde, direito individual do direito fundamental à vida – RECURSOS DESPROVIDOS" (Apelação nº 1032475-08.2015.8.26.0053, Des. Rel. Amorim Cantuária, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 3ª Câm. de Direito Público, j. em 12/04/2016, Data de Registro: 14/04/2016).

E, não cabe ao Poder Judiciário decidir a respeito da adequação ou não de determinado tratamento, desde que sejam observadas balizas fundamentais previstas em lei. Nessa medida, restou comprovado que o paciente necessita dos fármacos prescritos pelo médico que o acompanha, motivo pelo qual a obrigação subsiste em sua integralidade, em obediência aos preceitos constitucionais que lhe impõe o dever de prover a saúde daquele que não tem condições de fazê-lo por si.

O direito do autor, portanto, convém repetir, está cabalmente demonstrado nos autos e decorre, de um lado, do direito constitucional garantido aos cidadãos brasileiros de acesso à saúde e, de outro, da negativa injustificada no fornecimento do medicamento de que necessita. Constata-se, assim, que outra alternativa não lhe restou senão se socorrer da tutela jurisdicional a fim de ver assegurado seu direito.

Dessa forma, a concessão do pleito era mesmo devida.

Tal posição encontra arrimo em diversos precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, dentre eles:

"Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento". (SL 47 AgR, Rel. MIN. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 17/03/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO

Acesso ao Sumário

SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento à recorrida, paciente destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Desse modo, a usuária dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento". (AG. REG. NO ARE N. 788.795-PR, Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, Informativo 741)

No âmbito desta Câmara Especial, quanto ao tema em debate, não é outra a orientação:

"Menor. Medicamento. Tratamento. Fornecimento gratuito pelo Poder Público. É obrigação do Poder Público disponibilizar, gratuitamente, todos os meios necessários à proteção e recuperação da saúde, bem assim fornecer, sem custo algum, medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação de enfermos necessitados." (TJ/SP Apelação nº 0004692-47.2009.8.26.0642, Rel. Presidente da Seção de Direito Criminal).

Pelo exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 66623)

Ouso divergir do entendimento da d. maioria, para negar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação.

O autor alega ser portador de transtornos hipercinéticos, distúrbio desafiador e de oposição e transtornos ansiosos e pleiteia o fornecimento do medicamento escitalopram 20mg, que, contudo, não consta da Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais – RENAME.

Em que pese a propositura ser anterior ao julgamento pelo STJ do Recurso Especial 1.657.156/RJ (Tema 106 – *"Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"*), cujos efeitos foram modulados, **não** há impedimento para a adoção do entendimento lá externado. Evidente, aliás, que o fato de ter ocorrido a modulação dos efeitos do julgamento não é impeditivo do acolhimento do entendimento lá externado. Muito ao contrário, tal modulação apenas permite que se decida em sentido contrário nos processos já aforados, o que é coisa muito diferente. A modulação diz respeito, apenas, ao efeito **vinculativo** da decisão (art. 927, III, do C.P.C.). Porém, a Turma Julgadora não está obrigada a julgar em sentido contrário ao

entendimento do STJ, Corte à qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional.

A tese fixada no julgamento do recurso referido encontra-se assim redigida, verbis: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a* ***presença cumulativa dos seguintes requisitos:*** ***(i)*** *Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;* ***(ii)*** *incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;* ***(iii)*** *existência de registro na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela Agência".*

Logo, já está sedimentado pelo STJ o entendimento de que não existe obrigação incondicionada de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Recurso Especial 1.657.156/RJ). Ficou assentado que o fornecimento de medicamento não incorporado exige a comprovação não apenas da respectiva imprescindibilidade, mas também da ineficácia de outros fármacos fornecidos gratuitamente pelo SUS para tratamento da doença.

No caso, a hipossuficiência econômica do menor está demonstrada pelos documentos a fls. 21/23, tanto que proposta ação por advogado nomeado nos termos do Convênio entre a OAB e DPE. Além disso, o fármaco requerido está devidamente registrado na ANVISA e autorizado para comercialização em todo o território nacional, consoante se constata através de consulta ao sítio respectivo. Contudo, como o fármaco não está relacionado entre aqueles fornecidos pelo SUS e que são gratuitos, seria necessária a comprovação, por meio de relatório médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o menor, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento e da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia. Porém, disso **não** há prova nos autos, pois o relatório a fls. 31 apenas atesta que o menor foi diagnosticado com TDAH, ansiedade e transtorno opositor desafiante de difícil controle, com piora clínica nos últimos dois meses, e no momento faz uso do medicamento postulado, bem como dos fármacos risperidona, fenobarbital, e clonazepam. Não evidencia a efetiva imprescindibilidade do medicamento, tampouco a ineficácia, para tratamento da doença, de outros fármacos fornecidos gratuitamente pelo SUS. Da mesma forma, os relatórios e laudos médicos a fls. 32, 34, 35, conquanto atestem o diagnóstico do menor, não confirmam a necessidade do medicamento, menos ainda a ineficácia das alternativas terapêuticas existentes no SUS. Logo, não estão preenchidos, in casu, os requisitos cumulativos reconhecidos pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.657.156/ RJ.

São esses motivos pelos quais nego provimento ao reexame necessário e

Acesso ao Sumário

ao recurso de apelação.

É como voto, sempre tributado o devido respeito ao entendimento divergente.

Campos Mello, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001119-95.2019.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante S.R.C.J., é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, declararam a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do acórdão, prejudicado o exame do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.249)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 8 de agosto de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA QUE APLICA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CENÁRIO QUE ENSEJA PRAZO PRESCRICIONAL DE QUATRO ANOS. LAPSO QUE DECORREU ENTRE A SENTENÇA E A PRESENTE DATA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito então tipificado no art. 157, § 2º, I e II, e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. Conforme disposto na Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, "a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas".

3. A medida socioeducativa de internação é aplicada

Acesso ao Sumário

pelo prazo máximo de três anos, o que enseja prazo prescricional de quatro anos (art. 109, IV, c.c. 115 do CP).

4. Entre a data da sentença e a presente data transcorreu o lapso temporal superior, de modo que a prescrição deve ser reconhecida.

5. Exame do mérito prejudicado.

6. Recurso conhecido tão somente para reconhecer a prescrição da pretensão socioeducativa.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 50/54, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito então tipificado no art. 157, § 2º, I e II, e aplicou ao adolescente S.R.C.J. a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

A d. Defesa sustenta apenas o excesso na imposição da medida socioeducativa e busca seu abrandamento (fls. 87/90).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 95/99.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 103/106 pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Preliminarmente, registra-se que o expediente sob exame se trata de restauração de autos originalmente distribuídos sob o nº 0003773-65.2013.8.26.0271, cuja sentença foi proferida em 16 de outubro de 2013.

E, diante da não localização dos autos físicos na origem, tem-se que não houve qualquer movimentação processual desde fevereiro de 2015 (fls. 65), de modo que transcorreu lapso temporal suficiente para que a prescrição seja reconhecida de ofício, por se tratar de questão de ordem pública (art. 61 do CPP), ainda que não tenha sido matéria de apelo – até porque não havia como ser arguida àquela altura.

Conforme disposto na Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, ***"a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas"*** e, como sabido, tal instituto submete-se às regras dispostas nos artigos 109 e seguintes do Código Penal.

Após o trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada (artigo 110, § 1º, do Código Penal), servindo de base de cálculo, quando aplicado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo fixado na sentença para cumprimento da medida socioeducativa imposta.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, restou consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em caso da mesma comarca:

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI 8.069/1990. ECA. ATO INFRACIONAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. 1 ANO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR 4 MESES. PRESCRIÇÃO DE 2 ANOS. OCORRÊNCIA. SÚMULA 338/STJ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. Ordem concedida liminarmente nos termos do dispositivo.
>
> Da análise dos trechos transcritos, observa-se que a instância ordinária contrariou a jurisprudência deste Superior Tribunal, isto é, se a prescrição penal, por analogia, se aplica aos procedimentos por ato infracional, as regras acerca da matéria, taxativamente previstas no Código Penal – inclusive no que diz respeito aos marcos interruptivos – devem servir em todos os seus termos (AgInt no REsp n. 1.422.168/RN, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2017). Melhor esclarecendo, no caso, entre o registro da sentença em cartório, que ocorreu em 3/11/2015, e o julgamento da apelação pela Câmara Especial (em 26/11/2018), transcorreu lapso temporal superior a dois anos. Por conseguinte, estabelecido o cumprimento da medida socioeducativa pelo prazo de 1 ano, deve ser considerado o prazo prescricional de 4 anos, nos termos do art. 109, inciso V, do CP, sendo que, por ser tratar de menor, à época da prática delitiva, o prazo prescricional é reduzido à metade, consolidando-se em 2 anos (AgInt no REsp n. 1.752.157/CE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).[1]

No caso sob exame, a r. sentença aplicou ao apelante medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado. Contudo, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que tal medida, a mais gravosa de todas, será aplicada pelo prazo máximo de três anos (art. 121, § 3º).

Sendo este o parâmetro a ser levado em conta, tem-se que o prazo prescricional seria de 08 anos (artigo 109, IV, do Código Penal). Com a aplicação do redutor do artigo 115 do CP, chegamos ao prazo real de 04 anos.

Entre a sentença (16/10/2013, fls. 50/54) e a presente data (17/07/2019), transcorreu o lapso temporal superior a cinco anos, de modo que a prescrição deve ser reconhecida.

Assim, extinta a punibilidade (artigo 107, IV, do Código Penal), resta prejudicada a análise do mérito recursal.

3. Ante o exposto, conhece-se do recurso tão somente para **reconhecer de ofício a prescrição da pretensão socioeducativa e julgar extinta a punibilidade com fulcro no disposto no artigo 107, IV, do Código Penal.**

Acesso ao Sumário

1 STJ, HC 495.571, 5ª T., rel. Min Sebastião Reis Junior, j. 27.02.2019

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0023342-79.2019.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO CAETANO DO SUL, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA.

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 (4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.434)**

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, 1º de julho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Ação de execução. Distribuição ao Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara, correspondente ao endereço dos réus. Remessa ao Juízo da 6ª Vara Cível de São Caetano do Sul, prolator da decisão homologatória sobre os termos de partilha acordados em divórcio consensual. Impossibilidade. Pedido de adimplemento do compromisso pactuado. Matéria típica do Direito das Obrigações, de natureza estritamente patrimonial. Faculdade legal conferida à exequente, permitindo a escolha pelo Juízo onde domiciliados os executados. Inteligência do art. 516, parágrafo único, do CPC. Precedentes.

Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 6ª Vara Cível de São Caetano do Sul contra o MM. Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara, nos autos de **ação de execução** promovida por A.P.C.M. contra F.L.M. e outros.

Alegou o suscitante, em suma, a natureza autônoma da demanda proposta, com caráter meramente obrigacional, devendo ser discutida no juízo cível para o qual foi distribuída inicialmente, apesar de a obrigação inadimplida ter origem nos autos de divórcio consensual processados ali anteriormente (fls. 01/03).

Designou-se o juízo suscitado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 05).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de competência está configurado. Ambas as Magistradas declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

No caso, a ação de execução foi distribuída originalmente à 4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara, entendendo a MMª. Juíza pelo encaminhamento dos autos à 6ª Vara Cível de São Caetano do Sul, por dependência, visto que se pretende o cumprimento de obrigação assumida em acordo de divórcio homologado por aquele Juízo, devendo-se aplicar os termos do art. 516, II, do CPC (fl. 219 do Proc. nº (...)).

Ao discordar do raciocínio, a MMª. Juíza contemplada pela remessa suscitou o presente conflito (fls. 01/03).

Como apontado pela magistrada suscitante, **cinge-se** o pedido ao adimplemento de compromisso firmado, matéria típica do **Direito das Obrigações**, portanto, de natureza estritamente patrimonial. Não há discussão remanescente no tocante à partilha, já pactuada.

Assim, a escolha da autora por executar o título judicial no domicílio dos réus ampara-se em **faculdade** conferida em seu benefício pela legislação, no art. 516, parágrafo único, do CPC:

> *"Art. 516. O **cumprimento da sentença** efetuar-se-á perante:"*
>
> *"I – os tribunais, nas causas de sua competência originária;"*
>
> *"**II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição**;"*
>
> *"III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo."*
>
> ***"Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o***

Acesso ao Sumário

exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.*"* (grifei)

Incabível, portanto, a declinação da competência pelo MM. Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara, que abrange os endereços dos executados.

Colhem-se precedentes da **C. Câmara Especial** no mesmo sentido:

"Conflito de competência – Execução de título judicial – Feito remetido ao suposto prolator da sentença nos termos do art. 516, II, do CPC – Descabimento – Título emanado de Centro Judiciário de Solução de Conflito (CEJUSC) que não gera vinculação a qualquer juízo – Opção da parte para execução do acordo – Domicílio da executada que se submete à jurisdição do Foro Central – Escolha que se adequa à hipótese prevista no art. 516, parágrafo único, do CPC – Conflito acolhido – Competência do suscitado (37ª Vara Cível Central da Comarca da Capital)." (CC nº 0.008.621-25.2019.8.26.0000 – j. de 09.04.19, v.u. – Rel. Des. **RENATO GENZANI FILHO**).

"Conflito negativo de competência. Honorários sucumbenciais. Cumprimento de sentença distribuído no foro do domicílio da executada. Declínio da competência ao Juízo em que formado o título executivo judicial. Descabimento. Faculdade conferida ao advogado de promover a execução autônoma dos honorários advocatícios no foro do domicílio da executada. Inteligência dos artigos 23, do Estatuto da OAB, e 516, § único, do CPC. Competência do MM. Juízo suscitado, da Vara do Juizado Especial Cível de São José do Rio Preto. Conflito procedente." (CC nº 0.013.311-34.2018.8.26.0000 – j. de 30.07.18, v.u. – Rel. Des. **LÍDIA CONCEIÇÃO**).

"Conflito negativo de competência. Cumprimento de sentença. Demanda distribuída a Juízo diverso daquele onde formado o título executivo judicial. Propositura pautada no domicílio do executado. Possibilidade. Inteligência do artigo 516, inciso II e parágrafo único do Código de Processo Civil. Conflito procedente, para declarar competente o Juízo Suscitante." (CC nº 0.034.801-49.2017.8.26.0000, j. de 18.09.17, v.u. – Rel. Des. **ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI**).

De tal modo, a demanda deve prosseguir no Juízo onde foi livremente distribuída.

3. Procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitado (4ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara da Capital).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0021982-12.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE PINHEIROS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 26ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça 9de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 26ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 64649)**

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, 12 de julho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL DISTRIBUÍDA NO FORO CENTRAL DA CAPITAL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ELEGEU O FORO DA CAPITAL PARA A SOLUÇÃO DE LITÍGIOS. PROLAÇÃO DE SENTENÇA NO JUÍZO SUSCITADO, ANULADA PELA INSTÂNCIA SUPERIOR. POSTERIOR DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA E REMESSA DOS AUTOS PARA O FORO REGIONAL DE PINHEIROS, DOMICÍLIO DO ANTERIOR EXEQUENTE. CESSÃO DE CRÉDITO NO CURSO DA DEMANDA. ATUAL EXEQUENTE COM DOMICÍLIO NO RIO DE JANEIRO. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO DA 26ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros diante da decisão

declinatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por CGG Trading S/A contra Avant Logística e Serviços Portuários Ltda.

Argumenta a suscitante que, no curso da execução, houve cessão do crédito e que a atual exequente tem domicílio no Rio de Janeiro, e a executada, em Santos. Sustenta que não há motivo que justifique, após três anos de tramitação da demanda no juízo suscitado, a remessa dos autos ao suscitante, em área em que nenhuma das partes tem domicílio.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que os dois magistrados se reputaram incompetentes para apreciar a mesma causa.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

As partes firmaram cláusula de eleição de foro, às fls. 44 e 51, que assim dispõe: *"As Partes elegem o Foro da Comarca de São Paulo/SP para dirimir quaisquer dúvidas relativas ao presente instrumento, renunciando a outro por mais privilegiado que seja"*.

E a execução foi ajuizada na Capital, em consonância com a cláusula de eleição, e livremente distribuída ao juízo suscitado. Lá tramitou por três anos e houve a prolação de sentença de indeferimento da inicial (fls. 275/277), posteriormente anulada pelo Tribunal de Justiça (fls. 496/503). Com o retorno dos autos, houve alteração do polo ativo, diante da cessão do crédito ao Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados Alternative Assets I, domiciliada na cidade do Rio de Janeiro (fls. 539/542).

Nada justifica a remessa dos autos ao juízo suscitado.

Primeiro, porque o cedente, que tinha endereço em área de jurisdição do Foro Regional de Pinheiros, não mais integra a execução. Atualmente, as duas partes têm domicílio fora da Capital, e a tramitação da execução em São Paulo decorre de cláusula de eleição.

Segundo porque, depois de três anos de tramitação da execução no juízo suscitado, mesmo que uma das partes mudasse de domicílio, incidiria o princípio da perpetuatio jurisdictionis, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil: *"determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta"*.

A finalidade da norma é preservar o Juiz natural e permitir o

Acesso ao Sumário

desenvolvimento processual da forma mais estável possível, contemplando somente duas exceções, não verificadas no presente caso.

Pelo exposto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 26ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019641-13.2019.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE SALTO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SALTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U., designando o Juízo do Juizado Especial Cível da Comarca de Salto como competente", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.304)**

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, 16 de julho de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de ressarcimento de danos materiais – Feito ajuizado após o decurso do prazo previsto no artigo 23 da Lei nº 12.153/09 – Competência absoluta dos Juizados Especiais – Inteligência do artigo 2º, 'caput', e § 4º, da Lei nº 12.153/2009 e Provimento nº 2.203/14 do Conselho Superior da Magistratura – Incidência do Provimento nº 2.321/2016, do Conselho Superior da Magistratura – Conflito julgado procedente – Precedentes desta Câmara – Competência do MM. Juizado Especial Cível de Salto, ora suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juizado Especial Cível de Salto em face do MM. Juízo da 3ª Vara Cível da referida comarca, em autos de ressarcimento de danos materiais ajuizado por Virgílio Garcia Duarte contra o referido município.

O MM. Juízo suscitante, em suma, alega que a atuação do Juizado Especial nas causas fazendárias se dá por designação, vez que ainda não instalada Vara especializada, circunstância esta que importaria em não se falar, *in casu*, de competência absoluta.

O MM. Juízo suscitado, por sua vez, alega que o Provimento 13/2018, da Corregedoria Geral desta Corte reiterou a competência dos Juizados Especiais Cíveis para o processo e julgamento de temas de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública nas comarcas onde não instalado o último.

Designou-se o Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 57).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça entendeu não ser é hipótese de intervenção do *Parquet* de acordo com a legislação vigente (fls. 64).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os juízos declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda.

Na hipótese, assiste razão ao MM. Juiz suscitante.

De plano, ressalto que a ação foi ajuizada depois do encerramento do prazo de limitação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, elencado pelos artigos 23 e 28, ambos da Lei nº 12.153/09.

Nesse sentido: *'Conflito Negativo de Competência – Ação cautelar de sustação de protesto – Valor da causa inferior a sessenta salários mínimos (art. 2º da Lei nº 12.153/2009) – Autos redistribuídos à Vara do Juizado Especial – Admissibilidade – Exclusão de competência não verificada – Crédito de natureza fiscal – Decurso do prazo quinquenal previsto no art. 23 da Lei n. 12.153/2009 – Competência plena do Juizado Especial da Fazenda – Provimento n. 2321/2016 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – Competência do Juízo suscitante para a espécie'* (CC nº 0058676-19.2015.8.26.0000; Relator Des. Ricardo Dip, Câmara Especial, julgado em 15/02/2016).

Assim, a restrição imposta não vige mais ante o decurso do prazo quinquenal. Aliás, o Conselho Superior da Magistratura editou o Provimento nº 2.321/2016 alterando o teor do art. 9º do Provimento nº 2.203/2014, dispondo que a competência dos Juizados da Vara da Fazenda é plena.

Igualmente, *in casu*, cumpre registrar que expresso é o teor do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/09: *'É de competência dos Juizados Especiais da*

Acesso ao Sumário

Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos'.

Outrossim, quando inexistente na Comarca Vara da Fazenda Pública, claramente determina o artigo 2º, e incisos, do Provimento nº 1.768/10, que a competência é de fato do Juizado Especial: *'Ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei 12.153/2009 as seguintes unidades judiciárias: I – na Comarca da Capital, as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública; II – nas Comarcas do interior, enquanto não instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública: a) as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas; b) as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada; c) os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento'*.

Assim decidiu esta CÂMARA ESPECIAL, por votação unânime, em voto relatado pelo Eminente Desembargador Vice-Presidente do Tribunal, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 0038887-97.2016.8.26.0000: *'Conflito de Competência – Ação de cobrança – Ausência de Vara Fazenda Pública na Comarca de Americana – Análise do pedido não revestida de complexidade – Competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que é parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos – Inteligência do artigo 8º do Provimento CSM 2.203/14 e artigo 2º, caput, e § 4º, da Lei 12.153/2009 – Competência para o processamento da demanda do Juizado Especial Cível – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante'*.

Do exposto, julga-se **procedente** o conflito, declarando-se a competência do MM. Juizado Especial Cível de Salto, ora suscitante.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0023086-39.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO TATUAPÉ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 43ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

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 43ª Vara Cível do Foro Central da Capital para processar e julgar a demanda.

V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 65398)**

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, 17 de julho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICAL DE COTAS CONDOMINIAIS PROPOSTA NO FORO CENTRAL, ONDE SITUADO O CONDOMÍNIO EDILÍCIO. REMESSA PARA O FORO REGIONAL DO TATUAPÉ, LOCAL DE DOMICÍLIO DO EXECUTADO. MEDIDA EQUIVOCADA. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PROPTER REM. COMPETÊNCIA DO FORO DO LOCAL DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 53, III, d, DO CPC. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO DA 43ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé em face do MM. Juiz de Direito da 43ª Vara Cível do Foro Central da Capital, nos autos da execução de título extrajudicial de cotas condominiais proposta por Residencial Joaquim Carlos contra Emerson Querino Bitencorte.

Argumenta a suscitante que a ação foi distribuída ao juízo suscitado, cujo magistrado declinou da competência por entender que a ação deve tramitar no foro do domicílio do executado, local sob a jurisdição do Foro Regional do Tatuapé. Sustenta o equívoco da decisão, pois a competência é do foro do local do cumprimento da obrigação, onde situado o condomínio edilício, por se tratar de obrigação de natureza propter rem.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

66, inciso II, do Código de Processo Civil, pois os dois Juízes se reputaram incompetentes para apreciar a mesma causa.

