

# REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



VOLUME 0 – ANO 0

NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2013

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

## APRESENTAÇÃO

A Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem a satisfação de apresentar a primeira edição da Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A nova publicação vem substituir a tradicional Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça – Revista JTJ – publicada em papel, cuja edição foi descontinuada a partir de outubro de 2012.

Na esteira da modernização tecnológica tornou-se indispensável a criação de uma nova revista, que contivesse rico conteúdo em jurisprudência, doutrina e noticiário desta Egrégia Corte.

Com circulação exclusiva no portal do Tribunal de Justiça na *internet* poderá ser livremente acessada, consultada e colecionada gratuitamente.

Esta é uma conquista alcançada graças ao empenho e dedicação da valorosa Comissão de Jurisprudência desta Corte.

É primordial ressaltar que esta novel publicação é o repositório oficial da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que juntamente com a antiga publicação em papel, permanece com a mesma qualidade editorial.

São Paulo, dezembro de 2013

**IVAN RICARDO GARISIO SARTORI**

*Presidente do Tribunal de Justiça*

# COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

## **Presidente**

Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

Desembargador ALBERTO GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO NETO

Desembargador ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA

Desembargador ERICSON MARANHÃO

Desembargador GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO

Desembargador ITAMAR GAINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP

# SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

<b>1- Doutrina</b>	25
<b>2- Jurisprudência Cível:</b>	
<b>3.1- Seção de Direito Privado</b>	
a) Agravos de Instrumento	31
b) Agravos Regimentais	236
c) Apelações	247
d) Embargos de Declaração	614
e) Embargos Infringentes	624
f) Impugnações ao Valor da Causa	627
g) Mandados de Segurança	628
h) Ações Rescisórias	636
<b>3.2- Seção de Direito Público</b>	
a) Agravos de Instrumento	685
b) Apelações	733
c) Apelações/Reexames Necessários	855
d) Ações Rescisórias	882
e) Conflitos de Competência	887
<b>3- Jurisprudência Criminal:</b>	
a) Agravos em Execução Penal	894
b) Apelações	902
c) <i>Habeas Corpus</i>	1137
d) Mandados de Segurança	1164
e) Recursos em Sentido Estrito	1168
f) Revisões Criminais	1194
<b>4- Jurisprudência do Órgão Especial:</b>	
a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's)	1212
b) Incidentes de Inconstitucionalidade	1292
c) Conflitos de Competência	1307
<b>5- Jurisprudência da Câmara Especial:</b>	
a) Agravos de Instrumento	1365
b) Agravos Regimentais	1374
c) Apelações	1388
d) Conflitos de Competência	1450
e) Conflitos de Jurisdição	1459
f) Exceções de Suspeição	1462
g) <i>Habeas Corpus</i>	1480
h) Revisões Criminais	1484
<b>6- Jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura</b>	1487
<b>7- Noticiário</b>	1503

---

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Composta/Editada pela Equipe da SPr 3.1.2 - Serviço de Publicações e Divulgação da Secretaria da Presidência do Tribunal de Justiça

Praça Dr. João Mendes Jr, s/nº, Fórum João Mendes Jr., 19º andar sala 1905, São Paulo-SP, 01501-900

Telefone (11) 2171-6629, Fax (11) 2171-6602

endereço eletrônico: [biblioteca@tjsp.jus.br](mailto:biblioteca@tjsp.jus.br)

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano 0, n. 0, nov./dez. 2013 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2013.

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 IVAN Ricardo Garisio SARTORI

### **Vice-Presidente**

Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI

### **Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador José RENATO NALINI

### **Presidente da Seção de Direito Privado**

Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULOLO

### **Presidente da Seção de Direito Público**

Desembargador SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR

### **Presidente da Seção Criminal**

Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO

### **Decano**

Desembargador WALTER de Almeida GUILHERME

## ÓRGÃO ESPECIAL

WALTER de Almeida GUILHERME  
ANTONIO CARLOS MALHEIROS  
José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI  
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO  
Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE  
Hamilton ELLIOT AKEL  
Regis de CASTILHO BARBOSA  
Antonio Luiz PIRES NETO  
ANTONIO VILENILSON Vilar Feitosa  
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES  
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior  
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto  
SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR

Carlos Eduardo CAUDURO PADIN  
José RENATO NALINI  
ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN  
IVAN Ricardo Garisio SARTORI  
LUÍS SOARES DE MELLO Neto  
Paulo Roberto GRAVA BRAZIL  
PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI  
LUÍS Antonio GANZERLA  
ITAMAR GAINO  
VANDERCI ÁLVARES  
José Henrique ARANTES THEODORO  
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO

# CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

## **Presidente**

Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI

## **Vice-Presidente**

Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI

## **Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador José RENATO NALINI

## **Decano**

Desembargador WALTER de Almeida GUILHERME

## **Presidente da Seção de Direito Privado**

Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULOLO

## **Presidente da Seção de Direito Público**

Desembargador SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR

## **Presidente da Seção Criminal**

Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO

## CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WALTER de Almeida GUILHERME

Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI\*\*\*

Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULOLO

Desembargador SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR

Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO\*\*

Desembargador ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE\*\*

Desembargadora CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA\*\*

Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI\*\*

Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO\*\*

# COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

## 1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)

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

Desembargador Hamilton ELLIOT AKEL  
Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY  
Desembargador PAULO Eduardo RAZUK\*\*\*  
Desembargador RUI CASCALDI  
Desembargadora CHRISTINE SANTINI  
Desembargador CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY\*\*  
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR\*\*

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

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES  
Desembargador José Roberto NEVES AMORIM  
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS\*\*\*  
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS  
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA  
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI\*\*  
Desembargador GUILHERME SANTINI TEODORO\*  
Desembargadora MÁRCIA TESSITORE\*

## 2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALA 509)

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

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI\*\*\*  
Desembargador Artur Cesar BERETTA DA SILVEIRA  
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOAIA  
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU  
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES  
Desembargador JOÃO PAZINE NETO\*\*  
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES\*\*

### 4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI  
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA\*\*\*  
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho  
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS  
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA  
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN\*\*  
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO\*\*

## 3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — 5º ANDAR — (SALAS 510 E 511)

### 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 EDSON LUIZ DE QUEIROZ\*\*  
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ\*\*

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

Desembargador VITO José GUGLIELMI  
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior  
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles  
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO  
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE\*\*\*  
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO\*\*  
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI\*\*

**4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA —  
PJ — 5º ANDAR — (SALA 510)**

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

Desembargador LUIZ ANTONIO SILVA COSTA  
Desembargador MIGUEL ANGELO BRANDI  
JÚNIOR\*\*\*  
Desembargador LUIS MARIO GALBETTI  
Desembargador Henrique NELSON CALANDRA  
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS  
MENDES PEREIRA\*\*  
Desembargador WALTER ROCHA BARONE\*\*  
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR\*\*  
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA  
CRUZ\*  
Desembargadora MÁRCIA CARDOSO\*

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

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA  
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI\*\*\*  
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA  
SILVA LEME FILHO  
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA  
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL  
Desembargador THEODURETO DE ALMEIDA  
CAMARGO NETO\*\*  
Desembargador HÉLIO MARQUES DE FARIA\*\*

**5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA —  
PJ — 6º ANDAR — (SALA 612)**

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

Desembargador ANTONIO VILENILSON Vilar  
Feitosa  
Desembargador Walter PIVA RODRIGUES  
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR\*\*\*  
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI  
Desembargador MAURO CONTI MACHADO  
Desembargadora LUCILA TOLEDO PEDROSO DE  
BARROS GEVERTZ\*\*  
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO  
NETO\*\*  
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES  
STERMAN\*  
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA  
NETO\*

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

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI\*\*\*  
Desembargador ELCIO TRUJILLO  
Desembargador CÉSAR CIAMPOLINI NETO  
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI  
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES  
Desembargador LUIZ ANTONIO COELHO  
MENDES\*\*  
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE  
VILHENA NUNES\*\*  
Desembargador ROBERTO MAIA FILHO\*\*  
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA  
BARONE\*\*

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

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

Desembargador GILBERTO PINTO DOS  
SANTOS\*\*\*  
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO  
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho  
Desembargador ALBERTO MARINO NETO  
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO  
Desembargador RÔMOLO RUSSO JÚNIOR\*\*  
Desembargadora CLARICE SALLES DE  
CARVALHO ROSA\*\*

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

Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de  
Souza  
Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE  
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE\*\*\*  
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO  
ESTEVES  
Desembargador TASSO DUARTE DE MELLO  
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE  
CONCEIÇÃO\*\*

**7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ  
— (SALA 612)**

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

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES  
Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN  
Desembargadora ANA DE LOURDES Coutinho  
Silva  
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva\*\*\*  
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO

**14ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)**

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI  
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA\*\*\*  
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI  
Desembargador José CARDOSO NETO  
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO

**8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ  
— (SALA 504)**

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

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES  
Desembargador Manoel MATTOS FARIA\*\*\*  
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO  
Desembargador Antonio Mario de CASTRO FIGLIOLA  
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES\*\*  
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO\*  
Desembargador RONNIE HERBERT BARROS SOARES\*

**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 LUÍS FERNANDO Balieiro LODI

**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 LUIZ Roberto SABBATO  
Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES\*\*\*  
Desembargador IRINEU JORGE FAVA  
Desembargador AFONSO CELSO NOGUEIRA BRAZ  
Desembargador PAULO PASTORE FILHO  
Desembargadora MONICA SALLES PENNA MACHADO\*\*  
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE\*

**18ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES  
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira  
Desembargador RUBENS CURY  
Desembargador WILLIAM MARINHO de Faria

**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 SEBASTIÃO Alves JUNQUEIRA  
Desembargador RICARDO José NEGRÃO  
Nogueira\*\*\*  
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA  
PRADO COSTA  
Desembargador MÁRIO CARLOS DE OLIVEIRA  
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO  
BELLI

**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\*\*\*  
Desembargadora MARIA LUCIA RIBEIRO DE  
CASTRO PIZZOTTI MENDES\*\*

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

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

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO  
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO  
Desembargador ITAMAR GAINO  
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR  
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA\*\*\*  
Desembargador RÔMULO RUSSO JÚNIOR\*\*  
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO  
MOREIRA MARCONDES\*\*

**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 THIERS FERNANDES LOBO\*\*\*  
Desembargador SÉRGIO RUI DA FONSECA  
Desembargador FÁBIO GUIDI TABOSA  
PESSOA\*\*

**12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ  
— (SALA 510)**

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

Desembargador José Benedito FRANCO DE  
GODOJ\*\*\*  
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE  
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA  
Desembargador SÉRGIO SEIJI SHIMURA  
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho

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

Desembargador Lujiz Augusto de SALLES VIEIRA  
Desembargador CÉSAR MECCHI MORALES\*\*\*  
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE  
JÚNIOR  
Desembargador ERSON Teodoro de OLIVEIRA

**13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ  
— (SALA 621/623)**

**25ª Câmara de Direito Privado (sala 621/623 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)**

Desembargador VANDERCI ÁLVARES  
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO  
Desembargador WALTER CÉSAR Incontri EXNER  
Desembargador HUGO CREPALDI NETO\*\*\*  
Desembargador EDGARD Silva ROSA  
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO\*\*

**26ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM  
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA\*\*\*  
Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI  
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO  
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO  
Desembargador JOSÉ PAULO CAMARGO MAGANO\*  
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR\*

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

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

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI  
Desembargadora BERENICE MARCONDES CÉSAR  
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME\*\*\*  
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI  
Desembargador CLAUDIO HAMILTON BARBOSA

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

Desembargador CELSO José PIMENTEL  
Desembargador JÚLIO dos Santos VIDAL Júnior  
Desembargador CÉSAR LACERDA  
Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO\*\*\*  
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA  
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA\*\*

**15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ  
— (SALA 232/236)**

**29ª Câmara de Direito Privado (sala 232/236 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS  
Desembargador Sebastião OSCAR FELTRIN  
Desembargador FRANCISCO THOMAZ de Carvalho Júnior  
Desembargador Otacilio FERRAZ FELISARDO\*\*\*  
Desembargadora SILVIA ROCHA  
Desembargadora HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR\*\*

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

Desembargador ORLANDO PISTORESINI  
Desembargador José Roberto LINO MACHADO  
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO  
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS  
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO\*\*\*

**16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ  
— (SALA 510) — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 612)**

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

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI  
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro  
de Andrade\*\*\*  
Desembargador ANTONIO RIGOLIN  
Desembargador Armando Sérgio PRADO DE  
TOLEDO  
Desembargador ADILSON DE ARAÚJO  
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR\*\*

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

Desembargador RUY COPPOLA  
Desembargador KIOITSI CHICUTA  
Desembargador Sidney Roberto ROCHA DE  
SOUZA  
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO  
JÚNIOR  
Desembargador Luis FERNANDO NISHI\*\*\*

**17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ  
— 5º ANDAR — (SALA 511)**

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

Desembargador EROS PICELI\*\*\*  
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE  
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari  
Desembargador CARLOS NUNES Neto  
Desembargador MÁRIO ANTONIO SILVEIRA  
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR\*\*

**34ª Câmara de Direito Privado (sala 510  
— 2ª feira — 9:30 horas —  
PJ)**

Desembargador Luiz Augusto GOMES  
VARJÃO\*\*\*  
Desembargador NESTOR DUARTE  
Desembargadora ROSA MARIA Barreto Borriello  
DE ANDRADE NERY  
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI  
Desembargador Cláudio Antonio SOARES  
LEVADA  
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA\*\*

**18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ  
— (SALA 509)**

**35ª Câmara de Direito Privado (sala 509 —  
2ª feira — 9:30 horas — PJ)**

Desembargador JOSÉ Joaquim Marcondes  
MALERBI  
Desembargador José Maria MENDES GOMES  
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva  
Filho\*\*\*  
Desembargador CLÓVIS CASTELO  
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho

**36ª Câmara de Direito Privado (sala  
601/602 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)**

Desembargador José Luís PALMA BISSON  
Desembargador JAYME QUEIROZ Lopes Filho  
Desembargador José Henrique ARANTES  
THEODORO  
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da  
Silva\*\*\*  
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO  
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE  
OLIVEIRA  
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ  
GIL CIMINO\*\*  
Desembargador ALEXANDRE BUCCI\*

**19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504 ou 511)**

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

Desembargador Antonio DIMAS Cruz CARNEIRO  
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO  
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS\*\*\*  
Desembargador SÉRGIO GOMES  
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA

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

Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA\*\*\*  
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO  
Desembargador EDUARDO ALMEIDA PRADO ROCHA DE SIQUEIRA  
Desembargador FLÁVIO Cunha da SILVA  
Desembargador MAURY Ângelo BOTTESINI  
Desembargador CESAR SANTOS PEIXOTO\*\*

**GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL**

**1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 5ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS  
Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI  
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA\*\*\*  
Desembargador Carlos TEIXEIRA LEITE Filho  
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO  
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO\*\*  
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES\*\*

**2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES  
Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza\*\*\*  
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira  
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN  
Desembargador LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI  
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO  
Desembargador FÁBIO GUIDI TABOSA PESSOA\*\*

**CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO (Resolução nº 608/2013)**

**1ª Câmara Extraordinária de Direito Privado**

Desembargador ÊNIO Santarelli ZULIANI  
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA  
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA  
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA  
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE\*\*

**2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado**

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN  
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva  
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO  
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO  
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR\*\*

**3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado**

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho  
Desembargador RUY COPPOLA  
Desembargador KIOITSI CHICUTA  
Desembargador Vicente Antonio MARCODES D'ANGELO  
Desembargador HELIO NOGUEIRA\*\*  
Desembargador TERCIO PIRES\*\*

# COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

### 1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Regis de CASTILHO BARBOSA  
Desembargador José RENATO NALINI  
Desembargador DANILO PANIZZA Filho\*\*\*  
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE  
AQUINO  
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR  
CORTEZ  
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI\*\*  
Desembargador LUÍS PAULO ALIENDE RIBEIRO\*\*

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

Desembargador SAMUEL Alves de Melo JÚNIOR  
Desembargador Henrique NELSON CALANDRA  
Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI  
Desembargador RENATO DELBIANCO\*\*\*  
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO  
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado  
BRESCIANI  
Desembargador CLAUDIO AUGUSTO  
PEDRASSI\*\*

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

Desembargador ANTONIO Carlos MALHEIROS\*\*\*  
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT  
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA  
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA  
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA  
Desembargador RONALDO ALVES DE ANDRADE\*\*

## 2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 612 E 623)

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

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA  
RODRIGUES  
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA  
Desembargador RUI STOCO  
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior\*\*\*  
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI  
Desembargadora ANA LUIZA LIARTE\*\*  
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE  
BARROS VIDAL\*\*

### 5ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO\*\*\*  
Desembargador FRANCISCO ANTONIO BIANCO  
NETO  
Desembargador José Helton NOGUEIRA  
DIEFENTHÄLER Júnior  
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA  
Desembargador MARCELO Martins BERTHE  
Desembargadora MARIA LAURA DE ASSIS  
MOURA TAVARES\*\*

**3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 604/609)**

**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 Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE  
Desembargador MOACIR Andrade PERES  
Desembargador Sergio COIMBRA SCHMIDT  
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO\*\*\*  
Desembargador EDUARDO CORTEZ DE FREITAS GOUVÊA  
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA\*\*

**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 JOÃO CARLOS GARCIA  
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI  
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa\*\*\*  
Desembargador JOSÉ JARBAS DE AGUIAR GOMES  
Desembargador José Gaspar GONZAGA FRANCESCHINI  
Desembargadora MARIA CRISTINA COTROFE BIASI\*\*  
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO\*  
Desembargador MANOEL LUIZ RIBEIRO\*

**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 JOÃO BATISTA MORATO REBOUÇAS DE CARVALHO  
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI  
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR\*\*

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

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

Desembargador URBANO RUIZ  
Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN  
Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ\*\*\*  
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO  
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES

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

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI  
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP  
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO  
Desembargador LUIS Antonio GANZERLA  
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR\*\*\*

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

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

Desembargador OSVALDO José de OLIVEIRA  
Desembargador LUIZ BURZA NETO  
Desembargador VENÍCIO Antônio de Paula  
SALLES  
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE  
PAULA\*\*\*  
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva  
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 José Roberto PEIRETTI DE  
GODOY\*\*\*  
Desembargador RICARDO Mair ANAFE  
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Junior  
Desembargador José Roberto de SOUZA  
MEIRELLES

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

**14ª Câmara de Direito Público (sala 623 —  
5ª feira — 14:00 horas — PJ)**

Desembargador GERALDO Euclides Araujo  
XAVIER  
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI\*\*\*  
Desembargador OCTAVIO AUGUSTO MACHADO  
DE BARROS FILHO  
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR  
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO  
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho  
GALIZIA  
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES  
DA SILVA\*\*  
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE\*\*  
Desembargador MAURICIO FIORITO\*\*  
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO\*\*  
Desembargador RODOLFO CÉSAR MILANO\*  
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 ARTHUR DEL GUÉRCIO Filho  
Desembargador ALUÍSIO SÉRGIO REZENDE  
SILVEIRA\*\*  
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES  
MUNIZ JÚNIOR\*\*

**18ª Câmara de Direito Público (sala 612 —  
5ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador OSVALDO CAPRARO\*\*\*  
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães  
Peret Filho  
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA  
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA  
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI  
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO  
NETO\*\*  
Desembargador JOSÉ LUIZ DE CARVALHO\*

**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 VALTER ALEXANDRE MENA\*\*  
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI\*\*  
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI  
SILVA\*\*

**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 ADELdrupes Blaque FERRAZ\*\*\*  
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da  
SILVA  
Desembargador NELSON Paschoal BIAZZI  
Júnior\*\*  
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM  
CABELLA\*\*  
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA\*

**GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL**

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

Desembargadora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES  
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE  
CARVALHO  
Desembargador RUY ALBERTO LEME  
CAVALHEIRO  
Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO\*\*\*  
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA  
VIEGAS

**2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente  
(sala 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas  
— PJ)**

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY  
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro  
de Andrade\*\*\*  
Desembargador VERA Lucia ANGRISANI  
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles  
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira

**COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE  
DIREITO CRIMINAL**

**1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — SEGUNDA-FEIRA — PJ  
— (SALA 604)**

**1ª Câmara Criminal (sala 601/602 —  
2ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA  
Júnior  
Desembargador MÁRCIO Orlando BÁRTOLI  
Desembargador MARCO Antonio Rodrigues  
NAHUM  
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO  
GONÇALVES  
Desembargador Mário DEVIENNE  
FERRAZ\*\*\*

**2ª Câmara Criminal (sala 604 — 2ª  
feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador Antonio Luiz PIRES  
NETO  
Desembargador IVAN MARQUES da Silva  
Desembargador Antonio de ALMEIDA  
SAMPAIO  
Desembargador FRANCISCO ORLANDO  
DE SOUZA\*\*\*  
Desembargador ALEX TADEU MONTEIRO  
ZILENOVSKI

**2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — TERÇA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 407/425)**

**3ª Câmara Criminal (sala 407/425 —**  
**3ª feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador GERALDO Luis WOHLERS  
Silveira  
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO  
Desembargador LUIZ TOLOZA NETO  
Desembargador RUY ALBERTO LEME  
CAVALHEIRO\*\*\*  
Desembargador José AMADO DE FARIA  
Souza

**4ª Câmara Criminal (sala 232/236 —**  
**3ª feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador LUIS SOARES DE  
MELLO Neto  
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho\*\*\*  
Desembargador WILLIAN Roberto de  
CAMPOS  
Desembargador IVAN Ricardo Garisio  
SARTORI  
Desembargador EDSON Aparecido  
BRANDÃO  
Desembargadora IVANA DAVID\*\*

**3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — QUINTA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 601/602)**

**5ª Câmara Criminal (sala 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 SÉRGIO Antonio RIBAS  
Desembargador JUVENAL José DUARTE

**6ª Câmara Criminal (sala 601/602 —**  
**5ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador RICARDO Cardozo de  
Mello TUCUNDUVA  
Desembargador ERICSON MARANHO  
Desembargador ANTONIO CARLOS  
MACHADO DE ANDRADE  
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE  
ALMEIDA  
Desembargador MARCO ANTONIO  
Marques da Silva\*\*\*

**4º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — QUINTA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 218/220)**

**7ª Câmara Criminal (sala 218/220 —**  
**5ª feira — 13:30 horas — PJ)**

Desembargador Antonio FERNANDO  
MIRANDA  
Desembargador FRANCISCO José Aguirre  
MENIN\*\*\*  
Desembargador ROBERTO Mário MORTARI  
Desembargador ROBERTO GRASSI NETO  
Desembargador NELSON FONSECA  
JÚNIOR\*

**8ª Câmara Criminal (sala 202/204 —**  
**5ª feira — 13:00 horas — PJ)**

Desembargador MARCO ANTONIO  
Pinheiro Machado COGAN  
Desembargador Ronaldo Sérgio  
MOREIRA DA SILVA\*\*\*  
Desembargador LOURI Geraldo  
BARBIERO  
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos  
Santos Almeida  
Desembargador IVO DE ALMEIDA  
Desembargador LAURO MENS DE  
MELLO\*\*

**5º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — QUINTA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 511)**

**9ª Câmara Criminal (sala 511 — 5ª  
feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador Alceu PENTEADO  
NAVARRO  
Desembargador José Orestes de SOUZA  
NERY  
Desembargador Antonio ROBERTO  
MIDOLLA  
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO  
de Oliveira  
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de  
Sousa Lima\*\*\*

**10ª Câmara Criminal (sala 622 — 5ª  
feira — 10:00 horas — PJ)**

Desembargador CARLOS Augusto  
Lorenzetti BUENO  
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA  
Desembargador Waldir Sebastião de  
NUEVO CAMPOS Júnior  
Desembargadora Maria de Lourdes  
RACHID VAZ DE ALMEIDA\*\*\*  
Desembargador Francisco José GALVÃO  
BRUNO

**6º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — QUARTA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 504/506)**

**11ª Câmara Criminal (sala 504/506 —  
4ª feira — 9:30 horas — PJ)**

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

**12ª Câmara Criminal (sala 202/204  
— 4ª feira — 9:30 horas — PJ)**

Desembargador Carlos VICO MAÑAS  
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI  
Desembargadora ANGÉLICA de Maria  
Mello DE ALMEIDA  
Desembargador BRENO de Freitas  
GUIMARÃES Júnior\*\*\*  
Desembargador PAULO Antonio ROSSI

**7º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — QUINTA-FEIRA — PJ**  
**— (SALA 403)**

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

Desembargador Luiz Augusto SAN JUAN  
FRANÇA  
Desembargador Roberto Galvão de  
FRANÇA CARVALHO  
Desembargador RENÉ RICUPERO  
Desembargador Nilo CARDOSO  
PERPÉTUO\*\*\*  
Desembargador Luiz AUGUSTO DE  
SIQUEIRA  
Desembargador LAERTE MARRONE DE  
CASTRO SAMPAIO\*

**14ª Câmara 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\*\*\*

**8º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS — TERÇA-FEIRA — PJ  
— (SALA 218/220)**

**15ª Câmara Criminal (sala 609 — 5ª  
feira — 13:00 horas — PJ)**

Desembargador WALTER DE ALMEIDA  
GUILHERME  
Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO\*\*\*  
Desembargador JAIR MARTINS  
Desembargador José Antonio ENCINAS  
MANFRÉ  
Desembargador José Antonio DE PAULA  
SANTOS Neto  
Desembargador NELSON FONSECA  
JÚNIOR\*

**16ª Câmara Criminal (sala  
218/220 — 3ª feira — 13:00  
horas — PJ)**

Desembargador ALBERTO Viégas MARIZ  
DE OLIVEIRA  
Desembargador José Ruy BORGES  
PEREIRA  
Desembargador NEWTON DE OLIVEIRA  
NEVES  
Desembargador Otávio Augusto de  
ALMEIDA TOLEDO  
Desembargador PEDRO LUIZ AGUIRRE  
MENIN\*\*\*

**CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS  
(Resolução nº 590/2013)**

**1ª Câmara Criminal Extraordinária  
(sala 609 — 2ª feira — 13:30 horas  
— PJ)**

Desembargador Waldir Sebastião de  
NUEVO CAMPOS Júnior\*\*\*  
Desembargador HERMANN  
HERSCHANDER  
Desembargador GUILHERME DE SOUZA  
NUCCI\*\*  
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO\*\*  
Desembargador LUIS AUGUSTO DE  
SAMPAIO ARRUDA\*\*

**2ª Câmara Criminal Extraordinária  
(sala 232/236 — 6ª feira — 9:30  
horas — PJ)**

Desembargador CARLOS Augusto  
Lorenzetti BUENO\*\*\*  
Desembargador Geraldo Francisco  
PINHEIRO FRANCO  
Desembargador FERNANDO GERALDO  
SIMÃO\*\*  
Desembargador AGUINALDO DE  
FREITAS FILHO\*\*  
Desembargador EDUARDO CRESCENTI  
ABDALLA\*\*

**3ª Câmara Criminal Extraordinária  
(sala 232/236 — 5ª feira — 14:00  
horas — PJ)**

Desembargador José Orestes de SOUZA  
NERY\*\*\*  
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de  
Sousa Lima  
Desembargador SILMAR FERNANDES\*\*  
Desembargador CASSIANO RICARDO  
ZORZI ROCHA\*\*  
Desembargador JULIO CAIO FARTO  
SALLES\*\*

**4ª Câmara Criminal Extraordinária (sala  
218/220 — 5ª feira — 10:30 horas  
— PJ)**

Desembargador EUVALDO CHAIB Filho\*\*\*  
Desembargador Renato de SALLES  
ABREU Filho  
Desembargador MAURÍCIO VALALA\*\*  
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO  
E SILVA DE ALMEIDA\*\*  
Desembargador César Augusto ANDRADE  
DE CASTRO\*\*

\*\*\* — Presidente

\*\* — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

\* — Juiz Auxiliar

## **JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU**

**(em ordem de antiguidade)**

Nelson Paschoal Biazzi Junior  
Roberto Caruso Costabile e Solimene  
Maria Cristina Cotrofe Biasi  
Luís Paulo Aliende Ribeiro  
Ana Luiza Liarte  
Luiz Antonio Coelho Mendes  
Maria Laura de Assis Moura Tavares  
Theodoreto de Almeida Camargo Neto  
Guilherme de Souza Nucci  
Fábio Guidi Tabosa Pessoa  
Valter Alexandre Mena  
Cláudia Grieco Tabosa Pessoa  
Fernando Geraldo Simão  
João Pazine Neto  
Carlos Henrique Miguel Trevisan  
Luiz Sérgio Fernandes de Souza  
Hélio Marques de Faria  
Nelson Jorge Júnior  
Rômulo Russo Júnior  
Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes  
Flávio Abramovici  
Vicente de Abreu Amadei  
Silmar Fernandes  
Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho  
Antonio Tadeu Ottoni  
Flora Maria Nesi Tossi Silva  
Cláudio Luiz Bueno de Godoy  
José Roberto Furquim Cabella  
Milton Paulo de Carvalho Filho  
Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira  
Samuel Francisco Mourão Neto  
Denise Andréa Martins Retamero  
Cláudio Augusto Pedrassi  
Edson Luiz de Queiroz  
Roberto Maia Filho  
Cassiano Ricardo Zorzi Rocha  
Ronaldo Alves de Andrade  
Walter Rocha Barone  
Aguinaldo de Freitas Filho

Marcelo Fortes Barbosa Filho  
Lucila Toledo Pedroso de Barros  
Kenarik Boujikian Felipe  
João Batista Amorim de Vilhena Nunes  
Alcides Leopoldo e Silva Júnior  
José Maria Câmara Júnior  
Amable Lopez Soto  
Ramon Mateo Júnior  
Carlos Vieira Von Adamek  
Cláudio Antonio Marques da Silva  
Márcia Regina Dalla Déa Barone  
Maurício Valala  
Hamid Charaf Bdine Júnior  
Júlio Caio Farto Salles  
Maurício Fiorito  
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi  
Cesar Santos Peixoto  
Maria Isabel Caponero Cogan  
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida  
Marcelo Coutinho Gordo  
Gilson Delgado Miranda  
Fábio Henrique Podestá  
Luís Augusto de Sampaio Arruda  
Eduardo Crescenti Abdalla  
César Augusto Andrade de Castro  
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes  
Aloisio Sérgio Rezende Silveira  
Nuncio Theophilo Neto  
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal  
Monica Salles Penna Machado  
Lauro Mens de Mello  
Ana Lucia Romanhole Martucci  
Ricardo Cunha Chimenti  
José Henrique Fortes Muniz Júnior  
Ivana David  
Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade  
Lidia Maria Andrade Conceição  
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino  
Hélio Nogueira  
Tercio Pires  
José Aparício Coelho Prado Neto  
Clarice Salles de Carvalho Rosa

# DOCTRINA

## DEMOCRACIA, ELEIÇÕES E REFORMA POLÍTICA.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME

Desembargador Decano e  
Presidente da Comissão de Jurisprudência do Tribunal de Justiça

O fenômeno eleitoral constitui o ápice do regime democrático. Disse-se mesmo configurar a eleição verdadeira festa cívica (embora, creio, o povo, de um modo geral, assim não considere), com os eleitores caminhando alegremente para as urnas para exercer o direito e cumprir a obrigação de votar.

Bem se sabe que a democracia não se esgota no ato de escolha popular dos representantes, fazendo-se necessária a presença de outros tantos atributos para que se qualifique um regime como democrático. Há quem pense - e não se lhe nega razão - que o direito à informação é “componente fundamental de uma série de reflexões-chave para uma boa governança democrática”, como assinalam Vincent Defourny (doutor em comunicação e representante da UNESCO no Brasil), e Guilherme Canela, cientista político e coordenador de comunicação e informação da UNESCO no Brasil), em artigo publicado na Revista Eletrônica Conjur, lembrando que há 244 anos a Suécia apresentava ao mundo o primeiro marco legal de garantia de um direito a ter acesso às informações produzidas pelo Estado e que, quase dois séculos depois, em 1948, as Nações Unidas reconheciam o direito à informação no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A síntese dos valores democráticos foi bem exposta pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, ao descrever os fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, da Constituição Federal, avultando, a meu ver, o da dignidade da pessoa humana, por não fazer sentido que o Estado, criado pelo homem, afronte sua dignidade ou não estabeleça normas legais que coíbam o mútuo desrespeito.

Mas o voto nas eleições como exercício da soberania popular assume mesmo papel essencial para a caracterização da democracia, esta como movimento de desconstituição da autocracia, ou seja, como regime que concebe o povo como protagonista e destinatário.

Embora seja inegável que o nosso arcabouço legislativo eleitoral avançou bastante, desde as primeiras constituições e leis que trataram do tema, o Brasil de hoje já não é o mesmo e reformas de caráter político e eleitoral são desejáveis, ou melhor, ansiadas. Reformas, tanto para fazer com que seja mais efetivo o princípio da soberania popular, traduzido na fórmula do parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República, que declara *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*, quanto para tornar mais ágil e eficaz o processo eleitoral.

Mas nós, brasileiros, queremos um regime democrático?

Pesquisa realizada pela ONG chilena *Corporación Latinobarómetro* revela que o índice de apoio dos brasileiros à democracia diminuiu nove pontos percentuais de 2010 para 2011. A queda do apoio à democracia no Brasil (de 54% para 45%) é mais acentuada do que a média da região (América Latina), que caiu de 61% para 58%, após quatro anos de aumento. A reeleição mostrou estar em alta na região, com altos índices de aprovação, encabeçados por Argentina (77%), Brasil (72%) e Uruguai (69%). Uruguai e Costa Rica lideram o *ranking* que indica os países cujos habitantes mais se consideram democráticos. Neste, o Brasil está em 10º lugar, como também no quesito a respeito da população que mais rechaça a ideia de um governo militar. Foram ouvidas 20.204 pessoas em 18 países, das quais se indagava: Com qual das seguintes frases você está mais de acordo?

*A democracia é preferível a qualquer outra forma de governo.*

*Em algumas circunstâncias, um governo autoritário pode ser preferível a um governo democrático.*

*Para mim, dá no mesmo um regime democrático e um autoritário.*

Seria o caso de se dar razão a Platão, para quem a democracia é um regime para sofistas e retóricos, e também a Winston Churchill, a dizer que é o pior dos regimes, salvo qualquer outro?

Ecoa, ainda, no entanto, a exortação final de Abraham Lincoln, no célebre discurso de Gettysburg em 1863: “Cumpre-nos, antes, a nós os vivos, dedicarmos hoje à obra inacabada até este ponto tão insignemente adiantada pelos que aqui combateram. Antes, cumpre-nos a nós os presentes, dedicarmos-nos à importante tarefa que temos pela frente - que estes mortos veneráveis nos inspirem maior devoção à causa pela qual deram a última medida transbordante de devoção - que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o

governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da terra.”.

A democracia tem realmente defeitos genéticos, como o de não oferecer proteção eficaz contra o discurso inverídico (a bem conhecida demagogia e a falsa ou irrealizável promessa) e contra o uso de procedimentos democráticos (como as eleições) contra ela própria.

A crise da representatividade é indubitável, conspirando sobremodo contra o regime democrático. Há um cansaço do povo relativamente a seus representantes, sobretudo os que compõem o Poder Legislativo. Quem ainda assiste aos horários políticos (tanto os partidários quanto os eleitorais), ao fim de alguma exposição de ideias, é tomado de um sentimento de descrença e do pouco desejo de votar em alguém e muito menos de fazê-lo em algum partido político (embora, paradoxalmente, não seja elevado o número de votos em branco ou nulos).

Talvez, tenha razão Karl Popper, quando afirma que a democracia é boa não porque represente a vontade do povo, mas porque é o sistema que mais facilita a remoção de políticas equivocadas e permite mudar governos sem violência. E lembrar com David Deutsch, em “The Beginning of Infinity”, que “A essência do processo decisório democrático não é a escolha feita pelo sistema eleitoral, mas as ideias que se criam entre as eleições (...). Os eleitores não são uma fonte de sabedoria da qual as políticas corretas podem ser empiricamente ‘derivadas’. Eles estão tentando, e de forma falível, explicar o mundo e, neste processo, melhorá-lo.”.

O professor Gaudêncio Torquato, jornalista e titular da USP, em “O Estado de São Paulo”, edição de 06 de novembro de 2011, escreve que “A democracia brasileira acaba sendo percebida pela população como veículo que conduz a vícios, corrupção e manutenção de costumes execráveis”.

Seja como resultado das políticas adotadas, seja pelas idiossincrasias do sistema político e pela má qualidade de seus principais protagonistas, o fato é que o Brasil se apresenta como “um país com pouca participação social autônoma e uma democracia política muito aprisionada aos ritos eleitorais” (Marco Aurélio Nogueira, professor titular de Teoria Política e Diretor do Instituto de Políticas Públicas e Relações Internacionais da UNESP - artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, edição de 28 de abril de 2012).

O sistema político funciona mal. Tem pouca eficiência e está aquém do que necessita a sociedade. Não reflete seu dinamismo nem é capaz de assimilar suas agendas. “Tem pouca eficiência no processamento dos conflitos e das demandas sociais, está corroído pelo baixo nível e sobrecarrega as operações governamentais” (Marco Aurélio Nogueira, no citado artigo).

Mas ainda que a democracia tenha todas essas mazelas, não há outro que fale mais à busca da felicidade do que o regime democrático.

A busca da felicidade, em rápida digressão, é o movimento do ser humano mais consistente com a natureza de que ele é dotado. Homens e mulheres existem para serem felizes. Indo além de Descartes: *penso, logo existo para ser feliz*. É intuitivo, embora, para adornar a afirmação com o peso de um clássico, deva-se citar Aristóteles, na obra *Ética a Nicômaco*, para quem a felicidade é um bem supremo que a existência humana deseja e persegue. É de se trazer à tona, de dois outros clássicos, estes do nosso tempo e brasileiros, para quem “a felicidade é como a pluma que o vento vai levando pelo ar. Voa tão leve, mas tem a vida breve, precisa que haja vento sem parar.” (Tom Jobim e Vinicius de Moraes). A felicidade deixou de ser um direito natural, a partir da Declaração do Estado da Virgínia de 16 de junho de 1776, considerada pelos positivistas o marco do nascimento dos direitos humanos, ganhando seu reconhecimento justamente porque, como sintetiza Fábio Konder Comparato, “a busca da felicidade ‘repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos (...), é a razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. É uma razão universal, como a própria natureza humana.” (Conjur - “PEC da felicidade é positivação de direito reconhecido no resto do mundo” - 2010, maio 30).

Falar de democracia e eleição popular é dizer do Direito Eleitoral. E não mais como uma especialização do Direito Constitucional, mas sim ramo autônomo do Direito Público, tal o conjunto de institutos e disposições legais, incluídos aí as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que lhe é peculiar na atualidade.

Penso que, completando o art. 1º do Código Eleitoral, pode-se afirmar constituir o direito eleitoral um conjunto de normas destinadas a regulamentar os direitos políticos dos cidadãos, alusivamente ao parágrafo único do art. 1º e art. 14, da Constituição da República, o processo eleitoral, incluídos os sistemas eleitorais, a constituição e funcionamento dos partidos políticos e a organização e funcionamento da justiça eleitoral.

No Brasil, a Justiça Eleitoral foi instituída pelo Código Eleitoral de 1932 (uma das pregações de Getúlio Vargas, ao liderar a “Revolução de 1930”) e constitucionalmente institucionalizada pela Constituição de 1934. Sua criação visou substituir o então sistema político de aferição dos poderes (feito pelos órgãos legislativos) pelo sistema jurisdicional, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral. É o que se denomina de contencioso eleitoral.

Há quem se mostre divergente quanto à conveniência de uma Justiça Eleitoral. De fato, não são muitos os países que deferem a um órgão



especializado do Poder Judiciário, como no Brasil, tudo aquilo que se refira ao fenômeno eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos. Sustentam alguns que entregar os atos de administração da eleição ao Poder Judiciário não se faz condizente com sua intrínseca atribuição de exercício da jurisdição, sendo mais lógico que a organização e a realização das eleições, como um todo, fato medularmente político, sejam cometidas a um órgão que se pautar por critérios políticos, ficando à competência do Judiciário, isso sim, dirimir os conflitos jurídicos que dela derivem.

Acredito, todavia, que, diante do nosso histórico de eleições e do prestígio de que desfruta a Justiça Eleitoral entre nós, eliminá-la não é solução satisfatória. Repensá-la, em pontos específicos, sim. Em termos gerais, não se pode negar que a justiça eleitoral trouxe condicionamentos benéficos a hábitos políticos arraigados na mentalidade predominante.

Exsurge como tema de Direito Eleitoral, a necessária reforma das nossas leis eleitorais básicas, o Código Eleitoral, a Lei Geral das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e a Lei de Inelegibilidades, no afã de tornar mais efetivo o princípio da soberania popular, de acordo com o já citado parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República.

Mais, porém, do que alterar a legislação eleitoral infraconstitucional, bem melhor seria proceder a uma autêntica reforma política, abrangendo questões constitucionais.

Criaram-se comissões no Senado Federal e na Câmara dos Deputados com o fito de oferecer sugestões para reformar tanto a Constituição quanto a legislação ordinária, vindo o Congresso Nacional a aprovar projeto de lei (PLS 441) que promoveu o que se chamou de minirreforma eleitoral. Segundo seu autor, o senador Romero Jucá (PMDB-RR), o projeto tem por objetivo diminuir os custos das campanhas e garantir mais condições de igualdade na disputa eleitoral entre os candidatos.

Ainda que o PLS 441/2013, que agora segue para a sanção presidencial, tenha trazido algumas inovações meritórias, pouco contribui para o aperfeiçoamento ou para a democratização do debate eleitoral. Não é uma reforma que muda as estruturas do sistema eleitoral e do sistema político. Seu alcance é limitado, levando o senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF) a declarar que o Congresso Nacional perdeu a oportunidade de fazer mudanças mais significativas.

Pontos centrais, todavia, ficaram intocados, alguns a demandar emendas à Constituição.

Assim, a adoção do voto facultativo, o financiamento das campanhas políticas (lembrando que, atualmente, são elas financiadas por dinheiro público e privado), a proibição de doações de dinheiro pelas empresas às campanhas eleitorais (A Ordem dos Advogados do Brasil propôs, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade contra o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, entendendo que essas doações comprometem a higidez do processo democrático, promove a desigualdade política e alimenta a corrupção).

Também ficaram de fora do âmbito de discussão da reforma no Congresso Nacional a alteração do sistema de eleição dos parlamentares (proporcional, com ou sem lista partidária distrital, este puro ou misto), a introdução de cláusula de desempenho partidário, o fim das coligações nas eleições proporcionais, a proibição de reeleição, o tema referente à suplência de senador, a coincidência das eleições, a representação proporcional dos estados na Câmara dos Deputados.

Em suma, ficaremos mais uma vez à espera de uma reforma política que induza o eleitor a acreditar e ter confiança na democracia.

Aí está. Não tenho um mundo prodigioso em minha cabeça, ao contrário de Kafka, em “O fogueira” de *Amerika*, por isso, ao escrever, não me liberto e nem ao libertá-lo faço-me em pedaços.

## SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

### Agravos de Instrumento

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0020992-31.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NOTREDAME SEGURADORASA, são agravados FABIANOMONEGAGLIA POLLONI, GIOVANNA POLLONI DE ORNELAS PEDREIRA e ORNELLA POLLONI (**Voto nº 18.866**).

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente) e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 25 de julho de 2013.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

**Ementa:** LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA CÁLCULO DO CREDOR DADOS EM PODER DA EXECUTADA PRESUNÇÃO DE CORREÇÃO DOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO CREDOR – A sanção processual para o descumprimento da ordem judicial que determina o fornecimento destes dados essenciais consiste na presunção de que os cálculos elaborados pelo credor estão corretos **Decisão mantida Agravo desprovido.**

#### VOTO

Notre Dame Seguradora S.A. interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra as r. decisões xerocopiadas às fls. 706 e 713, tiradas dos autos da “Ação de Indenização por Danos Materiais”, deflagrada por Fabiano Monegaglia Polloni, Giovanna Polloni de Ornelas Pedreira e Ornella Polloni, no ponto que determinou à Agravante, providências de depósito da importância complementar conforme o cálculo do credor.

As decisões agravadas foram assim concebidas:

*“Vistos. Anote-se a fase de execução. Intime-se a ré para que proceda ao depósito da diferença indicada pelo Banco do Brasil montante depositado nos autos (R\$ 26.122,18) e a indicada pelos autores, às fls.640/648 (R\$ 108.978,27), em 05 dias, sob pena de prosseguimento da execução. Int.”.*

E ainda:

*“Vistos. Fls.657/659: Deixo de conhecer dos embargos declaratórios, pois se trata de mero despacho ordinatório, não havendo omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada, utilizando a parte medida inadequada para a defesa de seus interesses. Int.”.*

Inconformada, recorre a Agravante, sustentando que o valor pretendido pelos Agravados (superior a cem mil reais), está divorciado dos termos previstos no título judicial, cuja parte dispositiva foi clara ao estipular que o reembolso das despesas com honorários médicos, deve observar a previsão do contrato de seguro saúde.

Pondera haver depositado o valor integral da condenação, qual seja R\$ 24.628,41 (data base dezembro/2011), de modo a ser declarada satisfeita a execução.

Pede, ao final, *“o processamento do recurso na forma instrumental, ante o fundado e comprovado receio de dano grave ou de difícil reparação, bem como seja concedido o efeito suspensivo ao agravo, o qual, por certo, será provido, declarando-se cumprida a condenação imposta à Agravante ou, subsidiariamente, devido o valor de R\$ 2.768,44 (dois mil setecentos e sessenta e oito reais e quarenta e quatro centavos)” - fls. 18/19.*

Das decisões recorridas às partes foram intimadas em 21 de janeiro de 2013 (fls. 714). O agravo foi interposto no dia 1º de fevereiro p.p. (vide chancela mecânica às fls. 02). Cópia das procurações juntadas às fls. 67 e 180/182 e 15/18. O preparo foi recolhido às fls. 20/22.

Os autos foram encaminhados ao eminente Desembargador Paulo Alcides que, despachando no período de férias deste Relator, indeferiu o efeito suspensivo (fls. 719). Sobrevieram razões de contraminuta (fls. 722/740).

### **É o relatório.**

Versam os autos, originariamente, “Ação de Indenização por Danos Materiais”, julgada parcialmente procedente, nos termos abaixo reproduzidos:

*“(…) Isto posto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar a Ré ao pagamento da quantia referente ao instrumentador cirúrgico e a reembolsar a Ré os honorários médicos efetivamente comprovados e não pagos, conforme previsão contratual. Condeno a ré no pagamento das custas e despesas processuais*

*e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa” (fls. 194).*

Interpostos Recursos de Apelação, a sentença restou confirmada, sobrevindo o trânsito em julgado do decisum (fls. 394).

Iniciada a fase de liquidação de sentença, os Agravados peticionaram requisitando a intimação da empresa de Seguro Saúde, para que esta apresentasse os cálculos detalhados (fls. 398/400 e 407/408).

De fato, embora os Agravados tenham trazido aos autos a descrição dos serviços e valores cobrados a título de honorários médicos, cada operadora utiliza sua fórmula de cálculo para o reembolso, não raro composta de inúmeros elementos e variável conforme o seguro escolhido.

Os exequentes, reiteraram a manifestação no sentido de que os dados necessários para a realização dos cálculos (tabela de honorários médicos), se achavam sob o controle da operadora de Seguro Saúde (417/420).

Nesse mesmo vértice, confirmam-se, ainda as manifestações de fls. 430/432, 436/437, 452/453.

Mais adiante, a Seguradora depositou a importância de R\$ 24.628,41 e ingressou com a impugnação que alude o art. 475-J, CPC, sem indicar qualquer especificidade do débito, seja no tocante à tabela de honorários, seja o percentual a ser reembolsado (fls. 467/477).

Persistindo a dificuldade na elaboração dos cálculos, mesmo após a manifestação da contadoria judicial (fls. 580), a Agravante foi intimada, em duas oportunidades distintas, a apresentar o cálculo do valor devido *“considerando o total das despesas do autor (...) aplicando-se os limites do contrato (fls. 562), e ainda “o que necessita a executada fazer é simples: trazer uma planilha clara, por um lado, relacionando em uma coluna cada uma das despesas realizadas pelos autores, conforme relação de fls. 497/498 e documentos de fls. 458/466, que totalizam o valor de R\$ 50.750,00, e de outro, em coluna paralela, indicar o percentual pago de cada uma das referidas despesas, conforme limites contratuais, que a parte afirma resultar naquele total de R\$ 37.200,00.”* (fls. 680).

Desrespeitado o dever de cooperação (vide fls. 637, aqui fls. 690), restou configurada a situação descrita no artigo 475-B, parágrafo 2º, CPC, que assim dispõe:

*“Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.*

*§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o*

*cumprimento da diligência.*

**§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.”**

Ora, tratando-se de dever dirigido à executada, que tem por escopo garantir a efetiva tutela jurisdicional executiva, a sanção processual para o descumprimento da ordem judicial, consiste na presunção de que os cálculos elaborados pelo credor estão corretos.

A propósito do tema:

*“(…) Se os dados se acham sob o controle do devedor, o não cumprimento da ordem judicial redundará na sanção de reputarem-se corretos os cálculos apresentados pelo credor. Tal como se passa com a ação de prestação de contas, o executado perderá o direito de impugnar o levantamento da parte contrária.” (Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 34ª ed., Forense, p. 90).*

E ainda:

*“Se os dados não forem apresentados pelo executado com a apresentação de justificativa plausível, serão reputados corretos pelo juiz os cálculos apresentados pelo exequente. (...) A justificativa do executado com argumentos e provas convincentes é essencial para que o juiz não aceite os cálculos apresentados pelo exequente” (Antônio Carlos Marcato, Código de Processo Civil Interpretado, Ed. Atlas, 3ª Edição Rev. e Atual., p. 1.558).*

*“Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência, sem prejuízo da apreensão do documento se assim o credor o indicar” (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed.; Forense, p. 1262).*

Com essas considerações, meu voto **nega provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento

nº 0022278-44.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TNER CAMPO BELO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS RESIDENCIAIS SPE LTDA, é agravado FERNANDO LUIZ BENTO PIRRÓ. **(Voto nº: 0263)**

**ACORDAM**, em 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.

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

São Paulo, 2 de julho de 2013

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cautelar inominada - Contrato de promessa de compra e venda - Concedida liminar para suspensão da exigibilidade de parcelas mediante depósito em caução do valor em aberto - Insurgência em face da decisão que rejeitou a preliminar de inépcia da inicial, tendo ainda deferido a substituição da caução em dinheiro por fiança bancária.**

**Preliminar de intempestividade – Inocorrência - Embargos de declaração que interrompem o prazo para a interposição de agravo de instrumento, ainda que tenham sido rejeitados (art. 538, CPC).**

**Inépcia da inicial – Inocorrência – Desnecessidade de o valor da causa da cautelar corresponder ao benefício econômico pretendido na ação principal – Inaplicabilidade do art. 50, Lei 10.931/2004 Aplicação dos arts. 258, 259, 295, parágrafo único, 801, CPC.**

**Caução para deferimento da liminar - Substituição de dinheiro por fiança bancária - Possibilidade - Escolha que cabe ao caucionante Interpretação do art. 50, §2º, Lei 10.931/2004 à luz do art. 827, CPC. Recurso a que se nega provimento.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de fls. 356, integrada pela de fls. 425/427 que, em cautelar inominada, deferiu a substituição de caução inicialmente prestada em dinheiro por fiança bancária, e afastou a

preliminar de inépcia da petição inicial.

Pleiteia o agravante a reforma do *decisum* alegando, em síntese, que ação que versa sobre alienação imobiliária deveria indicar precisamente o valor controvertido (art. 50, Lei 10.931/2004). Argumentou, outrossim, que somente seria cabível caução em dinheiro no caso (art. 50, §2º, Lei 10.931/2004).

Não foi concedido o efeito suspensivo requerido, por v. decisão proferida pelo Exmo. Des. Jesus Lofrano, já aposentado (fls. 455).

Apresentada contraminuta (fls. 458/492), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Não merece prosperar o inconformismo, pelos fundamentos que seguem.

### **Da tempestividade do recurso**

Em sua contraminuta, sustentou o agravado que o recurso seria intempestivo (fls. 472/475), uma vez que os embargos de declaração opostos em face da r. decisão agravada seriam na realidade mero pedido de reconsideração não tendo, portanto, o condão de interromper o prazo para a interposição de recursos.

No entanto, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, cuja orientação vem sendo acolhida por esta C. Câmara, fixou entendimento de que a oposição de embargos de declaração somente não interrompe o prazo para a interposição de outros recursos caso os primeiros venham a não ser conhecidos por intempestividade o que não corresponde à hipótese dos autos. Nesse sentido:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. CONTRADIÇÃO EXTERNA. IMPOSSIBILIDADE.*

*(...) 3. A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), salvo nos casos em que estes não são conhecidos por intempestividade, o que não é o caso dos autos.*

*4. Inexiste interesse de recorrer por parte da União, pois o acórdão embargado decidiu nos termos em que pretendido no recurso especial: a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora quando essa tributação ocorrer sobre importância principal.*

*5. Embargos de declaração rejeitados” (EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1234337/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em*

*21/05/2013, DJe 28/05/2013 sem destaque no original).*

*“AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. Decisão que não conheceu do segundo recurso de embargos declaratórios, determinando a certificação do trânsito em julgado da sentença.*

*Inconformismo. Acolhimento. Embargos declaratórios que interrompem o prazo para interposição de outros recursos, independentemente de seu conhecimento. Exegese do art. 538 do CPC. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento nº 0256198-59.2012.8.26.0000, rel. des. Viviani Nicolau, j. 26.2.2013 sem destaque no original).*

Superada a preliminar, passa-se ao exame do mérito do recurso.

Da inaplicabilidade do art. 50, Lei nº 10.931/2004 a cautelares.

A agravante pretende a reforma da r. decisão agravada ao fundamento de que a petição inicial seria inepta, por não ter observado a disposição do art. 50 da Lei nº 10.931/2004 (“*Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia*”).

Entretanto, a ação de origem é cautelar, em que não se discute propriamente alienação imobiliária, como sustenta a agravante, mas se busca apenas assegurar efetividade de futura ação revisional de contrato. A respeito, pertinente a lição de Kazuo Watanabe:

*“(…) na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou a assegurar a frutuosidade do provimento da ‘ação principal’. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo, a menos que se aceite, como o fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfeito pelo provimento concessivo da tutela cautelar.” (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer arts. - 273 e 461, CPC. Obtido em [www.rtoline.com.br](http://www.rtoline.com.br), p. 11 do arquivo eletrônico. Publicação original: Revista de Direito do Consumidor, 19:1996 - sem destaque no original).*

Portanto, revela-se descabida a afirmação de que deveria ser aplicado o art. 50 da Lei nº 10.931/2004 ao caso, uma vez que a discussão a respeito do valor controvertido será profunda e exaurientemente desenvolvida apenas na ação principal, que se destinará à revisão do contrato inicialmente entabulado pelas partes.

Assim sendo, não há que se falar em inépcia da petição inicial, uma vez que aplicável ao caso o disposto no art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Para que não restem dúvidas, esclarece-se que o E. Superior Tribunal de Justiça e esta C. Câmara têm decidido pela desnecessidade de o valor da causa nas cautelares corresponder ao proveito econômico que se espera da ação

principal (arts. 258, 259 e 801, CPC). Nesse sentido:

*“Processual civil. Licitação. Ação cautelar. Valor da causa. Correspondência com o valor da ação principal: desnecessidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento”* (AgRg no AREsp 200.684/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012 sem destaque no original).

*“AGRAVO PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO E BENS. Decisão que determinou a correção do valor da causa para adequá-lo ao proveito econômico pretendido. Inconformismo. Acolhimento. Ação principal e cautelar que veiculam pretensões diversas. Desnecessidade do valor da causa da cautelar refletir o valor do bem jurídico da principal. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido”* (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento nº 0024524-13.2013.8.26.0000, rel. des. Viviani Nicolau, j. 5.3.2013 sem destaque no original).

#### **Da compatibilidade entre as disposições do art. 50, §2º, Lei 10.931/2004 e art. 827, CPC**

A agravante pleiteia ainda a reforma da r. decisão agravada ao fundamento de que o art. 50, §2º, da Lei nº 10.931/2004 estabelecerá que o único tipo de caução possível nas ações de alienação imobiliária seria o depósito em dinheiro (*“A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados”*).

Entretanto, tampouco merece reparo a r. decisão agravada nesse ponto. É que o dispositivo invocado pela agravante deve ser interpretado a partir de enfoques teleológico e sistemático, não literalmente como se pretende no recurso.

Evidencia-se, desse modo, que a lei disse menos do que poderia, uma vez que o objetivo da norma é garantir o incorporador que se veja no polo passivo de demanda contra o risco de inviabilidade do negócio, caso, durante o curso do processo, seja concedida liminar autorizando o adquirente a deixar de arcar com as parcelas do preço.

Se assim é, então evidentemente que se deve permitir a aplicação do art. 827 do Código de Processo Civil ao caso, pois referido escopo é também alcançado pela garantia consubstanciada na fiança bancária. Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO SUBSTITUTIVA. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE CARTA DE FIANÇA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ART. 587 DO CPC. EXECUÇÃO TORNADA DEFINITIVA. INEXIGIBILIDADE DE*

*CAUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.*

*1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.*

*2. Se o Tribunal estadual asseverou a adequação e suficiência da carta de fiança apresentada, sendo idônea para servir de caução substitutiva, a inversão do julgado, no ponto, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. (...)” (AgRg no Ag 1243624/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 20/09/2010 sem destaque no original).*

Por fim, eventual insuficiência da garantia prestada à luz da matéria discutida na ação revisional não comporta apreciação nessa sede.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0023658-05.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Branca, em que são agravantes ANTONIO CARLOS TEIXEIRA DE ANDRADE (ESPÓLIO) e TERESINHA VILELLA DE ANDRADE (INVENTARIANTE), é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 4264).**

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA E THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 31 de julho de 2013

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

**Ementa: Arrolamento. Imposto de transmissão causa mortis. Decisão que determinou o recolhimento do imposto devido e indicado pelo Fisco. Formalidade burocrática descabida. Hipótese em que, com a oportuna e necessária intervenção da Fazenda, a conferência da exatidão do recolhimento do tributo**

**haveria de ser adequadamente promovida no âmbito administrativo, sem embaraçar o andamento do processo. Arts. 1.034 e 1.031, § 2º, do CPC. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido.**

## VOTO

Agravo de instrumento interposto contra decisão (fls. 14) que, nos autos de arrolamento, determinou o cumprimento do recolhimento da diferença do imposto “*causa mortis*”.

As razões do agravo aduzem que a determinação do cumprimento da Portaria CAT 15/03, na qual os interessados terão que recolher a diferença referente à complementação do imposto “*causa mortis*”, antes mesmo de ser decidida a questão na esfera administrativa, causará enormes prejuízos. Afirmam que o presente caso se trata de arrolamento, onde em estrita conformidade com os ditames contidos no art. 1034 do Código de Processo Civil, preceitua que no arrolamento não serão conhecidas ou apreciadas as questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos.

Recurso processado com atribuição de efeito suspensivo (fls. 69) e respondido (fls. 75/89).

É o relatório.

O agravante afirma que o ITCMD foi recolhido em estrita conformidade com o determinado no CTN, ou seja, de acordo com o valor venal atribuído para o Imposto Territorial Rural ITR, para o exercício de 2011, ano do óbito do inventariante. Afirma que o fisco pretende eleger o valor três vezes maior que o valor venal, e, portanto, inteiramente equivocada a decisão.

O inconformismo convence, em parte.

Pela interpretação harmônica do art. 1.034 c/c o art. 1.031, § 2º, do CPC, normas da legislação federal, que, no campo processual, obviamente têm prevalência sobre a legislação estadual, a questão tributária não deve embaraçar a mais rápida ultimateção dos arrolamentos, é claro que sem omitir a oportunidade de a Fazenda Estadual, nos próprios autos, manifestar-se expressamente a respeito.

O que não se pode conceber é a paralisação do processo, a fim de que seja, a pretexto de observância de normas estaduais de interesse do Fisco, previamente instaurado um procedimento administrativo de cunho burocrático e formalista, que só viria a travar o andamento e o término do arrolamento, que a lei processual quis mais ágil e célere.

Não se deve olvidar que eventuais direitos de crédito tributário do Fisco Estadual continuarão resguardados e poderão ser apurados, reclamados e satisfeitos na via administrativa (art. 1.034, § 2º, do C.P.C.), sem prejuízo do

normal encerramento do arrolamento.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no aresto supramencionado (R.T. 739/209), deixou assentado, em acórdão relatado pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, merecer *“prestígio, mesmo na vigência da Lei nº 9.280/96, que alterou o art. 1.031, CPC, a jurisprudência desse Tribunal no sentido de não se admitir, no arrolamento, questionamentos acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão”*.

Em esclarecedor voto vogal, o ínclito Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, acrescentou a propósito da alteração havida com o parágrafo 2º introduzido no art. 1.031: *“essa interpretação literal, contudo, não se afeiçoa ao sistema de controle judicial e simplificação dos instrumentos processuais, a recomendar que todas as questões concernentes ao arrolamento sejam resolvidas pelo juiz, e, preferentemente, no próprio processo instaurado, salvo matéria de alta indagação. Por isso, quero ressaltar que caberá ao juiz do arrolamento apreciar eventual negativa da Fazenda quanto à comprovação do pagamento dos tributos decorrentes da partilha, e decidir sobre a expedição ou não dos atos respectivos. E isso significa que o juiz, para esse fim, deverá apreciar a questão fiscal e decidir sobre ela, pois essa decisão sobre a expedição do formal será sempre judicial, ainda que haja manifestação contrária da Fazenda. É por isso que a interpretação do art. 1.034 do CPC deve ser feita, a partir de agora, penso eu, com essa restrição”*.