Assiste razão à Juíza suscitante.

Trata-se de execução fundada em dívida decorrente de despesas condominiais vencidas, obrigação de natureza propter rem, por força do art. 1.315 do Código Civil. Prevalece, portanto, para efeitos de fixação da competência, a regra do art. 53, inciso III, "d", do Código de Processo Civil, que fixa a competência do foro do local do cumprimento da obrigação, em contraposição ao disposto no art. 781, inciso I, do Código de Processo Civil (foro do domicílio do executado).

Desse modo, uma vez que o condomínio edilício está situado em área de abrangência do Foro Central da Capital, deve ser reconhecida a competência do Juiz suscitado para processar a execução.

Nesse sentido, confira-se recente precedente dessa Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança de despesas condominiais. Demanda ajuizada no Foro Central da Comarca da Capital, onde situado o condomínio edilício. Remessa dos autos para o Foro Regional do Ipiranga, local de domicílio dos réus. Impossibilidade. Obrigação de natureza propter rem, conforme inteligência do artigo 1.315 do Código Civil. Norma do artigo 53, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Civil vigente que, na espécie, prevalece sobre qualquer outro critério para fixação da competência. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do MM. Juízo da 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, ora suscitado." (C.C. 0002950-21.2019.8.26.0000, Rel. Des. Issa Ahmed, j. 08/04/2019).

Pelo exposto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 43ª Vara Cível do Foro Central da Capital 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 0020680-45.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do

Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.182)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação ordinária condenatória de cunho obrigacional decorrente de contrato de prestação de serviços – Remessa à Vara Empresarial e Conflito de Arbitragem – Descabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais – Inteligência dos artigo 2º da Resolução 763/2016 e artigo 6º da Resolução 623/2013 – Resolução nº 763/2016, que evidencia a necessidade de simetria entre a competência da Vara empresarial e das Câmaras Reservadas – Precedentes – Competência afeta às Varas Cíveis – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

VOTO

Cuida-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL CENTRAL, ambos da comarca de São Paulo, que, em ação ordinária ajuizada por *Blackpartners Consultoria Empresarial Ltda.* contra *ABBB Eletrônicos, Comércio, Serviços e Reciclagem Ltda.*, declinou de sua competência.

Aduz o Juízo suscitante que a demanda tem cunho obrigacional e versa sobre relação contratual comercial, cuja disciplina se encontra disposta nos Títulos V e VI do Livro I da Parte Especial do Código Civil, o que em nada se relacionaria à matéria prevista no Livro II, também da Parte Especial do mesmo Diploma Civil, esta, sim, de competência das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à arbitragem da comarca da Capital, nos termos do artigo 2º, da Resolução nº 763/2016, desta E. Corte de Justiça (fls. 312/317, do Proc.

Acesso ao Sumário

nº 1011316-48.2018.8.26.0006).

Por sua vez, o Juízo suscitado argumenta que a demanda versa sobre matéria de competência absoluta das Varas Empresariais (fls. 310, dos autos de origem).

Designado o Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DA CAPITAL) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 3/4).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito foi suscitado em *ação ordinária* condenatória, que tem por objeto a relação contratual firmada entre as partes para a prestação de serviços, sendo reivindicada a sua contraprestação pecuniária que não teria sido paga.

Da inicial constam os seguintes pedidos: *"i) a condenação da empresa ré ao pagamento do montante correspondente a 3% (três por cento) do valor total pago pela CORDON DO BRASIL LTDA pela participação societária da ré, ou R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), o que for maior, caso a transação tenha sido ajustada por valor inferior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), OU ao pagamento do montante correspondente a 3% (três por cento) do valor total pago pela CORDON DO BRASIL LTDA pela participação societária da ré, ou R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o que for maior, caso a transação tenha sido ajustada por valor superior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); E (ii) à transferência da participação societária da ré em percentual a ser apurado de acordo com o disposto na Cláusula 2, alínea 'b' do contrato celebrado entre as partes"*.

Percebe-se, assim, que a demanda visa, unicamente, à obtenção da contraprestação prevista em contrato de prestação de serviços comerciais.

Com efeito, a competência das Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem da Capital é fixada pela Resolução nº 763/2016:

> *"Art. 2º As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), cessando, em relação às últimas, a competência das Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital".*

A norma em exame não previu a competência das Varas Empresariais para

Acesso ao Sumário

processar e julgar demandas que versem acerca de relação contratual comercial, prevista nos Títulos V e VI, do Livro I da Parte Especial do Código Civil. Portanto, trata-se de matéria estranha à competência da Vara Especializada.

Encontra respaldo tal conclusão na Resolução nº 623/2013, deste Tribunal de Justiça que, em seu artigo 6º, prevê a competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, afirmando:

> *"Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Privado a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que formarão o Grupo de* ***Câmaras Reservadas de Direito Empresarial****, com* ***competência****, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as* ***ações principais, acessórias e conexas****, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquia (Lei nº 8.955/1994)"* (grifei).

A Resolução nº 763/2016, ao cuidar da competência das Varas Empresariais (artigo 2º), manteve a mesma redação do artigo 6º, da Resolução nº 623/2013, apenas acrescentando *as ações decorrentes da Lei de Arbitragem* (Lei 9.307/96), a indicar, por similitude, que a execução por título extrajudicial não está sob sua competência, pois também não se encontra afeta à Câmara Reservada de Direito Empresarial.

Aliás, nos "considerandos" da Resolução nº 763/2016, consta, expressamente, *a necessidade de replicar integralmente em primeiro grau de jurisdição a competência das Câmaras Empresariais, em ordem a melhor atender as especificidades dos litígios desta específica área de atuação, seja sob o enfoque da celeridade almejada, seja no escopo de refletir maior segurança jurídica, imprescindível ao tráfego negocial*.

A questão já foi examinada por esta Colenda Câmara Especial:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação cominatória derivada de contrato de aquisição de combustível do posto de gasolina da autora, distribuída livremente ao Juízo Cível do Foro Regional de Santana. Determinação de remessa dos autos para uma das Varas Empresariais e Conflitos de Arbitragem da Capital. Descabimento. Inexistência de discussão acerca da violação da marca ou concorrência desleal, mas apenas do descumprimento contratual. Matéria não incluída no rol de competência definido no artigo 2º da Resolução do Órgão Especial nº 763/2016. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, ora suscitado"* (CC nº 0017035-12.2019.8.26.0000, Rel. DES. ISSA AHMED, j. 18/07/2019).

Acesso ao Sumário

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança – Contrato de trespasse – Demanda que busca o adimplemento da obrigação relativa ao pagamento de valores derivados de contrato de venda e compra de ponto comercial – Remessa do feito à Vara especializada empresarial – Descabimento – Execução por título extrajudicial que não compõe matéria inserida no rol taxativo do art. 2º da Res. nº 763/16 do c. Órgão Especial – Norma de exceção que deve ser interpretada restritivamente – Escopo da especialização da Justiça, ademais, que não se coaduna com indiscriminada ampliação de seu espectro de competência – Necessidade de se observar a simetria da matéria afeta às Varas Empresariais com as atribuições das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, previstas no art. 6º da Res. 623/13 desta c. Corte – Precedentes – Conflito acolhido – Competência do suscitado (1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara)" (CC nº 0013046-95.2019.8.26.0000; Rel. DES. RENATO GENZANI FILHO; j. 03/06/2019).

No mesmo sentido: CC nº 0015388-79.2019.8.26.0000, Rel. DES. ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI, j. 03/06/2019 e CC nº 0010479-91.2019.8.26.0000, Rel. DES. SULAIMAN MIGUEL, j. 08/04/2019.

Portanto, a competência deve ser dirigida às Varas Cíveis e não às especializadas de Direito Empresarial.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2213469-71.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são suscitantes REGINALDO MARTINS RIBEIRO, MARIA APARECIDA VITA BALDO, MARIA GORETTI DE PAULA SÁ FIGUEIREDO, MARIA JOSE CAMILO DE SOUZA, MARINILZA FRAGA E SILVA DE SOUZA, MAURI ZORZATTO, MIGUEL PEREIRA DA SILVA FILHO, MARIA APARECIDA LOSNAK, RENI SIMÕES BAPTISTA, ROSÂNGELA DONADAI CASTILHO, SHIRLEI LUZIA PESSUTO PEREIRA, SUELI DE FATIMA SANTOS SOARES, SUELI SELMA PEREIRA, VALDETE BUENO, VERA LÚCIA LUZ, ISAUL MOREIRA, DENISE DELBONIS DO PRADO, ARNALDO DOMINGUES BRANDÃO, CARLITO SOARES DOS SANTOS, CÉLIA BENEDITA CAMPOS SCRITTORE, CÉLIA MARIA DE CARVALHO, CLAUDINA MARIA FERREIRA PRADO, CLEIDE ORTEGA DA FONSECA AUGUSTO, JOSÉ CARLOS DOS SANTOS, EDNA CRISTINA PEREIRA

Acesso ao Sumário

DE ALMEIDA, ELISABETH NOGUEIRA ROSSI AGUIAR, ELIZABETE CRISTINA DA CRUZ LEMES, ELPIDIO GOMES DE ARAUJO, JAILSON AMARAL e JOSÉ ALVES DA SILVA, são suscitados MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL e MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam a r. sentença (fls. 230/231) e acolheram o presente conflito de competência e declararam a competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.341)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 7 de agosto de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Conflito suscitado pelos autores. Ação ordinária proposta por servidores públicos em face da SPPREV visando a incorporação de adicional à aposentadoria. Litisconsórcio ativo facultativo. Competência declinada ao Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital que, de ofício, extingue o feito, reconhecendo sua incompetência para processar pedidos feitos por autores domiciliados fora da comarca – Declinação de competência tácita, a permitir o conhecimento do conflito suscitado pela parte – Artigo 113, inciso III, do Código de Processo Civil. Aplicação dos artigos 46, *caput*, e 53, III, *a*, ambos do CPC, segundo os quais é competente o foro do domicílio do réu e do lugar em que se encontra a sede da pessoa jurídica nas ações em que for ré. Conflito procedente para, em homenagem à celeridade e economia processuais, anular a sentença e declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado por ISAUL MOREIRA E OUTROS, figurando como suscitados o MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA e o MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, ambos da comarca de São Paulo, ao argumento de que são servidores estaduais aposentados e ajuizaram, perante a Vara da Fazenda Pública da Capital, ação visando o recebimento de *adicional de desempenho da saúde*, com o respectivo pagamento das diferenças, contra a *SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV*, mas a competência foi declinada para o Juizado Especial da Fazenda Pública, que também reconheceu sua incompetência, extinguindo o feito.

Alegam ser equivocado o entendimento do MM. Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, em razão do disposto nos artigos 46 e 52, do Código de Processo Civil, que autorizam a propositura de ações como a presente no domicílio do réu.

Designado o MM. JUÍZO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 255/256).

É o relatório.

A questão da definição da competência para julgamento do presente feito não foi objeto de apreciação, em seu mérito, no Mandado de Segurança nº 2129182-78.2018.8.26.0000, eis que não conhecido, por ausência de adequação.

Possível, assim, a apreciação ampla a respeito da competência para o julgamento da ação proposta em litisconsórcio ativo multitudinário, em face da *SPPREV*.

O presente conflito é suscitado pela parte a partir de r. sentença, proferida pelo Juizado Especial da Fazenda Pública, que, reconhecendo a incompetência do Juízo para conhecer de pedidos apresentados por pessoas residentes em comarcas que não da Capital, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil e art. 51, III, da Lei 9.099/1995.

Acesso ao Sumário

Busca-se, em linhas finais, que se reconheça a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública para conhecer e julgar o processo dos suscitantes, ainda que sejam todos residentes em cidades do interior do Estado de São Paulo.

Embora não tenha ocorrido declinação expressa de competência pelo Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, é o caso de se reconhecer tal declaração de incompetência, pois este o fundamento do indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 51, III, da Lei 9.099/1995.

Sendo tácita a declaração de incompetência, após o recebimento dos autos de outro Juízo, que anteriormente declinara de sua competência, reconhece-se a existência de *conflito* apto a ensejar o conhecimento do presente, conforme já decidiu esta Colenda Câmara Especial (CC nº 2079403-57.2018.8.26.0000 e CC nº 2235240-08.2018.8.26.0000).

Pois bem. Os autores, servidores aposentados, litigam em litisconsórcio, almejando o reconhecimento do direito ao recebimento de adicional pessoal. O pedido foi inicialmente distribuído à 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, reconhecendo como critério de fixação da competência absoluta do Juizado Especial o valor individual de cada pedido, declinou da competência, determinando sua redistribuição.

Recebidos os autos pela 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, houve imediata prolação de sentença de extinção, sem resolução do mérito, reconhecendo a sua incompetência absoluta para processar e julgar pedidos de servidores domiciliados no interior em face de órgãos públicos, sujeitos ao rito sumaríssimo.

A pretensão de reconhecimento ao direito de inclusão de adicional pessoal em aposentadorias e pensões tem natureza pessoal, sujeitando-se às regras de competência geral previsto art. 46, *caput* e art. 53, III, *a*, do Código de Processo Civil, fixando-se o foro da sede da pessoa jurídica como o competente para conhecimento de tais pedidos.

Por conta disto, embora a *SPPREV*, como autarquia estadual, tenha atribuição administrativa sobre todos os servidores aposentados do Estado de São Paulo, não foge à regra geral de competência para ser processada. Assim, de rigor a fixação da competência a partir do local de sua sede, ou seja, na comarca da Capital, ainda que os autores sejam domiciliados em comarcas do interior. Isto sem prejuízo destes, em benefício de seu direito, litigarem em seu próprio domicílio, sujeitando-se o ato a eventual exceção de incompetência territorial.

Em suma, a *SPPREV* pode ser litigada na Capital por servidores aposentados e pensionistas residentes no interior, conforme sedimentada jurisprudência desta Colenda Câmara Especial:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação que visa o recálculo dos adicionais por tempo de serviço (quinquênio) com a inclusão do Prêmio de Incentivo proposta contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Ação fundada em direito pessoal. Demanda que, por disposição expressa de lei, deve ser aforada no domicílio do réu ou na sede da pessoa jurídica nas ações em ela for ré. Inteligência dos artigos 46, caput, e 53, inciso III, 'a', do Código de Processo Civil. Incompetência relativa que não pode ser declinada de ofício (Súmula 33 do STJ). Desnecessidade de produção de prova de alta complexidade. Competência do Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital"* (CC nº

Acesso ao Sumário

2145474-75.2017.8.26.0000 – Rel. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY – j. 23/10/2017).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Conflito suscitado pelos autores. Ação ordinária proposta por servidores públicos em face da Fazenda Pública visando à incorporação de diferença remuneratória. Litisconsórcio ativo facultativo. Artigo 113, inciso III, do Código de Processo Civil. Aplicação dos artigos 46, caput, e 53, III, a, ambos do CPC, segundo os quais é competente o foro do domicílio do réu e do lugar em que se encontra a sede da pessoa jurídica nas ações em que for ré. Pretensões individuais e específicas. Possibilidade de limitação do critério de alçada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao proveito econômico perseguido por cada litisconsorte. Irrelevância do fato de o valor global estimado pelos autores ser superior ao limite de sessenta salários mínimos. Para fins de competência, deve ser considerada como valor da causa a pretensão individual de cada litisconsorte. Nova orientação jurisprudencial preconizada por esta C. Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública" (CC nº 2235240-08.2018.8.26.0000 – Rel.ª DES. ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI – j. 18/03/2019).

Percebe-se, portanto, que a declaração de incompetência que fundamentou o decreto de extinção sem julgamento do mérito não se coaduna com o sistema legal, justificando-se, ante o princípio da celeridade e economia processuais, bem como o da informalidade existente nos Juizados Especiais, o reconhecimento da nulidade absoluta da r. sentença e, consequentemente, a declaração da competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

Observo, finalmente, que o reconhecimento de tal competência, fundada exclusivamente na questão territorial, não impede eventual limitação do litisconsórcio ativo multitudinário, nem a adequação da petição inicial quanto aos requisitos próprios do rito sumaríssimo, a ser apreciado pelo MM. Juízo de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **anulo** a r. sentença (fls. 230/231) e **acolho** o presente conflito de competência e **declaro** a competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0026390-46.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 25ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é

suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO CAETANO DO SUL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, declararam competente o MM. Juízo suscitado (5ª Vara Cível de São Caetano do Sul). Vencido o 3º Juiz que declarará voto", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.458)**

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, 8 de agosto de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Ação de cobrança. Honorários Advocatícios. Distribuição no Juízo correspondente ao escritório do autor. Alegação de incompetência em contestação, acolhida pelo magistrado, seguida de remessa ao foro de domicílio do réu. Existência somente de contrato verbal não afasta a aplicação do art. 53, III, "d", do CPC. Prevalência da regra especial sobre a geral prevista no art. 46 do mesmo diploma. Competência estabelecida segundo o local de satisfação da obrigação, de natureza essencialmente portável. Hipótese de pagamento a se aperfeiçoar no domicílio do credor. Orientação firmada em precedente do STJ. Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 25ª Vara Cível do Foro Central da Capital contra o MM. Juízo da 5ª Vara Cível de São Caetano do Sul, nos autos da **ação de cobrança** ajuizada por Marcos Cesar Orquisa contra Apto Desenvolvimento Imobiliário Ltda. e outros.

Alegou a magistrada suscitante, em suma, cuidar-se de cobrança de honorários advocatícios pactuados por contrato verbal, a ensejar a fixação da

competência pelo lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, consoante prevê o art. 53, III, "d", do CPC, no caso, o local do escritório do patrono, isto é, São Caetano do Sul (fls. 184/186 do Proc. nº 1.004.046-42.2018.8.26.0565).

Designou-se o juízo suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 03).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de competência está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

A ação de cobrança foi distribuída originalmente à 5ª Vara Cível de São Caetano do Sul. Em sede de contestação (fl. 103 dos autos de origem), os requeridos alegaram incompetência territorial, afirmando que, na ausência de contrato escrito sobre o pagamento de honorários advocatícios exigido, o processo deveria tramitar no domicílio do réu. Na sequência, ao acolher a preliminar, entendendo pela aplicação do art. 46 do CPC, o MM. Juiz determinou a redistribuição a uma das varas cíveis do Foro Central da Capital, conforme o art. 64, § 3º, do mesmo diploma (fl. 174 idem).

Com a remessa, por discordar do raciocínio, a MM. Juíza da 25ª Vara Cível daquele foro suscitou o presente conflito (fls. 184/186 idem).

Com efeito, a existência de contrato verbal não afasta a regra de competência do art. 53, III, "d", do CPC *("onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento")* – dispositivo utilizado pela magistrada suscitante para sustentar sua posição. Tal norma, de caráter especial, prevalece sobre a regra geral do art. 46 do mesmo diploma – domicílio do réu. Partindo dessa premissa, cabe perquirir se a hipótese comporta clara definição sobre o lugar de adimplemento, tendo em vista a carência de pacto escrito entre as partes. Surge, então, como necessária a busca de solução na legislação.

A situação se enquadraria no art. 327 do CC (*"Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias."*).

Ocorre que o próprio dispositivo define a prevalência do domicílio do devedor somente se não for possível extrair conclusão distinta da natureza da obrigação. E, na espécie, o pagamento de honorários advocatícios exsurge como essencialmente portável, isto é, cuja satisfação se dá no domicílio do credor.

Acesso ao Sumário

É esse o posicionamento adotado em precedente do **C. Superior Tribunal de Justiça**:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE CUNHO EMINENTEMENTE CONDENATÓRIO.*

PREVALÊNCIA DO FORO EM QUE A OBRIGAÇÃO DEVE OU DEVERIA SER SATISFEITA. ART. 100, IV, 'D' DO CPC.

1. O CPC estabeleceu que, como regra básica, a competência territorial é determinada pelo domicílio do demandado, nos termos do art. 94, trazendo, contudo, uma série de normas específicas, as quais, em razão da especialidade, devem prevalecer sobre a regra geral.

2. O art. 100, IV, 'd', do CPC dispõe ser competente o foro do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita para a ação em que se lhe exigir o cumprimento.

3. A ação de arbitramento de honorários possui cunho eminentemente condenatório, não obstante a ausência de certeza acerca da existência da relação contratual também conferir-lhe carga declaratória.

4. Ante a ausência de eleição de foro pelas partes, é competente para processar e julgar a ação de arbitramento de honorários, em processo de conhecimento, o foro do lugar em que a obrigação deve, ou devesse, ser satisfeita.

5. Recurso especial provido a fim de restabelecer a decisão interlocutória que reconheceu a competência do juízo do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo – SP para processar e julgar a causa sub judice." (REsp nº 1.072.318/SP – j. de 07.04.11, v.u. – Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**).

De tal modo, a demanda deve prosseguir no Juízo correspondente ao domicílio do advogado.

3. Procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitado (5ª Vara Cível de São Caetano do Sul).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.061)

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança de honorários advocatícios – Arguição de incompetência relativa pelo réu acolhida pelo Juízo suscitado, reconhecendo a competência territorial do lugar do domicílio do réu – Inexistência de interposição de recurso contra a decisão – Juízo suscitante que, ao receber o feito, suscita sua incompetência de ofício, com base em regra de competência relativa – Impossibilidade – Óbice das Súmulas 33, STJ e 77, TJSP – Precedentes

Acesso ao Sumário

– Conflito não conhecido.

Adoto o relatório do eminente Relator sorteado, DES. EVARISTO DOS SANTOS, mas, em que pese o brilho dos seus argumentos, sempre lúcidos, ouso deles divergir, a fim de *não conhecer do presente conflito*.

Cuida-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 25ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO CAETANO DO SUL, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios movida por Marcos Cesar Orquisa contra *APTO Desenvolvimento Imobiliário LTDA.*, Alexandre Garcia Rendeiro de Carvalho e Arnaldo Aparecido de Carvalho (Proc. nº 1004046-42.2018.8.26.0565).

O feito foi distribuído inicialmente ao Juízo suscitado que, diante da arguição de incompetência em contestação, fundada na competência pelo domicílio dos réus, por ausência de contrato escrito entre as partes, acolheu a preliminar e declinou da competência ao Juízo suscitante (fls.174 do proc. de origem).

O Juízo suscitante, por sua vez, recebidos os autos, alega a existência de contrato verbal de cobrança de honorários advocatícios, o que enseja a fixação da competência pelo lugar em que a obrigação deve ser satisfeita, nos termos do artigo 53, III, *d*, do Código de Processo Civil (fls. 184/186 dos autos originários).