Em hipótese análoga, já decidi esta Câmara, em acórdão subscrito pelo eminente Des. SALLES ROSSI (Agravo de Instrumento nº 990.10.111410-0, Santos, j. 30.06.2010, v.u.), cujos fundamentos, por pertinentes, são integralmente adotados:

*“É de clareza meridiana que não escapa a obrigação do pagamento e lançamento dos tributos decorrente da transmissão da propriedade dos bens, pelo motivo do falecimento do autor da herança.*

*Todavia, a discussão acerca de seu teor, indubitavelmente, extrapola o limite objetivo da causa em ação de arrolamento, de rito sumário, que deve ter curso muito mais célere que o inventário, de rito ordinário, segundo expõe o artigo 1.034 do Código de Processo Civil, a saber:*

***‘... Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. (Redação dada pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)***

***§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral. (Incluído***

pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982).

**§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros. (Incluído pela Lei nº 7.019, de 31.8.1982)... ‘ (original não grifado)**  
*A interpretação sistemática e teleológica da norma propende ao entendimento de que o chamamento da autoridade fazendária consiste apenas a tomar conhecimento dos dados franqueados pelo contribuinte e, no caso de haver desiderato impugnativo deve proceder à busca do reconhecimento de sua pretensão, pela via administrativa ou judicial apropriada, em outra relação jurídica processual.*

*Outrossim, o meio pelo qual o contribuinte apresenta as informações tributárias é faculdade atribuída exclusivamente ao seu crivo, seja a forma tradicional de se dirigir pessoal e fisicamente ao órgão competente, seja a nova modalidade virtual junto ao Posto Fiscal Eletrônico ([www.pfe.fazenda.sp.gov.br](http://www.pfe.fazenda.sp.gov.br)), através da digitalização dos elementos probatórios documentais.*

*Destarte, qualquer intervenção na liberdade da vontade da parte mostra-se arbitrária e ilegal, uma vez que o próprio regulamento da matéria autoriza a escolha seletiva da declaração tributária, como reza a disposição da Portaria CAT-5, de 22 de janeiro de 2.007:*

**‘... Artigo 1º - Antes da lavratura de escritura pública, nas hipóteses previstas nos artigos 982 e 1.124-A do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei federal 11.441, de 4 de janeiro de 2007, devem ser apresentados no Posto Fiscal da área da localização do tabelião eleito para a realização de tal ato pelo interessado:**

**I - na hipótese de transmissão “causa mortis”:**

- a) a declaração do ITCMD, com o valor atribuído aos bens ou direitos objetos da transmissão;**
- b) o demonstrativo do ITCMD;**
- c) o comprovante de recolhimento do ITCMD - “causa mortis” por meio da Guia de Arrecadação Estadual - GAREITCMD;**
- d) os documentos relacionados no Anexo VIII da Portaria CAT-15, de 6 de fevereiro de 2003, quando aplicáveis;**
- e) os Anexos I a V da Portaria CAT-15, de 6 de fevereiro de 2003, quando aplicáveis se houver;**
- f) a minuta da escritura pública do ato em questão, se houver;**

**II-...**

**a)...****§ 1º - Podem ser emitidos eletronicamente, mediante programa disponível no Posto Fiscal Eletrônico, no endereço eletrônico <http://pfe>.**

**fazenda.sp.gov.br**, os documentos mencionados nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e na alínea “c” do inciso II.

§ 2º - Poderá ser dispensada a apresentação dos documentos a seguir relacionados, constantes da Portaria CAT-15, de 6 de fevereiro de 2003, desde que o representante legal se responsabilize pela exatidão da Declaração do ITCMD declarando, conforme modelo constante no Anexo Único, que a Declaração do ITCMD tenha sido efetuada na forma da lei com base em documentos idôneos, capazes de comprovar a sua veracidade:

§3º-...

§ 4º - para verificação do Posto Fiscal da área da localização do tabelião eleito, o interessado poderá acessar a página eletrônica <http://www.fazenda.sp.gov.br/regionais>, informando o Município e, se for o caso, o CEP do endereço do tabelião.

§ 5º - *Tratando-se de tabelião de outra Unidade federada, o Posto Fiscal é o PFC II Sé, situado na Avenida Rangel Pestana, 300, 1º andar, Centro, São Paulo - CEP 01017-911, admitindo-se, nesse caso, que a entrega dos documentos e declarações seja efetuada via postal, por conta e risco do interessado...*

*Em suma, assiste à inventariante o direito de prestar o lançamento que se sujeitará à homologação, pelo modo que lhe convém e à Fazenda Estadual postular as retificações que reputar necessárias em outra esfera”.*

Por essas razões, merece parcial reforma a decisão, para o fim de ser intimada a Fazenda Estadual, sem paralização do andamento do feito, que deve ter regular prosseguimento.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0045143-61.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante T. L. M. P., são agravados L. A. L. P. (MENOR) e A. L. A. P.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

Ojulgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente sem voto), ERICKSON GAVAZZA MARQUES E J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 3 de julho de 2013

A.C.MATHIAS COLTRO RELATOR

**Ementa:** Agravo de instrumento Fixação de alimentos provisórios quantum estabelecido, em sede de antecipação de tutela recursal, que se mostra adequado, por ora demais questões que devem ser objeto de apreciação em primeiro grau - agravo provido, ratificada a tutela antecipada.

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra r. decisão de primeiro grau que, em ação de oferta de alimentos, fixou os provisórios em R\$ 100.000,00, atualizados anualmente pelo IGP-M, além dos salários dos funcionários, despesas escolares e atividades extracurriculares da menor, plano de saúde da genitora e filha, além de terapias e gastos extras de saúde de ambas.

Pretende o agravante a reforma do *decisum*, argumentando ser excessivo o encargo alimentar, reduzindo-se para os valores declinados no item 41 da inicial do agravo ou, subsidiariamente, para outra quantia a ser arbitrada por esta Câmara.

Foi deferida antecipação de tutela recursal, reduzindo-se o pensionamento para R\$ 60.000,00, levando-se em conta que o alimentante arcará diretamente com o pagamento direto das despesas relativas à moradia, estudo e outras.

Foram apresentadas as contrarrrazões (fls. 1416/1440), onde se postulou a reconsideração da decisão que deferiu a antecipação de tutela, bem como foram prestadas informações pelo e. juízo (fls. 1442/1444).

Nesta instância, emitiu a digna Procuradoria Geral de Justiça parecer pelo desprovimento (fls. 336/337).

É o relatório.

Pese o alinhavado pelo egrégio juízo, tem-se que o agravo comporta acolhimento, restando prejudicado o pedido de reconsideração formulado pelas agravadas.

Como é sabido, os alimentos devem ser fixados em estrita obediência ao trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade, principalmente quando se trata, como no caso, de provimento cautelar objetivando tal estipulação.

Ademais e para o fim de que se cuida, o quantum fixado em sede de antecipação de tutela recursal, ao menos por ora, atende a tal critério, conforme o que até agora existe nos autos.

Conquanto o elevadíssimo padrão de vida das partes, vale ressaltar que não é módica a quantia fixada, nesta instância, a título de provisórios, tendo

em vista que as despesas de moradia (IPTU e taxas condominiais), despesas com funcionários, mensalidades escolares da menor e gastos extracurriculares, custeio do plano de saúde da genitora e filha e outras despesas extraordinárias com terapias e viagens, serão arcadas diretamente pelo alimentante.

É o quanto basta, neste passo, ao que se decide, principalmente porque eventuais e outras considerações podem alcançar o próprio mérito da questão, a ser apreciado ulteriormente e consoante elementos outros que forem produzidos no processo.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher o agravo interposto, 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, dá-se provimento ao agravo, ratificada a antecipação de tutela.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0051393-13.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante D. J. B., são agravados L. A. S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), B. S. B. (ASSISTIDO(A) POR SUA MÃE) e A. S.G B. (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE). **(Voto nº 18801)**

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS E NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 25 de julho de 2013.

TEIXEIRA LEITE, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. MULTA. Art. 600, I CPC. Ocorrência. Agravante que, ao se envolver em acidente**

**que acarretou a perda total do automóvel penhorado nos autos, deixou de depositar judicialmente o valor da indenização securitária, adquirindo novo veículo por valor inferior. Má-fé e insolvência que, por estar o bem penhorado, são irrelevantes à configuração da fraude à execução. Multa por ato atentatório à dignidade da Justiça em 20% sobre o valor do débito que se mostra razoável, especialmente diante do caráter alimentar da obrigação. Recurso desprovido.**

## VOTO

D.J.B. agrava da decisão pela qual o d. Magistrado, nos autos da ação de execução de alimentos que lhe movem L.A.S., B.S.B. e A.S.B., aplicou multa de 20% do valor do débito exequendo, por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600 I CPC).

Busca a reforma da decisão, entendendo que o d. Magistrado agiu com rigor excessivo ao aplicar multa ao agravante no percentual máximo da lei. Argumenta que tanto no episódio da alienação da aeronave (AI 0118393-98.2011), quanto da compra de um veículo com a indenização securitária recebida pela perda do anterior, penhorado (AI 0147692-86.2012), não são suficientes para atribuir má-fé ao agravante, tendo ocorrido, antes disso, por desconhecimento das consequências legais que poderiam resultar de seus atos. Além disso, pende ainda de julgamento o recurso especial interposto contra o acórdão que manteve a decisão que reconheceu que a alienação da aeronave ocorreu em fraude à execução. De outro lado, quanto à aquisição de novo veículo, as alimentadas não restaram prejudicadas, porque a penhora, agora, recai sobre o novo veículo, de igual valor àquele.

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 848/849) e respondido (fls. 862/867).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, opinando pelo desprovidimento do agravo (fls. 887/891).

### **É o relatório.**

O recurso não comporta provimento.

Conquanto argumente o agravante que a penalidade aplicada deveria ser afastada por não ter agido com má-fé, tampouco caído em insolvência, a verdade é que, a fraude à execução, ademais do prejuízo aos credores, implica em violação da atividade jurisdicional do próprio Estado e, nesta medida, deve ser coibida.

Do relatado nos autos, duas situações distintas levaram o MM Juízo a quo a reconhecer o ato atentatório à dignidade da Justiça.

A primeira delas consistiu na alienação de um planador, no valor de R\$ 140.000,00, cuja efetiva transmissão ao terceiro adquirente, ocorreu dias após o ato de citação para os termos da demanda.

A segunda envolveu um acidente com perda total do veículo penhorado nos autos (Mercedes-Benz A190), sendo que o pagamento da indenização, ao invés de depositado em juízo, foi revertido para a compra de novo automóvel (Honda Fit), cujo valor de mercado é inferior.

Com efeito, a alienação de bens sujeitos a uma execução, envolve tratamento distinto caso estejam eles gravados por constrição judicial, ou não.

Sobre o tema, elucida Humberto Theodoro Júnior:

*“Não havendo a prévia sujeição do objeto à execução, para configurar-se a fraude deverá o credor demonstrar o *eventus damni*, isto é, a insolvência do devedor decorrente da alienação ou oneração. Esta decorrerá normalmente da inexistência de outros bens penhoráveis ou da insuficiência dos encontrados. (...)*

*Se houver, por outro lado, vinculação do bem alienado ou onerado ao processo fraudado (como por exemplo: penhora, arresto ou sequestro), a caracterização da fraude de execução independe de qualquer outra prova. O gravame judicial acompanha o bem perseguindo-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente.” (Processo de execução e cumprimento da sentença. 26ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009, p. 171)*

Em concreto, embora seja questionável a configuração da fraude no que se refere à venda do planador, é incontestável a sua ocorrência por ocasião da compra de novo veículo com a indenização securitária decorrente da perda total do bem judicialmente penhorado, sendo que, para tanto, é irrelevante a má-fé ou boa-fé do agravante, tampouco se caiu ou não em insolvência.

A gravidade do ato é ainda maior, se considerado que o débito discutido nos autos tem natureza alimentar, devido pelo agravante às suas filhas menores.

Assim, patente a configuração da fraude à execução, configurado está o ato atentatório à dignidade da Justiça, sendo devida a imposição de penalidade, tal como procedido pelo d. Magistrado.

Quanto ao percentual estabelecido, em 20% sobre o valor do débito atualizado, entendo que se mostra razoável, especialmente diante das especificidades dos autos, em que houve reiteração de conduta do agravante quanto à alienação de bens no curso da execução, e o caráter alimentar do débito.

Nada há, portanto, que justifique a alteração da r. decisão agravada.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0059976-84.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO ALVES CARDOSO e é agravado JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA. **(Voto nº 26742)**

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente sem voto), RUI CASCALDI E CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 16 de julho de 2013.

LIUZ ANTONIO DE GODOY, Relator

**Ementa: NULIDADE Decisão agravada - Possibilidade de alteração de ofício da data do cômputo dos juros de mora e da correção monetária da indenização fixada na sentença - Matérias de ordem pública - Correção monetária - Incidência da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça - Juros de mora - Devidos a partir do fato ilícito - Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça - Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de autos de “ação ordinária de liquidação de sentença de transação em processo criminal” (fls. 11) ajuizada por Paulo Alves Cardoso contra José Maria Alves da Silva, não se conformando aquele com a decisão reproduzida a fls. 49/50 (objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 55), em que a Juíza de Direito determinou a apresentação pelo agravante de novo cálculo, observados os termos iniciais de incidência dos juros de mora e de correção monetária. Sustenta ser nula a decisão recorrida, já que fora determinada de ofício a modificação do cálculo apresentado. Alega, ainda, ofensa às Súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, e ao art. 398, do Código Civil. Afirma que a correção monetária e os juros de mora deveriam incidir a partir do evento danoso. Colheram-se informações do juízo. Manifestou-se o agravado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ao contrário do alegado pelo agravante, não está eivada de nulidade a

decisão ora agravada.

A despeito de não ter o agravado impugnado o cálculo apresentado pelo agravante, é possível a alteração, de ofício, da data do cômputo dos juros de mora e da correção monetária da indenização fixada na sentença. É certo que *“Por se tratar a atualização monetária do débito e os juros incidentes na hipótese como matérias de ordem pública, sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura reformatio in pejus (precedentes no STJ: EDcl nos EDcl no REsp 998935/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011; AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010 e REsp 1258912/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 02/12/2011”* (Apelação Cível nº 0015938-56.2012.8.26.0053 São Paulo, 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.un., Rel. Des. Ferraz de Arruda, em 12/6/13).

Segundo se nota, em relação à correção monetária, nada há a ser modificado, tendo sido corretamente fixado na sentença que “a correção monetária dos danos materiais deve ser a data do efetivo desembolso e, com relação aos danos morais, a data em que houve o arbitramento, ou seja, da prolação da sentença, nos termos da Súmula 362, do STJ” (fls. 50).

Já em relação aos juros de mora, é certo serem eles devidos a partir do fato ilícito, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

É o que deve ser observado.

Diante disso, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0063638-56.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S A, são agravados ESPÓLIO DE MARIA PELINSON (SUCEDIDO (A)) e MARIA DAS GRAÇAS PELINSON (INVENTARIANTE) (SUCESSOR (A)). **(Voto nº 19.014)**

**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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO

TELLES (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI E COELHO MENDES.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

ÉLCIO TRUJILLO, Relator

**Ementa: TUTELA ANTECIPADA Ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de assistência médico-hospitalar Negativa de cobertura**

**Home care Presentes os requisitos exigidos pelo §3º do art. 461, do Código de Processo Civil**

**Relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final demonstrados.**

**MULTA DIÁRIA As astreintes constituem técnica de tutela coercitiva, que tem por objetivo pressionar o réu a cumprir a ordem judicial, pressão que acaba por ser exercida através de ameaça ao seu patrimônio, mediante a imposição de multa diária em caso de descumprimento Viabilidade da medida**

**Redução Impossibilidade - Medida que tem caráter inibitório e deve ser fixada em valor suficiente para que a parte cumpra voluntariamente a obrigação - Decisão mantida Agravo NÃO provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da r. decisão copiada às fls. 70 que, junto à ação de obrigação de fazer, determinou a intimação da recorrente para cumprimento da ordem judicial, sob pena de multa diária de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Em busca de reforma, sustenta a agravante a ausência dos requisitos autorizadores da medida antecipatória e o afastamento da aplicação da multa diária ou, caso assim não se entenda, pugna pela redução; pleiteia, ainda, a prestação de caução.

O pedido de suspensão do cumprimento da r. decisão atacada foi indeferido - fls. 100/101.

Dispensadas informações junto à MM. Juíza da causa. Contraminuta fls. 106/112.

É o relatório.

Maria Pelinson, 92 anos de idade, acometida de acidente vascular cerebral (AVC) em duas oportunidades.

Indicação de continuidade do tratamento após alta hospitalar em sistema home care fls. 34.

Ocorre que, diante da negativa de cobertura de tratamento, Maria Pelinson ajuizou ação de obrigação de fazer contra Amil Assistência Médica Internacional S/A fls. 14/29 (processo nº 0008270-53.2013.8.26.0100 - 35ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital).

Em face dos limites apresentados junto a inicial, cuidou a digna Magistrada de determinar que a agravante disponibilize a assistência home care nos termos prescritos pelo médico responsável, através de fisioterapia motora e respiratória, assim como acompanhamento neurológico r. decisão de fls. 45.

Noticiado o descumprimento (fls. 68/69), determinou-se a intimação da operadora do plano de saúde para cumprimento da ordem judicial, sob pena de multa diária de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) r. decisão de fls. 70.

Daí o presente agravo.

Contudo, o recurso não merece acolhimento.

Contrato firmado a envolver prestação de serviços no campo da saúde.

Saúde e conseqüente tratamento é matéria de interesse manifestamente público. Ainda que prestado o serviço por terceiros, particulares, mantida a condição e quem assume a prestação tem a obrigação de atentar para essa condição pública de atendimento.

E isto porque o fim principal do serviço é o atendimento como substitutivo do próprio Estado com todos os riscos decorrentes.

De outra parte, na relação contratual de adesão a incidência das disposições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e, por princípio, na dúvida, cumpre o atendimento dos interesses da parte considerada, pela legislação, mais fraca, no caso, o contratante consumidor.

Cumpra a concessão liminar de tutela desde que o julgador se convença da relevância do fundamento da demanda, bem como do justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 461, §3º, do Código de Processo Civil).

No caso, presentes os requisitos autorizadores para a antecipação.

Nesse sentido, a jurisprudência:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recurso interposto contra decisão que defere antecipação dos efeitos da tutela em ação ajuizada por contratante de serviços médico-hospitalares, compelindo a empresa contratada a dar cobertura a tratamento de quimioterapia - Cláusula contratual limitativa a 10 (dez) sessões em cada ano - Disposição abusiva a gerar desequilíbrio em detrimento da usuária contratante - Afronta ao próprio objeto do contrato e aos princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence - Pressuposto constitucional da**

**integralidade da assistência a ser observado - Preenchimento dos requisitos do artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil - Pedido de caução, rejeitado - Improvimento.** (Relator: Marcus Andrade Agravo de Instrumento n. 308.494-4/3 São Paulo - 2.10.03)

Com o decorrer do processo, cuidarão as partes da demonstração probatória segura no sentido de dar amparo às respectivas teses.

Presentes as condições fixadas pelo §3º do art. 461, do Código de Processo Civil, não há que se sustentar a impossibilidade da concessão da tutela.

Ademais, poderá a agravada sofrer danos irreparáveis com a não cobertura do tratamento, acarretando, inclusive, a perda do bem a ser tutelado na ação principal.

Por outro lado, as astreintes constituem técnica de tutela coercitiva, que tem por objetivo pressionar o réu a cumprir a ordem judicial, pressão que acaba por ser exercida através de ameaça ao seu patrimônio, mediante a imposição de multa diária em caso de descumprimento.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

*“...o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.*

*O Código prevê, expressamente, a utilização de multa diária para compelir o devedor a realizar a prestação de fazer ou não fazer. Essa multa será aquela prevista na sentença condenatória e, se omissa, a que for arbitrada durante o cumprimento da condenação (art. 461, §5º, com redação da Lei nº 10.444/2002).*

*A imposição, bem como a exigibilidade da multa pressupõem ser factível o cumprimento da obrigação em sua forma originária. Comprovada a impossibilidade da realização da prestação in natura, mesmo por culpa do devedor, não terá mais cabimento a exigência da multa coercitiva. Sua finalidade não é, na verdade, punir, mas basicamente obter a prestação específica. Se isso é inviável, tem o credor de contentar-se com o equivalente econômico (perdas e danos). No entanto, se essa inviabilidade foi superveniente à imposição da multa diária, a vigência da medida prevalecerá até o momento do fato que impossibilitou a prestação originária.”*

*(Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2007, 41ª ed., vol. II, p. 265/266)*

O escopo das astreintes não é obrigar o réu a pagar a multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica.

A multa, portanto, tem caráter meramente inibitório e deve ser fixada em valor suficiente para que a parte cumpra voluntariamente a obrigação.

Portanto, plenamente viável a fixação de multa diária em caso de descumprimento do comando judicial.

Assim:

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 461 DO CPC. CABIMENTO. VALOR ARBITRADO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.**

**1. A multa cominatória fixada pelo Tribunal de origem teve por objetivo garantir a eficácia da determinação judicial de exibição de documento, procedimento que não ofende o art. 461 do CPC, sendo que, uma vez efetivamente cumprida a obrigação de fazer, não haverá ônus para a parte. Precedentes.**

**2. A análise da insurgência quanto ao valor da multa diária esbarra no óbice da súmula 07/STJ, porquanto demanda inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com a via especial.**

**3. Agravo regimental não provido.**

(STJ 4ª Turma, AgRg no REsp 718377-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02.08.2005, negaram provimento ao recurso, v.u., DJU 22.08.2005, p. 301)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0081199-93.2013.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que são agravantes SALVADOR DA SILVA LEITE e LUCINDA SILVA LEITE, é agravado BANCO DO BRASIL S/A. **(Voto nº 6301).**

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U. de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente sem voto), PAULO PASTORE FILHO E IRINEU FAVA.

São Paulo, 18 de julho de 2013.

AFONSO BRÁZ, Relator

**Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POUPANÇA. COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANO VERÃO. Cumprimento de sentença que pleiteia os expurgos julgados pela 6ª Vara Cível da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo. Possibilidade da propositura da liquidação de sentença no foro de domicílios dos agravados. Efeito *erga omnes*. JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade. Devem ser incorporados ao capital para restituir o equilíbrio entre as partes. SUCUMBÊNCIA. Agravante que teve de se socorrer da via judicial para ver seu saldo recomposto. Responsabilidade da instituição bancária pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade. Verba honorária fixada com fulcro no artigo 20 do Código de Processo Civil. RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão copiada a fls. 148/152 que acolheu parcialmente a impugnação apresentada e determinou a exclusão dos juros remuneratórios durante todo o período discutido.

Alega que os juros remuneratórios são indissociáveis das cadernetas de poupança, devendo ser contados desde o inadimplemento até a data do efetivo pagamento. No mais, o agravante sustenta que a condenação contida na ação civil pública é genérica, por isso, os juros não podem ser excluídos. Por fim, diz que o Banco deve arcar com os ônus sucumbenciais.

O recurso foi instruído com as peças obrigatórias e regularmente processado.

O efeito suspensivo foi deferido por este Relator às fls. 154, sobrevindo contrariedade às fls. 158/165, na qual o agravado alega incompetência do Juízo, eis que a sentença foi proferida pela Justiça Federal, não gerando eficácia *erga omnes* em todo o território nacional.

É o relatório.

Trata-se de execução baseada na ação civil pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor IDEC contra o Banco do Brasil S/A, na

qual ficou reconhecido o direito dos poupadores aos expurgos inflacionários não creditados corretamente nas cadernetas de poupança, referente ao período de fevereiro de 1989 (Plano Verão).

A instituição bancária insiste na incompetência do juízo a quo, afirmando que o limite territorial da eficácia da sentença proferida em ação civil pública se restringe apenas no âmbito da Comarca em que proferida.

Porém, a possibilidade do beneficiário da sentença proferida em ação civil pública ajuizar a execução individual no foro de seu domicílio restou pacificada pelo STJ através do julgamento proferido pela Corte Especial nos autos do Resp. 1.243.887/PR, julgado sob os efeitos do art. 543-C do CPC aos 19.10.2011 sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão:

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

Portanto, a Comarca de Matão é competente para julgar o cumprimento de sentença ajuizada pelo agravado eis que se trata do Foro de domicílio

do exequente (consumidor) e os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.

Quanto ao objeto do recurso, no que tange aos juros remuneratórios, é cediço que são inerentes aos contratos bancários, assim, os juros de 0,5% (meio por cento) ao mês não podem ser excluídos, pois eles têm o fim de restabelecer o equilíbrio entre as partes.

Dessa maneira, reconhecido o direito do agravante de ver seu saldo recomposto integralmente, os juros são devidos desde o inadimplemento até o efetivo pagamento, mesmo quando não arbitrados expressamente, não havendo violação ao princípio da coisa julgada.

Vale transcrever parte do voto proferido, no agravo de instrumento nº 0217683-86.2011.8.26.0000, pelo Ilustre Desembargador Relator Paulo Pastore Filho, integrante desta Colenda 17ª Câmara de Direito Privado:

**“LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO IDEC VERSANDO SOBRE A DIFERENÇA DE RENDIMENTOS CREDITADOS EM CADERNETA DE POUPANÇA Incidência de juros remuneratórios mensais Possibilidade Espécie de juros que integram a obrigação principal do contrato de depósito (poupança), acarretando a incidência mês a mês sobre a diferença entre os índices de atualização devidos e aplicados Recurso não provido.**

(...)

**A controvérsia ocorre porque essa aplicação dos juros remuneratórios no percentual de 0,5% não foi expressamente estipulada de forma mensal, daí a irrisignação do agravante.**

**Contudo, é sabido que os juros remuneratórios integram a obrigação principal do contrato de depósito (poupança), daí porque incidem mês a mês sobre a diferença entre os índices de atualização devidos e aplicados, contados a partir de quando deveriam ter incidido, até o momento de seu efetivo pagamento.**

Logo, para que o exequente possa reaver o seu saldo, inerente ao investimento realizado em caderneta de poupança, inteiramente recomposto, deve o quantum debeat ser atualizado e remunerado corretamente e, para isso, os juros remuneratórios são devidos.

Por fim, a conduta do agravado, ao não creditar corretamente os expurgos referente ao Plano Verão, gerou a necessidade do agravante de se socorrer ao Judiciário, portanto, é seu o ônus da sucumbência.

Destarte, tendo em vista que o Banco deu causa ao processo, obrigando o agravante a constituir advogado e ajuizar a demanda, deve arcar integralmente

com os encargos decorrentes da ação, em observância ao princípio da causalidade.

Assim, arcará a instituição financeira com o pagamento integral das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.500,00 (Um Mil e Quinhentos Reais), nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Por isso, DOU PROVIMENTO ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0083617-04.2013.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é agravante MADRID INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, é agravado MARCOS PAULO BREVIGLIERI. (Voto nº: 13026).

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

JAMES SIANO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Pretensão de reforma da decisão que deferiu tutela antecipada para determinar a entrega de bem imóvel a compromissário comprador. Ausência de expedição do competente habite-se, sendo impossível o cumprimento da medida antecipatória. Recurso provido.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de f. 143 (f.156 destes autos), que nos autos da ação de obrigação de fazer deferiu a tutela antecipada para compelir a agravante a entregar as chaves do imóvel objeto de compromisso de venda e compra, sob pena de incidência multa diária.

Inconformada, sustenta a agravante o desacerto da decisão tendo em vista a impossibilidade de seu cumprimento uma vez não expedido até o momento o “habite-se”.

Ademais, afirma ter se comprometido perante todos os compromissários compradores a indenizá-los pelo atraso na entrega do imóvel, inexistindo perigo na demora da decisão.

Pugna, por fim, pela reforma da decisão com a revogação da decisão.

A liminar foi deferida à f. 217 destes autos.

Agravado ofereceu contraminuta à f.212/227 destes autos.

É o relatório.

Procedem as razões recursais.

Com efeito, o atraso na entrega do imóvel é incontroverso, sendo admitido pela incorporadora que se compromete inclusive a indenizar os compromissários vendedores das unidades imobiliárias de seu empreendimento, o que de fato ensejaria em prol do agravado a antecipação dos efeitos da tutela.

Verifica-se, contudo, a impossibilidade de entregar imóvel que incontroversamente têm suas obras em atraso, uma vez ausentes condições de ser habitado, inexistindo elementos que permitam auferir até mesmo o estágio da obra e das condições em que se encontra.

Nota-se, sobretudo, que uma vez não expedido o habite-se não se faz possível compelir a agravante à entrega da unidade imobiliária. O atraso configura a culpa da agravante gerando o direito à reparação, conforme se demonstra predisposição, mas não gera a obrigação de entregar a unidade inacabada sem que tenha havido a expedição do habite-se.

Nesse sentido, tem-se o entendimento:

*EMENTA COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Tutela antecipada deferida em parte para determinar a entrega da unidade compromissada aos autores, bem como apresentação de documentos do procedimento de obtenção do habite-se, no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, limitado ao valor do contrato - Ausência da prova da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação no tocante à entrega da unidade - Não se pode obrigar a entrega de imóvel que não esteja em condições de ser habitado Falta de demonstração do estágio da obra e das condições em que se encontra o empreendimento - Sem concessão de habite-se não há como obrigar a agravante a entregar a unidade, até mesmo por uma questão de segurança e preservação da integridade física dos moradores Ademais, ausência de pagamento do preço ou de garantia da quitação Ordem mantida em relação à apresentação dos documentos, mantida a incidência da multa diária - Decisão reformada Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 0276674-21.2012.8.26.0000, Rel. Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, D.j. 03.04.2013).*

Justifica-se, portanto, a revogação da medida antecipatória porquanto se tratar de medida de cumprimento impossível nos termos em que deferida. Cabendo ressaltar, entretanto, que uma vez revogada a tutela antecipada pela impossibilidade de seu cumprimento, incumbe ao juízo de origem, a análise da pertinência da concessão da medida antecipatória nos moldes em que formulado pela parte adversa em sua exordial, sob os outros fundamentos suscitados, sendo certo, entretanto, a impossibilidade de se compelir in limine a entrega da unidade autônoma.

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

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0088694-91.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARISA MARANHÃO MAZZA, SOLANGE DE CASSIA MARANHÃO MAZZA e JOÃO ROBERTO MARANHÃO MAZZA, são agravados JOANA ROMEIRA PENA MAZZA (INVENTARIANTE) e JOÃO MAZZA (ESPÓLIO). **(Voto nº 7328).**

**ACORDAM**, em 5ª 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente), EDSON LUIZ DE QUEIROZ E A.C.MATHIAS COLTRO.

São Paulo, 17 de julho de 2013.

MOREIRA VIEGAS, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento Inventário Viúva casada sob o regime da separação obrigatória Impossibilidade de ser qualificada como herdeira a aplicação da súmula 377 do STF somente será admitida se não for afastada a presunção de esforço comum para aquisição dos bens na constância do casamento Recurso parcialmente provido.**

### VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 231/231v, que em autos de ação de inventário e partilha, reconheceu a viúva como herdeira do

de cujus, nos termos do art. 1832 do CC, devendo concorrer em quinhão igual aos dos descendentes, apesar de casada sob o regime da separação obrigatória, ainda, afastou da sucessão os bens amealhados pela exclusivamente pela viúva e por fim, determinou que metade dos valores constantes da conta conjunta do de cujus e da viúva seja colacionado, haja vista que a viúva também é herdeira desses valores.

Alegam os agravantes, em breve síntese, que a viúva não é herdeira do de cujus, nos termos do art. 1.829, I do CPC em razão do regime de bens ser o da separação obrigatória, razão pela qual não pode participar da divisão do numerário que existia na conta do falecido. Afirmam ainda, que deve ser aplicado o disposto na súmula 377 do STF, razão pela qual a meação dos imóveis em nome exclusivo da viúva, porém adquiridos na constância do casamento e da união estável devem ser inventariados e partilhados entre os descendentes do falecido.

Recurso processado, com efeito suspensivo, recolhido o preparo.

Contraminuta às fls. 503/515.

Informação às fls. 517.

É o relatório.

O agravo merece parcial provimento.

O mérito do presente recurso cinge-se ao questionamento sobre a qualidade de herdeira da viúva casada sob o regime da separação legal e da aplicação do disposto na Súmula 377 do STF, para que a meação dos imóveis em nome exclusivo da viúva, porém adquiridos na constância do casamento e da união estável sejam inventariados e partilhados entre os descendentes do falecido.

A agravante casou-se com o falecido, em 09 de abril de 2005, sob o regime de separação obrigatória de bens, em razão da idade. Contudo ambos já viviam em união estável, desde o ano de 1991, pelo regime da separação obrigatória, consoante certidão pública.

Como se sabe, no aludido regime matrimonial os bens que cada cônjuge possuía antes do casamento continuam a lhe pertencer exclusivamente. Também é privativa de cada consorte a responsabilidade pelos débitos assumidos durante e depois do casamento, sendo comuns ao casal apenas as dívidas relativas à compra de bens necessários à economia doméstica.

**Rolf Madaleno** bem sintetiza as regras atinentes à separação total de bens, ao enunciar que **“neste regime existe total independência patrimonial entre os cônjuges e ele em nada altera a propriedade dos bens dos consortes, como tampouco confere qualquer expectativa de ganho ou de disposição sobre os bens do parceiro. Cada cônjuge conserva a propriedade dos bens já existentes em seu nome e daqueles aquinhoados na constância do matrimônio, inclusive**

sobre a sua administração, mantendo a exclusiva responsabilidade pelas dívidas contraídas, com a exceção dos débitos assumidos em benefício da família conjugal, quando então os esposos respondem por este elenco de dívidas” (Cf. **Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008, p. 603**).

Consigne-se, ainda, que o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. **Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.**

Assim, não sendo a agravada herdeira necessária do falecido, a meação dos valores constantes na conta conjunta da viúva e do de cujus deve ser herdada tão somente pelos descendentes do falecido. Estes sim herdeiros necessários do *de cujus*.

Enquanto a viúva ficou com a meação que lhe cabia em razão da conta bancária ser comum com o falecido.

Isto porque se a lei previu a inexistência de patrimônio comum, não pode o interprete alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado (alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*).

Contudo, a fim de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes a jurisprudência firmou posicionamento que inclusive ficou sumulado pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula 377, que prevê a comunhão dos aquestos: **“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”**.

A Jurisprudência do STJ é farta em aceitar a incidência da Súmula 377 do STF, em casos análogos:

*DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, **incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário**. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 154896/RJ, Quarta Turma, Rel. Fernando Gonçalves, j. 20/11/2003).*

No entanto, ressalte-se que a presunção de esforço comum em amealhar

o patrimônio durante a constância do casamento/união estável, não é absoluta, razão pela qual para a incidência da Súmula 377 do STF, impõe-se de um lado e de outro a comprovação nos autos se a aquisição do bem se deu por esforço comum ou exclusivo.

Esse é o entendimento do ilustre civilista Sílvio Rodrigues:

*“Com efeito, já de há muito censuro a amplitude da Súmula n. 377, pois entendo que ela deve ser restrita apenas aos bens adquiridos na vigência do matrimônio, pelo esforço comum dos cônjuges” (Direito Civil, Sílvio Rodrigues Ed. Saraiva 14ª edição pág. 182/183).*

Logo, diante deste contexto para evitar a aplicação do disposto na Súmula 377 do STF sobre os imóveis adquiridos pela viúva em nome próprio e exclusivo, durante a constância da união estável e do casamento, ambos regidos pelo regime da separação obrigatória, impõe-se que a agravada comprove que os bens não foram adquiridos através do de esforço comum, mas com o produto de rendimentos próprios e exclusivos de seu trabalho, além da sub-rogação de outro imóvel.

Neste sentido:

*“Civil. Regime de bens no casamento. No regime da separação legal de bens, não se comunicam os adquiridos com o produto da venda de bens anteriores ao casamento. Inaplicabilidade da súmula 377.” (RE 93153/RJ - Rio de Janeiro, Min. LEITÃO DE ABREU)*

Neste diapasão conclui-se que a r. decisão deve ser reformada tão somente para afastar a qualidade de herdeira da viúva, para concorrer com os descendentes do falecido e para que seja aberto prazo para as partes comprovarem se os bens em nome exclusivo da viúva, adquiridos na constância do casamento e da união estável, foram ou não adquiridos com o esforço comum.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0111379-92.2013.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ITAU UNIBANCO S/A, são agravados CLEMENTE DA CUNHA NEVES ME e CLEMENTE DA CUNHA NEVES. **(Voto nº 12.381)**

**ACORDAM**, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 4 de julho de 2013.

MARINO NETO, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ARRESTO ON LINE AGRADO DE INSTRUMENTO - Pedido prematuro, no caso dos autos, sendo necessária a realização de outras diligências habituais tendentes à citação dos devedores.**  
**Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada à fl. 28 que, em execução de quantia certa contra devedor solvente<sup>1</sup> ajuizada por Itaú Unibanco S/A em face de Clemente da Cunha Neves Me e outro, indeferiu requerimento de arresto *on line*.

Recorre o exequente objetivando a reforma da decisão recorrida.

Recebido e processado o agravo, foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como a contraminuta diante da ausência de citação do agravado em primeira instância.

### É o relatório.

Ajuizada a execução, foi determinada a citação dos devedores, que resultou infrutífera por não terem sido localizados nos endereços diligenciados, a teor da certidão juntada à fl. 17.

Diante disso, o banco exequente requereu o arresto *on line* de ativos financeiros de titularidade dos executados, o que restou indeferido pelo Juízo *a quo*, razão do inconformismo.

O caso não era mesmo de deferimento do arresto *on line* dos ativos financeiros dos devedores neste momento processual.

Isso porque, como se depreende dos autos, foi realizada apenas uma tentativa de citação dos devedores.

Para que fosse possível o arresto *on line* seria necessário o esgotamento das tentativas de localização dos devedores, extrajudiciais e até mesmo judiciais.

A matéria resta disciplinada pelo artigo 653 do Código de Processo Civil, sendo dois os pressupostos da pré-penhora: a) a constatação da ausência do executado de seu domicílio ou residência, após as diligências habituais do

<sup>1</sup> Valor R\$ 121.046,05, em julho de 2012.

oficial para localizá-lo; b) a existência visível de bens penhoráveis.

A orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça é firme a respeito do tema:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ARRESTO - ON LINE - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - PARADEIRO DOS DEVEDORES - DESCONHECIDO - NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS CITATÓRIAS. Não obstante a juridicidade da modalidade constitutiva designada arresto on line, processada na forma dos arts. 654 c/c 655-A do CPC, inadequado se apresenta seu deferimento, in casu, já que o mesmo pressupõe o esgotamento dos meios de localização do devedor para fins de citá-lo (inteligência do art. 653 do CODEX).”<sup>2</sup>*

No mesmo sentido, já decidiu este C. Tribunal de Justiça:

*“ARRESTO ON LINE. Decisão que indeferiu o pedido de constrição formulado pelo exequente. Apenas uma tentativa de citação, que restou infrutífera. Agravante que não empreendeu esforços para localizar os devedores. Descabimento do arresto. Requisição de informações. Expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal. Impossibilidade. Medida excepcional que só pode ser ordenada se a parte comprovar o esgotamento de diligências visando a localizar bens penhoráveis. Decisão mantida. Recurso não provido”<sup>3</sup>*

*“EXECUÇÃO - Indeferimento de bloqueio on-line de ativos financeiros porventura existentes em nome dos executados - Citação ainda não diligenciada - Requisitos do art. 653 do CPC não preenchidos - Necessidade de prévia realização de diligências tendentes à citação dos devedores - Mantida a r. decisão recorrida - Recurso desprovido.”<sup>4</sup>*

*“ARRESTO ON LINE – DEVEDORES NÃO LOCALIZADOS - Existência de uma única tentativa da citação dos executados - Necessidade de que a credora comprove que procedeu a outras diligências com o intuito de localizar os réus - Exigência não cumprida - Requisição de informações - Pedido da utilização do sistema Bacen-Jud para localizar os recorridos - Descabimento - Interesse particular que não deve ser confundido com o público - Incumbe à parte diligenciar a tal respeito, sem a interferência do Poder Judiciário - Pré-questionamento - Desnecessidade da menção explícita de todos os dispositivos legais citados pela agravante - Decisão*

2 Recurso Especial nº 1.161.572-MG (2009/0199259-0), rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 05/11/2009.

3 Agravo de Instrumento nº 0189738-27.2011.8.26.0000, Rel. Des. SPENCER ALMEIDA FERREIRA, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 19/10/2011.

4 Agravo de Instrumento nº 0224203-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. CARDOSO NETO, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 19/10/2011.

*mantida - Recurso improvido.*"<sup>1</sup>

Posto isso, nega-se provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0111401-53.2013.8.26.0000, da Comarca de Cunha, em que são agravantes ACCACIO PEREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e TEREZINHA APARECIDA GUIMARAES PEREIRA, é agravado O JUIZO. (**Voto nº 27.460**).

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), ELCIO TRUJILLO E CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

**Ementa: Retificação de registro imobiliário. Correção da área do imóvel. Determinação para que sejam citados todos os co-proprietários dos imóveis lindeiros que estejam em condomínio geral. Desnecessidade. O condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do CC, deve ser representado por qualquer um dos condôminos. Inteligência do disposto no art. 213, II, §10, da Lei de Registros Públicos e no item 124.9, alínea “a”, Cap. XX, das Normas da Corregedoria Geral da Justiça.**

**Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado contra r. decisão que, em ação de retificação de registro imobiliário, com fundamento no disposto no art. 1.314 do Código Civil, determinou fossem citados todos os condôminos de imóvel lindeiro.

Sustenta, em suma, suficiente a citação de um deles apenas, pois, além

<sup>1</sup> Agravo de Instrumento nº 0229326-41.2011.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS ALBERTO LOPES, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 06/10/2011.

de previsão expressa na Lei de Registros Públicos, a retificação que pretende apenas formal - não atinge os direitos dos confrontantes, que não terão suas divisas alteradas.

É o relatório.

Têm razão os agravantes.

Respeitado o convencimento do ilustre magistrado, à hipótese aplica-se a norma específica, que autoriza a citação de apenas um dos condôminos.

Assim dispõe o art. 213, II, §10 da Lei nº 6.015/73:

*“Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:*

*§10. Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes. (grifo nosso)*

No mesmo sentido as Normas da Corregedoria Geral da Justiça, no Cap. XX, item 124.9, alínea “a”.<sup>2</sup>

Explica Walter Ceneviva em sua obra Lei dos Registros Públicos Comentada: ***“A redação dada ao art. 213 em 2004 caracterizou confrontantes (§10°): ... b) Os condomínios gerais ou edifícios, de que trata o CC/02. São representados por qualquer de seus co-proprietários, no primeiro caso, e pelo Síndico ou pela Comissão de Representantes, no segundo.” (grifo nosso).***

*Agravo de Instrumento - Retificação de Registro de Imóveis - Determinação para que sejam citados todos os condôminos - Inexistência da obrigação - Suficiente a citação de um condômino para o procedimento, visto que a Lei 6015/73 não prevê a necessidade de citação de todos os condôminos - Normas da Corregedoria Geral de Justiça que estabelecem procedimento no mesmo sentido da Lei aplicável – Recurso provido.<sup>3</sup>*

Assim, descabida a exigência de citação de todos os condôminos, proponho que se dê provimento ao recurso para que a ação prossiga e seja admitida a citação de apenas um deles, como já se fez.

É como voto.

<sup>2</sup> “a) o condomínio geral, de que tratam os arts. 1314 e seguintes do Código Civil, será representado

<sup>3</sup> Assim decidiu a C. 5ª Câmara de Direito Privado, no Agravo de Instrumento nº 0216906-67.2012, sob a relatoria do Desembargador Fábio Podestá.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0114920-36.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MR AVALIAÇÕES E PERICIAS DE ENGENHARIA LTDA, é agravado VILMAR PEREIRA GOMES ME. **(Voto nº 11.668)**

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL MATTOS (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA E RONNIE HERBERT BARROS SOARES.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

VICENTINI BARROSO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO - EXTRAJUDICIAL REQUERIMENTO DE ARRESTO “ON LINE” SOBRE ATIVOS FINANCEIROS PERTENCENTES AO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA EXECUTADA - Possibilidade - Firma individual - Inexistência de autonomia patrimonial entre as pessoas física e jurídica - Responsabilidade ilimitada pelas dívidas contraídas em decorrência da atividade empresarial - Decisão reformada - R e c u r s o provido.**

### VOTO

1. Agrava-se de decisão que, em execução movida pela agravante à agravada, indeferiu arresto *on line* de bens da pessoa física, via BacenJud ao fundamento de que não é parte (fl. 33).

Diz-se possível, uma vez que a executada é unipessoal e não foi encontrada para citação. Além disso, o arresto *on line* de bens da empresa foi infrutífero. Demais, há confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e a física, já que se trata de firma individual. Outrossim, é necessário o deferimento do pedido a fim de se evitar “blindagem patrimonial”. Pede, pois, reforma da decisão.

É o relatório.

2. **Recurso fundado.** De fato, a executada é firma individual (vide fls.

09/10) - nesse caso, há identificação entre os bens da empresa e os de seu proprietário/representante.

Vale dizer, tratando-se de empresário individual, não há autonomia patrimonial entre a pessoa física e a empresa, respondendo o patrimônio daquele por todas as obrigações assumidas por esta. Isso porque, a firma individual, bem como a microempresa, não possui personalidade jurídica diversa da de seu titular. Nesse sentido: *“a empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a praticar atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal. Assim, o patrimônio de uma empresa individual se confunde com o de seu sócio, de modo que não há ilegitimidade ativa na cobrança, pela pessoa física, de dívida contraída por terceiro perante a pessoa jurídica”* (STJ. Ag. nº 1104138, Rel. Min. Massami Uyeda, publicado em 31/03/2009).

Também a respeito - **mutatis mutandis**:

“A jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que a empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal. **Assim, o patrimônio de uma empresa individual se confunde com o de seu sócio, de modo que não há ilegitimidade ativa na cobrança, pela pessoa física, de dívida contraída por terceiro perante a pessoa jurídica.**” (REsp 487995/AP; 3ª Turma; Relª Min.ª. NANCY ANDRIGHI, j. em 20.04.2006, p. 191; v.u.)

(negrejei).

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - ARRESTO “ON LINE” - PRETENSÃO DE QUE RECAIA SOBRE OS ATIVOS FINANCEIROS EM NOME DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA EXECUTADA - POSSIBILIDADE - HIPÓTESE EM QUE A EXECUTADA É UMA MICROEMPRESA - INEXISTÊNCIA DE AUTONOMIA PATRIMONIAL ENTRE AS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA - RESPONSABILIDADE ILIMITADA PELAS DÍVIDAS CONTRAÍDAS EM DECORRÊNCIA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL - DECISÃO ALTERADA RECURSO PROVIDO. (TJSP. 15ª Câmara de Direito Privado. Santos. Agrado de Instrumento nº 7.351.343-2, Rel Des. Edgard Jorge Lauand. 12/05/2009).

Execução - Firma individual - Pretensão em arrestar ativos financeiros da titular - Possibilidade - Recurso provido (TJSP. 15ª Câmara de Direito Privado. São José do Rio Preto. Agrado de Instrumento nº 7.157.658-8, Rel Des. Waldir de Souza José. 21/08/2007).

AÇÃO DECLARATORIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ação movida por micro empresa, constituída em nome individual. Litispendência

em relação a outra ação idêntica, com base nos mesmos fatos, movida pela pessoa FÍSICA da comerciante. Embora com personalidades jurídicas distintas, a pessoa física do comerciante em nome individual confunde-se com a pessoa jurídica, do ponto de vista patrimonial. A pessoa jurídica representa apenas a exteriorização societária da pessoa física. Dupla indenização vedada, porque significaria “bis in idem”. Litispêndência caracterizada. Todavia, já tendo sido extinta a ação posterior, que deu causa à litispêndência, deve prosseguir a ação mais antiga. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP. 15ª Câmara de Direito Privado. São Buritama. Apelação nº 990.09.357675-9, Rel. Des. Adherbal Acquati. 05/10/2010) (negreji).

MONITORIA - CONSTRICÃO ELETRÔNICA - PRETENSÃO A DESBLOQUEIO DE VALORES DIANTE DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - DISCUSSÃO DESNECESSÁRIA, NO CASO EXECUTADA FIRMA INDIVIDUAL - UNICIDADE ENTRE PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA - CONFUSÃO DE PATRIMÔNIOS - RESPONSABILIDADE DE EMPRESÁRIO INDIVIDUAL POR DÍVIDAS DA SUA EMPRESA - CONSTRICÃO DE SEUS BENS - POSSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO (TJSP. 16ª Câmara de Direito Privado. São Paulo. Agrado de Instrumento nº 7 351 735-0, Rel. Des. Souza Geishofer. 09/07/2009).

Dessa forma, inexistente impedimento a que a execução atinja o patrimônio do único titular da empresa executada, na forma pleiteada a fl. 30.

3. Pelo exposto, provê-se o recurso deferido *on line*, via BacenJud, sobre os ativos financeiros existentes em nome do representante legal da executada, Vilmar Pereira Gomes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0121040-95.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante BANCO ITAÚ S/A, é agravado CLAUDIO RICARDO AMARAL. **(Voto nº 24.465)**

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA E GIL COELHO.

São Paulo, 4 de julho de 2013.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

**Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. Ação de cobrança. Instrução do processo com a cópia das condições gerais do contrato, mais as faturas de consumo. Suficiência. Tipo contratual de notória adesão tácita que, em regra, se dá mediante desbloqueio e utilização do cartão pelo consumidor. Emenda da inicial para agregar aos autos cópia do contrato assinado pelo réu. Determinação que, nesta fase preambular, se revela improfícua e retardatória. Recurso provido.**

**O que não se pode é coarctar o direito de ação requerendo da parte um documento que, pelas máximas da experiência, já se sabe de antemão costuma não existir. Em tais condições, de rigor a continuidade da ação em seus demais termos, obviamente com o objetivo de confirmar se os pagamentos de produtos e serviços com o cartão de crédito foram mesmo realizados pelo réu, o que só advirá nos autos com a instrução e o exercício do contraditório.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de fls. 12 que, em ação de cobrança de saldo devedor de contrato de utilização de cartão de crédito (R\$ 71.025,10), determinou juntasse o autor o contrato do cartão de crédito fornecido ao réu.

Alega o agravante que a aquisição do cartão de crédito, hodiernamente, prescinde de contrato escrito. De outro lado, entende o credor que a impossibilidade de juntar tal documento nem poderia acarretar o indeferimento da petição inicial, primeiro porque isso não é o que preconiza o art. 295 do CPC e, depois, porque o aludido documento nem poderia ser considerado essencial para a propositura da demanda nos termos do artigo 283 do mesmo Diploma Processual. De resto, vislumbrando a hipótese de indeferimento da inicial antes da apreciação do recurso pela Câmara, postula a concessão do efeito suspensivo ao recurso que, ao final espera seja provido para afastar a exigência contida na decisão atacada.

Denegado o efeito suspensivo, foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil, bem como a intimação do agravado para resposta, pois ainda não citado nos autos principais.

É o relatório.

Respeitada a convicção do MM. Juiz a quo, o agravo comporta provimento.

Conforme se vê da cópia da petição inicial (fls. 26/29) o autor intentou a presente ação visando a cobrança de R\$ 71.025,10, pertinente a despesas de consumo e encargos pela utilização de cartão de crédito, aduzindo, ainda, que o réu estava ciente das condições gerais do contrato (fls. 30/45) chegando mesmo a se utilizar reiteradamente da linha de crédito, conforme as cópias das faturas de fls. 46/90.

Assim, no caso, a exigência da emenda da inicial com apresentação do respectivo contrato “assinado” pelo contratante, se mostra improficua nesta fase preambular do processo. Tampouco há afronta ao artigo 283 do CPC. Não se trata de documento indispensável à propositura da demanda que é de cobrança de despesas preponderantemente advindas do consumo de produtos e serviços em estabelecimentos conveniados ao cartão de crédito administrado pela ré.

Afinal, a subscrição de mão própria do contrato de cartão de crédito nem é mais uma prática comum, como advertiu o recorrente em suas razões. É notório que na maioria das vezes tanto a oferta do serviço pelo banco como sua procura pelo consumidor tem sido realizada por meios telemáticos, seja pelo telemarketing, seja pela solicitação via telefone, ou até pela internet. E é a partir do desbloqueio do cartão com sua efetiva utilização no mercado que o contratante passa a se vincular aos direitos e obrigações contidos nas cláusulas e condições gerais de utilização. Cuida-se de adesão tácita consagrada na prática e que nenhuma abusividade traz, desde que solicitado pelo consumidor.

Em tais condições, de rigor a continuidade da ação em seus demais termos, obviamente com o objetivo de confirmar se os pagamentos de produtos e serviços listados a fls. 46/90 com o cartão de crédito administrado pelo autor foram mesmo realizados pelo réu, o que só advirá nos autos com a instrução e o exercício do contraditório.

Caso positiva a resposta ou caso não infirmada no momento oportuno, poderá o demandado ser conclamado a responder pelos consumos ali indicados.

O que não se pode é coarctar o direito de ação requerendo da parte um documento que, pelas máximas da experiência, já se sabe de antemão costuma não existir.

Até prova em contrário, portanto, restam indícios suficientes de que o contrato em si ocorreu.

Em recente julgamento, esta Corte decidiu no mesmo sentido, valendo conferir o aresto seguinte:

“PETIÇÃO INICIAL. ORDEM DE EMENDA. COBRANÇA DE SALDO DEVEDOR DERIVADO DA UTILIZAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSTRUÇÃO COM OS EXTRATOS DESCRITIVOS DAS

OPERAÇÕES REALIZADAS. 1. Como é cediço, a adesão ao contrato de cartão de crédito se dá mediante o desbloqueio e utilização do cartão. 2. Sendo assim, suficiente a juntada de extratos descritivos das operações realizadas pelo cliente para o ajuizamento do pedido de cobrança de saldo devedor. 3. Ordem de emenda da inicial cassada. 4. Recurso provido para esse fim”.

(Agravado de Instrumento 0003269-96.2013.8.26.0000; Relator: Melo Colombi; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/02/2013; Data de registro: 15/02/2013)

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para que o processo tenha regular prosseguimento independentemente da cópia do contrato assinado pelas partes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0125746-24.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MIDIA INDUSTRIA E COMERCIO e LOURENÇO MÍDIA, é agravado EXTRATORA AQUARELA LTDA. (**Voto nº 16.409**)

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Agravo a que se nega provimento, com a imposição da multa do art. 602 do CPC e com observação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento - Execução por título extrajudicial - Regularidade formal do título - Possibilidade de a questão ser deduzida por mera petição, por se relacionar a pressuposto específico de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução - Hipótese em que, entretanto, diversamente do que a f i r m a a executada, as notas promissórias em execução preenchem os requisitos legais extrínsecos - Incidente**

**ora analisado e rejeitado, com a imposição à suscitante de multa, de 5% sobre o valor atualizado da execução, por ato atentatório à dignidade da justiça e com o alerta de que novas sanções serão impostas na hipótese de reiteração de artifícios tais, vazios de conteúdo e visivelmente destinados a procrastinar a execução.**

**Agravo a que se nega provimento, com a imposição da multa do art. 602 do CPC e com observação.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de ação de execução por título extrajudicial, demanda proposta por EXTRATORA AQUARELA LTDA., agravada, em face de MIDEA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., agravante.

A decisão agravada rejeitou, liminarmente, exceção de pré-executividade suscitada pela executada/agravante, com o argumento de que tal incidente não é mais cabível após o advento da Lei 11.382/06 (fl. 229).

Como fundamento do pedido de reforma, sustenta a agravante, em síntese, que a objeção de pré-executividade se funda na alegação de que existe defeito formal no título e, pois, tratando-se de matéria passível de conhecimento de ofício, é perfeitamente cabível o incidente na espécie.

2. Recurso tempestivo (fls. 2 e 227) e preparado (fls. 231/233).

É o relatório do essencial.

3. No modo de ver deste relator, o agravo em exame comporta pronto julgamento pelo Colegiado, independentemente da formação do contraditório recursal, pois manifestamente improcedente.

Pondero ainda, a respeito, que, se é dado ao relator negar seguimento ao agravo manifestamente improcedente (CPC, art. 557), também é lícito ao Colegiado realizar o pronto julgamento do recurso e negar-lhe provimento, proceder que tem por vantagem evitar a interposição de agravo regimental contra a decisão do relator, e que melhor atende aos princípios da economia processual e da celeridade da jurisdição.

4. A atualmente tão decantada exceção de pré-executividade nada tem de novo, tratando-se de mera petição do devedor alegando descumprimento de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução ou manifesta ausência de condição da ação.

A suscitação desse mero incidente sempre foi considerada possível, nos próprios autos do processo de execução e independentemente de embargos, com base no raciocínio de que os pressupostos processuais e as condições da

ação representam matéria de ordem pública, tanto que podem, e devem, ser analisados de ofício pelo juiz, nos expressos termos do art. 267, § 3º, do CPC.

Na espécie, a executada, ora agravante, ataca a validade extrínseca do título, afirmando que “*na cártula que deu origem a ação em questão, faltam alguns dos requisitos essenciais às notas promissórias*” e que “*na nota promissória em questão, não se apresentam os requisitos básicos para sua validade, quais sejam, a data de seu vencimento, a data de sua emissão e o valor a ser pago*” (cf. fls. 14/16).

Tais alegações, em tese, traduzem a inexistência de título executivo válido, por isso que a questão, versando sobre pressuposto específico do processo de execução, pode perfeitamente ser apreciada no âmbito da chamada exceção de pré-executividade, com o máximo respeito pelo decidido em primeiro grau.

No caso, entretanto, pelo que se vê do exame das notas promissórias em questão, copiadas a fls. 39/46, apresentam elas todos os requisitos exigidos pela lei, diversamente do que afirma a agravante.

Por onde se vê que o incidente em análise não passa de expediente vazio de efetivo conteúdo jurídico e que distorce a realidade dos fatos, destinando-se a, maliciosamente, procrastinar o processamento da execução.

Assim, com esteio nos arts. 600, II, e 601, do CPC, será imposta à agravante multa de 5% sobre o valor atualizado da execução (valor histórico de R\$ 80.000,00, no ano de 2002), por ato atentatório à dignidade da justiça, e feito o alerta de que a reiteração de expedientes tais implicará a aplicação de novas sanções.

Com tais fundamentos, meu voto **nega provimento** ao agravo e impõe à agravante multa por ato atentatório à dignidade da justiça, com observação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0168744-41.2012.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado ANTONIA PINAFI INDALECIO. **(Voto nº 22.829)**

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, para o fim especificado. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), CAUDURO PADIN E FRANCISCO

GIAQUINTO.

São Paulo, 12 de julho de 2013.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

**Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de cobrança - Caderneta de poupança - Execução do julgado - Condenação do banco-réu ao pagamento de diferença de correção monetária, relativa ao mês de fevereiro/89 (Plano Verão) - Apresentação, pela autora, de conta de liquidação - Alegação, pelo banco-réu, de excesso de execução - Aprovação da conta de liquidação elaborada pelo contador judicial, na qual foi apurado valor muito inferior ao pretendido pela autora - Cálculos que não espelham, exatamente, o preconizado no v. acórdão-exequendo - Determinação de refazimento dos cálculos - Afastamento da incidência da multa prevista no art. 474-J, do CPC, porque efetuado o depósito, pelo banco-réu, no prazo legal, de valor pouco inferior ao aferido pelo contador - Impugnação do banco-réu-executado rejeitada - Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.

1 - Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto, no prazo legal, pelo **BANCO DO BRASIL S/A**, nos autos da ação de cobrança, ora em fase de execução, que lhe é movida por **ANTÔNIA PINAFI INDALÉCIO**, contra o r. despacho que reputou corretos os cálculos do contador, entendendo devida a aplicação da multa de 10%, prevista no art. 475-J, do CPC. (fls. 239).

O banco-agravante assevera, em síntese, que foram acolhidos os cálculos da contadoria, os quais apuraram valores muito próximos daqueles por si encontrados, sem, contudo, ser examinado o mérito de sua impugnação; que, tal como exposto na impugnação, o valor apurado pela contadoria R\$ 7.937,07 demonstra, cabalmente, o excesso de execução na pretensão da exequente R\$ 23.573,93; que é indevida a multa de 10%, porquanto procedeu ao depósito da quantia de R\$ 7.201,99 e não foi intimado a depositar a diferença e, que, reconhecido o excesso de execução, deve ser acolhida a impugnação e afastada a multa de 10%, pena de ofensa ao art. 5º., LIV, da CF, e ao art. 475-J, do CPC. (fls. 02/08).

Processado com efeito suspensivo (fls. 242), o MM. Juiz “a quo” prestou as informações solicitadas (fls. 247/248, 249/265) e a agravada não apresentou resposta. (fls. 267).

### **É o relatório.**

2 - Merece prosperar o recurso.