Designado o Juízo suscitante para conhecer e decidir questões urgentes (fls.3).

Pois bem.

É caso de não se conhecer do conflito negativo de competência, embora ambos os Juízos se declarem incompetentes para conhecer o feito, o que, em tese, configura o conflito com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Isto porque, a questão discutida diz respeito à competência jurisdicional ***relativa***, prorrogável e não passível de conhecimento de ofício pelo Magistrado (STJ, Súmula 33).

Acesso ao Sumário

No caso concreto, proposta a ação na comarca de São Caetano do Sul, por conta do domicílio da parte autora, houve arguição de incompetência relativa, à vista da inexistência de contrato escrito de honorários advocatícios entre as partes.

O Juízo suscitado, acolhendo a arguição de incompetência, determinou a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis do Foro Central da comarca de São Paulo.

Recebendo os autos, o Juízo suscitante divergiu, declinando de ofício da

sua competência relativa, o que encontra vedação legal.

Com efeito, reconhecida a incompetência pelo Juízo suscitado, a partir de *arguição em contestação*, **a não interposição de qualquer recurso pela parte autora traduz aceitação da decisão**, não sendo possível ao Juízo que recebe o feito pretender o reconhecimento de sua incompetência territorial de ofício.

Incide, aí, o impedimento declarado na Súmula 33, do Superior Tribunal de Justiça, e na Súmula 77, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Neste sentido, aliás, tem decidido esta Colenda Câmara Especial:

***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de arbitramento de honorários advocatícios – Exceção de incompetência acolhida pelo suscitado** – Declinação da competência pelo suscitante – Impossibilidade – Decisão que, sob a égide do novo ordenamento processual, apenas pode ser rediscutida em sede de apelação – Permissivo legal disposto no art. 1.009, § 1º, do CPC – Competência relativa que obsta a recusa de ofício – Conflito não conhecido"* (CC nº 0003502-20.2018.8.26.0000 – Rel. DES. RENATO GENZANI FILHO – j. 26.02.2018).

***"Conflito de Competência** – Ação de indenização por danos morais e materiais – Causa regida por competência relativa – Exceção de incompetência acolhida – Remessa dos autos ao foro do domicílio da empresa ré – Impossibilidade de recusa da competência – Eventual inconformismo da decisão que deve ser deduzido pelas partes – Matéria decidida, sujeita à via recursal própria – Conflito não conhecido"* (CC nº 0029299-32.2017.8.26.0000 – Rel. DES. ADEMIR BENEDITO – j. 21/08/2017).

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** do presente conflito de competência.

FERNANDO TORRES GARCIA, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030329-34.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

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 (10ª Vara Cível da Capital), V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.552)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de agosto de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Ação de cobrança. Pretensão de adimplemento da obrigação pecuniária decorrente da aquisição de quotas societárias – Distribuição da ação na Vara Cível. Remessa à Vara Especializada. Inadmissível. Questão puramente patrimonial, afeta ao Direito das Obrigações. Não se trata de matéria estabelecida no rol do artigo 2º da Resolução nº 763/2016 do ETJSP. Precedentes.

Procedente o conflito. Competente o MM. Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Capital contra o MM. Juízo da 10ª Vara Cível do Foro Central da mesma comarca, nos autos **da ação de cobrança** ajuizada por Jane Stela Candido da Costa contra Lucimara Aparecida do Nascimento, sob o fundamento de ausência das hipóteses elencadas na Resolução nº 763/16 do **Eg. Tribunal de Justiça**, que regula a competência das Varas Empresariais da Capital.

Designou-se o juízo suscitado para a apreciação de 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).

Acesso ao Sumário

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

A demanda foi distribuída inicialmente para a 10ª Vara Cível da Capital, que declinou da competência, sob o argumento de que compete ao Juízo da Vara Empresarial e de Conflitos o processamento e julgamento da matéria discutida nos autos (fl. 20 do feito de origem).

O MM. Juízo da 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, discordando do entendimento, suscitou o conflito (fls. 24/27 idem).

No caso em tela, a requerente pleiteia o **simples adimplemento da obrigação pecuniária** decorrente da aquisição de quotas societárias pela ré, deixando claro que não tem a intenção de restabelecer a posse do estabelecimento comercial (fl. 02 idem).

A competência das Varas Empresariais está disciplinada na Resolução 763/2016, do ETJSP, especificamente em seu art. 2º, que dispõe:

> *"As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), cessando, em relação às últimas, a competência das Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital".*

Nota-se que o mérito da ação restringe-se ao possível inadimplemento de uma das cláusulas do contrato de venda e compra de estabelecimento comercial. Não se debate, em momento algum, sobre matéria eminentemente de direito empresarial.

Com efeito, a matéria em questão opera-se perante as varas cíveis, eis que a Resolução em exame não previu a competência das Varas Empresariais para processar e julgar ações de cobrança, ainda que fundadas em contratos de natureza empresarial, como na hipótese em análise, portanto, trata-se de matéria não abrangida pela jurisdição da Vara Especializada.

Em casos semelhantes, já apreciou esta **C. Câmara Especial**:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Execução de Título Extrajudicial. Contrato de Franquia. Remessa à Vara especializada. Impossibilidade. Execução de título extrajudicial que não se trata de matéria estabelecida no rol do artigo 2º da Resolução 763/2016. Precedentes. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado (2ª Vara Cível do Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó)".* (CC nº 0.035.025-50.2018.8.26.0000 - "v.u." j. de 17.09.18 - Rel. Des. **ANA**

Acesso ao Sumário

LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Execução de contrato de franquia – Demanda que busca o adimplemento da obrigação relativa ao pagamento de 'Royalties' pela exploração da atividade pelo franqueado – Remessa do feito à Vara especializada empresarial – Descabimento – Execução por título extrajudicial que não compõe matéria inserida no rol taxativo do art. 2º da Res. nº 763/16 do c. Órgão Especial – Norma de exceção que deve ser interpretada restritivamente – Escopo da especialização da Justiça, ademais, que não se coaduna com indiscriminada ampliação de seu espectro de competência – Necessidade de se observar a simetria da matéria afeta às Varas Empresariais com as atribuições das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, previstas no art. 6º da Res. 623/13 desta c. Corte – Precedentes – Conflito acolhido – Competência do suscitado (2ª Vara Cível Central da Capital)". (CC nº 0.022.779-22.2018.8.26.0000 - "v.u" j. de 30.07.18 – Rel. Des. **RENATO GENZANI FILHO**).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Execução por título extrajudicial – Distrato de contrato de franquia com confissão de dívida subscrito pelos devedores e duas testemunhas – Remessa à Vara Empresarial e Conflito de Arbitragem – Descabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais – Inteligência do art. 2º da Resolução 763/2016 e arts. 5º, II.3, e 6º da Resolução 623/2013 – Considerando contido na Resolução nº 763/2016 que evidencia a necessidade de simetria entre a competência da Vara empresarial e das Câmaras Reservadas – Precedentes – Competência afeta às Varas Cíveis – Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitado (30ª Vara Cível do Foro Central da Capital)". (CC nº 0.009.638-33.2018.8.26.0000 – "v.u" j. de 16.04.18 – Rel. Des. **FERNANDO TORRES GARCIA**)

Mais não é preciso acrescentar.

3. Procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitado (10ª Vara Cível da Capital).

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0006440-51.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

DO FORO REGIONAL DA LAPA, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 28ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

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 suscitada da 28ª Vara Criminal da Capital para processar e julgar o feito. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 64669)**

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, 4 de julho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PARA APURAR, EM TESE, CRIME DE FURTO TENTADO. IRRELEVÂNCIA DA FIGURA DO PRIVILÉGIO PARA EFEITO DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA, VEZ QUE SE TRATA DE MATÉRIA ATINENTE À DOSIMETRIA DA PENA, QUE DEVE SER APRECIADA NO MOMENTO DO JULGAMENTO. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITADA DA 28ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela MMª Juíza de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Regional da Lapa em face da MMª Juíza de Direito da 28ª Vara Criminal da Capital, nos autos do processo criminal nº 0001388-51.2015.8.26.0635 para apuração da prática do delito previsto no art. 155, caput, c.c. art. 14, inciso II, do Código Penal.

Argumenta a suscitante que a imputação da prática delitiva atribuída ao réu corresponde a furto tentado, cuja pena máxima transborda os limites de competência do JECRIM. Além disso, pondera que o reconhecimento de eventual privilégio apenas tem relevância para o cômputo da pena, mas não para a definição de competência.

Processado o presente conflito negativo de jurisdição, foi designada a Juíza suscitada da 28ª Vara Criminal da Capital para apreciar as medidas

Acesso ao Sumário

urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Juíza suscitada.

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição restou configurado, pois ambos os magistrados declinaram da competência para processar e julgar a presente ação, nos termos do art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal.

Assiste razão à suscitante.

A Câmara Especial deste Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a figura do privilégio é irrelevante para efeito de fixação de competência, uma vez que apenas por ocasião da sentença o Juiz está autorizado a substituir eventual sanção privativa de liberdade de reclusão por detenção; a diminuí-la de um a dois terços ou a aplicar somente multa.

Assim, na fase inicial, prevalece, como critério de fixação da competência, a pena máxima em abstrato (no caso, de dois anos e oito meses).

Em consequência, afasta-se a competência do Juizado Especial Criminal, diante do que dispõe o art. 61 da Lei 9.099/95: *"Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa"*.

Nesse sentido, confiram-se as seguintes decisões desta Câmara Especial:

"Conflito negativo de jurisdição – Inquérito policial instaurado com a finalidade de apurar, em tese, crime de furto privilegiado tentado – Irrelevância da figura do privilégio para efeito de fixação de competência, vez que se trata de matéria atinente à dosimetria da pena e, portanto, deve ser apreciada pelo magistrado no momento oportuno, qual seja, do proferimento da sentença – Entendimento atual e prevalecente desta e. Câmara Especial – Para efeito de fixação da competência, considera-se a pena máxima em abstrato cominada ao crime de furto, reduzida a fração mínima da causa de diminuição de pena relativa à tentativa – Hipótese que supera o prazo de até 2 (dois) anos estabelecido no artigo 61 da Lei nº 9.099/1995, o que afasta a competência do Juizado Especial Criminal – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado." (Conflito de Jurisdição 0019216-54.2017.8.26.0000, Rel. Des. Renato Genzani Filho, j . 06/11/2017), *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Inquérito policial que versa sobre suposta prática de furto tentado. Crime para o qual se comina pena máxima de quatro anos. Delito que não caracteriza infração de menor potencial ofensivo. Possibilidade de ser o acusado beneficiado com a aplicação do art. 155, § 2º do Código Penal – furto privilegiado – que não autoriza o deslocamento de competência do Juízo Comum para o Juizado Especial. Possibilidade de reconhecimento do privilégio que fica relegada ao momento de*

aplicação da pena pelo magistrado sentenciante. Competência que se estabelece pelo máximo da pena em abstrato. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado declarada." (Conflito de Jurisdição 0020602-56.2016.8.26.0000, Rel. Des. Dora Aparecida Martins, j . 24/07/2017).

Pelo exposto, conheço do conflito negativo de jurisdição para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitada da 28ª Vara Criminal da Capital para processar e julgar o feito.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2141385-38.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente F.R.L.

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 31.433)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de agosto de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Medida socioeducativa de internação – Relatório CASA favorável – Pedido de progressão da medida indeferido – Ausência de ilegalidade – Decisão fundamentada – Magistrado que não está adstrito à conclusão de relatórios emitidos pela unidade de internação ou qualquer outro órgão auxiliar da justiça – Aplicabilidade do princípio do livre convencimento – Inteligência da Súmula nº 84,

do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

A Defensora Pública Danielly Salviano Pereira Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **F.R.L.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude – DEIJ, da comarca de São Paulo.

Sustenta, em síntese, que o paciente, jovem de 19 (dezenove) anos de idade, cumpre medida socioeducativa de *internação* desde outubro de 2016 e que, embora tenha havido período de interrupção por fuga, a equipe técnica da *Fundação CASA* apresentou relatório técnico conclusivo, sugerindo a sua substituição por *liberdade assistida*.

Contudo, a D. Autoridade coatora determinou nova avaliação pela Equipe Técnica do Juízo. Realizada, o Ministério Público postulou a designação de audiência, enquanto a defesa requereu o acolhimento do parecer técnico da *Fundação CASA*.

Entrementes, o MM. Juízo *a quo* determinou a substituição da medida extrema pela semiliberdade.

Alega, no entanto, que os princípios que norteiam o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, negam o caráter unicamente de reprimenda de qualquer medida, pois impõe a necessidade de presença de conteúdo socioeducativo relevante, para se atenderem às três finalidades estatuídas no artigo 1º, § 2º, da Lei do SINASE.

Assegura, ademais, que, alcançada a finalidade da medida, o legislador não estabeleceu qualquer margem de apreciação ao julgador, devendo este declarar extinta a medida, ou, adequada ao caso, substituída por outra em meio aberto.

Salienta que, no caso em apreço, a equipe técnica foi explícita, no sentido de que os objetivos da medida socioeducativa foram alcançados pelo paciente, não se justificando, portanto, a manutenção da intervenção socioeducativa com extrema privação de liberdade.

Ressalta que a coação ilegal decorre, ainda, de decisão *extra petita*, uma vez que a D. Autoridade apontada como coatora decidiu além do que foi requerido pelas partes, contrariando o princípio da inércia e as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Requer, em caráter liminar, a suspensão da semiliberdade e, no mérito, seja o paciente colocado em liberdade assistida, à luz dos princípios da

individualização, da intervenção mínima e da brevidade das medidas.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 235/238).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 245/250, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Ao paciente foi imposta, em 06 de dezembro de 2016, a medida socioeducativa de *internação*, posteriormente substituída por *semiliberdade*, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 18/22 e 224/226).

Pretende a impetrante, por meio deste remédio heroico, a progressão da medida socioeducativa de *semiliberdade* para liberdade assistida.

Razão, porém, não lhe assiste.

Embora o relatório conclusivo de avaliação da medida, elaborado pela equipe multidisciplinar da *Fundação CASA*, tenha sido favorável à liberdade assistida (fls. 182/188), não se pode perder de vista que o paciente já foi responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao crime de roubo duplamente majorado, com imposição de medida de internação (fls. 15).

Ademais, o paciente é **reincidente** no cometimento de faltas disciplinares (fls. 151/153), o que denota a sua situação de risco, periculosidade e sério comprometimento com a prática infracional.

Tais fatos não podem e não devem ser desconsiderados pelo magistrado responsável pelo acompanhamento da medida socioeducativa, razão pela qual se recomenda maior cautela na análise de progressão da medida socioeducativa.

E o MM. Juiz *a quo*, analisando concretamente o caso e suas peculiaridades, indeferiu a substituição da medida socioeducativa de internação pela liberdade assistida, substituindo-a por *semiliberdade*, com fundamento tanto na gravidade do ato infracional quanto na renitência infracional e no seu histórico de internação (fls. 224/226).

Cumpre consignar que o magistrado não está adstrito à conclusão dos relatórios elaborados pela equipe técnica da *Fundação CASA* ou de qualquer outro órgão auxiliar da justiça, diante do princípio do livre convencimento.

Assim, o relatório favorável à progressão da medida socioeducativa, elaborado pela equipe técnica da unidade de internação, por si só, não é suficiente ao deferimento do benefício, sendo perfeitamente possível ao Juízo afastá-lo, desde que o faça de forma fundamentada, considerando as circunstâncias dos fatos, o que ocorreu no presente caso.

Acesso ao Sumário

Importante destacar, ainda, que a atividade desenvolvida no processo de execução é jurisdicional e, portanto, cabe ao Poder Judiciário proferir decisão final sobre os incidentes ocorridos, como a extinção, manutenção ou substituição de uma medida socioeducativa.

Impende rememorar, nesse passo, o disposto na Súmula 84, deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Quanto à alegação de ser a decisão *extra petita*, por contrariar o requerido pelas partes, violando os princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal, é certo que ao Juízo da execução é conferido *poder geral de cautela* para eleger as providências apropriadas para corrigir o *socioeducando*, de acordo com suas necessidades pedagógicas e protetivas, não estando adstrito ao requerimento das partes, como prevê o artigo 148, I, do ECA.

Neste sentido, há precedente desta Câmara Especial:

"HABEAS CORPUS. Ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. Aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade. Descumprimento. Pleitos de ambas as partes de extinção da medida socioeducativa. Indeferimento. Inexistência de violação aos princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal. Juiz que pode deliberar sobre as medidas necessárias ao processo de ressocialização do adolescente. Ordem judicial para expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação do jovem em audiência de justificação. Súmula 265 do C. Superior Tribunal de Justiça. Respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Desnecessidade de prévia tentativa de condução coercitiva. Na hipótese de apreensão, o jovem deverá ser ouvido pelo MM. Juízo origem no mesmo dia ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente. Com a realização de audiência e se for o caso, poderá ser decretada a internação-sanção pelo r. Juízo de primeiro grau. Ordem denegada, com observação" (*Habeas Corpus* nº 2106793-07.2015.8.26.0000, Câmara Especial TJSP, Rel. Des. CARLOS DIAS MOTTA, j. em 17/08/2015).

Inadmissível, assim, a progressão da medida socioeducativa, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Suspeição Cível nº 0012920-45.2019.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é excipiente HOSPITAL SANTA IGNES LTDA., é excepto LUIZ FELIPE VALENTE DA SILVA REHFELDT (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram o presente incidente de suspeição.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 11 de julho de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Arguição fundada no suposto interesse do magistrado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes – Indeferimento do pedido de efeito suspensivo – Ausência de indícios concretos capazes de autorizar o reconhecimento do interesse do excepto na condução ou julgamento da demanda – Utilização do incidente como forma de discussão do acerto ou desacerto de decisão judicial sujeita a recurso próprio – Descabimento – Súmula 88 do TJSP – Incidente rejeitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *suspeição* arguida por ***Hospital Santa Ignes Ltda.*** em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Indaiatuba, **Dr. Luiz Felipe Valente da Silva Rehfeldt**, nos autos de ação cautelar antecedente ajuizada por Antonio Carlos Cosmo Vargas Fernandes (Proc. nº 1001180-08.2019.8.26.0248).

Imputa-se a suspeição ao MM. Juiz pela parcialidade na condução do processo, pois *"... prejulgou a causa ao emitir ante tempus juízo de valor implícito*

a respeito da (in)competência da equipe médica do hospital excipiente" (fls. 01).

Pretende, assim, o afastamento do excepto, como remessa dos autos ao substituto legal, bem como o reconhecimento da nulidade da decisão.

Manifestou-se o excepto no incidente, não reconhecendo a suspeição (fls. 10/11).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 03/04).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não acolhimento da arguição de suspeição (fls. 09/13).

É o relatório.

Embora se observe do sistema SAJ que a causa em que se originou a presente arguição de suspeição já foi julgada, imperativa a apreciação do mérito da exceção, evitando-se eventual arguição de nulidade futura.

Assim, conheço do incidente de suspeição, com fundamento no art. 145, do Código de Processo Civil.

A exceção de suspeição é oposta com fundamento no art. 145, IV, do CPC *(Art. 145. Há suspeição do juiz: (...) IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes)*.

Segundo o excipiente, o excepto agiu com parcialidade na condução do processo, pois *"... prejulgou a causa ao emitir ante tempus juízo de valor implícito a respeito da (in)competência da equipe médica do hospital excipiente"* (fls. 01).

Porém, sem apresentar indícios concretos que autorizem reconhecer existência de amizade entre o excepto e a parte, com o consequente interesse na condução e julgamento da demanda, procura o excipiente utilizar do incidente para combater decisões judiciais sujeitas a recurso próprio.

O MM. Juiz, ao prestar informações, justificou a regularidade de suas decisões, ficando patente o descabimento da exceção oposta, nos termos da Súmula 88, desta Colenda Corte, que estabelece: *"Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*.

Acesso ao Sumário

Por fim, deve ser esclarecido que a análise da tutela de urgência, sem que a parte contrária seja ouvida, é medida corriqueira, sendo que o seu deferimento não importou em prejulgamento, muito menos parcialidade.

Não há, assim, elementos mínimos caracterizadores da suspeição afirmada, sendo o caso de não acolher a arguição.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito** o presente incidente de suspeição.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1014978-24.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", são recorridos L.G.T.R. (MENOR), MUNICÍPIO DE ARARAQUARA e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao reexame necessário. Vencido, em parte, o 2º Juiz que declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 64556)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de julho de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. DEMANDA COMINATÓRIA. DIREITO À SAÚDE. PRETENSÃO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO VENVANSE 30MG A CRIANÇA PORTADORA DE DISTÚRBIO NEUROLÓGICO CONGÊNITO. FÁRMACO NÃO INCORPORADO EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO STJ NO RESP. 1.657.156/RJ. MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA. INCAPACIDADE FINANCEIRA DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO MÉDICO FUNDAMENTADO E CIRCUNSTANCIADO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO MEDICAMENTO E DA INEFICÁCIA DO TRATAMENTO FORNECIDO PELO SUS. SENTENÇA REFORMADA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário da sentença a fls. 83/94, que julgou procedente o pedido deduzido nos autos da ação cominatória proposta por L.G.T.R. contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e o Município de Araraquara, para condenar solidariamente os requeridos a fornecerem ao autor o medicamento Venvanse 30mg, facultando-se a substituição por genéricos ou similares, pelo tempo necessário, mediante apresentação de solicitação médica atualizada trimestralmente, sob pena de multa diária arbitrada em R$ 100,00 (cem reais), limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais), e os condenou ao pagamento de honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Decorrido o prazo sem interposição de recursos, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 134/138).

É o relatório.

O autor é portador de distúrbio neurológico congênito (CID10 F90), conforme relatório médico a fls. 22, e pleiteia o fornecimento do medicamento Venvanse 30mg (Dimesilato de Lisdexanfetamina), por tempo indeterminado. Contudo, o medicamento não está incorporado em atos normativos do SUS.

A tese fixada no julgamento do Resp. 1.657.156/RJ (Tema 106 – *"Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"*) encontra-se assim redigida, verbis: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência"*.

Acesso ao Sumário

Logo, já está sedimentado pelo STJ o entendimento de que não existe obrigação incondicionada de o Poder Público fornecer medicamento não incorporado em atos normativos do SUS (Resp. nº 1.657.156/RJ). Ficou assentado que o fornecimento de medicamento não incorporado exige o requisito da respectiva imprescindibilidade e, mais ainda, a demonstração de que aqueles fornecidos pelo SUS sejam ineficazes.