Pela r. sentença proferida nos autos da ação de cobrança, o banco-réu, ora agravante, foi condenado no pagamento **“da diferença de remuneração de sua caderneta de poupança n.º 14.006.491-5, segundo o que resultaria da aplicação do Índice de Preço ao Consumidor em fevereiro de 1989, referente a aplicação do Plano Verão, com juros de 0,5%, mais correção monetária segundo a tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a contar das datas do credenciamento, mais juros de mora a partir da citação, descontadas as importâncias pagas sob os mesmos títulos.”** (fls. 96/99).

O recurso de apelação, interposto pelo banco- réu, ora agravante, foi provido, em parte, por esta C. 13ª. Câmara, para o seguinte fim:

**“Razão assiste ao apelante apenas no que se refere a forma de atualização, que deve ser feita pelos índices da caderneta de poupança, já que é o índice próprio, sendo inaplicável a Tabela Prática dos Débitos de Tribunal de Justiça de São Paulo.**

**Vale salientar que a diferença obtida com a aplicação dos índices do IPC-IBGE, referente ao mês de janeiro/89 (42,72%), deverá ser atualizada pelos índices próprios das cadernetas de poupança, considerando-se inclusive os índices expurgados (janeiro/89 - 42,72%; fevereiro/89 - 10,14%; março/90 - 84,32%; abril/90 - 44,80%;**

**maio/90 - 7,87% e de fevereiro/91 em diante TR), e acrescida dos juros remuneratórios contratados capitalizados (0,5% a.m.), desde então e até a liquidação, e, a partir da citação, devem incidir os juros moratórios (1,0% a.m., com base no art. 406, em razão de a ação ter sido distribuída na vigência do novo Código Civil).”** (fls. 148).

Com o trânsito em julgado, a autora, ora agravada, deu início à execução do julgado, com a apresentação de conta de liquidação - cujo total alcançava o valor de **R\$ 26.326,20**, no mês de **julho/09**. (fls. 147, 149/150).

O banco-réu-executado, ora agravante, por petição protocolada no dia **28/07/09**, juntou comprovante de depósito do valor de **R\$ 7.201,99**, relativo à condenação, conforme cálculos por ele elaborados, e a autora-exequente, ora agravada, reputando ser tal valor insuficiente, pleiteou o recebimento de diferença de **R\$ 22.818,37**. (fls. 152, 153, 162/163).

Deferida a penhora **“on line”** de ativos financeiros do banco-réu-executado, ora agravante, realizada com êxito no valor de **R\$ 23.753,93**, para garantir o oferecimento de impugnação, apresentada, no dia **17/01/11**. (fls. 177,

178/181, 185/190).

Diante da divergência entre os cálculos oferecidos pelas partes, os autos foram remetidos ao contador, o qual apurou o débito no valor de **R\$ 7.937,07**, remanescendo diferença, descontado o valor do depósito de **R\$ 7.201,99**, feito pelo banco-réu-executado, ora agravante, no valor de **R\$ 873,10**, a favor da autora- exequente, ora agravada. (fls. 207, 209, 210/215, 227, 231).

O MM. Juiz “*a quo*” reputou corretos os cálculos da contadoria, entendendo devida a aplicação da multa de 10%, prevista no art. 475-J, do CPC, sobre a diferença, o que ensejou a interposição do recurso que ora se examina. (fls. 239).

Analisada, com atenção, a conta de liquidação elaborada pelo contador judicial, verifica-se que há um equívoco a ser reparado, eis que não foi computado o índice de 44,80%, referente ao mês de abril/90, incidente no mês de maio/90, o que resultou em valor inferior ao, efetivamente, devido pelo banco-réu, ora agravante, falha esta que deve ser corrigida. (fls. 210/215).

O excesso de execução, como defendido pelo banco-réu, ora agravante, mesmo com a incidência do índice preconizado no mês de abril/90 (44,80%), está configurado, não podendo prevalecer a conta de liquidação realizada pela autora, ora agravada, que atingia o valor de **R\$ 26.326,20**, no mês de **julho/09**, pena de violação da coisa julgada, que deve ser refeita atentando-se para os parâmetros fixados no v. acórdão exequendo.

Por outro lado, como o banco-réu, ora agravante, depositou no dia **23/07/09**, o valor de **R\$ 7.201,99**, valor este muito próximo ao valor, realmente, devido, e, considerado, ainda, que a autora, ora agravada, estava a postular o valor de **R\$ 26.326,20**, atualizado até o mês de **julho/09**, ou seja, mais de 03 (três) vezes, em evidente excesso de execução, inexistente motivo para a aplicação da pena de multa prevista no art. 475-J, do CPC. (fls. 153).

Em suma, a execução, em se tratando de decisão judicial, deve espelhar, exatamente, o julgado, não podendo o exequente pretender mais do que lhe foi concedido na condenação, nem o executado arcar com menos do que aquilo a que foi condenado. (art. 475G, CPC, introduzido pela Lei nº. 11.232/05, correspondente ao art. 610, revogado).

Deste modo, acolhida a impugnação à execução do julgado, de ser determinado o refazimento dos cálculos pelo contador judicial, com estrita observância dos índices de correção preconizados no v. acórdão-exequendo (44,80% - abril/90), abatendo-se o depósito no valor de **R\$ 7.201,99**, efetuado no dia **23/07/09**, afastada a incidência da multa prevista no **art. 475-J, do CPC**, autorizado o desbloqueio do valor de R\$ 23.573,93, de titularidade do banco-réu (indevidamente bloqueado) por superar em muito o valor da execução), e condenada a autora, ora agravada, ao pagamento de verba honorária, ora

arbitrada em R\$ 1.000,00, com base no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, revogado o r. despacho agravado.

3 – Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim especificado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0269797-65.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado SUL AMERICA SANTA CRUZ PARTICIPAÇÕES S/A. **(Voto nº: 24.420).**

**ACORDAM**, em 20ª 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.

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

São Paulo, 1 de julho de 2013.

LUIS CARLOS DE BARROS, Relator

**Ementa: Determinação para que o banco depositasse quantia da qual foi depositário devidamente corrigida, em virtude de ação de consignação. Diferenças expurgadas que alcançam R\$ 5.385.087,16, segundo a Sul América. Necessidade de que seja dada oportunidade de manifestação do banco a respeito do quantum apontado como devido. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de execução determinou a intimação do Banco Santander para depositar nos autos as diferenças expurgadas, R\$ 5.385.087,16, apuradas com a substituição dos índices expurgados pelos dos IPC/IBGE (junho de 1987, janeiro e fevereiro de 1989, março a maio de 1990 e fevereiro de 1991), mantidos nos demais meses os índices por ele empregados, bem como juros capitalizados, na forma do Provimento 257/85 do E. Conselho Superior da Magistratura Paulista, devidos desde os respectivos eventos, como se as reposições ora pleiteadas ainda estivessem depositadas (fl. 232).

Sustenta o agravante que o d. Magistrado, sem determinar os critérios

de remuneração aplicáveis ao caso, expediu mandado de intimação a partir dos cálculos elaborados unilateralmente pelo agravado, sem oportunizar a manifestação do agravante acerca dos cálculos apresentados, havendo ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Aduz que atuou na qualidade de mero depositário judicial, não integrando a relação processual da ação de consignação em pagamento movida pela Comind Empreendimentos S/A em face da Sul América Santa Cruz Participações, não podendo ser penalizado com intimação para proceder ao pagamento sem sequer ter a oportunidade de justificar o valor pago. Além disso, aduz que como o caso envolve discussão sobre expurgos inflacionários seu julgamento deveria ser suspenso, de acordo com determinação da suprema corte. Alega também a prescrição da pretensão com relação aos Planos-Verão e Collor I, bem como a prescrição quinquenal dos juros, e que a aplicação de juros de mora desde o evento danoso é incabível (fls. 02/28).

O recurso foi processado com as formalidades legais e com efeito suspensivo.

Contramínuta às fls. 247/250. É o relatório.

A Comind Empreendimentos S/A ajuizou ação de consignação em pagamento em face da Iochpe Seguradora S/A e Imobiliária e Administradora Brooklyn S/A (fls. 29/32).

A Sul América, sucessora da Iochpe, apresentou petição às fls. 38/48, requerendo o desarquivamento do feito (fl. 78), pleiteando o pagamento de diferença de correção monetária devida pelo então depositário dos valores consignados pela Comind, Banco Santander (sucessor do Estado de São Paulo). Aponta que a diferença dos expurgos inflacionários dos planos Bresser, Verão, Collor I e II alcança R\$ 5.385.087,16.

Sobreveio decisão indeferindo o pedido incidental, em virtude do reconhecimento de prescrição, com determinação para que seja apensado ao processo principal, arquivando-se em seguida (fls. 80/82).

Foi interposto recurso de agravo de instrumento contra a referida decisão às fls. 90/100.

Esta corte deu provimento ao recurso de agravo para afastar a prescrição (fls. 156/159).

O d. Magistrado determinou à fl. 169 o recolhimento da diligência a fim de intimar o Banco requerido a efetuar o depósito do montante apontado pela Sul América à fl. 48.

O mandado de intimação foi expedido (fl. 176).

O d. Magistrado deferiu o pedido de devolução do prazo ao Banco Santander para manifestar-se acerca do depósito (fls. 186/187).

Pois bem.

O agravante interpôs recurso em face de decisão de fls. 232/233 (fls. 183/184 do processo principal) que ordenou que o banco procedesse ao depósito das respectivas diferenças inflacionárias, que supera o montante de cinco milhões de reais (R\$ 5.385.087,16).

O recorrente aduz que não teve oportunidade de se manifestar sobre o valor apontado pela Sul América como devido.

Efetivamente, é necessário o contraditório para apuração dos valores devidos a título de correção monetária, bem como de decisão de mérito para definição de critérios para a realização dos cálculos.

A decisão agravada determinou o depósito pelo banco de R\$ 5.385.087,16, montante apresentado pela Sul América como devido, em virtude de diferenças de expurgos inflacionários.

Não cabe a mera intimação do banco para depositar as diferenças de remuneração de depósito judicial sem que haja prévia discussão dos índices de correção aplicáveis (expurgos inflacionários).

Assim, deve ser dada oportunidade ao banco de manifestar-se a respeito do valor apontado como devido em primeiro grau, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório.

Segue aresto desta Corte sobre o tema:

“Agravamento de Instrumento. Ação de consignação em pagamento Anulação da decisão agravada de ofício Necessidade de decisão acerca dos expurgos inflacionários, para que se verifique a regularidade do proceder do banco agravante quanto à remuneração de depósito judicial Índices efetivamente devidos e forma de realização do cálculo que devem ser fixados pelo Juízo. Descabida intimação do banco para realização de depósito com base em cálculo unilateralmente elaborado pela parte contrária Descumprimento pelo MM. Juízo “a quo” de reiteradas decisões anteriores desta Colenda Câmara. De ofício, anula-se a decisão agravada, prejudicado o recurso de agravo de instrumento, com determinação.”

(TJSP, Des. Rel. Christine Santini, AI nº 143353-84.2012.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ: 03/10/2012)

Não merece acolhimento a alegação de que o recurso deve ser suspenso pelo fato do feito versar sobre expurgos inflacionários. Isso porque, a decisão objeto do presente agravo não trata diretamente sobre as diferenças dos expurgos, mas de depósito judicial.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0048533-39.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante A UNIÃO, é agravado A.R.C. COMERCIO DE METAIS LTDA (MASSA FALIDA).

**ACORDAM**, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LIGIA ARAÚJO BISOGNI E TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 2 de setembro de 2013

RICARDO NEGRÃO, Relator

**Ementa: Falência - Crédito da União Federal - Habilitação de crédito - Encargo Legal – Decisão que classifica o crédito relativo ao encargo legal como crédito quirografário Inconformismo da União, alegando tratar-se de crédito de natureza tributária – Descabimento - Encargo legal que não possui natureza de tributo, portanto correta sua classificação como quirografário - Precedentes desta Corte - Agravo improvido.**

**Dispositivo: nega-se provimento ao recurso.**

## VOTO

Agravo de instrumento interposto pela União Federal dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo nos autos da habilitação de crédito promovida na falência de A.R.C. Comércio de Metais Ltda.

Segundo consta, o Magistrado na r. decisão copiada em fl. 83-84 classificou o encargo legal como crédito quirografário e consignou que tal crédito não possui natureza tributária.

Contra essa decisão, argumenta a agravante que o crédito referente ao encargo legal deve ser classificado como tributário, nos termos do art. 83, inciso III da Lei n. 11.101/2005. Com esse fundamento, protesta pela inclusão

do crédito no quadro geral de credores como no rol de créditos privilegiados tributários (fl. 2-5).

Distribuídos inicialmente ao Exmo. Des. Tasso Duarte de Melo, no impedimento ocasional deste Relator (fl. 87-89), determinou-se o processamento.

Em fl. 92 a agravante requereu a correção de erro material em relação à numeração do incidente.

Manifestação do administrador judicial em fl. 95.

Parecer ministerial pelo provimento do recurso, consignando a Dra. Luciana Ferreira Leite Pinto, Exma. Promotora de Justiça designada, que a Corte Superior manifestou entendimento no sentido de que o encargo legal possui natureza de crédito tributário (fl. 98-101).

O recurso é tempestivo. A disponibilização da r. decisão deu-se em 9 de janeiro de 2013 (fl. 85), porém, apenas em 1o de março foi realizada a intimação pessoal da Fazenda Nacional (fl. 86). O recurso foi interposto em 13 de março do mesmo ano (fl. 2), no prazo legal ante o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil que concede à Fazenda a prerrogativa do prazo em dobro para recorrer.

É o relatório.

A classificação do crédito decorrente do encargo legal, previsto no art. 1o do Decreto-Lei n. 1.025/69, alterado pela Lei n. 7. 711/88 não possui natureza tributária como pretende a agravante.

Isso porque a classificação dos créditos na falência obedece à ordem disposta no art. 83 da Lei de Recuperações e Falências.

Este Egrégio Tribunal de Justiça reiteradamente tem decidido neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Falência. Habilitação de crédito. Classificação do crédito relativo ao encargo legal previsto no art. 1o do Decreto-lei no 1.025/69. Natureza não tributária de tal encargo, que substituiu os honorários advocatícios nos embargos à execução fiscal, destinando-se ainda a custear despesas associadas à arrecadação da dívida ativa federal. Jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara Especializada. Decisão Mantida. Agravo não provido.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. 0048530-84.2013.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, 1a Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 23 de abril de 2013)

FALÊNCIA. Crédito da União decorrente do DL 1025/69, complementado pelo artigo 3o, parágrafo único, da Lei n. 7771/88. Encargo que se destina a ressarcir honorários advocatícios e despesas com a arrecadação

de tributos, sem natureza tributária em sua origem, e que deve mesmo ser incluído no quadro geral como crédito quirografário. Jurisprudência pacífica deste TJSP. Recurso improvido.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. 0272220-95.2012.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 22 de janeiro de 2013)

FALÊNCIA. Habilitação de crédito. É exigível da massa falida o valor do encargo legal previsto no Decreto-lei n. 1.025/69. O acréscimo não só possui natureza de honorários, como também se destina a custear despesas com arrecadação de dívida ativa. Entendimento consolidado no STJ. Súmula 400 do C. STJ. Inclusão, contudo, como crédito quirografário. Provimento em parte, apenas para determinar a inclusão como crédito quirografário.

(TJSP, Apelação n. 9000036-41.2004.8.26.0100, Rel. Des. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j. em 11 de outubro de 2012)

O encargo legal contempla o custo da Fazenda Nacional com a arrecadação dos tributos, além de honorários advocatícios. Trata-se de substitutivo de honorários e um encargo com função de contraprestação e custeio.

O Procurador Marco Antônio Gadelha afirma que “tais encargos, que não se confundem com o crédito cobrado, constituem receitas extras para a União, suficientes para a manutenção e reaparelhamento de toda a PGFN” (GADELHA, Marco Antônio. Os números da PGFN. Brasília: Revista SINPROFAZ, 2008)

E na doutrina de Geraldo Ataliba:

É absurdo, despropositado, anticientífico, ilógico e primário recorrer a argumento ligado ao destino que o estado dá aos dinheiros arrecadados, para disso pretender extrair qualquer consequência válida em termos de determinação da natureza específica dos tributos. As espécies tributárias se reconhecem pela natureza da materialidade da hipótese de incidência. Só.

(ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2012)

A natureza jurídica do encargo legal, portanto, não é a de tributo. Sendo assim, a pretensão de classificação do crédito nos termos do art. 83, inciso III da Lei 11.101/2005 é infundada.

Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0049640-21.2013.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que são agravantes DIANE SOUZA MEZA COSTA e ANDRÉ LUIS MEZA COSTA, é agravado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A. **(Voto nº: 21.385)**

ACORDAM, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), MAURY BOTTESINI E EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento - Ação possessória - Liminar - Instrumento particular de venda e compra de imóvel - Ausência de pedido de resolução do contrato firmado entre as partes - Embora o contrato preveja a resolução expressa por inadimplemento, é prevalente o entendimento de que se não se afasta a necessidade da manifestação judicial para a verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato, e especialmente a garantia dos direitos do adquirente Descabimento da concessão da liminar possessória - Recurso a que se dá provimento.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 116 que concedeu a medida liminar de reintegração possessória.

Aduzem que a imissão no imóvel se deu de forma regular e com a ciência da autora. Sustentam, ainda, que não se afiguram presentes os requisitos necessários à concessão da medida liminar.

Recebido, processado com o efeito suspensivo e sem resposta.

É a suma do necessário.

Assiste razão aos recorrentes.

Respeitada a convicção do MM. Juízo “a quo”, a r. decisão proferida não merece prosperar.

Nos termos do artigo 926, do Código de Processo Civil, “o possuidor

tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e ser reintegrado no de esbulho”.

Para tanto, incumbe ao autor provar:

“I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da pose, na ação de reintegração”.

Uma vez suficientemente instruída a petição inicial, “o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” (artigo 928, do Código de Processo Civil).

No caso em tela, diversamente do alegado pela construtora requerente, não restou demonstrado o esbulho possessório havido.

A despeito da confusa alegação de precariedade da posse dos requeridos, ora recorrentes, em função de suposto descumprimento dos termos do instrumento de promessa de venda e compra, ante a imissão no bem anteriormente à formalização de contrato de financiamento (fl. 28), verifica-se, em verdade, que a pretensão possessória invocada está calcada no inadimplemento das prestações do mútuo, o que, na concepção da autora, teria acarretado a resolução tácita da promessa de venda e compra firmada entre as partes (fl. 30 e 108/109).

Ainda que o contrato preveja cláusula resolutória em caso de inadimplemento pelo comprador, certo é que os pressupostos para a resolução não podem ser subtraídos da apreciação do Poder Judiciário, não sendo dado à autora, por conseguinte, formular, isolada e diretamente, o pedido de reintegração de posse, como aconteceu neste processo.

A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para a verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel e especialmente a garantia dos direitos do adquirente.

Nesse sentido, vigora o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VIOLAÇÃO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. Diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva norteador dos contratos, na antecipação de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa.

3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.

4. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no REsp 969596/MG, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ. 18.052010).

Assim, não tendo sido ofertado pedido de resolução da avença, não há que falar em esbulho possessório e, por conseguinte, falece razão à medida liminar possessória deferida.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0055323-39.2013.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante COMPANHIA TROLEIBUS ARARAQUARA CTA, é agravado ADRIANA RODRIGUES DOS SANTOS. **(Voto nº 32.434).**

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO E VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

ADEMIR BENEDITO, Relator

**Ementa: INTERVENÇÃO DE TERCEIROS - Denúnciação da lide - Impossibilidade - Pedido de ressarcimento que deve ser feito através de ação autônoma - Recurso desprovido - Decisão mantida.**

## VOTO

Agravo de instrumento tirado nos autos de ação de indenização por danos morais, contra decisão que indeferiu a denunciação da lide ao Município de Araraquara.

Sustenta a agravante que a existência de um buraco na rua ou na calçada se compreende nonexo causal dos fatos que embasam a demanda, sendo a responsabilidade pela pavimentação e conservação da via pública da Municipalidade, o que torna necessária sua presença no polo passivo da ação indenizatória. Cita doutrina e precedente, pedindo a reforma da decisão.

Recurso recebido no efeito devolutivo (fls. 63), sem informações e contraminuta (fls. 66).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Significativa parcela da doutrina tem interpretado o disposto no artigo 70, inciso III, da Lei Processual, de forma extensiva, entendendo cabível a denunciação da lide em todos os casos de ação regressiva (Marcos Afonso Borges, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 1974/5, pág. 79; Barbosa Moreira, Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, t. I, 1978, págs. 85/86; Araújo Cintra, do Chamamento à Autoria - Denunciação da Lide, 1973, pág. 173).

Não se pode olvidar, porém, que o direito processual civil adota o princípio da singularidade da jurisdição e da ação, e que as hipóteses de intervenção são excepcionais, afastando os princípios contidos nos artigos 3º e 6º do Código de Processo Civil (Vicente Grecco Filho, “A Denunciação da Lide: Sua Obrigatoriedade e Extensão” in *Justitia* 94/12). Nesse sentido, preconizam alguns doutrinadores uma interpretação restritiva do dispositivo em apreço, admitindo que a expressão “ação regressiva” compreende somente os casos em que o direito provém de outra pessoa. Entende-se que a denunciação somente é cabível, nessa hipótese, quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado está obrigado a garantir o resultado da demanda, acarretando a perda da ação, automaticamente, a responsabilidade garante (Vicente Grecco Filho, art. citado, *Justitia* 94/13); Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Tomo II, 1975, pág. 342; Sydney Sanches, Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro, 1984, pág. 121.

Pois bem.

No caso em análise, não há relação, contratual ou legal, de garantia, a ensejar a instauração daquela lide secundária em face da Municipalidade nos próprios autos, por força do art. 70, III, do CPC.

De mais a mais, a intervenção do Município de Araraquara, de qualquer forma, deveria ser indeferida, pois sua eventual responsabilidade pelos danos causados seria direta, e não regressivamente. Ademais, essa lide secundária não poderia trazer a discussão sobre fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária.

Até porque, o ente público não tem qualquer relação jurídica com os fatos descritos na ação principal, o que o torna parte ilegítima para figurar nos autos dessa indenizatória.

Assim, cabe à ré buscar o ressarcimento, se assim desejar, via ação autônoma contra aquele que entende ser responsável pela reparação do dano.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0061147-76.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMINIO EDIFICIO ASTRAL, é agravado MYO SUN KIM (REVEL). **(Voto nº 24.289).**

**ACORDAM**, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA E ROCHA DE SOUZA.

São Paulo, 9 de maio de 2013

RUY COPPOLA, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Fase de cumprimento de sentença. Ré revel, sem advogado constituído nos autos. Intimação pessoal da ré, em caráter excepcional, para pagamento do débito. Necessidade. Recurso improvido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a

fls. 79 (fls. 54 dos autos principais) que, nos autos da ação de cobrança ajuizada pelo Condomínio Edifício Astral contra Myo Sun Kim, diante da revelia, determinou a intimação da ré para pagamento do débito nos termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Sustenta o agravante, em suma, que a intimação nesse momento se mostra desnecessária, pois o prazo para pagamento conta-se do trânsito em julgado, sem a necessidade de qualquer intimação.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 24/26).

### **É o relatório.**

Não merece provimento a insurgência do agravante.

O agravante ingressou com ação de cobrança em face da ré. Devidamente citada, conforme certidão de fls. 62 do instrumento, deixou de oferecer sua defesa no prazo legal.

A ação foi julgada procedente para condenar a ré ao pagamento das cotas condominiais discriminadas na petição inicial e daquelas vencidas durante todo o processo, com correção monetária, segundo a Tabela Prática de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça, juros de mora e multa moratória de 2%, a partir de cada vencimento. Por fim, a ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor integral do débito. (fls. 64/68)

O agravante apresentou a memória de cálculo a fls. 70/71 do instrumento, requerendo o pagamento da dívida no prazo legal.

A MMª Juíza (fls. 74 do instrumento) determinou a intimação da parte devedora, na pessoa de sua procuradora constituída nos autos, para que efetuassem o pagamento da dívida, conforme planilha do débito constante dos autos, no prazo de quinze dias, contados da intimação do despacho, sob pena de multa de 10% do valor da condenação (artigo 475-J).

O agravante peticionou informando que houve erro material ao determinar a intimação da ré, para os fins do artigo 475-J do Código de Processo Civil, na pessoa de seu defensor, uma vez que é revel, contra quem os prazos contam-se independentemente de intimação (art. 422 do Código de Processo Civil). (fls. 77/78 do instrumento)

A douta magistrada, escorreiamente, diante a revelia, determinou a intimação da ré para pagamento do débito nos termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Excepcionalmente e com a finalidade de evitar futuro pedido de nulidade dos atos processuais, deve ser a ré intimada pessoalmente para pagamento do débito, tendo em vista a ausência de constituição de advogado nos autos.

Nestes termos podemos citar julgados deste E. Tribunal de Justiça:

**“CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO. RÉ REVEL, SEM ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE EXCEPCIONAL, A FIM DE QUE SEJA DADA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA CONDENAÇÃO À DEVEDORA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.**

...

Embora, já haja firmado posicionamento, a bem dos aspectos teleológicos das reformas levadas a cabo na sistemática processual, no sentido da desnecessidade de intimação específica para a incidência da multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil (confira-se, a propósito, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 526.383-4/7-00, da Comarca de São Paulo), tal se aplica apenas nos casos em que tem a parte devedora efetiva ciência da condenação.

Como advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

**“A sentença, para produzir efeito, exige a prévia ciência da parte. Todavia, a ciência não ocorre apenas quando a parte é pessoalmente intimada. Qualquer forma que se preste a dar inequívoca ao réu (ou a quem o represente no processo) da condenação é suficiente para dar início ao prazo de quinze dias”** (in “Curso de Processo Civil - Execução”, vol. 3, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 240).

Logo, tendo em vista a particular situação do devedor revel, melhor sua intimação pessoal para pagamento. (Agravo de Instrumento nº 990.10.323147-3, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Vito Guglielmi, j. 23.09.2010)

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA – COTAS CONDOMINIAIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Réu Revel sem patrono nos autos - Termo inicial da quinzena aludida no art. 475-J do CPC - Necessidade da intimação pessoal do executado - RECURSO DESPROVIDO.**

...

Esta construção jurisprudencial estrutura-se em torno da convicção de que o réu, por estar apadroadado por advogado, veio a tomar conhecimento do ocaso da lide, sabendo, por via de consequência, que o julgado pode ser executado a qualquer momento. Quanto ao revel, ao revés, não é válido tal raciocínio, pela óbvia constatação de que, em decorrência de seu status processual, não dispõe de informação sobre os desdobramentos do processo, mormente sobre o momento e o conteúdo do provimento jurisdicional que veio a solucionar o desaguisado. **É de justiça, portanto, nessas condições, a intimação pessoal do revel para o cumprimento do julgado.**” (Agravo de Instrumento nº 990.10.074790-8, 34ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Antonio Nascimento, j. 22.03.2010 - grifo nosso).

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

RUY COPPOLA Relator

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0061361-67.2013.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA, é agravado LUCIANA NANTES TAVARES. **(Voto nº 12598)**

**ACORDAM**, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERRAZ FELISARDO (Presidente sem voto), PEREIRA CALÇAS E S. OSCAR FELTRIN.

São Paulo, 22 de maio de 2013.

SILVIA ROCHA, Relatora

**Ementa: Bem móvel - Vício redibitório - Tratando-se de ação em que se pleiteia ressarcimento por danos decorrentes de vício do produto, não há decadência, mas tem aplicação o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. - Inversão do ônus da prova - Prova pericial - Inversão do ônus da prova - Relação de consumo - Determinação para que a ré antecipe as despesas judiciais para realização de perícia - Admissibilidade - Agravo não provido.**

## VOTO

Ré em ação de “indenização por perdas e danos c/c danos morais”, a agravante rebela-se contra r. decisã que afastou alegação de decadência, inverteu o ônus da prova e determinou a realização de prova pericial, a ser custeada pela ré.

Sustenta que: a) deve ser reconhecida a decadência, pois a ação foi proposta mais de vinte meses depois de a autora ter conhecimento do problema no motor

do veículo e de ter sido efetuada a sua troca; b) não há razão para aplicação do art. 6º, inciso VIII do CDC ao caso dos autos, já que tal só é possível quando existir verossimilhança das alegações do consumidor ou for demonstrada a sua hipossuficiência; c) não é cabível a inversão da regra processual de custeio da prova pericial constante do art. 33, do CPC, porque, como se verifica da inicial, a agravada também postulou a realização de prova pericial, o que impõe a ela o pagamento da perícia.

Recurso tempestivo e preparado.

Não foi concedido efeito suspensivo ao agravo.

Sem resposta, por não haver prejuízo.

É o relatório.

1. Da decadência.

A demanda de reparação de dano funda-se em vício oculto atribuído a produto durável, automóvel novo. Ao caso tem aplicação a prescrição quinquenal (Código de Defesa do Consumidor, art. 27), não o prazo decadencial para reclamação em trinta ou em noventa dias (*idem*, art. 26, I e II).

A decadência diz respeito ao “direito de reclamar” por vício no fornecimento de produto ou de serviço durável ou não durável.

Reclamar pressupõe a ideia de obter o afastamento do vício e, pois, a de concluir ou cumprir o contrato, a de obter o produto ou o serviço, sem o vício que o contamina.

De modo diverso, se a pretensão consiste, como no caso em tela, em afastar consequência do descumprimento do contrato ou em reparação de danos, seja porque o contrato bem ou mal se exauriu, seja porque ao contratante prejudicado não mais convém o cumprimento, aí não se cogita de decadência, mas de prescrição, que se dá em cinco anos. Nesse sentido, há precedentes desta Câmara<sup>1</sup> e deste Tribunal<sup>2</sup>.

No caso em tela não há que se falar, portanto, em decadência nem, na data da propositura da ação indenizatória, em 8.8.12 (fl. 33vº), havia ocorrido a prescrição.

2. Da inversão do ônus da prova.

1 Ap. 992.09.047075-2, rel. Des. REINALDO CALDAS, j. 10.02.2010; Ap. 9114581-31.2007, rel. Des. FERRAZ FELIZARDO.

2 “O prazo decadencial de trinta ou noventa dias estabelecido ao consumidor diz respeito ao seu “direito de reclamar” por vício no fornecimento de produto ou de serviço não durável ou durável (CDC, art. 26). Reclamar pressupõe a ideia de obter o afastamento do vício e, pois, a de concluir o contrato, a de obter o produto ou o serviço, sem o vício que o contamina. Se a pretensão consiste em afastar consequência do descumprimento ou em reparação de danos, aí não se cogita de decadência, mas de prescrição, que se dá em cinco anos (*idem*, art. 27).” - Ap. 972030-0/1, j. 22.8.2006, 28ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. CELSO PIMENTEL. No mesmo sentido, da mesma Câmara e mesmo Relator, Ap. 941.856-0/8, j. 20.6.2006. Assim também já decidiu a 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. o Des. CÂNDIDO ALÉM, na Ap. 0076830-66.2007, j. 05.04.2011.

Havendo relação de consumo e sendo a autora, evidentemente, hipossuficiente técnica em relação à ré, deve haver inversão do ônus da prova e, em consequência, inversão da responsabilidade pelo custeio da produção da prova.

De se ver, a respeito, que a inversão do ônus da prova sem a correspondente inversão do custeio, não faz sentido, tendo em vista que, aquele que precisa realizar a prova, em decorrência da inversão, não pode depender do custeio a ser feito pela outra parte, porque se ele não for efetivado, poderá não ser realizada prova da qual necessita.

As disposições do Código de Processo Civil, a respeito do custeio da prova, levam em conta o pressuposto de que são iguais as partes, daí o contido nos seus artigos 19 e 33. Não assim, porém, na relação de consumo, à qual as regras gerais não se aplicam, mas sim o previsto no inc. VIII, do art. 6º, do Código do Consumidor.

Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 383.276/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao assentar que: “Está no CDC a regra de que pode o juiz ordenar a inversão do ônus da prova: Art. 6º São direitos básicos do consumidor; ... VIII a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”. Isso significa, também, transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas que o autor não pode suportar, quando indispensável a realização de perícia.”.

Precedente também deste Tribunal concluiu que “Seria ilusório o benefício legal da inversão do ônus probatório, estabelecido no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, se impusesse ao hipossuficiente-consumidor o ônus do pagamento das despesas com os salários provisórios do perito; a inversão do ônus da prova implica, igualmente, em carrear para a parte contrária essa obrigação, sob pena de estar-se diante de letra morta do dispositivo em apreço” (AI 727.574-00/0 1ª Câ. do 2º TAC Rel. Juiz Vanderci Álvares j. 25.6.2002). (1)

Pois bem, para obter a inversão do ônus e do custeio da prova, é preciso ser hipossuficiente, mais que consumidor, ou oferecer alegação “verossímil”, “segundo as regras ordinárias de experiência” (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII).

Hipossuficiente ela é, porque a informação técnica pretendida (defeito no novo motor do veículo, que apresentou mesmo problema do anterior que foi substituído) foge ao seu alcance.

Consta da inicial da ação descrição pormenorizada dos fatos, que se afigura verossímil e vem corroborada por documentos de que o veículo passou

por dois “recalls” e teve o seu motor substituído, que serviram para consolidar o convencimento do MM. Juiz “a quo” quanto à plausibilidade dos argumentos deduzidos pela agravada.

Assim, se a ré afirma não ser devida a indenização pretendida, por inexistir defeito no produto e por ter havido prestação adequada do serviço, deve provar os fatos, em decorrência da alegação verossímil da autora.

Além do mais, diz o inciso II, do § 3º, do art. 12, da Lei 8.078/90, que o fabricante só não será responsabilizado por defeitos do bem que fabricar, quando provar que, embora tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexistente, de modo que o ônus de demonstrar a inexistência do defeito foi, legalmente, atribuído à ré.

Invertido o ônus da prova, inverte-se, como dito, o ônus de custear a perícia, daí a pertinência da determinação para que a agravante recolha os honorários periciais.

Diante das razões expostas, nego provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0116433-39.2013.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é agravante HEDA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE PAPELÃO LTDA, é agravado PIQUIRI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA. **(Voto nº 15.654)**

**ACORDAM**, em 22ª 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.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente sem voto), FABIO TABOSA E CAMPOS MELLO.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

SÉRGIO RUI, Relator

**Ementa: Ação declaratória. Nulidade de citação da agravada reconhecida em segundo grau de jurisdição. Insurgência da agravante quanto à reabertura do prazo para apresentação da contestação. Prazo recursal para contestar que teve início com a publicação que informou o retorno dos autos à**

**primeira instância. Inteligência do artigo 214m § 2º, do CPC - Revelia que se impõe. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de r. decisão proferida em ação declaratória que determinou a intimação da ré-agravada quanto ao retorno dos autos ao juízo de origem, considerando, ainda, a citação a partir de sua publicação.

Postula a agravante a reforma da r. decisão a quo, sob alegação de que a publicação válida para a contagem do prazo de contestação deve ser a de fls. 36 13/3/2013, já que determina o cumprimento do V. Acórdão. Alega que o desatendimento ao prazo decorrente daquela intimação enseja a decretação de revelia da agravada.

O recurso foi recebido sem o efeito suspensivo almejado (fls. 50) e sobrevieram as informações solicitadas (fls. 69/70).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta (fls. 54/56).

É o relatório.

Assiste razão à agravante.

Da leitura dos autos verifica-se que, em 21/2/13, o douto magistrado *a quo* determinou: “Cumpra-se o v. acórdão. Requeira o interessado o que entender necessário. Nada sendo requerido, arquivem-se. Int.” (*sic*) (fls. 36). Na sequência, indagou à Serventia se havia se dado a citação da agravada, sobrevindo a certidão negativa e a r. decisão agravada (fls. 45), publicada em 22/5/13 (fls. 48).

A teor do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 214 do Código de Processo Civil, “comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão.”

*In casu*, a alegação de nulidade de citação formulada pela agravada foi reconhecida em segunda instância. Assim, da publicação do V. Acórdão, realizada através de intimação em nome dos advogados de ambas as partes, deve-se considerar o termo inicial para a apresentação da contestação, no prazo estabelecido na lei, o que é de sabinça do profissional contratado.

Cabe anotar:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO.** Ação de indenização em fase de cumprimento de sentença. Decisão que rejeita exceção de pré-executividade em que se alegou nulidade da citação. Alegação de que, reconhecida a nulidade da citação, haveria necessidade de se repetir o ato. Descabimento. Aplicação do disposto no art. 214, § 2º, do CPC. Desnecessidade de nova citação. Prazo

de defesa contado a partir da intimação do procurador da parte ré a respeito da decisão que decretou a nulidade da citação. Precedentes. Manifesto interesse protelatório. Ciência quanto aos efeitos do art. 214, § 2º do CPC, já manifestada por ocasião do primeiro requerimento de nulidade da citação. Decisão mantida. “Acatando o juiz arguição da parte de nulidade de citação pela ausência de prazo de defesa, dito prazo inicia-se a partir da intimação do advogado do decreto de nulidade (art. 214 § 2º do CPC), independentemente de ter havido nova e desnecessária citação” (STJ - RESP 61.430-9). RECURSO NÃO PROVIDO (10ª Câmara Cível; Agravo de Instrumento nº 0598512-4/Foro Regional de Piraquara Comarca de Curitiba; Relator: Valter Ressel; julg. em 14/1/2010 - in “site” do Tribunal de Justiça do Paraná).

**“Acatando o juiz arguição da parte de nulidade de citação pela ausência de prazo de defesa, dito prazo inicia-se a partir da intimação do advogado do decreto de nulidade (art. 214 § 2º do CPC), independentemente de ter havido nova e desnecessária citação (STJ-4ª T., REsp 61.630-9, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 22.8.95, DJU 11.9.95)”** (in Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luís Guilherme A. Bondioli, Código de processo civil e legislação processual civil em vigor, 43ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 308, nota 8a. ao artigo 214).

**“Decretada em segunda instância a nulidade da citação do réu que compareceu aos autos apenas para alegá-la, considera-se efetuada a citação com a intimação, do réu ou de seu advogado, do retorno dos autos à vara de origem”** (STJ-4ª T., REsp 63.186-6, Min. Ruy Rosado, j. 12.6.95. DJU 14.8.95). No mesmo sentido: JTJ 205/199, JTAERGS 92/79. (in Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luís Guilherme A. Bondioli, Código de processo civil e legislação processual civil em vigor, 43ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 308, nota 10 ao artigo 214).

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0119968-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante FERNANDO PAULO RIBEIRO DE SAN JUAN, é agravado BANCO DO BRASIL S/A. **(Voto nº 24.968).**

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAIA

DA ROCHA (Presidente) e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

**Ementa: Execução. Cédula rural pignoratícia e hipotecária. Arrematação de imóvel dado em garantia. Credor que alega a nulidade da expropriação. Rejeição das alegações. Agravo de instrumento. Pretensão do agravante para reconhecer a impenhorabilidade do bem constricto afastada. Imóvel rural hipotecado para garantia do mútuo. Impenhorabilidade não configurada. Inteligência do artigo 3º, V, da Lei 8009/90 e do artigo 69 do Decreto-lei n. 167/67. Recurso desprovido.**

## VOTO

Rejeitada a alegação de impenhorabilidade do imóvel rural oferecido em garantia hipotecária pelo devedor, o executado, inconformado, agravou da r. decisão de Primeiro grau. Alega, em síntese, que o bem arrematado constitui pequena propriedade rural sendo, portanto, impenhorável, nos termos do art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90. Processado o recurso, em seguida.

É o relatório.

Fernando Paulo Ribeiro de San Juan apresentou petição no curso da execução que lhe move o Banco do Brasil S/A, pretendendo o reconhecimento da impenhorabilidade do bem dado em garantia hipotecária e a respectiva declaração de nulidade da penhora.

O d. magistrado *‘a quo’* rejeitou a impugnação e determinou o prosseguimento da execução com a realização do leilão eletrônico.

Da decisão, agravou o devedor.

Contudo, o recurso não prospera.

Afasta-se a alegação de impenhorabilidade do bem, porque houve a hipoteca do imóvel rural para garantir o mútuo celebrado com o banco.

Destaque-se, pelo ângulo da Lei n.8009/90, que não incide o conceito de impenhorabilidade, quando houver *“execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”* [cf. art. 3º, inciso V]. Significa, então, que esse bem é penhorável [cf. RSTJ 137/312]. Aliás, *“Se o bem imóvel foi dado como garantia hipotecária, a impenhorabilidade da Lei 8.009/90 não pode ser argüida em face do credor hipotecário, porque expressamente excluída pelo art. 3º, V, da mesma lei”* [cf. extinto TAMG, 7ª

Câm. Cív., Ap. Cív. nº 365.368-1, Rel. Juiz. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 29/08/2002].

A mesma coisa se observa por outro ângulo.

O art. 69 do Decreto-lei n. 167/67 explicita que:

*“Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados, arrestados ou sequestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão”.*

Assim, se ele o deu em garantia ao credor, não pode, agora, tentar afastá-lo da penhora que se formaliza com o objetivo essencial de servir de garantia à execução.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0120897-09.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO AFROBRASILEIRO DE ENSINO SUPERIOR, é agravado PARTAGE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. **(Voto nº 27.250)**

**ACORDAM**, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e MARCONDES D’ANGELO.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

**Ementa: Agravo. Locação de imóveis. Execução. A ausência de certificado digital não impede o encaminhamento de petições e prática de outros atos processuais por meio físico, nos casos de riscos de perecimento de direito (art. 8º, II, Resolução 551/2011). Ausente demonstração de ter havido impedimento ao protocolo da resposta do executado, não há que se falar em devolução de prazo. Recurso**

**improvido com observação.****VOTO**

Agravado de executado, tirado dos autos do processo da demanda de execução por título extrajudicial, reportada a contrato de locação de imóvel para fins não residenciais.

Busca o agravante a reforma de r. decisão que indeferiu o pedido de devolução de prazo para oposição de embargos à execução, sob a alegação de que não há fundamento jurídico para tal fim, uma vez não há evidência de que o sistema informatizado do Tribunal de Justiça tenha falhado, ou que a perda do prazo deva ser atribuída a outros fatores.

Sustenta o agravante que deixou de ofertar embargos à execução em razão de problemas com seu certificado digital. Afirma que tentou protocolar a referida peça por meio de distribuição física, o que lhe foi negado sob a alegação de que a distribuição é exclusivamente eletrônica. Pleiteia, assim, o provimento do recurso para que seja devolvido o prazo para interposição dos referidos embargos.

Recurso regularmente processado e impugnado.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, uma vez que deve ser atendido o disposto na Resolução 551/2011 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito desta Corte e estabelece que as petições referentes aos processos eletrônicos deverão ser produzidas eletronicamente e enviadas pelo sistema de processamento do Tribunal, sendo apenas permitido o encaminhamento de petições e a prática de outros atos processuais em meio físico, nos casos de risco de perecimento de direito.

Todavia, o próprio agravante narra que teve problemas com seu certificado digital (fls. 6), o que não tem o condão de lhe devolver o prazo pleiteado, uma vez que, conforme dispõe o art. 9º, caput, da referida resolução, “a correta formação do processo eletrônico é responsabilidade do advogado ou procurador (...).”

Em reforço do que se diz, o MM. Juízo a quo informou que não houve qualquer falha no sistema informatizado do Tribunal de Justiça, sem contar que inexistente prova de que o agravante teria sido impedido de protocolar seu recurso na forma física, nos termos da mencionada resolução.

Daí, ser de rigor a improcedência desse agravo com a consequente revogação da liminar anteriormente concedida.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso com observação.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0146056-51.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDO NUNES FERNANDES, é agravado ALEXSANDRO DE AZEVEDO. **(Voto nº 13.637)**

**ACORDAM**, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN E SÉRGIO RUI.

São Paulo, 15 de agosto de 2013.

FERNANDES LOBO Relator

**Ementa: Ação Monitória Bloqueio via bacen jud infrutífero – Não localização de bens do executado - Pretensão de bloqueio de eventual limite de cartão de crédito - Eventual crédito que não pertence à esfera patrimonial do executado e que, se utilizado, constituirá passivo financeiro - Impossibilidade de bloqueio - Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de instrumento interposto contra r. decisão de fls. 52, proferida pelo MM. Juiz Anderson Cortez Mendes nos autos de Ação Monitória, a qual deferiu pesquisa no Infojud e indeferiu pedido de bloqueio de limite de cartão de crédito.

Insurge-se o agravante, aduzindo que deve haver uma flexibilização para se admitir a penhora de valores juntos às operadoras de cartões de crédito.

Recurso tempestivo e sem preparo por ser o recorrente beneficiário da justiça gratuita (fls. 18).

Dispensadas as informações do Juízo, por serem desnecessárias em razão das circunstâncias. Porquanto o recurso será julgado de plano fica superada a apreciação do efeito almejado.

Sem contraminuta, pois não angularizada a relação processual. É o relatório.

Não assiste razão ao agravante.

Pretende-se o bloqueio de eventual limite de cartão de crédito que pode

ser fornecido ao agravado.

Ora, é impossível o bloqueio de um valor que sequer está na esfera patrimonial do réu, pois se trata de crédito que, na verdade, não lhe pertence, mas sim à administradora do cartão de crédito que apenas possibilita o pagamento antecipado de uma compra, podendo ser utilizado ou não pelo correntista, conforme o saldo de sua conta no momento.

Não há certeza nem quanto à utilização de tal limite. No mais, ainda que haja a utilização, não se trata de dinheiro que possa ser transferido de uma pessoa para outra, pois constitui passivo financeiro do agravado!

A ordem judicial de bloqueio só diz respeito a valores pertencentes ao cliente, e limite de cartão de crédito não lhes pertence, até por haver necessidade do pagamento desse crédito que lhe foi adiantado, com os devidos encargos.

Admitir tal situação com o bloqueio de eventual limite de crédito, apenas obstaculizaria as compras a crédito no comércio pelo agravado e nada mais.

Sobre o assunto, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 655-A, do CPC (Editora RT, 11ª edição, 2010): ***“Penhora on line. Ativos financeiros. Não se pode fazer penhora on line de crédito rotativo colocado à disposição do correntista como empréstimo (v.g., cheque especial). A penhora só poderá recair sobre ativos financeiros, isto é, saldo positivo e não sobre o saldo disponível das contas de depósito ou de desconto de duplicatas. Empréstimos e saldo negativo no cheque especial não são ativos, mas passivos financeiros. Na categoria de ativos financeiros inserem-se as contas de depósitos, poupança e aplicações em geral (fundos de investimentos, certificados de depósito bancário, conta em moeda estrangeira etc.).”***

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001527-02.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NESBER COMPANHIA INDUSTRIAL, é agravado OTSUKI FACTORING LTDA.(Voto nº 28.809).

**ACORDAM**, em 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente), JOSÉ MARCOS MARRONE E PAULO

ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

**Ementa: “PENHORA - Bem imóvel - Hipótese em que o bem é impenhorável em razão de hipoteca gravada decorrente da obrigação principal de cédula de crédito industrial Inteligência do art. 57, Decreto-lei 413/69 - Precedentes do E. STJ - Relativização da regra que não incide no caso dos autos - Ausência de prova em relação ao fim do financiamento e anuência do credor hipotecário - Decisão reformada - Recurso provido.”**

## VOTO

1) Insurge-se a agravante contra r. decisão que deferiu a penhora de imóvel gravado com hipoteca em favor de terceiro nos autos da execução que lhe move a agravada, alegando, em síntese que: o bem é impenhorável porque já gravado em hipoteca de cédula de crédito industrial; há necessidade de anuência do credor.

Foi concedido o efeito pretendido ao recurso.

Houve resposta.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Com efeito, dispõe o art. 57, do Decreto-lei 413/69 que:

*‘Art. 57. Os bens vinculados à cédula de crédito industrial não serão penhorados ou sequestrados por outras dívidas do emitente ou de terceiro prestante da garantia real, cumprindo a qualquer deles denunciar a existência da cédula as autoridades incumbidas da diligência, ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.’*

Em análise à matrícula do imóvel em questão (nº 58.309), verifica-se que o bem objeto da penhora já estava gravado com hipoteca em favor do BNDES (fls. 36).

Assim, evidente a impenhorabilidade do imóvel em razão da existência de cédula de crédito em favor da instituição financeira.

Nesse sentido, este Sodalício já decidiu:

**‘IMPENHORABILIDADE - IMÓVEL HIPOTECADO EM RAZÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL**

- APLICAÇÃO DO ART. 57 DO DECRETO-LEI 413/69 - DIPLOMA LEGAL QUE PREVÊ NÃO SOMENTE UMA GARANTIA, UM DIREITO DE PREFERÊNCIA, MAS SIM UMA EXCLUSIVIDADE - EMBARGOS DE TERCEIRO JULGADOS PROCEDENTES PARA O FIM DE AFASTAR A NOVA CONSTRIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.’ (Apelação nº 9096001-60.2001.8.26.0000 - 24ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. MARIA LÚCIA PIZZOTTI j.25.10.10)”

O STJ já pacificou o entendimento de que tal garantia não é absoluta, mas o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses de relativização do art. 57, do Decreto-lei 413/69:

*‘TÍTULOS DE CRÉDITO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL HIPOTECÁRIA. PENHORA DO BEM DADO EM GARANTIA. ART. 69 DO DECRETO- LEI N. 167/67. IMPENHORABILIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. A jurisprudência desta Corte Superior tem assegurado que a impenhorabilidade prevista no art. 69 do Decreto-lei n. 167/67, não é absoluta, porquanto cede a eventuais circunstâncias, tais quais: a) em face de execução fiscal, em razão da preferência dos créditos tributários; b) após a vigência do contrato de financiamento; e c) quando houver anuência do credor.’”*

Não há provas de que o financiamento já foi encerrado, inexistindo, também, documento idôneo que identifique a extinção do débito ou a anuência do credor titular da hipoteca. Dessarte, declara-se impenhorável o imóvel, reformando-se a decisão impugnada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2004061-16.2013.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS S/A, é agravado IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE PENAPOLIS. (Voto nº 4838)

**ACORDAM**, em 27ª 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), CLAUDIO HAMILTON E

## CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 27 de agosto de 2013

MORAIS PUCCI, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de indenização do seguro DPVAT para ressarcimento de despesas de assistência médica e suplementares. Decisão que rejeitou a exceção de pré- executividade apresentada pela ré. Insurgência. Acolhimento da referida exceção para extinguir o presente procedimento de cumprimento de sentença ante o erro material da sentença que, julgando improcedente o pedido, condenou a ré no pagamento de honorários advocatícios. Erro material que pode ser corrigido de ofício em qualquer tempo. Agravo provido.**

**VOTO**

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a decisão (f. 226/228) proferida nos autos da ação de cobrança de indenização do seguro DPVAT para ressarcimento de despesas de assistência médica e suplementares, movida por **IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PENÁPOLIS**, em relação a **COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS S.A.**, ora em fase de cumprimento de sentença, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela ré.

Inconformada, ela requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o acolhimento da referida exceção alegando que, julgada improcedente a ação, não pode ser obrigada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à autora e que tal condenação constou da sentença por mero erro material.

Concedi o efeito ativo ao agravo (f. 249).

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 20).

Contraminuta à f. 254/255.

**É o relatório.**

No presente caso, a agravada moveu em relação à agravante ação de cobrança de indenização do seguro DPVAT para ressarcimento de despesas de assistência médica e suplementares, sendo o pedido julgado improcedente na primeira instância ante a ocorrência da prescrição, o que foi mantido por este E. Tribunal (f. 133/138 e 196/201).

Ocorre que, na sentença, a ré foi, equivocadamente, condenada no

pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no valor de um salário mínimo, constituindo tal verba o objeto deste procedimento de cumprimento de sentença cuja extinção a agravante pretende pela apresentação da exceção de pré-executividade rejeitada no juízo a quo.

O agravo prospera.

A condenação da ré, ora agravante, no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, considerando-se que o pedido da autora, ora agravada, foi julgado improcedente em razão da ocorrência da prescrição, constitui patente erro material do julgado, corrigível de ofício e a qualquer tempo, não estando, pois, acoberto pelo manto da coisa julgada (art. 463 do CPC).

Nesse sentido, aliás, menciono precedentes do E. STJ:

REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. ERRO DE JULGAMENTO. A teor da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, inclusive de ofício, nos termos do art. 463, I, do Código de Processo Civil, sem que isso implique em violação à coisa julgada. Espécie, todavia, em que o julgador partiu de premissa equivocada, caracterizando-se erro de julgamento, que deveria ter sido impugnado oportunamente. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1372254/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013).

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CAUSA. MODIFICAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PERCEPÇÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR. EQUÍVOCO EVIDENTE. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. 1. A presente controvérsia é oriunda de manifestação da recorrida, que, instada a promover a Execução dos honorários de sucumbência, requereu a correção de erro material existente em acórdão condenatório transitado em julgado cujo dispositivo apresenta o seguinte teor: “Nessa esteira, é infundada a pretensão das autoras, o que impõe sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor da União, arbitrados em 10% sobre o valor da causa (R\$ 50.000,00 em novembro de 2003), consoante os parâmetros adotados por esta 1ª Turma para a espécie” (fl. 19). 2. Sucede que o valor da causa havia sido corrigido pela parte autora (recorrentes), na fase de conhecimento, tendo sido fixado em R\$ 2.733.427,60 (dois milhões, setecentos e trinta e três mil, quatrocentos e vinte e sete reais e sessenta centavos) (fl. 8), o que passou despercebido pelo órgão julgador. 3. O Tribunal a quo reconheceu o erro

material e, com base nos parâmetros do art. 20, § § 3º e 4º, do CPC, deu provimento ao Agravo de Instrumento para arbitrar os honorários em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). 4. A Corte de origem não enfrentou a questão disciplinada pelo art. 475-C do CPC, de modo que a falta de prequestionamento impossibilita o conhecimento da matéria, nos termos da Súmula 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. 5. Erro material é o equívoco evidente, perceptível de plano por simples análise dos caracteres inscritos nos autos (PET na APn 603/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 1.2.2012; AgRg no AgRg no Ag 570.489/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.8.2006, DJ 12.9.2006, p. 299; EDcl no REsp 793.035/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 18.5.2006, p. 208). 6. In casu, ao fixar a verba sucumbencial em percentual sobre o valor da causa, referindo-se a este como o montante que já havia sido modificado na fase de conhecimento, o julgador incorreu em inequívoco erro material, cuja correção não representa ofensa à coisa julgada (REsp 888.643/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.8.2009; EDcl no REsp 959.338/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 3.8.2012; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.123.830/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.11.2010). 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1263832/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013).

A presente exceção de pré-executividade apresentada pela ora agravante deve, pois, ser acolhida, extinguindo-se o presente procedimento de cumprimento de sentença iniciado pela agravada, com a declaração de que a condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, custas e despesas processuais e honorários advocatícios, mantido o valor de um salário mínimo, deve ser imposta à ré.

Dou, pois, provimento ao recurso para extinguir o procedimento de cumprimento de sentença, condenando a exequente no pagamento das custas e despesas processuais nele desembolsadas pela executada e de honorários advocatícios à agravante, fixados por equidade no valor de R\$ 800,00 (art. 20, § 4º, do CPC).

Sendo a exequente beneficiária da assistência judiciária, a executada deverá comprovar melhora em sua fortuna para cobrar os mencionados valores.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2004281-14.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que são agravantes MSYS REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA e LUIZ CARLOS SOUZA GOIS, é agravado BANCO BRADESCO S A. **(Voto nº: 19.317).**

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente), ADEMIR BENEDITO E ITAMAR GAINO.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

MAIA DA ROCHA, Relator

**Ementa: MEDIDA CAUTELAR - Liminar – Suspensão do procedimento executivo extrajudicial - Inadmissibilidade - “Periculum in mora” e “fumus boni juris” não demonstrados - Decisão mantida - Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fl. 156, proferida em medida cautelar inominada com pedido de concessão de medida liminar “*inaudita altera pars*”, que indeferiu a liminar para suspender os atos extrajudiciais tendentes ao leilão do bem, ante a não verificação da verossimilhança da alegação.

Sustentam os agravantes em apertada síntese que não possuem meios econômicos de saldarem o empréstimo contraído com a casa bancária, vez que exacerbada e excessivamente onerosa, oriunda de contrato de adesão, composto de cláusulas abusivas e, caso seja realizado o leilão antes que se discutam as irregularidades do referido contrato através da ação principal, estarão sendo tolhidos de seu direito à propriedade; aduzem violação ao artigo 5º, incisos XXII, XXXV, LIV e LV da CF/88, o que leva a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, nulidade do leilão; elucidam sobre o pedido de medida liminar; afirmam que a Lei 9.514/97 fere os princípios da ampla defesa, do contraditório e de propriedade; observam que a execução extrajudicial viola o artigo 620 do CPC.

Recurso tempestivo, processado sem a concessão da tutela antecipada recursal e sem contrariedade.

**É o relatório.**

Pretende a parte agravante o deferimento de liminar para que se conceda a liminar “*inaudita altera pars*” no sentido de proibir qualquer ato por parte da agravada que leve à concretização da propriedade em favor dela, ou a realização de leilão do bem imóvel dado em garantia junto ao contrato de empréstimo, até que sejam discutidas as cláusulas do referido contrato.

Para a concessão da medida liminar se faz necessária a presença dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, com fundamento nos artigos 798 e 804 do CPC.

Compulsando-se os autos, verifica-se que os agravantes por nenhum momento negaram a existência do débito, sendo a insurgência quanto à existência de cláusulas abusivas no contrato pactuado e, de forma reflexa, quanto à constitucionalidade e legalidade do procedimento adotado pelo banco para perseguir o crédito.

Num juízo perfunctório, os agravantes não preenchem os requisitos para a concessão da liminar, pois não há prova da verossimilhança das afirmações no que concerne à alegação de excesso de cobrança. Não se pode afirmar, a priori, ser notório o alegado abuso da instituição bancária, devendo haver prova concreta da ilicitude afirmada.

Ademais, o procedimento adotado pela instituição financeira encontra respaldo legal, em especial no artigo 26 da Lei 9.514/97.

Por conseguinte, imperiosa a manutenção da r. decisão guerreada tal como foi lançada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2005081-42.2013.8.26.0000, da Comarca de Bananal, em que é agravante POSTO DE SERVIÇOS MORAIS LTDA. EPP, são agravados PAULO JAIME AMARAL DE MORAIS, MARCIA MARIA CHEMINAND RODRIGUES DE MORAIS, ANA MARIA AMARAL DE MORAIS, ELIAS OSRRAIA NADER, LIA CRISTINA AMARAL DE MORAIS, LUCIA HELENA AMARAL DE MORAIS e PETROBRAS DISTRIBUIDORA S A. **(Voto nº 25.636).**

**ACORDAM**, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Revogaram a liminar e deram provimento parcial ao recurso, com observação, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO

AYROSA (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

FRANCISCO CASCONI, Relator

**Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO – PLEITO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELA SUBLOCATÁRIA - DECISÃO DE RELEGA ANÁLISE AO TRIBUNAL – AGRAVANTE QUE POSSUI INTERESSE JURÍDICO, RECEBENDO O PROCESSO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA - INCIDÊNCIA DO ART. 59, §2º, DA LEI Nº 8.245/91 - INTERVENÇÃO QUE MERECE SER DEFERIDA – SUSPENSÃO DALIMINAR PARACUMPRIMENTO DO DESPEJO – INVIABILIDADE - EVENTUAL RECURSO DE APELAÇÃO A DESAFIAR A SENTENÇA PROCESSADO, À LUZ DO ART. 58, INCISO V, DA LEI INQUILINÁRIA, SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO - QUESTÃO, ADEMAIS, ABORDADA EM RECURSO OUTRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM OBSERVAÇÃO, REVOGADA A LIMINAR.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento deduzido dos autos de ação de despejo, a enfrentar r. decisão que no interessante revogou suspensão do cumprimento da liminar, relegando análise do pedido de assistência ao Tribunal.

Em breve síntese de suas afirmações, sustenta a agravante fazer jus à imediata intervenção nos autos como assistente, à luz do art. 59, §2º, da Lei nº 8.245/91, noticiando intenção de interpor recurso cabível contra r. sentença que decretou o desalijo. Questiona, ainda, revogação de suspensão da liminar.

Consta resposta dos locadores agravados (fls. 171/183). A agravante peticionou noticiando intempestividade da resposta (fls. 233/235).

### **É o breve Relatório.**

De início, com razão a agravante ao apontar intempestividade da contraminuta acostada a fls. 171/183, somente protocolizada em 05.08.2013 (fls. 171), enquanto disponibilizada a r. decisão que facultou apresentação de resposta à agravada em 04.07.2013 (fls. 164). Todavia, desnecessário o desentranhamento da peça apresentada, mesmo porque não acarreta qualquer

prejuízo à agravante ou ao processo.

Dessume-se dos autos que a agravante é sublocatária de imóvel objeto de ajuste para fins não residenciais por período de 82 meses. Promoveu a locatária ação renovatória que foi julgada extinta, reconhecida sua ilegitimidade ativa com fundamento no art. 51, §1º da Lei de Locação. Proposta ação de despejo, sentença de procedência cuidou de determinar desocupação do imóvel (fls. 64), buscando a inconformada ingressar nos autos como assistente através de petição (fls. 68/78) ventilando hipótese de nulidade.

Suspendeu o Juízo de piso o cumprimento da liminar até decisão sobre o pedido de ingresso no feito (fls. 79).

No interessante, a r. decisão combatida nada deliberou sobre o pleito de assistência, relegando enfrentamento da intervenção a esta Corte, pois já prolatada sentença, revogando ainda a suspensão da liminar (fls. 81).

Realmente, não se descuida que ao sentenciar o feito o juiz esgota a prestação jurisdicional, somente sendo possível alterá-la nas hipóteses do art. 463 da Lei Processual.