No caso, a incapacidade financeira do autor é incontroversa, visto que não questionada, e está suficientemente demonstrada pelos documentos as fls. 15/18 e pelo fato de estar representado pela Defensoria Pública Estadual. Além disso, o medicamento Venvanse 30mg (Dimesilato de Lisdexanfetamina) está registrado na ANVISA e autorizado para comercialização em território

nacional, conforme se constata por pesquisa junto ao sítio respectivo. No entanto, como o fármaco não está relacionado entre aqueles fornecidos pelo SUS e que são gratuitos, seria necessária a comprovação, por meio de relatório médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo profissional que assiste a criança, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento e da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia. Porém, disso não há prova nos autos. Os formulários médicos a fls. 23, 25 e 27 fazem menção apenas à prévia tentativa de uso do medicamento Ritalina (Cloridrato de Metilfenidato), porém, esse medicamento também não está na lista do SUS. Assim, em que pese haver prescrição por profissional da saúde que acompanha o autor, merece reforma a sentença, porque não comprovada a imprescindibilidade do medicamento, tampouco a ineficácia de outros fornecidos pelo SUS.

Com a inversão do julgamento, condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais que arbitro em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), atualizáveis a partir da intimação do presente, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC.

Pelo exposto, dou provimento ao reexame necessário.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 31.907)

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento do medicamento Venvanse 30mg a menor portador de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) CID F90.0 – Direito à saúde – Observância dos requisitos exigidos na tese vinculante firmada no julgamento do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça para fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS – Prescrição médica fundamentada e subscrita pelo médico que assiste o menor, comprovando a imprescindibilidade do medicamento e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento do infante – Prova inequívoca da necessidade e eficácia do medicamento – Planejamento da saúde que não pode negar o direito – Fármaco registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Comprovada hipossuficiência financeira do paciente – Beneficiário da justiça

gratuita – Mantida a possibilidade de fornecimento de fármaco genérico, desde que com o mesmo princípio ativo e que não haja contraindicação fundamentada do médico responsável – Multa cominatória – Possibilidade – Condenação sucumbencial limitada ao Município – Inteligência da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça – Remessa necessária parcialmente provida.

Trata-se de remessa necessária da r. sentença (fls.83/94) que julgou procedente o pedido em *ação de obrigação de fazer* ajuizada por **L.G.T.R. (menor)**, condenando solidariamente o **Estado de São Paulo** e o **Município de Araraquara** a fornecerem o medicamento *Venvanse 30mg*, enquanto perdurar a atual situação de saúde e necessidade em regime de proteção integral do menor, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), limitada ao teto de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mediante a apresentação de prescrição médica trimestralmente atualizada, podendo o fármaco em questão ser substituído por genérico desde que consentido pelo médico que assiste o menor.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fls. 117).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso *ex officio* (fls. 134/138).

O eminente Relator sorteado, **DES. CAMPOS MELLO**, deu provimento à remessa necessária para *julgar improcedente* a demanda, desobrigando os entes públicos a fornecerem o medicamento solicitado e garantido pela r. sentença, por entender não haver a demonstração da *imprescindibilidade* e da *ineficácia de outros fármacos e insumos fornecidos pelo SUS* para o tratamento da moléstia, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), atualizáveis a partir da intimação do acórdão, observado o disposto no artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Em que pese o brilho dos argumentos, sempre lúcidos, do emitente Relator sorteado, ouso deles divergir, a fim de **manter a obrigação solidária do Estado de São Paulo** e do **Município de Araraquara** em fornecer o medicamento requerido pelo autor, qual seja, ***Venvanse 30mg/dia***.

A saúde é direito social previsto na Constituição Federal como de natureza fundamental (artigo 6º, CF), com eficácia plena em face do Estado, por força do artigo 196, da Constituição Federal (*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*).

Acesso ao Sumário

O próprio Supremo Tribunal Federal já deixou assente que *"o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado"* (RE 717.290-AgR/RS – Rel. MIN. LUIZ FUX).

O próprio Supremo Tribunal Federal já deixou assente que *"o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado"* (RE 717.290-AgR/RS – Rel. MIN. LUIZ FUX).

E tal dever é reforçado quando se trata de direito à saúde de crianças e adolescentes, constituindo *"dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetividade dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"* (artigo 4º, ECA).

A norma especial assegura a crianças e adolescentes o atendimento integral na área da saúde, por meio do *SUS*, incluindo o fornecimento de medicamentos e insumos.

Nesse sentido, dispõe o artigo 11, do ECA:

"Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

(...)

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas"

O Estado tem o dever de garantir a todos o acesso aos meios de proteção e recuperação da saúde, direito público subjetivo que não pode ser excepcionado com a aplicação da *teoria da reserva do possível*.

Posto isso, insta realçar que, no caso concreto, a ação visa o fornecimento do medicamento *Venvanse 30mg* ao menor portador de *Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH) CID F90.0*.

Considerando que se trata de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS, há de ser aplicada a tese vinculante firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.657.156 (Tema 106), porquanto distribuído o feito ***após a publicação do v. acórdão*** que julgou o recurso paradigmático, decidindo o MIN. BENEDITO GONÇALVES pela modulação dos efeitos do julgamento, **ocorrido em 04 de maio de 2018**, para que os critérios e requisitos estipulados sejam exigidos para os processos que forem distribuídos **a partir da referida data**.

Acesso ao Sumário

Dispõe a tese fixada no referido julgamento, *in verbis*: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência"*.

Dessa forma, faz-se necessária a observância dos requisitos acima elencados para impor o fornecimento do medicamento *Venvanse 30mg/dia* ao Poder Público.

Como bem observado pelo E. Relator sorteado, ***o medicamento está registrado na ANVISA*** e está bem demonstrada nos autos a ***hipossuficiência financeira*** da família da criança pelos documentos acostados aos autos originários (fls. 12/18) e pelo fato do autor estar representado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que adota critérios rigorosos para a seleção de seus causídicos.

No que diz respeito ao último requisito a ser analisado, verifico que os relatórios médicos (fls. 23 e 27) foram subscritos por profissional habilitado e responsável pelo tratamento do menor, Dr. Lee Fu Fen, CRM nº 68.393, neurologista atuante junto à rede pública de saúde do Município de Araraquara que, com o compromisso de seu grau, prescreveu o medicamento pleiteado como necessário para a saúde do menor.

No relatório de fls. 27, o profissional declara que o menor *"**fez uso de Ritalina sem melhora de hiperatividade.** Não fez uso de outras medicações. Fez uso de Ritalina sem melhora do quadro e sem efeito colateral. **O Venvanse não pode ser substituído pela Ritalina. Porque o composto medicamentoso é diferente. Não existe outro medicamento no SUS que substitua o Venvanse**"*.

Diante do laudo médico fundamentado e circunstanciado apresentado, ***considero satisfatoriamente comprovada a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento Venvanse 30mg/dia***, assim como a ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Dessa forma, **reputo preenchidos os requisitos fixados pelo E. STJ quando do julgamento do Tema 106** dos recursos repetitivos para o fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS, a autorizar a imposição da obrigação, liminarmente, ao Poder Público.

Assim, deve ser reconhecida a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional.

Mantém-se a possibilidade do fornecimento do medicamento *sem*

vinculação à marca comercial. Ausente vedação médica, imperioso que se garanta o direito de fornecer a alternativa de fármaco genérico, desde que contenha, na dosagem prescrita, o mesmo princípio ativo. Contudo, sobrevindo relatório médico justificando a vedação, caberá aos recorrentes fornecerem somente o medicamento prescrito.

Por fim, a imposição de multa processual à Fazenda Pública, como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer, constitui entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça: REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 13.11.2006; REsp 831784/RS – 1ª T. – Rel.ª MIN.ª DENISE ARRUDA – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS – 1ª T. – Rel. MIN. JOSÉ DELGADO – DJe 16.10.2006; REsp 851760/RS – 1ª T. – Rel. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI DJe 11.09.2006.

E o seu valor (R$ 100,00 ao dia) não comporta redução, pois a multa diária foi fixada em valor inferior àquele estabelecido por ampla jurisprudência desta Colenda Câmara Especial.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, comporta revisão parcial a determinação contida na sentença.

No caso em análise, o Município de Araraquara e o Estado de São Paulo foram demandados pela Defensoria Pública. Com efeito, é caso de aplicação da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, observando-se o fato de que houve litisconsórcio passivo com parte isenta de honorários advocatícios, somente a municipalidade deverá arcar com a referida verba no valor de 10% sobre o valor dado à causa, já considerada a sucumbência recursal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** à remessa necessária, a fim de restringir a condenação aos honorários advocatícios ao ente municipal, no patamar fixado pelo MM. Juízo *a quo*, qual seja, 10% do valor da causa, mantida no mais a r. sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

FERNANDO TORRES GARCIA, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2024044-25.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Jaboticabal, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada CLÁUDIA MARIA ASSIRATI.

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 66300)**

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 julho 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

Acesso ao Sumário

A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP 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) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (e) necessidade de aplicação do entendimento firmado nos recursos extraordinários nºs 885.658/SP, 573.232/SC e 612.043/PR.

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. 280/285.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 185/201) 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.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 885.658/SP, 573.232/SC e 612.043/PR, 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 0024319-93.2014.8.26.0114/50001, da Comarca de Campinas, em que é agravante EDUARDO MAURA.

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 31.750)**

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, 11 de julho 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 contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

2. Agravo interno não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 520) que, com fundamento no Tema 424, 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 indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 537/553).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 568).

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. 520, ora atacada.

A Defesa do agravante aludiu (fls. 457/462) que:

[...]

1) – A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV, assegura o contraditório e ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes. Não por outra razão, o Recorrente, enquanto autuado em flagrante, anotando-se sua vida pregressa, afirmou ser viciado em crack e outras drogas pesadas. A partir dali, realizada a instrução criminal, o Recorrente, no interrogatório judicial, repetiu aquilo tudo.

[...]

2) – Classifica-se a insurgência, então, estritamente dentro do dispositivo constitucional convocado a exame e adequação. Dir-se-á que a admissão e conhecimento do recurso excepcional dependeriam da existência da relevância, acentuação, diga-se de passagem, rotineira em súplicas tais.

Acesso ao Sumário

Quereria isto dizer, em manifestação até burguesa na rotina jurisdicional, que a inexistência de reclamação anterior concernente ao mesmo tema impediria o exame meritório, na Suprema Corte, da insurgência de recorrentes fundados na conduta típica exemplificada e nos dispositivos dentro dos quais ela se inscreveria. Em termos mais simples, a não demonstração de hipóteses precedentes, consideradas relevantes ou importantes, no Tribunal, impediria a já denominada admissibilidade e o conhecimento do reclamo. Isto significaria que não havendo precedente, nunca poderia haver o primeiro, na medida em que relevo algum se poderia incluir como igual ou assemelhado.

3) – É característica dos órgãos superiores da jurisdição a capacidade diferenciada de reflexão sobre as artes do raciocínio. Em suma, os colegiados, mais que o Juízo monocrático, têm sempre a polimorfa capacidade de absorção e, se e quando necessária, criação de ideário concernente a novas alternativas. Dentro do contexto, e principalmente quando o contexto é sofisticado, a inexistência de precedentes na Corte e alhures não obstaculiza a admissão e conhecimento do extraordinário. Aqui, a violação da plena defesa se caracteriza pela não verificação da efetividade da toxicomania do Recorrente à época do evento, não merecendo comentário maior a apreciação feita pelo magistrado enquanto interrogando o Recorrente. Este, impressionantemente, era dependente de crack lá atrás. Afirmou-se assim, provou-o e precisaria, estruturalmente, ser submetido a perícia médico-legal.

[...]

5) – Aguarda-se tramitação para os fins especificados. O recorrente foi privado da realização de prova importantíssima.

[...]

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 Agravo de Instrumento nº 639.228/RJ, consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

Por outro lado, cumpre salientar que, apesar da manifestação da Defesa às fls. 523/524, a apreciação das questões jurídicas em exame pelo Colendo Sodalício, sob a sistemática da repercussão geral, tem plena aplicação nos recursos de matéria criminal (STF, AI 664567 QO/RS, Tribunal Pleno, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe, 06.09.2007; ARE 806439 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. MIN. LUIZ FUX, DJe 19.08.2014 e ARE 819651 ED/DF, 1ª Turma, Rel. MIN. LUIZ FUX, DJe 09.09.2014), sendo que compete aos tribunais de origem a aplicação dos temas aos demais casos, uma vez que o reconhecimento da repercussão geral tem por precisa consequência esgotar a cognição nesta

Acesso ao Sumário

Corte (STF) e recomendar todos os processos (exceto os representativos da controvérsia), principais ou acessórios, à origem. É medida de caráter lógico e de economia interna da administração processual (STF, Rcl 9302 AgR/PE, Tribunal Pleno, Rel. MIN. DIAS TOFFOLI, DJe 01.07.2013).

Ademais, merece registro alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas seguem transcritas, que, além de tratar da aplicação do tema 424 na esfera processual penal, apontam que a decisão de inexistência de repercussão geral tem eficácia em relação a todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º, do antigo CPC c/c art. 237, § 1º, do RISTF) (ARE 688986 AgR/RS):

> *EMENTA: Processual penal. Agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravo. Preliminar de repercussão geral. Fundamentação deficiente. Ônus do recorrente. Ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Questão infraconstitucional. Repercussão geral negada (ARE 748371, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 660). Indeferimento de produção de provas no processo judicial. Matéria infraconstitucional. Repercussão geral rejeitada no ARE 639228 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tema 424). Violação ao art. 93, IX, da CF/88. Omissão não configurada. Fundamentação do julgado recorrido nos termos das diretrizes fixadas no AI 791.292 RG (Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 339). Reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais a que se nega provimento. (ARE 688986 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 05.10.2015).*

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

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0105380-76.2011.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELVIS ANTONIO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.752)**

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, 25 de julho 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 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. 282) 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 indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 304/311).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 313).

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

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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. 282, ora atacada.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 234/238 que:

[...]

II. DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Destaque-se, ainda, que o "mérito" do presente recurso refere-se exclusivamente à matéria de direito, posto que se questiona a violação aos princípios constitucionais expressos do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

[...]

IV. DO MÉRITO – DA EXISTÊNCIA DE NULIDADE NA SENTENÇA POR CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA

*Requer-se a nulidade do feito desde o cumprimento da carta precatória designada para a oitiva da testemunha de acusação Adriano Cristian Gehrt, tendo em vista que o ato foi realizado sem a presença do acusado, **cerceando seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, bem como ao devido processo legal**.*

Com efeito, constata-se que após a realização do interrogatório do acusado, em 25 de setembro de 2013, aportou aos autos a notícia de que o ato deprecado supra mencionado havia sido designado para o mesmo dia, às 13:00 hs, o que até então não era de conhecimento da Defesa técnica do acusado.

*Sendo assim, uma vez que a audiência de interrogatório e a audiência designada para a oitiva de testemunha de acusação (ato deprecado) foram marcadas para a mesma data (25 de setembro), em horários próximos (15:00 hs e 13:10 hs, respectivamente), em Comarcas distintas, conclui-se que **o comparecimento do recorrente à audiência designada para a realização do ato deprecado restou inviabilizado.***

Ademais, salvo melhor juízo, sequer consta dos autos notícia de que o recorrente foi devidamente intimado a comparecer ao ato deprecado.

[...]

Assim, o exercício da ampla defesa do acusado ficou prejudicado, na medida em que foi impedido de exercer a sua defesa pessoal, isto é, de acompanhar pessoalmente a colheita de provas. E tal nulidade, conforme é cediço, não pode ser sanada pelo acompanhamento do ato pela defesa técnica.

Acesso ao Sumário

Ainda que assim não fosse, salvo melhor juízo, não consta dos autos que o recorrente tenha sido intimado a comparecer ao ato deprecado, o que também constitui nulidade processual.

O prejuízo à ampla defesa decorrente das duas situações apontadas é patente e carece de qualquer demonstração de prejuízo.

É sabido que ***a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, prevê expressamente as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa****, as quais devem ser observadas em todos os processos judiciais e administrativos, permitindo que o acusado possa se utilizar dos meios suficientes de defesa, o que, entretanto, não ocorreu no presente caso.*

[...]

Ante o exposto, resta cristalina a ofensa à garantia constitucional de ***ampla defesa e do contraditório****, sendo nula a r. sentença proferida pelo nobre magistrado de origem, e confirmada pelo v. acórdão ora recorrido.*

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1007081-08.2014.8.26.0320/50004, da Comarca de Limeira, sendo agravante Airton Pereira da Silva 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 74.336)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 25 de julho de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão que determina o sobrestamento do recurso extraordinário que versa sobre matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos – Hipótese que se amolda ao Tema n. 810/STF – Suspensão de todos os recursos extraordinários.

Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Airton Pereira da Silva contra a decisão desta Presidência (fls. 201) que determinou o sobrestamento do recurso extraordinário conforme disposto no artigo 1.035, parágrafo 5º, e no artigo 1.037, inciso II do Código de Processo Civil, até pronunciamento definitivo das Cortes Superiores.

Alegou a agravante, em síntese, ser desnecessário o trânsito em julgado das decisões do Plenário do STF para aplicação em feitos pendentes de julgamento que versem sobre a mesma matéria, bem como, a possibilidade do prosseguimento da execução dos valores incontroversos.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento ao art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> ***"Diante do efeito suspensivo concedido em caráter excepcional aos embargos de declaração opostos no RE nº 870.947/SE, Tema nº 810 do STF, Dje 26/09/2018, deverão os autos aguardar até pronunciamento do C. STF."***

Ab initio, em que pese a jurisprudência trazida no presente recurso, no sentido de não ser necessário o trânsito em julgado do paradigma aplicado

para análise em continuidade do feito, é de se observar, que se trata de dar cumprimento à determinação emanada do D. Ministro Luiz Fux nos Embargos de Declaração opostos no RE 870.947/SE, Tema 810 – Dje 26/09/2018 *verbis*:

"Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, § 1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF".

Como a questão ***sub exame*** amolda-se, perfeitamente, a esse tema, com o permissivo do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, bem como o artigo 1.037, inciso II, do mesmo ***Codex***, o caso é mesmo de sobrestamento do recurso extraordinário até o pronunciamento definitivo do E. Supremo Tribunal Federal.

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 ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2002001-65.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes IDEAL 2 COMÉRCIO E SERVIÇOS DE EMBALAGENS EIRELI – EPP e WAGNER PEIXOTO DE CARVALHO, é agravado BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48739)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 8 de agosto de 2019.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 49, § 1º, DA LEI 11.101/2005. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO (TEMA 885). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Ideal 2 Comércio e Serviços de Embalagens Eireli – EPP e outros contra decisão que, em embargos à execução, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.333.349/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alegam usurpação de competência do STJ e impossibilidade de julgamento do mérito recursal pelo tribunal estadual, de função limitada somente ao exame de admissibilidade. Aduzem violação aos arts. 6º, 49, 172, 47, 51, IX, 59 e 61 § 2º da Lei 11.101/05.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 8/17.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.333.349/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória,

porque não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, III, e a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei 11.101/2005. Confira-se a fls. 354/355.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 259/281) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao determinar o prosseguimento do feito contra os avalistas. Destaca-se trecho do julgado: *"Portanto, com o devido respeito, em razão do entendimento jurisprudencial de que a ação executiva não se suspende em relação ao devedor solidário, não deve, por estes fundamentos, ser permitido que se suspenda o prosseguimento do processo executivo em relação ao devedor solidário"* (cf. fls. 274).

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "b", do CPC, sem qualquer usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2116903-94.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLEBER BLANCO, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 8 de agosto de 2019.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. ASTREINTES. EFEITOS DA PRECLUSÃO E COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA (TEMA 706). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO

Acesso ao Sumário

DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Cleber Blanco contra decisão que, em cumprimento de sentença, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.333.988/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega ausência de similitude fática com o paradigma repetitivo. Sustenta que é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida. Assinala, ainda, a violação aos artigos 492 e 537, § 1º do CPC.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Acesso ao Sumário

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.333.988/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a decisão que comina astreintes não preclui e não faz coisa julgada. Confira-se a fls. 2321/2322.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 492/502) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela limitação do valor da multa em R$ 35.000,00 em observação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destaca-se trecho do julgado: *"Cumpre esclarecer que, embora o*

disposto no parágrafo primeiro do art. 537 do novo C.P.C. estabeleça que é possível a alteração de ofício do valor da multa vincenda, não há óbice para diminuição das multas vencidas. Conforme já salientado, a multa não pode ser instrumento apto a ensejar o enriquecimento sem causa, sendo dever do magistrado zelar para que isso não ocorra, reduzindo-a nos casos em que estiver fora dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (cf. AgRg no AREsp 42.278/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 04.06.2013; AgRg no REsp 1.318.332/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01.08.2012). No presente caso, o valor cobrado é de R$ 19.395.000,00. Todavia, considerado o fato de o autor propor demanda para que fosse declarado inexigível crédito no montante de 14.774,42 (cf. fls. 56 e 700 dos autos principais), forçoso concluir que é desproporcional o valor da multa exigida. Logo, é de rigor reduzir o crédito total resultante da incidência da multa diária ao montante de R$ 35.000,00, atualizável a partir da intimação da presente (cf. RJTJERGS 255/286, apud Theotonio Negrão, 'Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor', Ed. Saraiva, 39ª ed., 2007, nota 11c ao art. 461, p. 552). Tal quantia guarda proporção com os fatos noticiados no instrumento e impede que a cominação sirva de supedâneo ao enriquecimento ilícito do credor" (fls. 2145).

Anote-se pela pertinência sobre o *julgamento extra petita*, pontou a turma julgadora nos embargos de declaração: *"Cumpre esclarecer que não há erro material na espécie. A Turma Julgadora externou de forma clara os motivos pelos quais entendeu ser caso de dar parcial provimento aos recursos. Com efeito, restou assentado que a análise do excesso da multa pode dar-se de ofício, de modo que não há que se falar em supressão de instância. Era o que bastava."* (fls. 2193)

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, as razões do recurso envolvendo os arts. 492 e 537, § 1º do CPC buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, in DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0031312-78.2013.8.26.0053/50003, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Benedito Carlos Coutinho e outros e agravado Estado de São Paulo e outro.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 74.576)**

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, 14 de agosto de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS – Decisões monocráticas que negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial.

– A questão referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é matéria idêntica à examinada no RE 561.836/RN – TEMA 5/STF.

– A reestruturação remuneratória da carreira de servidores públicos para efeito de aplicação da orientação firmada no Tema nº 5 – URV do STF, é questão idêntica à examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE 968.574/MT, sem repercussão geral – TEMA 913/STF.