Todavia, tratando-se de ação de despejo envolvendo imóvel ocupado regularmente pela agravante na condição de sublocatária, exsurge cristalino seu interesse jurídico a legitimar intervenção, na condição de assistente simples, à luz do art. 50 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o parágrafo único de referido dispositivo autoriza esta modalidade de intervenção em qualquer tipo de procedimento e grau de jurisdição, com a ressalva de que o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

Tratando-se a agravante de sublocatária em locação não residencial, amolda-se a pretensão de intervenção ao art. 59, §2º da Lei nº 8.245/91, imposta ao locador a obrigação de cientificá-la do ajuizamento da ação, o que parece ter ocorrido (fls. 197/199). A propósito, aponta a doutrina:

*“Para o sublocatário, na qualidade de assistente, o direito à ciência da ação de despejo (§2º do art. 59 da Lei de Locações) gera-lhe queira ou não um ônus processual peculiar de fazer-se representar e intervir no processo, de regra, para assistir ao réu (locatário-sublocador), vinculando-se e submetendo-se aos efeitos do julgado ainda que não tenha comparecido. O art. 55 do CPC aplica-se ao sublocatário cientificado da ação, tenha ou não intervindo e atuado, porque assistente da parte ele é por lei, em qualquer situação, e não apenas quando efetivamente intervenha por vontade própria facultativa”.* (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe in “Locação Questões Processuais e Substanciais, Malheiros, 5ª edição, pág. 186)

Na hipótese concreta, o pleito de intervenção foi formulado em 05.04.2013 (fls. 68/78), oportunidade em que fluía o prazo para interposição de

recurso contra a r. sentença proferida na ação de despejo, disponibilizada em 01.04.2013 (fls. 35), quando recebeu a sublocatária o feito na condição em que se encontrava.

Evidentemente, o fato de ter sido prolatada a r. sentença não impede análise sobre o pleito de assistência, ainda mais quando formulado na fluência do prazo para interposição de reclamo a desafiar o julgado.

Assim, evidente o interesse jurídico da agravante, até mesmo constatado *ope legis*, fica deferida sua intervenção nos autos na qualidade de assistente, restituindo-se desde já o prazo para interposição de recurso contra a r. sentença lançada em primeiro grau.

De qualquer forma, eventual atribuição de efeito excepcional a impedir o cumprimento do desalijo, limitada a cognição deste reclamo e reservada a matéria de fundo ao exame da apelação interposta pela locatária, é tema enfrentado e solucionado no bojo do agravo de instrumento nº 2006426-43.2013.8.26.0000, cujo resultado permanece hígido.

Ante o exposto, nos termos do voto, revogada a antecipação da tutela recursal concedida a fls. 164, dou parcial provimento ao recurso apenas para deferir o pleito de assistência, com observação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008291-04.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante PORTO SEGURO CIA DE SEGUROS GERAIS, é agravada VERA APARECIDA RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA). (**Voto nº 21.636**).

**ACORDAM**, em 34ª 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), NESTOR DUARTE E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

GOMES VARJÃO, Relator

**Ementa: Seguro obrigatório DPVAT. Processo que tramita em segredo de justiça. Pedido de devolução de prazo em decorrência da dificuldade de acesso aos autos digitais. Necessidade de cadastramento**

**específico para visualização do processo eletrônico que tramita em segredo de justiça, que não se relaciona ao cadastramento dos patronos para receber as intimações pela imprensa oficial. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de cobrança do seguro obrigatório DPVAT, declarou intempestivo o recurso de apelação interposto pela requerida, indeferindo o seu processamento (fls. 102).

Alega a agravante ter havido cerceamento de defesa, uma vez que o acesso aos autos foi dificultado pela não concessão da senha a ser fornecida pela serventia de primeiro grau. Sustenta que não havia motivo para que o processo tramitasse em segredo de justiça, sendo certo que não houve pedido de qualquer das partes nesse sentido. Argumenta ter realizado inúmeros pedidos de desbloqueio da visualização dos autos e de devolução de prazo, que não foram atendidos. Por isso, requer a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e a reforma da r. decisão agravada para que o processo deixe de tramitar em segredo de justiça e que o recurso de apelação interposto seja devidamente recebido e processado.

Recebido o recurso no efeito suspensivo (fls. 111), houve a apresentação de contraminuta (fls. 117/122).

### **É o relatório.**

Cuidam os autos de ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT proposta pela agravada em face da agravante, por meio da qual pleiteia o recebimento da indenização decorrente da morte de seu filho, Almir Rodrigues da Silva, ocorrida em 24.03.2012, em acidente de trânsito.

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ora agravante ao pagamento da importância de R\$6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais), acrescida de correção monetária desde dezembro de 2006 e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (fls. 59/68).

A r. sentença foi disponibilizada no DJE de 22.05.2013 (quarta-feira) e, portanto, publicada em 23.05.2013 (quinta-feira). Em 24.05.2013 (sexta-feira), ou seja, data do início da fluência do prazo para a interposição de eventuais recursos, a recorrente noticiou a existência de dificuldades de acesso ao processo digital e requereu que fossem tomadas as devidas providências para a liberação do acesso, bem como a devolução do prazo após a regularização (fls. 85/86). Em 04.06.2013 (terça-feira), noticiou a permanência das dificuldades de acesso, tendo requerido novamente a devolução dos prazos (fls. 87/88). Em 14.06.2013, a agravante noticiou que as dificuldades de acesso decorriam da ausência de

cadastro dos advogados constituídos, no sistema E-SAJ, requerendo novamente a devolução dos prazos (fls. 90/91).

Inicialmente, impende consignar que os elementos reunidos nos autos não permitem deduzir que o pedido para que o processo deixe de tramitar em segredo de justiça foi feito perante o d. juízo a quo, visto que não há qualquer menção a ele na r. decisão agravada. Deste modo, incabível apreciá-lo nessa sede, sob pena de ficar configurada a supressão de instância.

Entretanto, o pedido de recebimento e processamento do recurso de apelação merece acolhimento.

Com efeito, de acordo com o art. 17, da Resolução do TJ/SP nº 551/2011, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito deste E. Tribunal, “os processos que tramitam no sistema de processamento eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em segredo de justiça, só podem ser consultados pelas partes e procuradores habilitados a atuar no processo.”.

Embora não esteja suficientemente esclarecido nos autos o motivo, é certo que a presente demanda tramita em segredo de justiça, razão pela qual o dispositivo supra transcrito é plenamente aplicável ao caso.

Frise-se que tal disposição não está relacionada ao cadastramento dos patronos indicados pelas partes para receber as intimações do processo pela Imprensa Oficial.

Ficou demonstrado que a patrona que subscreveu as petições que noticiaram as dificuldades de acesso e pleitearam a devolução dos prazos (a advogada Melissa Carpinelli Fraga, inscrita na OAB/SP sob o nº 279.761) já possuía procuração nos autos (fls. 56), motivo pelo qual deveria estar cadastrada no sistema para que pudesse ter amplo acesso aos autos digitais, ante o deferimento do segredo de justiça.

Releva salientar que a certidão expedida pela zelosa serventia de primeira instância e que antecedeu a r. decisão agravada faz expressa menção ao cadastramento dos patronos para receber as intimações pela imprensa oficial (fls. 102), o que não está em discussão na hipótese vertente nos autos.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a r. decisão agravada e determinar que o recurso de apelação interposto pela requerida seja recebido, processado e posteriormente remetido a este E. Tribunal.

É meu voto.

## ACÓRDÃO

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

2008834-07.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIO MILANI, é agravado GOSTINHO NATURAL RESTAURANTE VEGETARIANO LTDA ME. **(Voto nº 18.650).**

**ACORDAM**, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

CARLOS RUSSO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Etapa de cumprimento de julgado. Diferenças de aluguel, oriundas de ação renovatória. Cobrança nos próprios autos, também contra fiadores, sendo bastante tenham anuído à prorrogação do vínculo. Inteligência dos artigos 275 e 828, II, do Código Civil; artigo 73, da Lei nº 8.245/91. Recurso do credor. Provimento.**

## VOTO

### RELATÓRIO

Agravo de instrumento, credor, em etapa de liquidação de crédito condenatório (diferenças de aluguel, oriundas de ação renovatória), invoca melhor exegese, para que exiger o crédito, também no âmbito de fiadores.

Recurso tempestivo, processado no efeito devolutivo (fls. 85).

*In albis*, o prazo de resposta recursal (fls. 88).

### FUNDAMENTAÇÃO

Tem razão o agravante, sendo plausível encaminhar a exigibilidade do crédito (diferenças de aluguel, tomando limites de reajustamento fixados em ação renovatória), nos próprios autos, também contra fiadores (artigo 73, da Lei nº 8.245/9), estes porque anuíram à prorrogação do vínculo, e, como devedores solidários, remanescem ombreados com a locatária, afiançada, assim expostos à cobrança direta (artigos 275 e 828, II, do Código Civil).

### DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009224-74.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO WEST HILLS LOFT e são agravados PAULO DE BARI CORREA, PRISCILA ELAINE DE BARI CORREA e FLAVIO DE BARI CORREA. (Voto nº 25.883).

**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 AGRAVO. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e JÚLIO VIDAL.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

CELSO PIMENTEL, Relator

**Ementa: Despesas de condomínio têm natureza propter rem, obrigação que não se preocupa com o nome do titular do domínio, nem com a causa que vincula alguém ao bem: a coisa responde por si. Daí que se admite a penhora pretendida sobre a unidade condominial geradora da dívida.**

## VOTO

Condomínio, credor de despesas condominiais, agrava da respeitável decisão que, na fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de penhora dos imóveis geradores, em que insiste, argumentando com a natureza *propter rem* da obrigação.

Houve preparo.

Foi deferido o pedido de liminar.

É o relatório.

Tem natureza *propter rem* a obrigação de concorrer com a despesa de condomínio. Resultando da titularidade sobre a coisa, vincula o proprietário, mas sua garantia assenta-se sobre a própria coisa. Por isso, admite-se a penhora pretendida sobre as unidades condominiais geradoras das dívidas.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009982-53.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AYMORE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., é agravado LUIZ HENRIQUE NOGUEIRA DE CARVALHO. (Voto nº 23.076).

**ACORDAM**, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

SOARES LEVADA, Relator

**Ementa: 1. A expressão “dívida pendente”, constante do artigo 56, § 2º, da lei 10.931/04, dando nova redação ao art. 3º do Dec.-lei 911/69, refere-se à dívida vencida, e não vincenda, ou seria inviabilizada a faculdade à purgação da mora. Não fosse assim e estaria o devedor fiduciante, ao pagar a integralidade de toda a dívida vencida e vincenda, não purgando a mora e sim adquirindo o bem objeto do contrato a vista, o que desnaturaria a própria natureza do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária.**

**2. A transferência do veículo alienado fiduciariamente pode ser condicionada a ordem judicial expressa, de toda prudência no caso de elisão da mora, o que, em ocorrendo, acarretará a restituição do veículo ao devedor fiduciante (art. 3º, § 2º, Dec.-lei 911/69). Agravo improvido.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, ao conceder a liminar em ação de busca e apreensão fundada em contrato com garantia fiduciária, garantiu ao agravado a possibilidade de efetuar a purgação da mora, condicionando a consolidação a transferência de propriedade pela agravante à ordem judicial. A agravante alega possibilidade de alienação caso não haja o pagamento da integralidade da dívida pelo financiado. Não houve

atribuição de efeito suspensivo. Preparo regular. Sem contraminuta, dada a fase inicial do processo.

**É o relatório.**

**Fundamento e decido.**

2. Razão não assiste à agravante, conforme se verá.

A expressão “dívida pendente”, constante do artigo 56, § 2º, da lei 10.931/04, dando nova redação ao art. 3º do Dec.-lei 911/69, refere-se à dívida vencida, e não vincenda, ou seria inviabilizada a faculdade à purgação da mora. Não fosse assim e estaria o devedor fiduciante, ao pagar a integralidade de toda a dívida - vencida e vincenda -, não purgando a mora e sim adquirindo o bem objeto do contrato a vista, o que desnaturaria a própria natureza do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária.

Assim, de toda prudência que a transferência do veículo se condicione à expressa ordem judicial, como determinado pelo d. juiz monocrático, pois se elisão da mora houver, pelo depósito das prestações vencidas juntamente com seus acréscimos moratórios - e tão-somente isso, deve ser dado cumprimento à norma retro citada, restituindo-se o veículo ao devedor fiduciante. Nada a mudar na r. decisão, mantida por seus fundamentos e os ora acrescidos.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0050344-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante MONICA XIMENES LEITE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é agravado BANCO SANTANDER S/A.

**ACORDAM**, em 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 20909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente) e LUÍS FERNANDO LODI.

São Paulo, 20 de agosto de 2013.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA**

**QUAL FOI INDEFERIDO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, ESTA NO SENTIDO DE QUE A CASA BANCÁRIA SE ABSTIVESSE DE PROMOVER DESCONTOS QUE SUPERASSEM O PERCENTUAL DE 30% (TRINTA POR CENTO) DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DA AGRAVANTE - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - AUTORIZAÇÃO EXPRESSA PASSADA PELA AGRAVANTE - DESCONTO DE PARCELAS RELATIVAS A EMPRÉSTIMO CONCEDIDO A RECORRENTE - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO ENTANTO, DO LIMITE LEGAL DE 30% DOS GANHOS, DE ACORDO COM A LEI 10.820/03 - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **MONICA XIMENES LEITE**, tirado contra R. Decisão copiada a fls. 132, proferida em Ação Revisional de Contrato de Mútuo que promove contra **BANCO SANTANDER BRASIL S.A.**, pela qual foi indeferida antecipação de tutela, esta no sentido que a Casa Bancária se abstinha de promover descontos que superassem o percentual de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos da agravante, fundamentando o Juízo seu entendimento, no fato de que não resultou demonstrada a presença de prova inequívoca que desse conta da verossimilhança dos fatos alegados, diante do quanto dispõe o contrato celebrado entre as partes.

Dizendo da incorreção dos termos da R. Decisão como proferida, alega a agravante que os descontos promovidos pela Casa Bancária atingem cerca de 66% (sessenta e seis por cento) da pensão que a agravante recebe da Aeronáutica, isto em decorrência do falecimento do seu pai, fato que a impede de sobreviver, posto que conta com renda bruta de R\$ 3.763,80 (três mil, setecentos e sessenta e três reais, e oitenta centavos). Dando conta, ademais, de que se vê acometida de Síndrome de Pós-Polio, doença degenerativa que atinge pessoas portadoras de poliomielite, que afeta seus membros inferiores, o que lhe impõe residir em uma Casa de Repouso, posto que não conta com pessoas disponíveis para ajudá-la e, sendo fato que a remuneração dos integrantes das Forças Armadas vem disciplinada pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, notícia que a Casa Bancária contratou com a agravante sem proceder à observância dos princípios que regem a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual pediu para que os descontos para quitação dos empréstimos sejam limitados a 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos, com sua redução para o valor

mensal de R\$ 1.015,50, valor que representa 30% (trinta por cento) do valor de sua pensão.

Denegada a antecipação pretendida, mas concedido efeito suspensivo ao recurso (fls. 135), vieram aos autos informações (fls. 117/118), sendo fato que o recorrido deixou de apresentar contrarrazões, nos moldes indicados pela certidão de fls. 141, vindo então o feito a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já apreciada em 1º Grau.

É o relatório.

O inconformismo como deduzido pela recorrente está a merecer acolhida pois, a R. Decisão proferida se mostra inadequada na solução da questão como colocada frente ao Juízo.

Em princípio, é fundamental que se leve em conta a existência de contrato firmado entre as partes, bem como de expressa autorização concedida pela recorrente a instituição financeira, no sentido de permitir que a Casa Bancária descontasse, diretamente de seus ganhos, os valores necessários a quitação das parcelas relativas a empréstimo a ela concedido, o que, no entanto, não se definiu em atenção ao disposto na Lei 10.820/03.

Conforme previsto no art. 6º, § 5º, da Lei 10.820/03, que foi alterado pela Lei 10.953/04, o recorrido, a título de desconto mensal, não poderá ultrapassar o limite de 30% dos valores depositados a título de salário, mês a mês, em conta mantida pela correntista, ainda que o contrato estipule outros percentuais.

No mais, pouco importa se os descontos forem promovidos em conta pensão ou, em conta corrente, sendo que o objetivo principal se fixa no fato de que os descontos sejam promovidos em estrito cumprimento aos termos da Lei 10.820/03, o que, inclusive, já deveria ter sido observado no momento da contratação. Dessa forma, o recurso está a merecer provimento, de sorte a se autorizar as cobranças necessárias às quitações, desde que respeitados os limites legalmente impostos para tanto.

De rigor, portanto, a reforma da R. Decisão atacada, de sorte a se limitar os descontos promovidos pela Casa Bancária, diretamente em conta pensão mantida pela agravante, a 30% do valor de seus ganhos mensais, até a solução da demanda em definitivo.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso nos termos do Voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0038375-22.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

BICBANCO BANCO INDUSTRIA E COMERCIAL S/A, são agravados WINTech DO BRASIL IMPRESSOS E FORMULARIOS DE SEGURANÇA LTDA e GABRIEL ROBINSON MENDES DA SILVA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Anularam, de ofício, a decisão agravada, V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13712)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA E AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 1 de agosto de 2013.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

**Ementa: DECISÃO JUDICIAL - Falta de fundamentação essencial - Nulidade decretada de ofício.**

## VOTO

O agravante pretende a reforma da r. decisão interlocutória copiada a fls. 619, proferida nos autos da execução por título extrajudicial promovida em face dos agravados, que indeferiu o pedido de levantamento da quantia de R\$ 27.246,80, objeto de penhora.

Argumenta que a r. decisão não pode prevalecer, porquanto, em primeiro lugar, seu crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial a que se sujeita a agravada; depois, porque o recurso de apelação interposto pela devedora nos embargos por ela oferecidos foi recebido apenas no efeito devolutivo, além do que o prazo estabelecido no art. 6º da Lei nº 11.101/05 já se esgotou, de sorte que as execuções promovidas devem ter seu curso normal.

O recurso, processado no efeito devolutivo, está devidamente instruído e preparado.

Os agravados não ofereceram contrariedade.

É o relatório.

A r. decisão é nula de pleno direito, porquanto não foram apresentadas as razões pelas quais o levantamento pretendido foi provisoriamente suspenso.

Com efeito, a r. decisão limitou-se a vedar o levantamento, razão pela qual fica proclamada, de ofício, a nulidade do despacho agravado, ante a flagrante falta de fundamentação, em infração ao previsto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

Está claro, na r. decisão, que não foi exposta qualquer razão que expressasse o convencimento do prolator.

Na espécie, a motivação se afigurava essencial, diante do indeferimento do levantamento de valor que, a princípio, o credor poderia efetuar-lo.

Impossível, portanto, ante a falta dos necessários fundamentos, avaliar o acerto ou o desacerto da decisão.

Não obstante o fato de o agravante não pedir a declaração de nulidade da r. decisão, como a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é questão de ordem pública, a proclamação, de ofício, da nulidade tem cabimento, para que outra decisão venha ser proferida com a necessária motivação.

Ante o exposto, fica proclamada, de ofício, a nulidade da decisão agravada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0095041-43.2013.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é agravante TEREZINHA MARIA DOS SANTOS, é agravado BRAZ FRANCISCO DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao recurso, com determinação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), RÔMOLO RUSSO E MOURA RIBEIRO.

São Paulo, 1 de agosto de 2013.

MARINO NETO, Relator

**Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DO MANDADO REINTEGRATÓRIO**

- Agravante que preenche os requisitos para ser beneficiária da justiça gratuita, nos termos do que dispõe a Lei 1.060/50.

- Ação de reintegração de posse - Sentença de procedência - Expedição de mandado de reintegração de posse e posterior suspensão de seu cumprimento - Certidão do Oficial de Justiça no sentido de que o réu e sua esposa não têm onde morar - Suspensão

**que respeita o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - Determinação para que o Juízo de origem fiscalize o cumprimento da decisão pela Prefeitura local, possibilitando a reintegração da posse da agravante no menor tempo possível.**

**Recurso parcialmente provido, com determinação.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada às fls. 24/25 que, em ação de reintegração de posse<sup>1</sup> promovida por Terezinha Maria dos Santos em face de Braz Francisco dos Santos, determinou a suspensão do cumprimento do mandado de reintegração de posse e, “considerando que o réu e sua esposa se encontram em situação de penúria, não possuindo recursos financeiros para residir com dignidade”, determinou a intimação da Prefeitura do Município para que providencie moradia ou abrigo em local destinado ao cuidado de idosos para ambos.

A agravante alega que é pessoa humilde e com poucas posses, o que não foi considerado na decisão agravada. Afirma que paga aluguel e não pode aguardar por tempo indeterminado para retomar a posse do imóvel. Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Recebido e processado o recurso, foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Transcorreu *in albis* o prazo para contraminuta, conforme certidão de fls. 41.

### **É o relatório.**

Analisa-se, inicialmente, o pedido incidental de justiça gratuita.

A agravante juntou aos autos diversos documentos que mostram que está com câncer e é atendida pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A realização de tratamento na rede pública de saúde e a declaração de pobreza são suficientes para demonstrar a hipossuficiência da requerente, sendo cabível, portanto, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A sentença proferida na ação de reintegração de posse ajuizada pela agravante, datada de 07/05/2008, julgou procedente o pedido e determinou a reintegração de posse no imóvel esbulhado.

Foi expedido mandado de reintegração de posse e o Oficial de Justiça certificou que diligenciou no local e constatou que lá reside um casal de idosos, os quais alegaram não ter para onde ir, negando-se a desocupar o imóvel.

1

Valor: R\$ 1.200,00, em março de 2007.

Em razão disso, foi suspenso o cumprimento do mandado e determinado que o Município providenciasse abrigo para o réu e sua esposa.

Não há motivo para a modificação da decisão.

Não houve alteração da sentença, mas apenas a suspensão de seu cumprimento.

Diante do que foi narrado pelo Oficial de Justiça, que possui fé pública em suas certidões, o réu e sua esposa não têm onde morar. Consta da certidão, ainda, que a agravante afirmou ao Oficial de Justiça não possuir condições de abrigar o casal até encontrarem outro local para residirem e não poder depositar os móveis pertencentes ao réu e sua esposa.

A Constituição Federal prevê expressamente, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República.

Como ensina Nelson Nery Junior na obra Constituição Federal Comentada, 2ª edição, p. 146, *“a dignidade humana possui uma dupla direção protetiva. Isso significa que ‘ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros”*.

Ao suspender o cumprimento do mandado de reintegração de posse, o Juízo *a quo* nada mais fez do que atuar na proteção da dignidade humana do réu e sua esposa.

De acordo com as peças juntadas a este recurso, a agravante não corre risco de ficar sem moradia em consequência dessa decisão e, caso fique comprovado tal risco, caberá ao Juízo de primeira instância sopesar a situação das partes para posteriormente proferir nova decisão.

Por fim, para que o mandado de reintegração de posse não fique suspenso indefinidamente, deve o Juízo *a quo* fiscalizar o cumprimento da decisão por parte da Prefeitura de Pindamonhangaba, objetivando que a posse da agravante seja reintegrada no menor tempo possível.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos acima expostos, com determinação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0267647-14.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

R.I.B., são agravados F.G.T. e S.T.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

**ACORDAM**, em 6ª 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 19.013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 8 de agosto de 2013.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

**Ementa: PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – Inocorrência- Arguição rejeitada. DOCUMENTO APRESENTADO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA que não se revela apto a demonstrar o cumprimento da obrigação - Oportuniza-se à parte sua regularização com a juntada de tradução juramentada.**

**EXECUÇÃO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO CONSISTENTE NA CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA - Divergência quanto ao cumprimento da obrigação - Contratação do seguro junto a seguradora estrangeira - Impossibilidade de contratação em território nacional em razão da idade do segurado - Necessidade de conceder ao obrigado a oportunidade de comprovar a viabilização do recebimento do prêmio em solo nacional, com apresentação de corretora idônea aqui estabelecida, antes de obrigá-lo a contratar com aquela indicada - Prazo de 60 dias para regularização de outro seguro, se aquele não se mostrar apto a cumprir seu desiderato - Descumprimento escusável que afasta a imposição de multa – VALOR - Inviável a correção do valor acordado pelo IGPM por falta de previsão - Incidência de atualização anual pelo IPCA, índice admitido pela SUSEP, com redução de 10% para equalizar o pagamento do prêmio em razão do reenquadramento de faixa etária, observado o limite técnico de aceitação da seguradora - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ afastada - O manejo de recurso cabível, sem extrapolar o limite do ponderável, caracteriza exercício de direitos e descaracteriza a litigância**

**ímproba.**  
**Recurso parcialmente provido.**

**VOTO**

Trata-se de agravo de instrumento tempestivamente interposto por R.I.B. contra a r. decisão reproduzida às fls. 98, que em cumprimento de sentença de separação judicial, em que contende com F.G.T. e outro, deferiu pedido da exequente e determinou ao executado o cumprimento da obrigação consistente na contratação de seguro de vida no valor acordado, devidamente corrigido para R\$ 927.840,12 em setembro de 2012, junto a Seguradora Mongeral, por considerar aquele internacional contratado sem atuação no território brasileiro.

Busca sua reforma ao fundamento de que a decisão não apreciou a impugnação apresentada, tão pouco o cálculo do contador, bem como a existência de apólice de seguro que tem como beneficiário os agravados em plena validade e vigência, contratada junto a um dos maiores grupos do mundo neste setor, de forma a atender todos os requisitos da sentença, uma vez que em caso de óbito o valor segurado será pago aos beneficiários mediante depósito em conta corrente dos agravados no Brasil.

Salienta que informou ao Juízo a grande dificuldade de elaborar um novo seguro para pessoas com mais de setenta anos; que inexistia previsão de acerto para atualização de valores, cuja pretensão já foi impugnada; que a apólice contratada, ao contrário daquela pretendida, não exige carência de 25 meses após a celebração da apólice e cobre o sinistro desde a data da contratação até os seus 100 anos.

Assim, tem por descabida a contratação de seguro com valor mensal muito mais caro e prazo de carência de muitos meses, e suscita a impossibilidade de contratação de seguro em valor próximo a um milhão de reais, uma vez que vive de aposentadoria.

Requer seja declarado que o valor a ser segurado é de R\$ 400.000,00, bem como cumprida a obrigação (fls. 02/10).

Conferido efeito suspensivo (fls. 109/110), em contraminuta os agravados arguíram preliminar de intempestividade e suscitaram a invalidade dos documentos juntados; no mérito, pugnaram pelo desprovimento do recurso e pela aplicação da pena de litigância de má-fé (fls. 118/113).

O Juízo prestou as informações (fls. 170/171), e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 175/177).

**É o relatório.**

Inicialmente, cumpre refutar a preliminar de intempestividade. Com efeito, a publicação ocorrida em 22/10/2012, disponibilizou o despacho aposto

na petição, apenas constando “J. Defiro, Intime-se a parte como requer” (fls. 102), sem, contudo, lançar o teor do quanto decidido para ciência dos demandantes, o que só ocorreu com a disponibilização do despacho ordinatório que lançou o teor do ato para efetiva intimação (fls. 103/104), com publicação em 29/11/2012.

De se reconhecer que a primeira disponibilização não era apta para intimação do quanto deferido, iniciando-se a contagem do prazo recursal apenas em 30/11/12, de modo que a interposição da peça recursal em 10/12/11 encontre-se tempestiva.

Vencida referida premissa, é dos autos que o agravante se obrigou em acordo formulado por ocasião da separação judicial (maio/2002), a contratar um seguro de vida no valor de R\$ 400.000,00, de modo a figurar como beneficiários os agravados em caso de morte natural, e apenas o filho em caso de morte por outro fator (fls. 14).

Divergem as partes quanto ao cumprimento da obrigação.

De um lado, ingressaram os agravados com cumprimento de sentença em novembro de 2011 alegando seu total descumprimento.

Postularam imediata comprovação da contratação em valores atualizados, sob pena de multa diária por descumprimento (fls. 16/17). Noutro vértice, sustenta o executado o cumprimento fiel da obrigação, alegando que justificou suficientemente que, após os 65 anos de vida, a obrigação tornou-se impossível, sem culpa do devedor, pois as seguradoras se recusaram a efetuar tal cobertura. Noticiou a contratação de apólice junto a Seguradora American Fidelity International para cumprir o desiderato.

De fato, o documento acostado aos autos não se revela apto a demonstrar o cumprimento da obrigação, posto que juntado em língua estrangeira, sem observar o disposto nos arts. 156 e 157 do CPC. Dita o regramento que em todos os termos e atos do processo é obrigatório o uso do vernáculo, e qualquer documento redigido em língua estrangeira deverá ser acompanhado de tradução juramentada.

Outrossim, uma vez que sua apresentação não implica em nulidade absoluta ou faz precluir o direito de ser usada como prova, é de ser oportunizada à parte a sua regularização.

No mais, razão assiste ao agravante quanto a impossibilidade de aplicar-se a multa por descumprimento ou a correção exigida pelos exequentes.

Primeiramente, porque comprovou o executado haver procedido a contratações anteriores de seguro em cumprimento à obrigação, junto a American Express (fls. 47/48) e Porto Seguro (fls. 49/52), nos anos de 2001 a 2006. Logrou demonstrar, ainda, a impossibilidade de renovação e dificuldade de obter contratação de cobertura após ter alcançado a idade de 65 anos (fls. 53, 54, 55, 56/58).

A dificuldade de aceitação de apólices para idade mais avançada é fato indicado inclusive pelos próprios exequentes, que certa feita salientaram a aceitação da Seguradora Bradesco até os 70 anos.

Logo, não se há falar em inadimplência injustificada a autorizar imposição de multa.

Também a correção do valor pelo índice do IGPM, não pode ser aceita, uma vez que nada foi pactuado a respeito, como expressamente previsto para todos os outros valores que fizeram parte da avença. Mesmo que assim não fosse, o valor de atualização utilizado pelas Seguradoras quando assim previsto, observa a variação do IPCA anualmente, segundo recomendação da SUSEP, longe daquele aplicado pelos exequentes.

Ocorre que nada foi pactuado, ainda, quanto a correção do capital, circunstância opcional ao contratante, que pode alterar seu valor junto à seguradora a qualquer tempo, mantê-lo corrigido, ou apenas prosseguir com o valor inicialmente contratado, tudo com reflexo de variação do prêmio.

Noutro vértice, manter o valor acordado há doze anos redundando em gritante desvalorização.

Desta feita, considero que o valor merece ser apenas atualizado anualmente pelo índice do IPCA, descontados dez por cento para equalizar o pagamento do prêmio, muito maior em razão do reenquadramento da faixa etária do segurado, observado, no entanto, o novo produto e **o limite técnico de aceitação da seguradora eleita.**

Resta saber se a contratação do seguro escolhido pelo obrigado corresponde ao cumprimento da obrigação, uma vez alegada a ilegalidade da atuação desta sem licença junto a SUSEP, e se prevalece a ordem de contratar aquela outra apontada pelos exequentes.