– A aplicação compulsória da Lei nº 8.880/94 a Estados e Municípios, inclusive aos respectivos vencimentos, com afastamento da chamada prescrição de fundo de direito, reconhecida a feito de trato sucessivo da relação material, é idêntica à matéria tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.101.726/SP –

Acesso ao Sumário

TEMA 15/STJ.

Nega-se provimento aos recursos.

VOTO

Trata-se de agravos regimentais interpostos por Denivaldo da Silva Jesuíno e Outros (fls. 1903/1909, 1911/1917 e 1922/1922 verso) com fundamento nos artigos 258 e 259 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra decisões desta Presidência (fls. 1997 e 1998/1999) que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'a' do Código de Processo Civil, negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pelas Cortes Superiores em julgados sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 561.836/RN, RE 968.574/MT e RESP n. 1.101.726/SP.

Alegaram os agravantes, em síntese, quanto ao recurso especial, que a matéria debatida é específica quanto à violação ao artigo 330 e seguintes do Código de Processo Civil, no que tange à inexistência de fase probatória no presente feito. Quanto ao recurso extraordinário aduziram que a conclusão do paradigma RE 561.836, da relatoria do Min. Luiz Fux abarca repercussão geral, onde o D. Min. faz menção à Lei 10.475/2002 que reestruturou as carreiras dos cargos efetivos da Justiça Federal, razão pela qual não podem prosperar as decisões agravadas.

É o relatório.

Ab initio, consigne-se a disposição do Assento Regimental nº 572/2019 de 30/01/2019:

> ***Art. 1º*** *– O art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo passa a ter a seguinte redação:*
>
> *"Art. 33-A (...)*
>
> *§ 1º – (...)*
>
> *§ 2º – À Câmara Especial de Presidentes competirá o julgamento dos agravos regimentais interpostos contra:*
>
> *I – as decisões monocráticas dos Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal, que, na fase de processamento de recursos especial e/ou extraordinário, possam causar prejuízo ao direito da parte (art. 253, caput);* (Grifo nosso).

Nessa esteira, recebem-se os recursos como agravos internos, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea 'a' do Código de Processo Civil, proferiram-se as decisões agravadas de fls. 1897 e 1898/1899 ***verbis***:

"Considerando estar o acórdão em harmonia com o julgamento definitivo

Acesso ao Sumário

do mérito do Resp. nº 1.101.726/SP, Tema nº 15, STJ, DJ de 14.08.2009, que entendeu ser obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, observada a prescrição quinquenal e que reajustes determinados por lei superveniente não podem ser compensados e, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, inc. I, alínea b, do Código de Processo civil, nego seguimento ao recurso especial interposto".

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 561.836-RN, Tema nº 5, STF, DJe de 10-02-2014, no qual se fixou as seguintes teses: I – Ao editar a Lei 8.880/1994, a União legislou sobre o sistema monetário e exerceu a sua competência prevista no art. 22, VI, da Constituição de 1988. Assim, qualquer lei, seja ela estadual ou municipal, que discipline a conversão da moeda Cruzeiro Real em URV no que tange à remuneração de seus servidores de uma forma incompatível com a prevista na Lei nº 8.880/94 será inconstitucional, mormente quando acarretar redução de vencimentos; II – O término da incorporação, na remuneração do servidor, do percentual devido em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória. No mais, quanto à discussão acerca da reestruturação de carreira, deve observar-se que, por decisão exarada nos autos de ARE nº 968.574/MT, Tema nº 913, julgamento em 26.08.2016, publicado no DJe 12.09.2016, o eg. Supremo Tribunal Federal deliberou ***não avistar*** *a existência de repercussão geral no debate quanto à existência ou não de reestruturação remuneratória na carreira de servidores, para fins de delimitação temporal das diferenças decorrentes de perda salarial oriunda de imprópria conversão do cruzeiro em unidade real de valor (URV)."*

A matéria tratada no recurso extraordinário referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente é idêntica à questão examinada pela Suprema Corte no *leading case* RE n. 561.836/RN, Tema n. 5: "URV", oportunidade em que, reconhecida a repercussão geral da matéria, fixou-se a seguinte tese:

"1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de

Acesso ao Sumário

11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Consectariamente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF E NA ADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma restruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verifica-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento da Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo *ad quem* para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade."

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade de vencimentos recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei 8.880/94, seja apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574), bem como a questão relativa ao Tema nº 660 (RE nº 748.371) do Col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

Tema nº 913: "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ÍNDICE

Acesso ao Sumário

RELATIVO À PERDA SALARIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL EM UNIDADE REAL DE VALOR (URV). TERMO FINAL DA INCORPORAÇÃO. REEESTRUTURAÇÃO REMUNERATÓRIA DA CARREIRA. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à ocorrência ou não de reestruturação remuneratória da carreira de servidor público, para fins de estabelecimento do termo final da incorporação do percentual relativo à perda salarial decorrente da conversão do Cruzeiro Real em URV."

Noutra espiral, não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao recurso especial, eis que decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com a jurisprudência do Col. STJ estratificada pelo julgamento do Resp. n. 1.101.726/SP, Tema n. 15, sob a técnica de casos seriais, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário. Divergência jurisprudencial notória. 3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994. 4. Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas."

No que atina à prescrição, à fl. 13, no encerramento do voto relator, o aludido precedente refere-se, explicitamente – ***verbis***:

"Diante do exposto, conheço do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do recorrente ao pagamento das diferenças resultantes da conversão de seus vencimentos em URV na data do efetivo pagamento, nos termos da Lei nº 8.880/94, com a apuração em regular liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela e de juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, observada a prescrição quinquenal." (Grifo nosso).

Acesso ao Sumário

Não é preciso dizer-se mais. No mesmo sentido:

Rel. Ministro **PAULO GALLOTTI**, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; Rel. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no Ag 955.012/MG, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos presentes recursos, deixa-se de infligir aos agravantes a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 9000324-53.2003.8.26.0090/50003, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Prefeitura Municipal de São Paulo e agravado(a) Lapa Assistência Médica S/c Ltda.

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 74.289)**

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, 14 de agosto de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial.

– A decretação de ofício da prescrição ocorrida antes do ajuizamento da ação; a ocorrência da prescrição ou decadência na pretensão executiva tributária com aplicação da Súmula 106 do STJ e a questão

Acesso ao Sumário

relativa ao termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte (mediante DCTF ou GIA, entre outros), mas não pagos, são matérias idênticas às tratadas no rito dos recursos repetitivos REsp. nºs 1.100.156/RJ (Tema n. 134/STJ); 1.102.431/RJ (Tema n. 179/STJ) e Resp. n. 1.120.295/SP (Tema n. 383/STJ).

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Município de São Paulo contra decisão desta Presidência que negou seguimento a recurso especial, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, em conformidade com os REsps nºs 1.100.156/RJ, 1.102.431/RJ e 1.120.295/SP, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou o agravante, em síntese, conter o recurso apresentado todos os requisitos necessários para sua admissibilidade. Aduziu, ainda, ter sido equivocada a aplicação do paradigma, eis que a execução fiscal foi proposta em 2003 para cobrança de ISS relativo aos exercícios de 1997, 1999, 2000 e 2001, tendo sido extinta, com fundamento no art. 269, IV, do CPC/1973, vigente à época, sob a alegação de prescrição intercorrente. Em sede de apelação, logrou provimento parcial, sendo declarados prescritos somente os créditos relativos ao exercício de 1997, prosseguindo em relação aos demais. Asseverou ter apresentado embargos de declaração, sem êxito, por meio do qual demonstrou que os créditos tributários referentes ao exercício de 1997 somente foram definitivamente constituídos em 09/11/2001, por meio da notificação, sendo inaplicável, portanto, os REsps 1.100.156/RJ; 1.120.295/SP e 1.102.431/RJ, porquanto inexistente a prescrição (ou decadência) antes da propositura da ação.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão agravada, proferida à luz do artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *"No que concerne à prescrição, ao termo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte, e alegada impossibilidade de decretação de prescrição intercorrente nos casos de demora na citação, por motivos*

Acesso ao Sumário

inerentes ao mecanismo da justiça, considerando os julgamentos definitivos do mérito do REsp nº 1.100.156, do REsp nº 1.120.295 e do REsp nº 1.102.431 e, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, inc. I, alínea 'b' do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso no pertinente a estas questões."

Nada a modificar na decisão hostilizada, haja vista que a matéria objeto, alusiva à possibilidade de decretação de ofício da prescrição consumativa antes do ajuizamento do executivo fiscal, é em tudo assemelhada à examinada pelo eg. STJ ao tempo do julgamento do Resp nº 1.100.156/RJ, Tema n. 134/STJ, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º do CPC (redação da Lei 11.051/04), independentemente da prévia ouvida da Fazenda Pública. O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas."

Já no que se refere à ocorrência de prescrição ou decadência na cobrança de débito tributário, é idêntica à examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos Resp. n. 1.102.431/RJ, Tema n. 179/STJ, com julgamento definitivo de mérito, asseverando, ***verbis***:

"1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ".

E mais adiante:

"4. A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ."

Para mais, insta consignar que, ajuizada a demanda antes da vigência da LC nº 118/2005, que alterou a redação do inciso I, do parágrafo único do art. 174 do CTN, somente a efetivação da citação teria o condão de interromper a prescrição.

Outrossim, nada a modificar na decisão hostilizada, quanto à matéria objeto, alusiva ao termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo

Acesso ao Sumário

contribuinte (mediante DCTF ou GIA, entre outros) mas não pagos é em tudo assemelhada à examinada pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça ao tempo do julgamento do Resp nº 1.120.295/SP, Tema n. 383/STJ, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não, obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional.

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário. 4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumento adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado.

6. Consequentemente, o *dies a quo* **do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida".**

Assim, constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora fez-se convergente a essas orientações em regime de casos repetitivos, razão pela qual não era mesmo admissível o recurso excepcional, nada havendo a modificar nesta sede.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0045739-26.2012.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que, é

agravante M.A.P.S. e agravado M.P. DO E. DE S.P.

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 31.954)**

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, 14 de agosto de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 661) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 687/691).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 692).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 661, ora atacada.

No tocante ao Tema 339, o Excelso Pretório, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, IX, da Constituição Federal, exige que o v. acórdão ou r. decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Defesa do agravante aludiu (fls. 632/636) que:

[...]

4. DA OFENSA AO ART. 5º, INC. LV E ART. 93, INC. IX, AMBOS DA CF

As principais teses da defesa foram:

i. preliminar de inépcia da denúncia, que indicou a data dos fatos de maneira imprecisa;

ii. preliminar de nulidade do feito por parcialidade do juízo instrutor, que claramente conduziu a colheita dos depoimentos das vítimas;

iii. a inidoneidade da prova oral que sustentou o decreto condenatório

– depoimentos das vítimas – já que dotada de inúmeras incoerências e contradições insuperáveis.

Em razões de apelação, a defesa sustentou, em síntese, que a n. Magistrada que presidiu a instrução probatória incorreu em evidente condução e parcialidade.

***A parcialidade da Magistrada inclusive foi reconhecida no acórdão da primeira apelação criminal, que anulou a sentença de primeiro grau**, verbis:*

*"A digna defensora pública apontou (certa ou erradamente) fatos concretos que importariam, segundo ela, parcialidade; a mera assertiva, conquanto respeitável, de que isso não ocorre não basta, por si só, a rejeitar o argumento. **Afinal, a digna magistrada que presidiu a primeira audiência estava, obviamente, convencida da culpa do acusado (disse a uma testemunha, antes que ela, mudando o teor do depoimento, passasse a incriminar o réu, que pensara estar ela 'protegendo-o');** se isto implicou ou não na parcialidade na colheita da prova é uma questão que demanda fundamento diferente do mero 'porque sim' ou 'porque não'." (fls. 409/410 – g.n.)*

*A defesa expôs que uma das testemunhas, de nome L., desmentiu **todas** as declarações das vítimas, o que fez com que a Magistrada lhe advertisse, causando absoluta inversão em seu relato, passando a ser vítima.*

Apontou-se que a Magistrada, pelo modo como conduziu a audiência, havia pré-julgado o caso, convencendo-se da culpa do recorrente antes mesmo do término da instrução e das manifestações das partes.

*Foram trazidos inúmeros **fatos concretos** a embasar tais alegações.*

*O v. acórdão, por sua vez, não enfrentou a questão, limitando-se, em indevido 'reforço de fundamentação', a trazer argumentos que afastariam a referida preliminar **sem fazer qualquer incursão nos fatos concretos apontados pela defesa.***

[...]

Verifica-se que o v. acórdão não enfrenta a tese defensiva. Traz argumentos ligados aos objetivos que levaram a Magistrada a tomar os depoimentos da forma como foram tomados, o que é insatisfatório.

Assim, no v. acórdão, as teses defensivas foram enfrentadas de forma claramente inadequada e insuficiente.

A mera assertiva de que não houve parcialidade e condução do depoimento das vítimas pelo juízo instrutor não basta, por si só, a rejeitar o argumento – e não há fundamentação concreta a corroborá-la.

*Pelo que se lê do acórdão, o fundamento de que a parcialidade não existiu **é a mera afirmação de que não existiu.***

*Ainda, no que concerne ao mérito, a Defensoria Pública demonstrou de forma exaustiva, pormenorizada e detalhada, **inúmeras incoerências***

Acesso ao Sumário

e contradições presentes nos depoimentos das vítimas *– inclusive com relação a contradição com exame pericial.*

Tais incoerências e contradições, caso analisadas e levadas em consideração, demonstrariam que os depoimentos das vítimas não seriam indenes de dúvidas e, por consequência, seriam inidôneos a sustentar a manutenção do decreto penal condenatório.

Saliente-se que o acórdão que anulou a sentença reconheceu que foram apontadas contradições concretas, que não haviam sido superadas pela sentença nula:

"Também no mérito, sempre com o maior respeito, ***o digno juiz de direito sentenciante limitou-se a afirmar, genericamente, que 'eventuais esquecimentos e divergências' são 'absolutamente naturais e esperadas justamente em razão da idade e do processo altamente constrangedor' a que foram submetidas.*** *Contudo, ainda uma vez, a defesa apontou* ***fatos concretos (inclusive relativos a contradição com exame pericial)****, e não apenas referentes às vítimas; mencionou, ainda, pelo menos uma testemunha (que, em juízo, inesperadamente se revelou também vítima, mas, formalmente, ainda mantém a situação jurídica original).*

Nada disso foi enfrentado na r. sentença. Afinal, ***a mera afirmativa de que 'contradições são naturais', além de não poder considerar-se 'fundamento' de nada, é também se tomada assim, genericamente, evidentemente falsa.*** *Claro que algumas contradições são naturais; todavia, se sempre o fossem, simplesmente não se poderia, jamais, cogitar de falso testemunho. É claro que não podem elas dizer com fatos essenciais à prova; se assim o for, têm de ser explicadas ou, quando menos, explicáveis; algo que tem de ser fundamentadamente demonstrado pelo juiz de direito.' (fl. 410 – g.n.)*

O segundo acórdão, no entanto, ao manter a condenação, não analisou os fatos concretos apontados pela defesa como contraditórios. Ao manter a condenação, sustentou-se exclusivamente nos relatos das vítimas, julgando-os coesos e coerentes, sem fazer qualquer incursão nas incoerências e contradições demonstradas pela defesa, as quais sustentavam o pleito absolutório.

Assim, o v. acórdão é violador do dever de fundamentação.

Deve-se salientar que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório exigem que as teses apresentadas pela defesa sejam enfrentadas, ainda que sucintamente, pelo Judiciário, o que não ocorreu neste caso.

O acórdão negou provimento ao recurso defensivo sem fazer considerações concretas idôneas a afastar as teses defensivas de parcialidade do juízo e inidoneidade da prova oral, que eram pontos centrais da tese de defesa. Os fatos foram ignorados, mesmo em sede de embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, entende-se, a decisão de segunda instância não foi fundamentada, o que implica no reconhecimento de sua nulidade por ausência de fundamentação (ofensa aos artigos 93, inc. IX da CF e art. 5º, LV da CF), o que ora se requer.

Já o v. acórdão (fls. 599/608) registrou que:

[...]

A inconsistência de datas precisas ou a alegação de que sejam incertas não macula a denúncia, já que não induz à condenação de fatos que, se não tivessem ocorridos, em tese, levaria o acusado a absolvição. O que não ocorreu na hipótese dos autos.

Ademais, a precisão das palavras das vítimas tanto na inicial como quando ouvidas em Juízo permitiram a defesa do acusado de forma plena e ampla.

Ainda que assim não fosse, qualquer inconsistência sobre a data dos fatos seria mera irregularidade, incapaz de anular o processo como pretende a defesa.

Sabe-se que pelo menos a testemunha L. confirmou que até junho de 2011 o acusado ainda trabalhava na igreja, não afirmando sobre o período posterior, pois ela deixou de frequentar o local.

No mais, não se vislumbra a alegada parcialidade da Magistrada quando da oitiva das vítimas infantes e de suas genitoras. Não se verifica orientação ou indução por parte da Magistrada que formulou as perguntas, conduzindo a audiência de maneira a extrair dos menores a verdade sobre os fatos, colocando-se em patamar próximo ao das crianças, que se mostravam bem constrangidas com todo o ocorrido, sugestivo, aliás, de tratamento psicológico, pelo menos para uma delas.

O objetivo da Magistrada certamente foi o de que as vítimas prestassem as declarações de forma mais natural e menos traumática possível, aliás, como bem mencionou o douto Procurador de Justiça.

Todas as alegações da defesa em preliminar induziriam, a seu entender, na absolvição sumária do apelante, e já foram amplamente analisadas, discutidas e rechaçadas. Não se comprovou o prejuízo alegado, sem falar que a matéria está desde muito preclusa.

[...]

A materialidade delitiva está comprovada pela prova documental de fls. 204/208, e pelo laudo de avaliação psicológica de uma das vítimas (fls. 251 e 252).

[...]

O ofendido B. confirmou que foi abusado pelo acusado por pelo menos cinco vezes. Disse que o réu passava a mão em seu corpo, inclusive em suas nádegas. Nessas ocasiões, tirava a sua roupa, jogando-a longe. Contou que o acusado também se despia e mandava que se sentasse ao seu colo, para jogarem computador.

Acesso ao Sumário

Afirmou não ter contado antes por vergonha. Por fim, disse que os fatos ocorriam no final dos ensaios e sob a promessa de entrega de brinquedos, dinheiro e videogames.

O ofendido C. também confirmou que foi molestado pelo acusado, por mais de uma vez, nas dependências da igreja, salientando que manteve sexo anal com o apelante. Disse que o acusado prometia lhe dar canetinhas.

A vítima K. declarou que por algumas vezes o acusado pediu que tirasse a roupa. Disse que certa vez ele lhe disse para passar gel em seu órgão genital, passando crime no pênis dele também. Disse que o réu roçava o pênis em seu corpo e que levava algumas crianças para um cômodo da igreja, onde tinha um colchão, fazendo com que elas deitassem lá.

A vítima N. declarou que, pelo menos em quatro ocasiões, o réu puxou as suas calças, abaixando-as, e colocava o pênis em suas partes íntimas, esfregando-se nela. Esclareceu que os atos libidinosos ocorriam em um cômodo da igreja.

A vítima N. declarou que o réu, várias vezes, chamou N. e N. para o quarto e lá tirava a roupa delas e encostava o corpo dele no corpo delas, inclusive nas partes íntimas, passando a mão no corpo das menores. Disse que ele lhes dava dinheiro, canetinhas etc.

A vítima T. esclareceu recordar-se que o réu por várias vezes puxava a calça das crianças para baixo e, quando questionado, ele dizia que era brincadeira. Disse que o acusado fazia massagens nas crianças. Contou que nos ensaios passou mal e o acusado mandou que deitasse em seu quarto. Ao acordar viu o acusado sem roupas e sentiu dores na vagina.

Como se vê as declarações das vítimas são coesas, não se vislumbra que tenham contado os fatos sob pressão, ou com "paixão", influenciadas pelos adultos, pois se limitaram a contar os fatos, sem muitos detalhes, mas indo direto ao ponto, até pelo constrangimento a elas causados.

[...]

Os laudos de fls. 204/207 e 251/252 – avaliações psicológicas – dão respaldo às palavras das vítimas, pois atestam a veracidade das declarações das crianças, sem indícios de que tenha ocorrido induzimento ou sugestões para que inventassem os fatos.

A alegação de que todas as crianças pertenciam a uma mesma família, e que por isso, teriam combinado em lhe prejudicar, não encontrou respaldo nas provas, não se sustentando.

Importante destacar as palavras da testemunha L., com 18 anos de idade, na época, declarando que havia congregado na Igreja onde o réu foi missionário por longo tempo, trouxe certeza de sua proximidade com condutas questionáveis. L. disse que permaneceu na igreja até pelo menos meados de junho de 2011 e que frequentava as aulas de dança ministradas pelo acusado, onde ***recebia mensagens semanais*** *de M. que passava* ***gel canforado em seu corpo****, embora sem tirar a roupa.*

Acesso ao Sumário

Contou que o acusado chamava sempre duas pessoas para irem ao seu quarto e lá fazia tais massagens (fls. 59).

Em que pese L. não tenha incriminado M., sua conduta de passar gel no corpo das crianças, é no mínimo, questionável, além de sugestiva, indo muito além daquilo que se espera de um missionário. Além disso, parece pouco crível que o gel tenha sido aplicado sobre as roupas, até pela sua ineficácia nessas condições. A., namorada do acusado, na época dos fatos, disse que o acusado era amigo de seus pais e que frequentava a igreja onde o acusado trabalhava como missionário. Contou que o apelante ministrava aulas de danças em adolescentes e geralmente ***fazia massagens*** *nos jovens para evitar câimbras e aplicava, nestas sessões,* ***pomadas e anestésicos nos jovens****, conduzindo-os, sempre em dupla, para* ***saída reservada****, onde permanecia a* ***portas fechadas****, por* ***aproximadamente 15 minutos****. Acredita que as acusações sejam "intrigas de igreja" (fls. 36).*

Assim, o comportamento pra lá de estranho do réu não lhe beneficia. Ao contrário, analisado em conjunto com as declarações das vítimas dão robustez à condenação que deve ser mantida.

[...]

Como soe acontecer, em crimes dessa natureza, ocorrido na clandestinidade, as palavras das vítimas tem especial importância e não é crível que os menores tivessem interesse em incriminar pessoa inocente, com a qual tinham estreito laço de confiança, carinho e convívio quase que diário.

Por fim, observa-se que os resultados dos laudos periciais negativos, exceção feita à vítima T. (positivo para conjunção carnal de data não recente), não são capaz de por si só inocentar o acusado, já que atos libidinosos não deixam vestígios.

Assim, em que pese o hercúleo esforço da douta defensoria pública há elementos suficientes nos autos para a manutenção da condenação do réu.

Tal r. decisão, assim, está em conformidade com o r. decisum do Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifico que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a 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.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008695-17.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes HELOISA HELENA MAZZI JORGE RACY e LUCIA HELENA MAZZI CARRETA, 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: "Não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.798)**

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, 18 de julho de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente – Formal de partilha extraído de ação de inventário de bens – Renúncia à herança – Apelação intempestiva – Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada em razão da recusa do registro, na matrícula nº 15.020 do 2º Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto, do formal de partilha extraído da ação de inventário dos bens deixados pelo falecimento do senhor Francisco Mazzi, o que fez em razão de ordens de indisponibilidade que recaem sobre os bens de herdeiro que renunciou à herança e porque a escritura pública de renúncia foi lavrada antes da abertura da sucessão.

A apelante sustenta, em suma, a tempestividade do recurso porque o advogado que constituiu não foi intimado da decisão prolatada nos embargos

de declaração opostos contra a r. sentença. No mérito alegou que a renúncia à herança não caracteriza fraude à execução ou fraude contra credores e que não era vedada pela indisponibilidade dos bens do herdeiro renunciante (fls. 152/157).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo recebimento do recurso e, no mérito, pelo seu não provimento (fls. 185/188).

É o relatório.

Foi apresentado para registro o formal de partilha extraído da ação de inventário judicial dos bens deixados pelo falecimento de Francisco Mazzi, que teve curso na 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de São José do Rio Preto, processo nº 576.01.2012.004736-1 (fls. 13 e seguintes).

No protocolo do título figuraram como apresentante a herdeira Lucia Helena Mazzi Carreta, como outorgante Francisco Mazzi e como outorgada a herdeira Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy (fls. 88).

Por seu lado, a dúvida foi suscitada a requerimento da apelante Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy (fls. 08/10) que foi nomeada inventariante dos bens deixados pelo falecimento de Francisco Mazzi (fls. 20).

Para o requerimento de suscitação da dúvida a apelante Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy constituiu como sua advogada a herdeira Lucia Helena Mazzi Carreta (fls. 12).

A intimação da suscitação da dúvida foi enviada à herdeira Lucia Helena Mazzi Carreta, procuradora da inventariante (fls. 98) e apresentante do título (fls. 98).

A apresentante Lucia Helena Mazzi Carreta, a seguir, impugnou as razões da dúvida, o que fez em nome próprio (fls. 103/108) e por meio de petição que assinou em conjunto com o Dr. Wanderley Romano Calil (fls. 108) que, então, foi constituído advogado tanto pela apresentante do título como pela inventariante (fls. 109).

Contra a r. sentença que julgou a dúvida procedente foram opostos embargos de declaração em nome da apresentante e da inventariante, sendo a petição assinada, eletronicamente, somente pela apresentante Lucia Helena Mazzi Carreta (fls. 131/133).

A r. decisão prolatada nos embargos de declaração, por sua vez, foi disponibilizada no DJE de 12 de junho de 2018 e no de 26 de junho de 2018, em nome da Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta (fls. 143 e 145), ao passo que o recurso de apelação foi interposto em 25 de outubro de 2018, também por meio de petição assinada, eletronicamente, somente pela Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta (fls. 152/157).

Portanto, a apresentante do título, Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta,

atua em causa própria e também como advogada constituída pela inventariante Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy (fls. 12).

E a procuração de fls. 109, outorgada em favor de novo advogado, não teve o efeito de revogar tacitamente a anterior porque a Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta, que atua em causa própria e que foi originalmente constituída pela inventariante Heloisa continuou peticionando em nome de ambas, de modo a demonstrar a manutenção do mandato que originalmente recebeu.

Nesse ponto, é relevante observar que somente a petição de fls. 103/108 foi assinada pelo segundo advogado constituído, em conjunto com a Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta.

A petição de interposição da apelação (fls. 152/153) e as razões do recurso interposto por Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy e outra (fls. 154/157), embora indiquem o nome do Dr. Wanderley Romano Calil, foi assinada exclusivamente pela Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta, de forma eletrônica (fls. 152/157).

Disso decorre a conclusão de que a Dr.ª Lucia Helena Mazzi Carreta continuou atuando em nome próprio e também como representante da inventariante Heloisa Helena Mazzi Jorge Racy.

E na falta de revogação expressa não cabe reconhecer a existência de revogação tácita de mandato judicial, pela constituição de novo procurador, quando a advogada anterior continua atuando em nome próprio e também em favor da outra parte que a constituiu. Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE NOVO INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO. REVOGAÇÃO TÁCITA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Não se desconhece o entendimento firmado do âmbito deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a outorga de nova procuração sem ressalva do instrumento procuratório anterior caracteriza revogação tácita de mandato, obrigando o Tribunal a retificar a autuação do feito.*
>
> *2. A presunção de revogação pode ser colocada em confronto com outras particularidades existentes no caso concreto, de modo que, se da análise dos atos praticados durante o deslinde processual ficar constatada a ausência do intuito de proceder à revogação de mandato anterior, devem ser considerados plenamente vigentes os poderes constantes das procurações previamente acostadas aos autos.*
>
> *3. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, restou claramente demonstrada a ausência do desígnio de revogar os poderes outorgados ao advogado anteriormente constituído nos autos.*
>
> *4. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente,*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/ STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (AgInt no REsp 1578990/ MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018).

Por fim, havendo dois advogados constituídos bastava a publicação em nome de um deles, na forma do Art. 135, I, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, pois o contrário não foi requerido às fls. 103/107:

"Art. 135. Nas intimações pela imprensa:

I – quando qualquer das partes estiver representada nos autos por mais de 1 (um) advogado, o ofício de justiça fará constar o nome de qualquer subscritor da petição inicial, da contestação ou da primeira intervenção nos autos, com o número da respectiva inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, a não ser que a parte indique outro ou, no máximo, 2 (dois) nomes, ou indique o nome da sociedade de advogados a que seu advogado pertença".

Reconhecida a regularidade da intimação, prevalecem a certidões de fls. 146 e 160 que demonstram a intempestividade da apelação que foi protocolada em 25 de outubro de 2018.

Ante o exposto, não conheço do recurso, porque intempestivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1102183-96.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUCIANA PEREIRA DOS SANTOS, é apelado 12º 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 ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 37.806)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 18 de julho de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de imóveis. Ofensa ao princípio da especialidade objetiva. Possibilidade de retificação do registro anterior para abertura de matrícula e posterior ingresso do título, se o caso. Dúvida julgada procedente. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença[1] proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 12º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de manter a recusa a registro de escritura de compra e venda de imóvel, por ausência de elementos referentes à descrição do imóvel.

Em síntese, afirma a apelante que os documentos apresentados permitem a retificação da matrícula, sendo suficientes para sanar a omissão ou o erro relativo à descrição do imóvel, certo que as medidas laterais não constam dos registros anteriores. Entende que, por se tratar de erro simples, não há óbice ao ingresso do título no fólio real com base no memorial descritivo apresentado[2].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[3].

É o relatório.

O dissenso versa sobre a registrabilidade da escritura de venda e compra lavrada em 27 de novembro de 2013, referente ao lote 5 da quadra 30, Vila Burgo Paulista, Distrito de Ermelino Matarazzo. Em sua nota devolutiva, o registrador apresentou óbices relativos à ausência de medidas laterais e divergência entre a área total do imóvel mencionada na escritura pública e a planta arquivada na serventia.

Ora, o título apresentado não pode mesmo ser registrado, porquanto o imóvel objeto da escritura de compra e venda em análise está descrito sem as medidas laterais que, ademais, não podem ser retificadas de ofício ante a divergência da metragem total do lote[4] e a planta arquivada em cartório[5]. Veja-se que o formato irregular do imóvel, que apresenta 8,5m de frente e 8m de fundos, impede a apuração das medidas laterais e, por conseguinte, da área total por meros cálculos aritméticos.

1 Fls. 67/69.
2 Fls. 78/87.
3 Fls. 105/107.
4 Fls. 10/13.
5 Fls. 34.

Acesso ao Sumário

Como é sabido, incumbe ao Oficial, quando da qualificação do título, com apoio nas normas e princípios registrários, proceder ao exame de sua regularidade formal e extrínseca. De seu turno, o Princípio da Especialidade Objetiva, contido no art. 176 da Lei n. 6.015/73, exige a identificação do imóvel como um corpo certo objetivando sua localização física, tornando-o singular perante os demais. Na lição de Afrânio de Carvalho: *"o princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado" e que "o requisito registral da especialização do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa lugar determinado no espaço, que é abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as reais definidoras da entidade territorial"* ("Registro de Imóveis", Editora Forense, 4ª ed.).

Considerado a descrição do imóvel contida na serventia imobiliária, o título apresentado não permite registro, sob pena de violação do princípio da especialidade objetiva ante a diversidade das descrições quando confrontadas. Uma das principais finalidades do registro imobiliário é a segurança jurídica, obtida por meio do perfeito diálogo da inscrição dos imóveis, dos títulos e direitos a ele relacionados, de maneira que possibilite uma compreensão isenta de dúvidas. Conforme Ricardo Dip: *"o fini qui do registro predial abrange imóveis, pessoas e títulos jurídicos, o que explica e justifica as exigências de determinação e especialidade tabulares objetiva (ou, da base imobiliária), subjetiva e do fato inscritível, meios para consecução da segurança jurídica"* ["Registro de imóveis (princípios)". t. I, Descalvado: PrimVs, 2017, p. 29].

De seu turno, observa Narciso Orlandi Neto que: *"As regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. E preciso que a caracterização do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro. Quando se tratar, por exemplo, de alienação de parte de um imóvel, necessário será que a descrição da parte permita localizá-la no todo e, ao mesmo tempo, contenha todos elementos necessários à abertura da matrícula (conf. Jorge de Seabra Magalhães, ob. cit., p. 63)"* ("Retificação do Registro de Imóveis", Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1999, p. 68).

Acrescente-se que o lançamento fiscal noticiado nos autos é insuficiente para oportunizar o registro perseguido, eis que o interesse tributário não se confunde com os princípios e as regras registrais orientadores do assento requerido.

Assim, caberá à apelante requerer a retificação do registro – o que poderá ser feito inclusive na via extrajudicial, se assim desejar – para abertura de matrícula de acordo com a real metragem e correta descrição do imóvel

adquirido, de forma que, posteriormente, possa pleitear o registro do título em questão. Ou seja, uma vez promovida a retificação e aberta a matrícula, será desnecessária a alteração da escritura pública que identifica o imóvel a partir do número do lote e quadra, ante o disposto no art. 213, inciso II, § 13, da Lei n. 6.015/73.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018356-90.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TERESA SALERA DE CASTRO, é apelado 5º 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 para julgar a dúvida improcedente, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.819)**

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, 9 de agosto de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente – Escritura pública de compra e venda outorgada pela Prefeitura do Município de São Paulo em cumprimento de contrato de compromisso de compra e venda inscrito na vigência do Decreto nº 4.857/1939 – Possibilidade de abertura de matrícula, diante do direito real inscrito.

Escritura pública de compra e venda outorgada diretamente em favor da viúva e herdeiros do compromissário comprador, mediante alvará expedido em ação de inventário – Desnecessidade de

Acesso ao Sumário

apresentação do formal de partilha.

Instituição de bem de família, pelos compradores, que embora prevista na escritura pública de compra e venda não foi objeto de requerimento de registro – Escritura outorgada no ano de 1990 - Princípio da rogação – Possibilidade de cisão do título – Registro viável – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do Sr. 5º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital em promover o registro de escritura pública de compra e venda de imóvel urbano, outorgada pelo Município de São Paulo, porque não foi apresentado título hábil para a abertura de matrícula.

A apelante alegou, em suma, que Giacomino Gillo Salera e sua mulher, Maria de Aro Salera, compromissaram comprar o imóvel por meio de escritura de compromisso de compra e venda outorgada pelo Município de São Paulo, em 1º de setembro de 1961, que foi inscrita no 15º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital. Afirmou que o compromissário comprador faleceu em 25 de fevereiro de 1978 e que foi promovido o inventário de bens em que houve expedição de alvará autorizando a transmissão da propriedade diretamente à viúva e aos herdeiros. Aduziu que a inscrição do compromisso de compra e venda foi realizada com amparo na legislação estadual então vigente. Informou que foram abertas matrículas e promovidos os registros de transmissões de outros imóveis situados na mesma rua, também alienados pelo Município de São Paulo. Requereu o provimento do recurso para que seja aberta matrícula para o imóvel, com o registro da compra e venda (fls. 229/234).

A douta Procuradoria Geral de Justiça arguiu a intempestividade do recurso. No mérito, opinou pelo seu não provimento (fls. 269/270).

É o relatório.

O prazo para apelação tem início com a publicação da sentença (art. 231, inciso VII, do Código de Processo Civil), considerando-se como data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização da intimação no DJe (arts. 224, § 2º, e 231, inciso VII, ambos do Código de Processo Civil).

A r. sentença foi disponibilizada no DJe de 06 de março de 2019 (fls. 223).

Por sua vez, embora tenha natureza administrativa, contra a sentença prolatada em procedimento de dúvida é cabível apelação (art. 202 da Lei nº 6.015/73) que é inteiramente regulado no Código de Processo Civil, o que enseja a contagem do prazo de recurso em dias úteis.

O prazo de recurso, de quinze dias úteis (art. 219 do Código de Processo

Civil), teve início em 10 de março, o que torna tempestiva a apelação interposta em 28 de março de 2019 (fls. 229).

O registro da escritura pública de compra e venda foi negado pelo Sr. 5º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital porque: não foi apresentado título hábil para a abertura de matrícula; não foi apresentado o formal de partilha dos bens deixados pelo falecimento do compromissário comprador; não foram apresentadas as certidões de propriedade e negativas de ônus e alienações atualizadas, emitidas pelos 1º, 3º e 15º Oficiais de Registro de Imóveis da Capital; não foram atendidos todos os requisitos para o registro da instituição do bem de família (fls. 01/03).

A r. sentença, por sua vez, manteve a negativa de registro pela impossibilidade de abertura de matrícula para o imóvel porque inexistente registro anterior e porque, em se cuidando de terras supostamente devolutas, o reconhecimento do domínio municipal depende da prévia demarcação e discriminação do imóvel.

Observa-se que anterior requerimento administrativo de abertura de matrícula, formulado pelo Município de São Paulo (Processo nº 0001989-18.2012.8.26.100), foi indeferido pela inexistência de título apto para demonstrar o domínio público municipal (fls. 220).

Contudo, as certidões de fls. 22/23 e 90/91 comprovam que o contrato de compromisso de compra e venda do imóvel, outorgado pelo Município de São Paulo em favor de Giacomino Gillo Salera, foi inscrito em 29 de dezembro de 1961, sob nº 10.552, pelo 15º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital.

A inscrição do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel não loteado constituiu direito real em favor do compromissário comprador, como previsto no art. 22 do Decreto-lei nº 58/1937, então vigente:

> *"Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil".*

Por sua vez, o ato de registro foi praticado na vigência do Decreto nº 4.857/1939 que previa a inscrição dos contratos de compromisso de compra e venda dos imóveis não loteados (art. 178, alínea "a", XIV) e a averbação dos contratos dessa natureza relativos aos imóveis loteados (art. 8º).

Ademais, em seu art. 244 o Decreto nº 4.857/1939 impunha a observação da continuidade para realização das transcrições e das inscrições, tanto em relação aos negócios e atos jurídicos sobre imóveis já transcritos, como aos relativos

Acesso ao Sumário

aos títulos que pelo sistema anterior ao Código Civil de 1916 independiam de registro:

> *"Art. 244. Em qualquer caso não se poderá fazer a transcrição ou inserção sem prévio registo do título anterior, e quando nenhum haja, do último anterior ao Código Civil, salvo se este não estivesse obrigado a registo, segundo o direito então vigente, de modo a assegurar a continuidade do registo de cada prédio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registar alienações ou onerações dependentes, assim, da transcrição anterior".*

Além das disposições contidas no Decreto nº 4.857/1939, a presunção da existência e da titularidade dos direitos reais de compromissário comprador e, em consequência, do promitente vendedor, também decorria do art. 859 do Código Civil de 1916:

> *"Art. 859. Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu".*

Ainda em conformidade com o art. 860 do Código Civil de 1916, essa presunção subsistia enquanto não cancelado o registro, ou retificado, disposição repetida no art. 295 do Decreto nº 4.857/1939:

> *"Art. 295. O cancelamento da inscrição não importará a extinção do direito real, que não estiver extinto, sendo em tal caso lícito ao credor promover novo registro, o qual só valerá desde a nova data".*

A presunção de existência e veracidade dos direitos reais registrados, ou seja, transcritos, inscritos ou averbados (imóveis loteados), não se alterou com o Código Civil de 2002 (art. 1.245, § 2º) e, mais, é prevista no art. 252 da Lei nº 6.015/73:

> *"Art. 252 – O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido".*

Destarte, a inscrição do compromisso de compra e venda faz presumir o direito real em favor do compromissário comprador que, por questão de lógica, depende da existência do direito de propriedade pelo promitente vendedor.

Acesso ao Sumário

Portanto, neste caso concreto, a inscrição do imóvel no Registro de Imóveis, ou seja, o primeiro registro, foi realizada pelo 15º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, em 29 de dezembro de 1961, com a inscrição do contrato de compromisso de compra e venda, o que enseja a presunção de que é de propriedade do Município de São Paulo e sobre ele incide direito real de compromissário comprador constituído em favor de Giacomino Gillo Salera, casado.

Enquanto não for cancelada essa inscrição produz todos os efeitos legais, incluído o de, diante das peculiaridades deste caso concreto, constituir registro anterior do imóvel para efeito de abertura de matrícula, na forma do art. 228 da

Lei nº 6.015/73:

> *"Art. 228 – A matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta Lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado".*

Por outro lado, a r. sentença não manteve as exigências de apresentação do formal de partilha dos bens deixados pelo falecimento de Giacomino Gillo Salera e de apresentação de novas certidões dos 1º, 3º e 15º Oficiais de Registro de Imóveis da Capital, o que fez corretamente.

Na escritura pública de compra e venda consta que foi outorgada em favor da viúva e dos herdeiros de Giacomino Gillo Salera, em cumprimento do contrato de compromisso de compra e venda, mediante alvará expedido em 26 de janeiro de 1988 no Processo nº 692/86 da 5ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca da Capital (fls. 29 e 97, item 3º).

Diante da autorização expedida pelo Juízo da ação de inventário dos bens deixados pelo falecimento de Giacomino Gillo Salera para o recebimento da escritura pública de compra e venda diretamente por sua viúva e herdeiros, não prevalece a exigência de prévio registro da partilha do imóvel.

Outrossim, foram apresentadas as certidões de propriedade e negativas de ônus dos 1º, 3º e 15º Oficiais de Registro de Imóveis da Comarca da Capital (fls. 25, 24 e 22/23, respectivamente).

E a certidão da inscrição do compromisso de compra e venda, promovida no 15º Oficial de Registro de Imóveis da Capital sob nº 10.552, descreve o imóvel com sua localização, medidas e confrontações, de forma a permitir a abertura de matrícula.

Por fim, embora previsto na escritura pública, o requerimento de fls. 15/19 demonstra que a apresentante não solicitou o registro da instituição de bem de família, assim como não foi a recusa desse registro objeto do recurso interposto.

Por essa razão, e decorrendo a instituição do bem de família de declaração de vontade dos compradores do imóvel, é possível a cisão do título para que seja promovido o registro da compra e venda.

Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso para julgar a dúvida improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 1000908-70.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CALMINHER S/A, é apelado 9º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA

Acesso ao Sumário

DE SÃO PAULO.

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 37.846)**

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, 9 de agosto de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO ÂMBITO DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL. DEVER DO OFICIAL EM EXIGIR A PROVA DO PAGAMENTO DO ITBI. ESPECIALIDADE OBJETIVA. DESCRIÇÃO DO IMÓVEL IMPRECISA SEM POSSIBILIDADE DE COMPREENDER SUA EXATA LOCALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO REMANESCENTE QUE NÃO PODE SER SUPRIDA POR LAUDO DE AVALIAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de apelação interposta por Calminher S.A. contra r. sentença que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do registro de ata de assembleia geral por ausência de apresentação da guia do recolhimento do ITBI e violação ao princípio da especialidade objetiva.

A apelante sustenta a desnecessidade da prova do recolhimento do ITBI, ante a extinção de eventual crédito tributário e a possibilidade de localização do imóvel em razão de laudo de avaliação (fls. 211/220).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 235/237).

É o relatório.

É dever do registrador, nos termos do artigo 289 da Lei de Registros Públicos, *fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício*, portanto, correta a exigência atinente à comprovação do pagamento do ITBI.

Não é atribuição do Registrador, e tampouco deste órgão administrativo recursal, o exame da ocorrência de decadência ou prescrição de tributo com a finalidade de afastar a exigência da comprovação de seu pagamento.

O procedimento de dúvida, que é de natureza administrativa, tem por finalidade exclusiva a análise da dissensão entre o apresentante e o Oficial de Registro de Imóveis sobre os fundamentos adotados para a recusa do registro.

A par da natureza administrativa, o titular do crédito tributário não participa do procedimento de dúvida e, em decorrência, não pode ser atingido pelo pretendido reconhecimento da decadência. Ademais, em razão de sua natureza o procedimento de dúvida não comporta o chamamento do credor tributário para comprovar eventual causa interruptiva da prescrição.

Nesse sentido:

"Registro de Imóveis – Formal de Partilha – Ausência de recolhimento de Imposto de Transmissão 'causa mortis' – Dever do Oficial de velar pelo recolhimento – Impossibilidade de reconhecimento de decadência ou prescrição pela via administrativa – Recurso desprovido." (CSM, Apelação Cível n.º 1042731-63.2015.8.26.0100, Rel. Desembargador Pereira Calças).

O Princípio da Especialidade Objetiva, contido no art. 176 da Lei n.º 6.015/73, exige a identificação do imóvel como um corpo certo objetivando sua localização física.

No presente caso, em razão de várias alienações parciais há necessidade de apuração do remanescente. Assim, a descrição existente na transcrição é imprecisa e lacunosa, impedindo a identificação e exata localização da parcela do imóvel a ser transmitido.

Essa questão já foi objeto de precedente deste Conselho Superior da Magistratura, como se observa de extrato do voto do Desembargador Hamilton Elliot Akel, então Corregedor Geral da Justiça, na Apelação n.º 0010422-67.2013.8.26.0361:

"No que respeita ao princípio da especialidade objetiva, ele apenas seria respeitado se o título descrevesse o imóvel tal como no assento e, também, se esse assento contivesse perfeita individualização do bem. Para Afrânio de Carvalho, o princípio da especialidade do imóvel significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro (Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da

Acesso ao Sumário

Lei 6.015/73, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 219). Por isso, o imóvel deve estar perfeitamente descrito no título objeto de registro de modo a permitir sua exata localização e individualização, não se confundindo com nenhum outro. Narciso Orlandi Neto, ao citar Jorge de Seabra Magalhães, lembra que 'as regras reunidas no princípio da especialidade impedem que sejam registrados títulos cujo objeto não seja exatamente aquele que consta do registro anterior. É preciso que a caracterização do objeto do negócio repita os elementos de descrição constantes do registro' (Narciso Orlandi Neto, Retificação do Registro de Imóveis, Juarez de Oliveira, pág. 68). É certo que caberia mitigação no princípio da especialidade, caso o título – formal de partilha – espelhasse a antiga transcrição. Mas nem isso ocorre no caso. Enquanto a certidão oriunda do 1º registro de Imóveis menciona dois lotes de terreno, o formal de partilha, ao tratar de deles, discrimina-os como um só imóvel, não obstante a ausência de qualquer procedimento de unificação. E, mais, como ressalta o Oficial, traz medidas laterais inéditas, que não constam do assento. (grifo nosso) A situação não melhora com os documentos trazidos no curso do processo, que, de mais a mais, não integram o título e, portanto, não podem ser admitidos. Por meu voto, à vista do exposto, nega-se provimento ao recurso."

O imóvel, com sua atual descrição, não permite individualização. Portanto, imprescindível apuração do remanescente para consecução da segurança jurídica do registro imobiliário.

No caso, não tem lugar a utilização de documentos diversos do título e do constante no registro imobiliário (laudo de avaliação) para identificação do imóvel, porquanto a localização deve ocorrer com os elementos existentes na serventia extrajudicial, daí a necessidade da apuração do remanescente.

Além disso, o laudo referido tinha finalidade de avaliar o imóvel e não estabelecer sua individualização para fins de registro imobiliário, em cumprimento ao princípio da especialidade objetiva.

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

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI (Desembargadora)

Oradora em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse de Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, no cargo de Desembargadora. (Solenidade realizada em 12.08.2019).

Inicio agradecendo ao nosso nobre, culto e operoso Presidente, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, a honra de fazer a saudação em nome de nossa colenda Corte de Justiça.

Não obstante inúmeros outros dos ilustres colegas presentes pudessem fazê-lo com maior brilho, acredito que poucos experimentariam a mesma emoção que sinto ao dar as boas-vindas a tão estimada amiga e admirada colega, cuja trajetória eu tive a satisfação de acompanhar.

O momento é de celebração e júbilo. Recebemos nesta Casa de Justiça, em sala repleta de simbolismo, uma grande Magistrada, que conseguiu aliar e aperfeiçoar, ao longo de sua vida profissional, a eficiência, o senso de Justiça, a preocupação com o outro, a firmeza de caráter, a sensibilidade, a delicadeza, o respeito a todos envolvidos no sistema justiça e a discrição.

Nossa querida Desembargadora Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi é filha do ilustre Desembargador Nelson Fonseca e da saudosa Ercy Amaral.

Foi escrevente do Tribunal de Alçada Civil de 1982 a 1987.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, turma de 1987, pós graduou-se na University of Wales, País de Galles, de 1993 a 1994, possuindo título Master Of Laws In Public Law.

Ingressou na Magistratura, tendo sido nomeada Juíza Substituta da 38ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Franca, em 12 de março de 1990.

Foi promovida para a 4ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Osasco, em 2 de agosto de 1990 e para o Foro Distrital de Francisco Morato, Comarca de Franco da Rocha, em 20 de dezembro do mesmo ano, seguindo nomeação para exercer, vitaliciada, o cargo de Juíza de Direito do Foro Distrital de Mairinque, Comarca de São Roque, em 24.3.1992.

Promovida para o cargo de Juíza de Direito Auxiliar da Capital, em 30 de abril de 1992, veio a ser removida para a 2ª Vara Criminal da Comarca de São Caetano do Sul, em 9.8.2001.

Na Entrância Final, foi promovida para a 41ª Vara Cível Central em

Acesso ao Sumário

11.11.2004 e removida para o cargo de Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau, em 25 de novembro de 2012.

Seguindo passos do pai, tornou-se Juíza Efetiva do Tribunal Regional Eleitoral, em 15 de outubro de 2015, eleita pelo Colendo Órgão Especial, dentre prestigiados colegas, onde também prestou relevantes trabalhos, do que são testemunhas os ilustres Presidente, Ex-Presidente, Corregedor e Membros do Tribunal Regional Eleitoral, aqui presentes.

Finalmente, foi promovida ao cargo de Desembargador, com concorrida e emocionante posse administrativa, em 6.6.2019.

Casada com o ilustre e saudoso Desembargador desta Corte, Alfredo Fanucchi Neto, tiveram os filhos Marcela, Gabriela e Bruno, aqui presentes. Ficou viúva precocemente, há dez anos.

A dor intensa do período de doença e do falecimento do marido e companheiro foi ambiente propício para que também adoecesse gravemente, mas superou, com impressionante fé, amor pelos filhos e determinação, podendo prosseguir como esteio da família, mãe dedicada e Magistrada de escol.

Tenho vivas lembranças dessa época difícil, da qual ficam lições de superação e certeza da união da família, da fé e do caráter de cada um de seus integrantes.

O senso de Justiça da nossa eminente Magistrada e a grandiosidade de seu amor pelos filhos são tais que não conseguiu escolher um para acompanha-la na galhardia do recebimento do Colar do Mérito Judiciário. Estiveram juntos nos bons e maus momentos e estão agora, nesta sessão solene, certamente orgulhosos da mãe, como sem dúvida estão o saudoso Desembargador Alfredo Fanucchi, olhando e abençoando da casa do Pai, e o Desembargador Nelson Fonseca, que por motivo de doença não pôde comparecer à posse da amada filha.

A Desembargadora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi prossegue o diligente, prudente, célere e operoso exercício da função jurisdicional na Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal, onde já atuava como Juíza Substituta em Segundo Grau, em vaga deixada pelo eminente Desembargador Juvenal José Duarte.

Neste momento também de renovação do compromisso de todos nós de bem servir às causas do Direito e da Justiça, cientes de nossa responsabilidade na concretização dos direitos fundamentais e dignos da confiança dos que anseiam por Justiça, lembremos as palavras do Poeta Paulo Bomfim, porque, como dizia, "poetas não morrem, eles se transformam em palavras", façamos junto com nossa colega empossanda a sempre oportuna oração.

"Creio no destino de um poder que dá a São Paulo dignidade no presente e confiança no futuro.

Creio na saga da Magistratura Bandeirante que tem neste palácio seu templo, sua tribuna e sua liturgia.

Creio na sacralidade da toga, na missão de julgar, na vitória da lei a serviço do bem.

Creio na Justiça de nossa terra, em seus nomes tutelares, em sua jornada pontilhada de sacrifício e de sabedoria.

Creio na predestinação deste momento feito de evocações e responsabilidades, numa hora decisiva de nossa história quando o destino do Judiciário Paulista clama por novos rumos e pede ao passado a luz da experiência e o dom de desvelar perspectivas redentoras.

Creio uma crença que se renova diariamente na estrada de Damasco da revelação dos rumos de São Paulo e de seu Judiciário, no fortalecimento e na união de nossa magistratura em torno do ideal de bem servir ao nosso povo.

Creio e faço dessa crença a luz que guiará meus passos, minhas decisões, meus propósitos, meu ideal de paulista e de magistrado".

Antes de encerrar, apresento votos de felicidade e sucesso na nova etapa da carreira, integrando o Pleno do maior e melhor Tribunal de Justiça do país, que nunca perca o olhar atento aos jurisdicionados, direta ou indiretamente envolvidos em cada processo, o amor pela Justiça e a disposição ao trabalho árduo, mas gratificante. Meu abraço afetuoso em tão querida amiga, Desembargadora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi, irmã de eleição, com o pedido de licença a seus irmãos presentes e, em especial, ao nosso estimado colega Nelson Fonseca Junior, e cumprimentos especiais a cada membro de sua linda e amada família, Marcela, Gabriela, Bruno, Guilherme e Maria Eduarda.

Agradecendo a tolerância de todos, tenho convicção de que o Tribunal de Justiça fica ainda mais engrandecido e enriquecido com a posse da insigne Desembargadora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi.

CLÁUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI (Desembargadora)

Discurso de agradecimento por ocasião de sua posse no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 12.08.2019).

(Cumprimentos às autoridades)

Vivo este momento ímpar em minha vida, com intensa emoção, como certamente ocorreu com todos os colegas que me antecederam na ascensão a esta Corte. Substituo, neste Tribunal, o inesquecível Desembargador Silveira Paulilo, a quem rendo a homenagem da minha admiração pelo incansável trabalho em prol da Magistratura de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Em 23 de março de 1990, tomava eu posse como Juíza Substituta da Comarca de Franca, juntamente com os demais aprovados no 158º Concurso da Magistratura Paulista.

Antes, por cinco anos, fui escrevente dos extintos Segundo Tribunal de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal, onde meu amor pela Magistratura se iniciou, pois, apesar de conviver com a carreira desde que nasci, foi trabalhando nas sessões de julgamento, na sessão de datilografia de acórdãos e, posteriormente, no grupo de estudos de jurisprudência penal controvertida – concebido pelo Desembargador Alberto Silva Franco, quando exercia a Vice-Presidência do TACRIM –, que amadureci minha opção profissional.

Desde o primeiro ano da faculdade, saía das aulas, no Largo de São Francisco, atravessava as Praças da Sé e João Mendes para trabalhar nessas duas Cortes de Apelação, verdadeiras escolas de direito.

Foram tempos caprichosos e tudo passou tão rápido...

Nos últimos quase cinco anos, tive a deferência de cumular a jurisdição estadual com a federal, quando integrei o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Justiça que, pude comprovar, está preparada não só para interpretar a complexa e imensa quantidade de normas, com a instantaneidade que lhe é inerente, mas também para auxiliar no fortalecimento e desenvolvimento da cidadania, subsidiando, de há muito, a democracia brasileira.

E hoje, ser conduzida neste recinto, pelos passos seguros da Desembargadora Luciana Bresciani – que conheci na carreira e se tornou minha irmã de alma – traz-me serenidade e confiança, simbolizando a entrada em num novo lar, com a manutenção das indissociáveis união e independência, permeadas de respeito mútuo, que devem prevalecer em qualquer órgão colegiado.

Luciana, agradeço sua saudação bondosa, dignificante e emotiva, fazendo deste momento um dos mais inesquecíveis de minha vida. Neste 12 de agosto, em razão de minha promoção ao último degrau da carreira, recebo, honrada, das mãos de Vossa Excelência, Senhor Presidente, com o auxílio de meus três filhos, o Colar do Mérito Judiciário.

Acesso ao Sumário

Colar este que, em sua parte central, constitui-se de um resplendor canelado de ouro, sobre o qual se assentam duas cruzes de oito pontas, cujos braços se acantonam, esmaltadas de vermelho, com um friso preto, carregadas de um oval esmaltado de branco, tendo ao centro em ouro, a figura da Justiça; no reverso, as Armas do Estado de São Paulo, circundadas pelos dizeres

"Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" – Mérito Judiciário (Resolução do TJSP de 1973, que instituiu o "Colar do Mérito Judiciário").

Colar este também recebido, honrosamente, por meu pai Nelson e

por meu falecido marido Alfredo, os quais, infelizmente, não se encontram fisicamente presentes, mas certamente estão realizados por essa conquista. Amo vocês dois, minha eterna gratidão.

Mas, em que pese a distinção desta comenda, faço questão de vivenciá-la, afastando de mim o cálice da vaidade, para reafirmar a consciência do imenso trabalho a desenvolver, em prol do espírito público e da defesa das instituições democráticas deste País, sempre zelando pelo prestígio e autoridade das leis, da justiça e do bem.

A temporariedade no exercício dos cargos públicos reforça a máxima de que as pessoas passam, as instituições ficam e deve nortear o ideário da despersonificação das decisões judiciais.

Agradeço a todos os meus familiares, os Amarais, por parte de minha querida e falecida mãe Ercy, os Fonseca e os Fanucchi, presentes neste evento, e o faço nesta oportunidade na pessoa de meus filhos Marcela, Gabriela, Bruno, meu genro Guilherme; minha neta Maria Eduarda, meus irmãos Nelson e Teresa Cristina e minha sogra Maria Conceição.

Sou extremamente grata pelo amor que me destinaram permanentemente, sem o qual, com certeza, não teria superado as adversidades, pessoais e profissionais, e não foram poucas, para alcançar essa importante ocasião.

Neste ponto, não posso me furtar de externar o meu reconhecimento ao trabalho sério e consciencioso dos meus assessores jurídicos Diogo, Carolina, Celina, Wilma, Viviane e Emerson que, com elogiáveis dedicação e competência, contribuem decisivamente para a condução célere e eficiente de meu Gabinete de Trabalho.

Ressalto também minha gratidão aos Desembargadores integrantes da Colenda 5ª Câmara Criminal, Damião Cogan, Tristão Ribeiro, Pinheiro Franco, Geraldo Wohlers, Mauricio Guimarães, e ao Desembargador Juvenal Duarte, a quem tive a distinção de suceder na cadeira, pelo convite a permanecer no Colegiado.

Ao assumir a Magistratura, há quase 30 anos, fiz o juramento de cumprir e de fazer cumprir as leis e julgar de acordo com a minha consciência. Renovo-o nesta oportunidade, ratificando minha missão de fazê-lo com independência e coragem, engajamento ético e moral e, sobretudo, respeito a todo e qualquer cidadão, destinatário final dos serviços judiciários.

Antes de encerrar, senhoras e senhores, valho-me das palavras do nosso saudoso Paulo Bomfim, notável Poeta que nos deixou recentemente:

"Livrai-nos de praticar o Bem
por interesses mundanos ou extraterrenos,
livrai-nos de fazer do Bem instrumento de prazer.

Que ele circule em nós com a gratuidade do ar
e a naturalidade da água."
(in 'Diário do Anoitecer', Ed. Quartier Latin, pág. 71)

São Paulo e o Judiciário paulista ficarão, por toda eternidade, com a poesia, as palavras, o sorriso e a simpatia do "Príncipe dos Poetas".

Pela presença, paciência e carinho de todos aqui, o meu MUITO OBRIGADA!

JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI (Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ)

Discurso proferido por ocasião da posse de Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, no cargo de Desembargadora. (Solenidade realizada em 12.08.2019).

Hoje é um dia de festa e de alegria para a Justiça de São Paulo, tão bem presidida pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Cumprimento-o e cumprimento a todas as senhoras e os senhores Desembargadores. Querido Paulo Dimas, representando o Governador; nosso Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Padin; Conselheiro Henrique Ávila; meu amigo, irmão querido Torquato Jardim.

Fiz questão de vir à posse da Desembargadora Claudia por vários motivos:

Primeiro, o Tribunal de Justiça de São Paulo e a sua importância. É o maior Tribunal do nosso país, talvez o maior Tribunal do mundo, com seus 360 Desembargadores. É uma Justiça que funciona e que funciona bem, que é exemplo para toda a nação brasileira.

Segundo, do ponto de vista pessoal, acompanhei a Doutora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi mais proximamente porque ela atuava no TRE-SP quando eu era Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Como quem atuou na área sabe muito bem, o Eleitoral é um Judiciário que atua de prontidão, rapidamente. Para atuar na Magistratura Eleitoral são necessários profissionais talhados para isso. E é nesse sentido que eu queria saudar e saúdo a nova Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi, porque, como mostra a presença de tantas pessoas da advocacia e da Magistratura Eleitoral que estão aqui, Vossa Excelência é uma Magistrada talhada para o ofício judicante e talhada para a realidade. Para além

Acesso ao Sumário

de atuar com o ofício de julgador, julgadora, que é a obediência à Constituição e às leis do país, Vossa Excelência sabe muito bem o resultado que a sua decisão vai ter na realidade social; e é isso que faz e distingue um Magistrado. Meus parabéns.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da posse de Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 12.08.2019).

(Cumprimentos às autoridades e familiares da empossada).

Doutora Claudia Lucia Fonseca Fanucchi, estamos aqui reunidos nesta maravilhosa tarde paulistana, neste Salão do Júri, este salão tão lindo que é o sacrário da Justiça Paulista, e eu me lembrava aqui que aprendi com meus antepassados, meus avós, meus bisavós e até meus trisavós, que quem não tem passado não tem futuro. Pode ser coisa de gente antiga, mas eu aprendi isso. E digo que, neste sacrário da Justiça Paulista, nessa joia da arquitetura paulistana feita por artesãos italianos, estamos repetindo um ritual soleníssimo, iniciado há 145 anos, em uma sala muito mais singela, lá em 1874, quando nossa Corte de Relação São Paulo–Paraná foi instalada.

Em 2 de março de 1607, Dom Felipe III, rei de Espanha e Portugal, criou a Relação da Bahia, Corte do Tribunal de Justiça, com a missão de formar a Segunda Instância para examinar as decisões de Primeira Instância. A Relação da Bahia era composta, entre outros Desembargadores, pelo Chanceler Gaspar da Costa do Amaral, e pelo Desembargador Francisco Fonseca. O escrivão do Desembargador Fonseca e do Desembargador Amaral chamava-se Cristóvão Vieira, que trouxera de Lisboa (todos eles vieram de Portugal, claro!) um filho de oito anos, que mais tarde seria o nosso Padre Vieira.

Então, há 412 anos era instalado o primeiro Tribunal das Américas. O Tribunal da Bahia é o Tribunal mais antigo de todas as Américas, incluindo os Estados Unidos, e nele já estavam presentes dois Desembargadores portugueses, um Amaral e um Fonseca – veja só que coincidência. Nossa empossanda, Doutora Claudia Lucia, nasceu Amaral Fonseca, vejam só o que é a história da Justiça Paulista, da Justiça Brasileira. Então, a história da Corte Bandeirantes está referta de Magistrados, vários, Amarais e vários Fonsecas, posso dizer

Acesso ao Sumário

diversos nomes, inclusive colegas de concurso, que provêm dessas duas estirpes de Juízes Paulistas.

Aqui estão presentes vários integrantes dos troncos Amarais e Fonsecas. A Doutora Claudia Lucia Fonseca, além de ser dessas duas tradicionais estirpes, possui uma história pessoal muito bonita, que serve de exemplo (como foi dito aqui no belíssimo discurso da nossa queridíssima Luciana Almeida Prado Bresciani). Uma sólida formação moral e intelectual, haurida sobre princípios éticos, morais, cristãos, que foram ensinados pela saudosa Dona Erci Amaral e por seu pai, que ainda está conosco, Desembargador Nelson Fonseca. Estudou no Bandeirantes, graduou-se pelas Arcadas, pós graduou-se pela Velha e sempre Nova Academia, depois foi para o Reino Unido, no País de Gales, onde recebeu o LLM em Direito Público. Ingressou na Magistratura em 1990. A carreira foi trilhada com suor, lágrima e sangue. Passou por Franca do Imperador, Osasco, instalou a 41ª Vara Cível Central, depois foi Juíza Substituta em 2º Grau, Juíza do TRE-SP, na trilha do Doutor Nelson, e agora assume a vaga de meu colega de concurso, Desembargador Antonio José Silveira Paulilo, que aguardou e antecipou a sua aposentadoria, preciso dizer isso de público, para que tudo ocorresse da melhor forma possível. O grande Silveira Paulilo. Então, essa é a história, muito simplificada, da Desembargadora Claudia Lucia Fonseca.

Na vida pessoal, foi casada com o saudoso Desembargador Alfredo Fanucchi, que era uma pessoa admirável, e tiveram três filhos. É a primeira vez que uma Desembargadora recebe o Colar do Mérito Judiciário de um trio, um trio na vida de quem fez questão de estar presente, cuidou deles com desvelo de mãe. Passou por uma situação pessoal de saúde muito difícil e a superou com galhardia. Encaminhou as duas meninas e o Bruno, não é? Gosta do Guilherme como se filho fosse. Estão aqui a Solange e a Duda, que é a rainha de toda essa turma. E o Nelson, que é um Juiz a quem só ouço elogios. Todo mundo luta para ter o Nelson em sua Turma de Julgamento.

Aqui quero homenagear o Desembargador Nelson Fonseca por ter deixado dois grandes nomes na Magistratura Paulista e dizer que vocês são importantes para continuar esta saga. Ainda temos a Marcela e o Bruno, que ficam com esta missão, ou a Duda, quem sabe?... A sobrinha também já disse para mim que vai ser juíza. Com isso quero dizer para a Claudia: trate de ser feliz, seja você mesma e que Deus a abençoe, a sua linda família, a sua sogra, que se fez presente hoje aqui. Todos que estão aqui torcem por sua felicidade e por seu sucesso. Que Deus a abençoe e a todos os seus. Declaro encerrada esta sessão.

Obrigado.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Corregedor Geral da Justiça)

Orador em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Dr. Flávio Luiz Yarshell (Solenidade realizada em 26.08.2019).

Excelentíssimo Presidente PEREIRA CALÇAS, na pessoa de quem cumprimento com satisfação a todas autoridades presentes, Membros do Ministério Público, Defensores e Advogados. Caríssimo Professor Flávio Yarshell.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado hoje se reúne em sessão solene para festividade mui grata às suas altas tradições: a outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Eminente Advogado e Professor FLÁVIO LUIZ YARSHELL.

A honra de falar em nome da Corte é imensurável, notadamente porque destinadas as palavras a saudar o insigne Professor das Arcadas e querido Amigo, Flávio Yarshell.

Minha voz e oração é igualmente dos Eminentes Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS e CRISTINA ZUCCHI, proponentes da distinção conferida. Somos, pois, três vozes a homenagear Flávio Yarshell.

Mas qual a importância desta sessão?

Ela cuida da outorga da mais importante honraria do quase sesquicentenário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, criada por Resolução de outubro de 1973, 45 anos atrás.

Foi instituída no centenário da Corte, para galhardear as pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, pelos relevantes serviços prestados à cultura jurídica.

E é exatamente nesse quadro que se insere o Professor FLÁVIO YARSHELL. Notável Advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre, Doutor, Livre-Docente, Professor Titular e Juiz do Tribunal Regional Eleitoral.

Sua trajetória profissional e acadêmica impressiona até ao mais laureado jurista. E ela decorre das luzes de uma inteligência privilegiada, pautada pelo amor ao trabalho, pela firmeza de atitudes e dedicação integral a tudo que abraçou.

Ousando parafrasear MATIAS AIRES, filosofo do Brasil colônia, e que falava em estilo lapidar de magistrados, Vossa Excelência tem o perfil de profissional "prudente e severo, sem injuria nem dureza, inflexível sem arrogância, reto sem aspereza nem malevolência, modesto sem desprezo,

Acesso ao Sumário

constante sem obstinação, incontrastável sem furor e douto sem ser interpretador ou legislador".

Nessa toada é que Vossa Excelência galgou todos os degraus da vida profissional. Velho lidador do direito, embora moço na idade, Vossa Excelência impôs-se pelo destemor, equilíbrio e a facilidade do diálogo dentro das normas de respeito, civilidade e imparcialidade, próprias do homem bom.

Vossa Excelência dedica-se à causa da Justiça, seja na sua atividade principal, como jurista, advogado e mestre, seja dando o exemplo necessário às novas gerações, inclusive de magistrados, o que fez como membro de bancas examinadoras de concurso de ingresso à magistratura, do que sou testemunha. Profissional reto, de talento inigualável, de postura admirável, de serenidade ímpar, de trato ameno. É homem de vida agitada pela paixão das causas que defende.

Vossa Excelência é daqueles seres que Deus pôs no mundo com natural brandura, alma bem formada, compreensão bondosa das aflições do homem. Vossa Excelência fala à sensibilidade moral de todos, especialmente dos estudantes, que forma com excelência.

Dizia Rui, em suas palavras à juventude, que "a hóstia, o arado, a palavra correspondem aos três sacerdócios do Senhor. Mas a suprema santificação da linguagem humana, abaixo da prece, está no ensino da mocidade. O lavrador deste chão devia amanhá-lo de joelhos".

Vossa Excelência desperta em todos, e nos alunos que tão bem forma, o estímulo, a simpatia e a admiração. Vossa Excelência fala à sensibilidade moral do estudante, tanto quanto à sua inteligência.

Ao prestar homenagem ao saudoso Professor Noé de Azevedo, proferindo oração em tudo adequada a Vossa Excelência, meu venerando Pai assim se pronunciou: "como tantos outros mestres da velha Faculdade, insuflou-nos pela palavra cálida, dedicação paciente e a eloquência do exemplo, o amor ao Direito e o culto da Justiça. Fez-nos descobrir que Deus está em nos e, pela participação da natureza divina, temos de viver em íntima comunhão com os nossos semelhantes sendo a caridade o elo visível dessa união, que o egoísmo, o orgulho, a vaidade, a riqueza não podem romper, em nenhuma circunstância".

Afora sua dedicação à formação da mocidade, Vossa Excelência é inegavelmente formador da consciência jurídica nacional.

A homenagem de hoje, caríssimo Flávio, permita-me chamá-lo assim, agora mais carinhosamente, é igualmente tributo de honra a seus venerados Pais, que lhe moldaram o caráter segundo os ditames da moral e da justiça.

O tributo concedido, assim entendido o alcance dessa solenidade, tem por fim precípuo homenagear a quem contribuiu, com relevo, reafirmo, para o prestígio do Poder Judiciário Bandeirante e concorreu decisivamente para

Acesso ao Sumário

elevar em dignidade a Instituição, que é de todos nós.

A outorga da medalha corporifica no metal frio a linguagem muda do bem, a essência da nacionalidade e cidadania, a paixão pelo justo, o amor fecundo pelo destino da Pátria, a emoção dos sonhos e esperanças, a lágrima pelo irmão desamparado, a solidariedade, a altivez e o desassombro dos Paulistas. Em uma palavra, a Fé!

É um símbolo a representar sentimentos, os mais puros, que ficarão inscritos para além dos tempos, como exemplo de dedicação de uma vida para o bem comum e para a paz social.

Já disse em outra oportunidade, que muitos devotam amor ao Poder Judiciário, elevando-o. Mas Vossa Excelência o faz com a força, o sentimento, a paixão, com o espírito e com a consciência, sem pretensões nem interesses, senão o prestígio da Instituição que sequer integra diretamente, mas a respeita pelas suas tradições e pelo seu papel primordial no cenário nacional, no resguardo dos direitos do cidadão.

Saiba Vossa Excelência da reverência, da admiração e do respeito que lhe são tributados pelos Juízes Paulistas e pela Família Forense. A Corte se sente prestigiada e homenageada com a outorga ora materializada.

O insigne Professor Haroldo Valadão, ao saudar o Professor Noé de Azevedo, disse reverentemente: "ao falar e escrever é ouvido e crido por todos, porque suas palavras e sentimentos têm o sabor da verdade e a fragrância da sinceridade".

É esse o sentimento de todos em relação a Vossa Excelência nessa tarde tão feliz.

Obrigado por me ouvirem.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL (Advogado e Professor)

Discurso de agradecimento por ocasião da outorga do Colar do Mérito Judiciário em sua homenagem (Solenidade realizada em 26.08.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador MANOEL PEREIRA CALÇAS, Digníssimo Presidente deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem peço licença para saudar a todos os presentes, autoridades ou não.

Nas poucas vezes em que sou chamado a proferir um discurso, invariavelmente me ocorre a advertência de Barbosa Moreira: "um discurso deve ser bom e breve; e se não puder ser bom, que ao menos seja breve..."

Para alívio geral, adianto que não haverá propriamente um discurso, mas apenas algumas palavras de agradecimento.

Minha palavra é dirigida à nobre Instituição que ora me presta esta muito honrosa homenagem. É uma palavra de louvor e de reconhecimento pelos relevantes serviços que a Justiça de São Paulo presta ao país. Responsável por cerca de um quarto dos processos em andamento em toda Justiça brasileira, distribuídos em mais três centenas de comarcas; encarregada de prestar jurisdição para uma população de quase 45 milhões de cidadãos e de decidir conflitos que, direta ou indiretamente, envolvem boa parte do produto interno bruto do país; o Judiciário paulista precisa contar com a força de trabalho e estruturas compatíveis com essa complexa realidade; que, no conjunto, não encontra precedentes em outros Estados e nem mesmo no nível federal.

Apesar disso, nem sempre os desafios da Justiça paulista – e a resposta que ela procura dar – são bem compreendidos, no contexto da Federação. O ambiente social e econômico em que o Judiciário de São Paulo atua exige não apenas planejamento e profissionalismo, mas tirocínio e coragem. Desafios diferenciados exigem soluções à altura, sem que isso signifique pretensão de superioridade ou alguma forma de separatismo.

Então, Sr. Presidente e eminentes magistrados, minha palavra de agradecimento a este E. Tribunal, como dito, vem expressa no reconhecimento e no louvor ao relevante trabalho que a Justiça paulista desempenha. No contexto da Federação, ela não pretende ser melhor do que qualquer outra, mas seguramente ela é diferente. E isso, precisa ser levado em conta pelos órgãos do poder central, aos quais, naturalmente, devem-se respeito e acatamento.

A segunda palavra é de agradecimento à desembargadora Maria Cristina Zucchi e ao desembargador Antonio Carlos Malheiros, que tiveram a iniciativa de submeter a este E. Tribunal a indicação do meu nome para a homenagem que ora se concretiza. Este ato de imerecida generosidade é, para mim, motivo de enorme orgulho. Muito embora o cumprimento do dever não mereça elogios, o reconhecimento do valor do trabalho realizado é inegável fonte de estímulo; no meu caso, tanto para o exercício da advocacia quanto da docência. E isso tanto mais quando se sabe a rigorosa seletividade na outorga da presente honrariam. Recebê-la significa renovação da minha fé no Direito; fé "no Direito, como melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na paz, como substituto bondoso da Justiça; e, sobretudo, na liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem paz", conforme conhecidas palavras de COUTURE, nos Mandamentos do advogado.

Acesso ao Sumário

A terceira palavra é dirigida à minha família: minha esposa Vera, minhas filhas Flávia e Fernanda; minha irmã Clélia e meu sobrinho e afilhado Daniel, que aqui também representa meu irmão Aldo. Cada um a seu modo, são

testemunhas do meu amor pela advocacia, pela docência e pelo Direito; são coautores daquilo que eu pude construir e realizar; são, portanto, igualmente merecedores do reconhecimento que ora se expressa; e também são vítimas dos ônus e privações que uma vida profissional sinceramente comprometida traz consigo. Da mesma forma, in *memorian*, minha eterna gratidão a meus pais Aldo Bruno Yarshell e Doris Maria Yarshell, por tudo o que me ensinaram e proporcionaram.

A quarta palavra é dirigida aos colegas de docência, aos sócios e advogados do escritório, aos amigos e a todos aqueles que, de alguma forma, estiveram comigo nessa trajetória. Todos eles são, sem saber, meus professores nas lições da vida.

A última palavra é de agradecimento a Deus, pela benção da vida e por todas as oportunidades que se renovam a cada dia. Agradeço a higidez física e mental que permite estar aqui e desfrutar desse momento tão gratificante. Que eu possa receber esta homenagem com a devida humildade, que ela seja mais um passo no caminho do meu desenvolvimento moral e espiritual e também daqueles com quem me foi dado conviver neste plano da Existência.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Cerimônia de outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Dr. Flávio Luiz Yarshell (Solenidade realizada em 26.08.2019).

(Cumprimento às autoridades e familiares do homenageado)

Professos Titular Flávio Luiz Yarshell, tenho a elevada honra de presidir esta solenidade, lembrando, em poucas palavras, que já participamos de inúmeras bancas de concursos da Magistratura aqui no Tribunal de Justiça e já fui examinado por Vossa Excelência. Portanto é uma honra muito grande presidir esta solenidade em que a Desembargadora Maria Cristina Zucchi e o Desembargador Antonio Carlos Malheiros apenas fizeram aquilo para o que esta Corte foi criada: Justiça. Fizeram justiça no mais legítimo sentido da palavra "justo", outorgaram a Vossa Excelência a mais alta honraria que esta Corte entrega àqueles que passaram por um julgamento de sua colenda Câmara ou Órgão Especial e foram julgados merecedores desta homenagem, que só os Juízes que chegam ao elevado posto de Desembargador recebem.

Então, Vossa Excelência recebe pela sua história de vida, como Professor

Acesso ao Sumário

Titular da Arcadas de São Francisco, como Advogado, como ex-magistrado que compôs o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, de forma tão competente, tão ética e tão leal, honrando aquele Corte eleitoral que tanto orgulho traz a nós paulistas. Portanto, o Tribunal de justiça do Estado de São Paulo se sente envaidecido e honrado e todos os seus componentes felizes de poderem fazer Justiça e entregar a Vossa Excelência esta comenda que, temos certeza, levará para sempre no seu coração, fazendo com que nossa honraria mais importante seja sempre trazida com justo orgulho por Vossa Excelência.

Falando em nome dos componentes desta Corte, eu, como seu colega na velha e sempre nova Academia, como seu amigo pessoal, posso dizer que também fico muito feliz, ao lado de sua família, e dizer que estou muito orgulhoso, juntamente com os componentes desta mesa, com todos os seus amigos aqui presentes, para dizer meus parabéns nesse que é o nosso sacrário da Justiça paulista. Queremos aplaudi-lo e dizer que estamos honrados e orgulhosos de podermos fazer justiça a Vossa Excelência. Vossa Excelência fez por merecê-lo, por ter uma vida impecável, de um homem justi, um *bônus pater famílias*.

Que Deus o abençoe! Declaro encerrada esta sessão.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do Centro de Apoio da Seção do Direito Criminal – CADICRIM. (Cerimônia realizada em 27.08.2019).

EXMO. SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

EXMO. SR. VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO

EXMO. SR. CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO

EXMO. SR. DIRETOS DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA, DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RICARDO MAIR ANAFE, representando a PRESIDÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO TJSP

PREZADAS E PREZADOS COLEGAS DA SEÇÃO DE DIREITO

Acesso ao Sumário

Nossa Seção hoje está em festa.

Concretiza-se um sonho há anos acalentado, qual seja, o de termos um Centro de Apoio aos Magistrados que aqui judicam, bem como um Grupo de Estudos para a discussão acadêmica e prática dos temas relativos ao Direito Penal e Processual Penal.

Nasce, na realidade, um fórum de debates, um laboratório de manipulação de ideias e, sobretudo, de ideais.

Além dos objetivos previstos no Regulamento Interno do Centro de Apoio da Seção de Direito Criminal, nosso já conhecido CADICRIM, o que se projetou, desde o início, foi a criação de um lugar fora dos gabinetes de trabalho para um "repensar" da nossa árdua atividade jurisdicional, mirando não só o aperfeiçoamento intelectual de Juízes e funcionários, mas, principalmente, escancarando quem somos, como julgamos e como podemos aprimorar o nosso mister, tendo em mira, sempre, o fortalecimento da Seção de Direito Criminal como um todo e, por consequência, uma prestação jurisdicional de mais qualidade e efetividade ao povo de São Paulo, destinatário verdadeiro do nosso trabalho.

E o CADICRIM só se tornou possível em razão do apoio decisivo do nosso Presidente, DESEMBARGADOR PEREIRA CALÇAS, que prontamente atendeu a nossa solicitação e providenciou a imediata cessão deste espaço físico, além de mais SEIS GABINETES DE TRABALHO, em três andares deste edifício, remanejando departamento do Tribunal até então tido como imutável, e criando estrutura funcional gabaritada, mercê da ação positiva da Secretária de Gestão de Pessoas, DRA. PATRÍCIA MARIA LANDI DA SILVA BASTOS, ora coordenada pela Supervisora JESSIE MARA DE ALMEIDA CHAR.

Imprescindível, igualmente, a atuação dos integrantes do corpo diretivo do CADICRIM, **DESEMBARGADORES HERMANN HERSCHANDER, ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA e LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**, assim como dos Juízes Assessores da Presidência da Seção de Direito Criminal, **DRS. PAULO ROGÉRIO BONINI, ANA CAROLINA VAZ PACHECO DE CASTRO, ANDRÉ SALOMON TUDISCO e MARCUS ALEXANDRE MANHAES BASTOS** e do agora Juiz Substituto em 2º Grau, **DR. MANOEL LUIZ RIBEIRO**. Merece também relevo a atuação incansável e dedicada da Diretora da Presidência da Seção de Direito Criminal, **DRA.MARIA FERNANDA ABBATI DOS SANTOS**, e de toda a sua equipe.

Acesso ao Sumário

Enfim, o CADICRIM não é mais um sonho.

Ganhou vida e já está frutificando desde os seus primeiros dias, com

a divulgação de boletins semanais, diversas pesquisas temáticas e consultas personalizadas, além da promoção de palestras – a primeira em 17 de setembro p.f., com o Juiz RODRIGO CAPEZ, que abordará a "colaboração premiada" – e cursos, o primeiro já programado para o mês de outubro, em quatro aulas e que tratará de temas relativos à execução criminal, sempre com o apoio da **ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA – EPM.**

Portanto, o CADICRIM, certamente, contará com o envolvimento efetivo e permanente de todos os Magistrados e funcionários da nossa Seção de Direito Criminal, a fim de que atinja os níveis de excelência com que foi idealizado.

Muito obrigado.

TERESA CRISTINA CABRAL SANTANA (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Anexo de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Santo André. (Cerimônia realizada em 29.08.2019).

Bom dia a todas e a todos!

Cumprimento as autoridades presentes na pessoa do Doutor Manoel, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem, e já quebrando o protocolo, o que entendo ser perfeitamente justificável, de antemão homenageio e rendo os meus mais sinceros cumprimentos pelo trabalho que vem desenvolvendo à frente do Tribunal de Justiça no combate à violência de gênero.

Cumprimento também, aproveitando que já quebrei o protocolo, a Desembargadora Angélica, coordenadora da COMESP, com quem tenho tido a honra de conviver nos últimos anos, com quem muito aprendi e continuo aprendendo, que, com sua sensatez, sensibilidade, calma, tranquilidade, perspicácia, vem, de forma impressionante, quebrando paradigmas.

Cumprimento, também, as pessoas, cujos rostos aqui reconheço, que durante todos esses anos não arrefeceram e se empenharam para que a unidade judiciária de competência especializada fosse criada em Santo André.

Senhoras

Senhores

Hoje é um dia muito importante.

Um dia em que se concretiza uma tentativa iniciada há alguns anos – quase dez, se não me falhe a memória.

Acesso ao Sumário

A Lei Maria da Penha preconiza, dentre outras previsões, a criação de unidades judiciárias especializadas e a atuação em rede.

Não é fácil compreender a violência de gênero, doméstica contra a mulher; os fundamentos da violência; os motivos que levam uma mulher a não sair da situação de violência e nela permanecer por longos anos.

É importante, se não imprescindível, que os serviços que tratam da violência doméstica tenham especialização; um serviço especializado, composto por profissionais que tenham conhecimento específico e que sejam capazes de reconhecer a complexidade do fenômeno e atuar, efetiva e concretamente, na busca de soluções que possam atender às reais demandas.

Delegacia de Defesa da Mulher

Centro de Referência da Mulher – como serviço destacado e especializado

Casa de passagem

Casa abrigo – necessária para que as mulheres possam sair da situação de violência e do risco que sofrem.

Serviços de saúde onde as mulheres possam ser atendidas e acolhidas por profissionais que entendam a complexidade das violências e deem o encaminhamento necessário.

Defensoria pública que oriente as vítimas e defenda os interesses destas vítimas nos processos de violência doméstica.

Todas são políticas públicas, exemplos de atuação específica e qualificada.

Assim como as unidades judiciárias com competência específica, são necessárias para que sejam desenvolvidos serviços que atendam verdadeira e efetivamente a demanda, tornando possível que a violência seja prevenida e a proteção se faça presente.

Além disso, os serviços devem funcionar em rede – de forma articulada e coordenada, cada qual com a sua atribuição e atuação, de forma a empreender medidas de erradicação da violência.

A criação do anexo em Santo André atende a essa demanda – serviço especializado, criado a partir de uma união de esforços, atuação em rede.

Procedimento iniciado a partir de um pedido da vereadora Bete Siraque e do movimento de mulheres de Santo André.

Parecer favorável da Corregedoria Geral da Justiça, da Presidência do Tribunal de Justiça e da COMESP, entendendo que a criação de unidades judiciárias é uma política pública necessária, e, a despeito de manifestações não concordantes, deve ser implementada.

Esforço hercúleo da Presidência do Tribunal de Justiça para que a criação e a instalação fossem possíveis, movimentando servidoras e servidores, assim como assessoras que incansavelmente atuaram para tornar possível a

implementação dessa importante política púbica.

Celebração de convênio com a Prefeitura Municipal de Santo André que se comprometeu a ceder funcionários e funcionárias e a proporcionar o fortalecimento da rede de atendimento e proteção da mulher em situação de violência.

Atuação do Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, polícia civil, polícia militar, guarda civil, movimentos de mulheres, serviços, da sociedade civil, que sempre se mostraram favoráveis à criação e instalação de unidade especializada na Comarca.

Todos esforços importantes para e significativos, sem os quais a criação e a instalação não teriam acontecido; exemplo de como é possível desenvolver políticas de prevenção, proteção e erradicação da violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher, com a cooperação de órgãos, entidades, poderes constituídos e da sociedade civil, tal qual preconizam a Lei Maria da Penha e importantes marcos internacionais.

Quero terminar minha fala com um poema de Cora Coralina.

Cora Coralina foi vítima de violência psicológica perpetrada pelo marido.

Ela somente publicou seu primeiro livro e tornou o trabalho conhecido publicamente aos 76 anos de idade – depois que o marido morreu. O marido não permitia que ela publicasse livros e tornasse o trabalho conhecido publicamente.

Cora Coralina é um exemplo de luta e perseverança, assim como muitas de nossas mulheres, que, como Cora, não se deixam abalar pelos inúmeros e incontáveis desafios que se fazem presentes; não arrefecem, mesmo em épocas e períodos em que os desafios parecem intransponíveis – acreditam no esforço, na concretização das lutas e não desistem.

Em nome e em homenagem a essas mulheres dedico minha fala e esforço que foi desenvolvido para que essa luta se tornasse realidade.

Das Pedras

Ajuntei todas as pedras
Que vieram sobre mim
Levantei uma escada muito alta
E no alto subi
Teci um tapete floreado
E no sonho me perdi
Uma estrada,
Um leito,
Uma casa,

Acesso ao Sumário

Um companheiro,
Tudo de pedra
Entre pedras
Cresceu minha poesia
Minha vida...
Quebrando pedras
E plantando flores
Entre pedras que me esmagavam
Levantei a pedra rude dos meus versos.

Muito obrigada.

MARIE CLAIRE LIBRON FIDOMANZO (Advogada)

Discurso proferido em nome da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, por ocasião da instalação do Anexo de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Santo André. (Cerimônia realizada em 29.08.2019).

Estou aqui representando honrosamente, na condição de Conselheira Secional, nosso líder maior da advocacia paulista, **Dr. Caio Augusto Silva dos Santos**, que me incumbiu de transmitir seu caloroso abraço a todos e a todas dessa pujante cidade de Santo André e se solidariza e se congratula com o Poder Judiciário nessa importante iniciativa de instalar o Anexo de Violência Doméstica e Familiar de proteção à mulher, que trará maior celeridade nos julgamentos dos processos e maior eficácia das medidas protetivas, oferecendo atendimento especializado às vítimas. Sabemos que muito se avançou nesse campo, mas ainda há muito para avançar na proteção dos direitos das mulheres, especialmente no momento atual em que a violência assume proporções desenfreadas.

Sabemos que muitas vezes a mulher agredida comparece ao fórum ou à delegacia desesperada, em busca de ajuda em razão de ameaça ou violência sofrida no âmbito familiar. A falta de estrutura adequada deixava a vítima refém em situação de penúria. Agora, com a inauguração do local apropriado, teremos a possibilidade de melhor servir todas as vítimas de violência doméstica, de maneira célere e adequada.

Acesso ao Sumário

É no momento de crise que surge a criatividade, através de inovações e parcerias, que dependem da integração de muitos setores, doa poio do Executivo e do Legislativo e da boa vontade do Poder Judiciário, dos funcionários que terão importante papel nessa nova empreitada e de toda a classe dos advogados.

Embora as vítimas já viessem sendo atendidas pelas varas criminais, o anexo hoje instalado agilizará esse atendimento e permitirá, não apenas punir, mas também desenvolver ações preventivas que sirvam de vetor para a mudança de padrão comportamental dos agressores.

Acesso ao Sumário