Releva notar que também não se estipulou no pacto homologado vinculação a nenhuma seguradora específica para futura contratação. Apenas nesta fase, na petição datada de 27/02/2012, foi sugerida Seguradora Mongeral-Aegon, que aceitaria a contratação da apólice para pessoas com mais de 70 anos, verificada carência de 25 meses (fls. 62/65).

É fato que de posse dessas informações, o executado, após impugnar o valor da correção apresentado, requereu prazo para averiguar a real possibilidade de contratação de seguro junto a Mongeral (fls. 78/81), razão pela qual, não lhe pode ser imputada má-fé. Foi nessa ocasião que informou a contratação de seguro junto a American Fidelity Group no valor de US\$ 200.000,00, indicados os exequentes como beneficiários, com cobertura até os 100 anos de idade, sem prazo de carência (fls. 84/85 e 86/92).

Efetivamente, recaem sérias dúvidas quanto a legalidade e viabilização do seguro contratado no território brasileiro, já que não adstrita às regulamentações

do órgão que atua na regulação, supervisão e fiscalização das atividades de seguros, a SUSEP - Superintendência de Seguros Privados<sup>2</sup>. Não se pode olvidar que a viabilização do pagamento do seguro aos beneficiários depende de agência corretora aqui regularmente estabelecida.

Adrede, a considerar o descumprimento escusável em situação não foi criada pelo executado, não há como impor obrigação outra sem antes lhe oportunizar, não só a juntada dos documentos traduzidos, como também a comprovação de que a contratação atinge os fins colimados em favor dos beneficiários. Não alcançado o intento, fica desde já deferido um prazo de 60 (sessenta) dias para providenciar nova cobertura junto à Seguradora indicada, nos moldes definidos, ou seja, observado o desconto de 10% sobre o valor atualizado e o limite técnico da aceitação.

A sugestão de complementação pela Bradesco já não mais atende às expectativas das partes, porquanto o obrigado já completou 71 anos, e já estabelecida restrição ao limite da seguradora para a idade do contratante.

Por derradeiro, cumpre afastar a pretendida condenação nas penas de litigância de má-fé, posto que não vislumbrada litigância ímproba nos autos, na medida em que o manejo de recursos cabíveis, sem extrapolar o limite do ponderável, caracteriza exercício dos direitos invocados, e não a litigância de má-fé.

Ante ao exposto, pelo meu voto, **rejeitada a preliminar e pretensão à condenação por litigância de má-fé, dou parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0096630-70.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COOPERATIVA DOS TRABALHADORES AUTONOMOS EM TRANSPORTES DE SÃO PAULO COOPER PAM, é agravado JILMARA ARAUJO DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 11ª 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**

<sup>2</sup> Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que também instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, do qual fazem parte o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, o IRB Brasil Resseguros S.A. - IRB Brasil Re, as sociedades autorizadas a operar em seguros privados e capitalização, as entidades de previdência privada aberta e os corretores habilitados.

nº 12577)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO E MARINO NETO.

São Paulo, 8 de agosto de 2013

WALTER FONSECA, Relator

**Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR COOPERATIVA - TRANSPORTE DE PESSOAS EM ÁREA URBANA - ACIDENTE DE TRÂNSITO – DENUNCIÇÃO DA LIDE - COOPERADO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO - DESCABIMENTO - A cooperativa é prestadora de serviço público e responde objetivamente por danos causados a terceiros – Denúnciação da lide ao cooperado que se mostra prejudicial ao interesse do autor e à razoável duração do processo - Eventual direito de regresso deve ser exercido em ação própria - Aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Recurso desprovido, nessa parte.**

**DENUNCIÇÃO DA LIDE - SEGURADORA - O Código de Defesa do Consumidor não permite a denúncia da lide em causas que versem sobre acidentes de consumo, mas admite o chamamento ao processo da seguradora, consoante previsão expressa do artigo 101, II, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido, nessa parte, com observação.**

## VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que, nos autos da ação de indenização por danos morais, indeferiu pedido de denúncia da lide à seguradora, com os seguintes fundamentos: “A uma pela demora processual a ser imputada desnecessariamente à autora. A duas, porque nada impedirá que o requerido ajuíze a ação adequada posteriormente” (fls. 339).

A agravante, postulando a concessão de efeito suspensivo, afirma que a responsabilidade pelos danos causados à autora é dos proprietários do veículo envolvido no acidente. Aduz que a denúncia da lide à seguradora encontra

respaldo no direito de regresso existente em razão do contrato de seguro por responsabilidade civil pactuado entre as partes. Sustenta que por se tratar de seguro obrigatório a vítima do evento danoso poderia ter ajuizado ação diretamente em face da seguradora. Colacionando julgados favoráveis à sua tese, persegue a reforma da decisão agravada (fls. 02/18).

Tempestivo (fls. 02 e 340), preparado (fls. 20/21), o recurso foi processado nos efeitos suspensivo e devolutivo, com ciência ao juiz da causa e intimação da agravada para resposta (fls. 349).

Com apresentação de contraminuta (fls. 355/363), o recurso está pronto para julgamento.

É o relatório.

Trata o presente caso de pedido de indenização por danos morais causados por acidente de trânsito ocorrido com veículo de transporte de passageiros de propriedade de pessoa física cooperada da agravante. A agravante entende ser cabível a denúncia da lide ao seu cooperado, que é proprietário do veículo que transportava o agravado, com fulcro no artigo 70, III, do Código de Processo Civil.

Entretanto, a denúncia da lide não pode ser deferida quando importar em prejuízo ao interesse do autor e à razoável duração do processo.

A agravante é permissionária de serviço público e responde objetivamente pelos danos causados a terceiros no exercício da atividade, conforme previsto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Assim, para que se configure o seu dever de indenizar, basta que fique comprovada a existência do dano e o nexo causal com o serviço prestado.

O cooperado, por sua vez, atua como um agente da cooperativa permissionária de transporte público, podendo ser responsabilizado em eventual ação de regresso, caso se comprove a existência de dolo ou culpa.

Desse modo, é patente o prejuízo ao interesse da autora com a denúncia da lide ao cooperado, pois traria à baila discussão inoportuna acerca da existência de dolo ou culpa, prolongando desnecessariamente a duração do processo, sendo de rigor o seu indeferimento.

Entretanto, melhor sorte é reservada no que pertine ao pedido de intervenção da seguradora no processo, embora tenha incorrido em erro quanto à qualificação jurídica desta intervenção.

Isso porque se trata de demanda em que se busca a reparação de danos sofridos em razão de acidente de consumo, sendo vedada a denúncia da lide, nos termos do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “*A vedação à denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à*

*responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)” (Resp. nº 1.165.279/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J: 22/05/2012, DJe: 28/05/2012).*

Contudo, a intervenção da seguradora nos autos pode ser deferida na modalidade de chamamento ao processo, conforme previsto expressamente no artigo 101, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo tal hipótese amplamente admitida pela jurisprudência deste Tribunal, conforme se verifica pelos seguintes acórdãos:

*“Processual. Litígio de consumo. Responsabilidade civil. Contrato de transporte terrestre. Demanda indenizatória de iniciativa de passageira lesionada em acidente de trânsito envolvendo veículo de transporte coletivo. Chamamento ao processo da seguradora. Autora que não se opõe ao pedido. Hipótese ademais prevista no art. 101, II, do CDC, que não se confunde com a vedação a denúncias da lide objeto do art. 88 do mesmo diploma, sendo em princípio benéfica ao consumidor. Decisão denegatória do chamamento reformada. Agravo do co-réu provido.”*

(AI nº 0011178-92.2013.8.26.0000, TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fabio Tabosa, J: 04/04/2013);

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente em transporte coletivo. Intervenção da seguradora da ré. POSSIBILIDADE. Hipótese de chamamento ao processo Art. 101, inciso II, do CDC. A r. decisão impugnada merece apenas adequação quanto à nomenclatura dada à modalidade de intervenção cabível. Trata-se de chamamento ao processo e não denúncia da lide. Decisão mantida, com observação.”*

(AI nº 0043790-83.2013.8.26.0000, TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, J: 02/04/2013);

**“EMENTA: INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - Contrato de transporte - Acidente de veículo - Indenização - Pedido de denúncia à lide da seguradora - Cabimento de chamamento ao processo, nos termos do art. 101, II, do CDC - Fungibilidade dos pedidos - Decisão reformada para permitir o chamamento ao processo da seguradora - RECURSO PROVIDO, nos termos explicitados no voto.”**

(AI nº 0435084-51.2010.8.26.0000, TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, J: 03/02/2011)

E no caso dos autos, a agravante juntou certificado comprovando a existência de contrato de seguro por responsabilidade civil em seu favor (fls. 220).

**Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para permitir a**

**intervenção da seguradora no processo, nos termos do artigo 101, II, do Código de Defesa do Consumidor.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0046545-80.2013.8.26.0000, da Comarca de Guariba, em que é agravante S.A.M., é agravado A.J.O.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO EDUARDO RAZUK (Presidente), RUI CASCALDI E CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

PAULO EDUARDO RAZUK, Relator

**Ementa: ALIMENTOS. Execução - Rito do art. 733 do CPC - Decisão que rejeitou a justificativa, entendendo escorreitos os cálculos da exequente, e determinou o pagamento em 48h, sob pena de prisão - Título executivo que prevê o pagamento de alimentos em 1/3 dos rendimentos líquidos do executado na hipótese de trabalho com vínculo formal, ou de 1/3 do salário mínimo em caso de desemprego - Inviável, assim, a fixação “por equidade” da base de cálculo do valor da prestação - Conquanto não transite materialmente em julgado, a decisão que fixa os alimentos reclama modificação em observância aos primados do contraditório e da ampla defesa, sendo defeso reformá-la pela via mais estreita da execução de alimentos, que não é sucedânea da ação revisional - O executado, por sua vez, demonstrou exercer atividade autônoma como ..., auferindo parcos rendimentos (cerca de R\$ 162,78 por mês) - Em alguns meses, contudo, pagou, apenas em alimentos, valor maior que tais rendimentos - Presumível, pois, que exerce paralelamente atividade informal - Recolhimento dos alimentos, pois, que deve ser feito tendo por base de**

**cálculo o salário mínimo, como determina o título - Se, desempregado, pode arcar com 1/3 do salário mínimo, ao exercer atividade informal também poderá fazê-lo, por maior razão - Decisão reformada para determinar o recálculo da dívida, segundo tal parâmetro - Agravo provido em parte.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, tirado de decisão que afastou a justificativa apresentada pelo executado, entendendo pela correção dos cálculos apresentados pela exequente, e determinou a intimação daquele, para saldar o débito em 48 horas, sob pena de ter sua prisão civil decretada, em execução de alimentos pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil.

O agravante sustenta que o valor cobrado não se acha em consonância com o título que aparelha a execução. Pretende, pois, seja reformada a decisão agravada, a fim de que seja extinta a execução.

Processado o agravo, com efeito suspensivo, a juíza da causa prestou informações, não tendo havido contrariedade.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

A exequente, ora agravada, ajuizou a presente execução de alimentos pretendendo a satisfação de débito no valor de R\$ 1.410, correspondente às três últimas prestações inadimplidas antes de seu ajuizamento (fls. 08/12).

A controvérsia, a toda evidência, está em precisar o valor exato que deva servir de base de cálculo à prestação alimentar mensal.

Com efeito, o título executivo, consubstanciado em sentença que julgara procedente ação de investigação de paternidade c.c. alimentos (fls. 17/19), condenara o agravante “a pagar à autora alimentos, [...] equivalentes a, em caso de existir vínculo empregatício, 1/3 de seus rendimentos líquidos, incidentes sobre férias, 13º salário e verbas rescisórias, excluído o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), e, em caso de desemprego, 1/3 do salário mínimo nacional” (fls. 18).

A agravada sustenta, assim, na execução, que, embora não haja notícia de vínculo de emprego formal do agravante, a base de cálculo dos alimentos deveria ser fixada em R\$ 2.000,00, “por equidade” (fls. 10).

O agravante, por sua vez, sustenta que trabalha autonomamente como ..., apresentando rendimentos líquidos, para o último ano, da ordem de R\$ 1.953,35 - o que equivaleria ao montante de R\$ 162,78 por mês. Assim, acrescenta, deveria haver pago à agravada apenas um terço desse valor mensal (ou R\$

54,26). Como, inclusive, já prestou a ela alimentos em maior valor, a execução haveria de ser extinta.

Em que pesem os argumentos de ambas as partes, tem-se que razão não assiste a qualquer uma delas.

Inviável, de um lado, a atribuição de valor aleatório à base de cálculo dos alimentos, ainda que a pretexto de se tratar de fixação “por equidade”.

É certo inexistir coisa julgada material em matéria de alimentos, podendo a sentença que condena a tal prestação ser revista em face da modificação da situação financeira das partes, nos termos do art. 1699 do Código Civil.

A revisão do valor, porém, reclama seja oportunizada a ambas as partes fazer prova de suas alegações e de se defender, na perspectiva dos primados do contraditório e da ampla defesa. A via essencialmente mais estreita da execução de alimentos não se presta, nessa perspectiva, à pretendida modificação do valor dos alimentos, e nem é sucedâneo da competente ação revisional.

Há de prevalecer, nesta perspectiva, a letra do título executivo passado formalmente em julgado, ao menos até que se logre a sua reforma pela via adequada.

Por outro lado, colhe-se de referido título que o valor a ser pago pelo agravante seria de 1/3 de seus rendimentos líquidos **em caso de existir vínculo empregatício** - o que, a toda evidência, não é o caso, pois trabalha de maneira autônoma.

O fato de prestar serviços como ... nem de longe conduz à inferência de que essa seja, única e exclusivamente, a atividade profissional desempenhada pelo agravante.

Além disso, se fosse verdade que seus rendimentos anuais em 2012 se limitaram à parca quantia líquida de R\$ 1.953,35, cerca de R\$ 162,78 por mês (fls. 48), impossível seria que houvesse arcado, em alguns meses, com alimentos em valor superior a tais rendimentos - como de fato fez.

Assim, se de um lado inexistente prova ou indício de seu exercício de trabalho com vínculo formal em carteira (a possibilitar o cálculo dos alimentos à proporção de 1/3 de seus rendimentos líquidos), é presumível o desempenho de atividade informal em complementação àquela que demonstra realizar.

Se, desempregado, pode o agravante prestar alimentos à razão de 1/3 do salário mínimo, por maior razão, ao exercer atividade informal também poderá fazê-lo.

Assim, recalculado o valor do débito nesses moldes (i.e. alimentos de 1/3 do salário mínimo) e subtraídos os pagamentos realizados, deverá o agravante - se ainda houver valor a pagar - ser novamente intimado a quitar a dívida, sob pena de prisão.

Posto isso, dou provimento em parte ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0096104-06.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FILIZOLA S/A PESAGEM E AUTOMAÇÃO (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado BANICRED FOMENTO MERCANTIL LTDA..

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL MATTOS (Presidente) e AIRTON PINHEIRO DE CASTRO.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

**Ementa: Factoring. Notas promissórias emitidas, aparentemente, em garantia de recompra de títulos negociados em contrato de factoring. Questão controvertida, que autoriza a sustação dos efeitos dos protestos, medida cabível e que não se mostra irreversível.**

**Recurso provido.**

## VOTO

A agravante, que se encontra em regime de recuperação judicial, ajuizou ação declaratória de inexistência de inexigibilidade de títulos e buscou antecipação de tutela para suspender os efeitos de protestos de notas promissórias emitidas em favor da agravada.

Sustenta, em resumo, que os títulos são inexigíveis porque emitidos em garantia de recompra de outros que foram negociados com a agravada. Por isso, enquanto debate a questão, encontrando-se em regime de recuperação judicial, pretende a sustação dos efeitos do ato notarial.

Negado o pleito antecipado, recorre a insistir nos mesmos argumentos.

Deferido efeito suspensivo, tornaram os autos para voto.

É o relatório.

Procedente o recurso.

Com efeito, sempre sustentei que, nas operações de **factoring**, o faturizado, ressalvada hipótese de inexistência do crédito negociado, não responde, em regresso, perante o **factor**. Não fosse assim, o contrato seria de desconto e operações de tal gênero são privativas de instituições financeiras<sup>1</sup>. A assunção do risco pelo faturizador, escreve o Prof. Fran Martins, constitui disposição essencial no contrato dessa espécie<sup>2</sup>.

Diz a lei, realmente, que, salvo disposição em contrário, não responde, o cedente, pela solvência do devedor (CC, art. 296).

O dispositivo, entretanto, **data venia**, não deve ser interpretado como garantia ao pagamento, por parte do cedente, exceto na hipótese de insolvência do devedor, verificando-se como termo limite a data da operação. Registre-se: a expressão **solvência** deve ser interpretada tecnicamente, ou seja, como sinônimo de falência, recuperação judicial, insolvência civil, como assinala o Prof. Fabio Comparato em artigo da Revista de Direito Mercantil, Nova Série<sup>3</sup>. Nesse sentido a lição de Orlando Gomes:

**Outra garantia pode ser exigida do credor-cedente: a solvência do devedor. Para assumir essa responsabilidade, é preciso que se obrigue expressamente a garantir o *nomem bonum*. Em princípio, não responde. De regra, é o *cessionário* quem assume esse risco. Sob esse aspecto, há, portanto, duas modalidades de *cessão*: a) a *cessio pro soluto*, e b) *cessio pro solvendo*. Pela primeira, o cedente apenas garante a *veritas nominis*, isto é, a existência do crédito, sem responder, entretanto, pela solvência do devedor. Pela segunda, o cedente garante a *bonitas nominis*, isto é, obriga-se a pagar se o *debitor cessus* for insolvente<sup>4</sup>.**

Precedente recente do Superior Tribunal de Justiça reafirmou tal orientação:

**1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ vol. 184 p. 376) 2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é**

1 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2.010, vol. 2, p. 392.

2 *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002, p. 478

3 Ed. RT, p. 60

4 *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002, p. 210

*inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.” (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) 3. Agravo regimental não provido<sup>5</sup>.*

Claro que a instrução pode demonstrar que as cambiais não foram emitidas para garantia, mas como efetiva promessa de pagamento decorrente de uma infinidade de razões.

Enquanto não se esclarece, todavia, a questão em sua inteireza, convém que se mantenham sustados os efeitos dos protestos, medida reversível e que não causará maiores danos ao patrimônio da agravada, sempre considerado o devido processo legal.

Ante o exposto, confirmada a antecipação de tutela, provejo o recurso.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0099078-16.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados MIGUEL FORTE INDUSTRIAL S/A PAPEIS E MADEIRA, VICENTE FORTE e JOSE FORTE.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.521)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), CAUDURO PADIN E ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

**Ementa: \*Agravo de Instrumento - Embargos à ação de execução de título extrajudicial - Cédula de crédito bancário - Recebimento dos embargos, opostos pelo devedor, com a suspensão da execução - Inadmissibilidade - Aplicação do art. 739-A, § 1º.,**

5 AgRg no Ag 1115325/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1071538/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 18/02/2009

**do CPC, acrescido pela Lei nº. 11.232, de 22/12/05 -  
Recurso provido.\***

## VOTO

### Vistos.

1 - Agravo de instrumento interposto, no prazo legal, pelo **BANCO BRADESCO S/A**, nos autos da ação de execução de título extrajudicial, que move a **MIGUEL FORTE INDUSTRIAL S/A PAPÉIS E MADEIRAS, VICENTE FORTE e JOSÉ FORTE**, contra o r. despacho que recebeu os embargos, opostos pelos devedores, com a suspensão da execução. (fls. 87).

O banco-agravante assevera, em síntese, que o instrumento de confissão de dívida, juntado pelos executados com a intenção de provar suposta novação da dívida, não contém assinatura de nenhum de seus representantes legais e que, ausentes os requisitos previstos no **art. 739-A, § 1º, do CPC**, os embargos, opostos pelos devedores, devem ser recebidos sem a suspensão da execução. (fls. 02/08).

Processado sem efeito suspensivo (fls. 91), o MM. Juiz “a quo” prestou as informações solicitadas (fls. 99/100) e os agravados apresentaram resposta. (fls. 102/108).

### É o relatório.

2 - Merece prosperar o recurso.

Os executados, ora agravados, opuseram embargos à ação de execução de título extrajudicial, fundada em Cédula de Crédito Bancário, que foram recebidos com efeito suspensivo, o que ensejou a interposição do presente recurso de agravo de instrumento. (fls. 87).

O **art. 739-A, do CPC**, prevê, expressamente, que os embargos do executado não terão efeito suspensivo, o qual poderá ser atribuído pelo juiz **“quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”**. (§ 1º).

O motivo do processamento da impugnação, sem a suspensão da execução, é, justamente, possibilitar ao exequente prosseguir com a execução, sem dar ensejo para que o executado use de meios procrastinatórios para não satisfazer o débito-exequendo, em tempo razoável.

No presente, os executados, ora agravados, limitaram-se a alegar, nos embargos, a novação da dívida, consubstanciada na cédula de crédito bancário, emitida em **28/05/12**, no valor de **R\$ 1.650.556,94**, porquanto, em **29/06/12**, as partes teriam celebrado um instrumento particular de confissão de dívida, pelo

qual assumiram o débito de **R\$ 9.267.920,09**, a ensejar a extinção da execução. (fls. 13/24, 42/48).

Tais argumentos, considerados os inúmeros julgados a respeito da matéria, não são suficientes para justificar o processamento dos embargos com a suspensão da execução.

Por outro lado, como bem consignado pelo banco-exequente, ora agravante, o instrumento particular de confissão de dívida, juntado aos autos pelos executados, ora agravados, com a intenção de provar suposta novação da dívida, não contém assinatura de nenhum de seus representantes legais, do que decorre que tal documento não gera direitos e obrigações no mundo jurídico. (fls. 42/48).

Em suma, ausentes fundamentos relevantes e sendo certo que o prosseguimento da execução não acarretará aos executados, ora agravados, devedores confessos e assumidos, danos de difícil reparação, mesmo porque o juízo ainda não está garantido com a penhora, não há razão, de ordem legal ou prática, para que os embargos sejam processados com efeito suspensivo.

Deste modo, os embargos opostos à execução hipotecária, pelos executados, ora agravados, devem ser recebidos sem efeito suspensivo, eis que não preenchidos os requisitos exigidos pelo **art. 739-A, § 1º, do CPC**, acrescido pela **Lei nº. 11.232, de 22/12/05**, revogado o despacho recorrido.

3 - Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, para o fim especificado.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0025797-27.2013.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que são agravantes MARTA MARIA GALLI ARBEX, JAYME ARBEX, EDUARDO GALLI, MARY FRANCIS MARTINS GALLI, MARIANA MARTINS GALLI, DANIEL MARTINS GALLI, JULIANA MARTINS GALLI e ANDREI MARTINS GALLI, são agravados ATTILIO RAYMUNDO PEPPE (ESPÓLIO) e LUIZ ANGELO PEPPE (INVENTARIANTE).

**ACORDAM**, em 20ª 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 25815)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA E LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

**Ementa: POSSESSÓRIA - Liminar - Reintegração de posse inaudita altera pars - Inadmissibilidade - Ausência, por ora, de elementos concretos que justifiquem o deferimento daquela medida - Se a prova documental não se mostra suficiente para revelar a ocorrência de esbulho recente, deve a juíza da causa designar audiência de justificação prévia - Necessidade de se dar provimento ao recurso para esse fim, ou seja, para a justificação prévia do alegado - Agravo provido em parte.**

## VOTO

1. Agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu medida liminar de reintegração de posse de imóvel requerida pelos autores-agravantes. Sustentam os recorrentes que o esbulho praticado pelos réus é de força nova, sendo cabível neste momento processual a liminar pretendida.

Recurso processado sem efeito ativo, sendo dispensadas a intimação dos agravados (por não ter sido ainda citados) e a requisição de informações à juíza da causa.

2. O juiz tem ampla autonomia para conceder ou denegar liminar em ação possessória. Para concedê-la, não se exige prova exaustiva do direito, bastando o íntimo convencimento do julgador gerado por elementos fáticos que o inculquem razoavelmente (**fumus boni iuris**).

Para o deferimento da reintegração **in limine litis** não se exige prova cabal dos requisitos enumerados no art. 927 do CPC, sendo suficiente a cognição incompleta, destinada a um convencimento superficial, dado o caráter provisório da medida.

A juíza da causa indeferiu a liminar de reintegração de posse por entender estar ausente o *fumus boni iuris* a respeito da melhor posse dos autores (cf. fl.10).

É certo que o deferimento da liminar por simples inferências, ou, então, por simples juízo de possibilidade, resultante de domínio - v. g. compromisso particular de compra e venda do ano de 1971 e pagamento de taxas e tributos, como se vê a fls. 80-83, 130-146 - não tem, em princípio, o condão de provar que o alegado esbulho ocorreu a menos de um ano e dia.

Quanto ao boletim de ocorrência policial apresentado, ele mostra apenas

as declarações dos próprios agravantes (cf. fls. 144-145). Só se aceita como verdadeiro o que lá está contido se a afirmativa nele constante é da autoridade policial ou do agente, não na hipótese em que nele se registra apenas a manifestação de um dos interessados.

Mas, se a magistrada formou aquela convicção provisória e tem dúvida razoável a respeito da maneira pela qual ocorreu o esbulho, **resta-lhe designar audiência de justificação - o que ela não fez.**

É assim porque, segundo o art. 928 do CPC, se a petição inicial não estiver devidamente instruída o juiz “*determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada*”.

Trata-se, como se vê, de **regra impositiva, devendo, pois, ser observada em primeiro grau, em data a ser designada pela juíza.**

Evidente que a justificação é marcada pela unilateralidade, ou seja, destina-se a convencer o juiz do alegado pelos autores.

Evidente também que os réus poderão participar do referido ato, apenas para reinquirir e contraditar as testemunhas a serem indicadas pela parte adversária, sem que possam arrolar as suas (RT 499/105).

3. Deram parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0084359-29.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ENGINEERING ASSEMBLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS - FERRAMENTAS PARA AUTOMAÇÃO INDUSTRIAL LTDA, é agravado GESTAMP BRASIL INDÚSTRIA DE AUTOPEÇAS S/A.

**ACORDAM**, em 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 10841)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente sem voto), COUTINHO DE ARRUDA E JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

LUÍS FERNANDO LODI, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com**

**indenização por danos morais - Indeferimento da petição inicial e extinção da ação com base nos artigos 285, I e III, e 267, VI, ambos do Código de Processo Civil - Oposição de embargos de declaração visando à modificação da r. sentença proferida, para que a ação declaratória fosse recebida como embargos do devedor - Inadmissibilidade - Utilização abusiva dos embargos declaratórios que merecem ser rejeitados - Manutenção da sentença proferida em Primeira Instância - Decisão reformada.**

**Recurso provido.**

## VOTO

1. Agravo de instrumento interposto por Engineering Assembly Indústria e Comércio de Máquinas e Ferramentas para Automação Industrial Ltda., contra a respeitável decisão interlocutória de fls. 77/78, proferida pelo Magistrado Fábio de Souza Pimenta, que atribuiu efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pela ora agravada, para determinar que a ação declaratória fosse recebida como embargos do devedor, mediante a emenda da petição inicial.

Sustenta a recorrente, inicialmente, que a decisão agravada, apesar de reformar sentença de extinção, perdeu seu caráter terminativo, nos termos do artigo 162, do Código de Processo Civil, sendo, portanto, passível de agravo de instrumento. Quanto ao mérito recursal, alega que propôs ação de execução de título extrajudicial em face da agravada e esta, ao ser citada para pagamento ou resposta, propôs ação declaratória e requereu sua distribuição por dependência. Aduz que a inicial da ação declaratória foi indeferida e a ação foi julgada extinta pelo juízo “a quo”, sem resolução do mérito, sendo que dessa decisão, a ora recorrida opôs embargos de declaração buscando modificar a sentença de extinção. Diz que o juiz da causa, apesar de mencionar ausência de omissão, obscuridade e contradição na sentença, atribuiu efeito infringente ao recurso, determinando a emenda da petição inicial a fim de possibilitar seu recebimento como embargos do devedor, com o qual não pode concordar.

Sustenta que a decisão hostilizada prestigiou uma via totalmente inadequada para alterar o *decisium*, ferindo o princípio da unirrecorribilidade. Argumenta que somente após a emenda da inicial e a atribuição de efeito suspensivo aos embargos é que foi intimada da decisão agravada, sendo que todas as questões anteriores à sua intimação não estão preclusas, pois é possível a impugnação das mesmas no primeiro momento oportuno. Postula, assim, a reforma da decisão guerreada, mantendo-se a extinção do feito.

Deferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 97); vieram as informações

do juiz da causa (fls. 102/103 verso), e as contrarrazões (fls. 173/184).

É o relatório.

2. O recurso merece provimento.

Trata-se de execução de título extrajudicial ajuizada pela agravante contra a agravada.

Consta do instrumento que a recorrida, citada, ajuizou ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais (fls. 13/65), cuja petição inicial foi indeferida, tendo sido a ação julgada extinta sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil (fls. 66/68).

A empresa recorrida opôs embargos de declaração apontando a existência de obscuridade e contradição na sentença embargada, alegando, em resumo, que na ação declaratória que se cuida, postulou sua distribuição por dependência à execução intentada, bem como que a mesma fosse recebida como embargos à execução (fls. 71/76).

Em decorrência disso, o Juízo “a quo”, na decisão que se pretende reformar, asseverou que a despeito de não reconhecer qualquer omissão, contradição ou obscuridade na sentença proferida, por economia processual, deve se reconhecer o efeito infringente dos embargos de declaração opostos para determinar o recebimento da ação declaratória como embargos do devedor, mediante a emenda da petição inicial.

Pois bem.

Razão assiste à agravante ao se insurgir contra a decisão que atribuiu efeito modificativo aos embargos declaratórios em análise.

É que, no caso, verifica-se que a sentença atacada, ao se manifestar sobre o pedido de recebimento da ação declaratória como embargos do devedor, afirmou, expressamente, que “não há a mínima possibilidade de recebimento de uma ação de conhecimento com efeitos próprios de embargos de execução, pois não há previsão legal para essa espécie de confusão de institutos e instrumentos processuais”. (fls. 68, 1º parágrafo).

Disse ainda que “esse requerimento, por si só, inviabiliza até a remessa dos autos para livre distribuição, pois enquanto a ação revisional não está vinculada a este juízo por prevenção, são os embargos via incidental para discussão de matéria inerente à ação principal de execução, com possibilidade de processamento conjunto”. (fls. 68, 2º parágrafo).

Assim, os embargos declaratórios ofertados pela ora agravada mostraram-se absolutamente infundados, dada a inexistência dos vícios apontados, quais sejam os da obscuridade e contradição.

Verifica-se, na verdade, que a agravada utilizou-se do argumento da

existência de obscuridade e contradição na sentença embargada, para o fim de emprestar efeitos infringentes aos embargos, o que se afigura descabido na espécie, à falta de configuração dos pressupostos do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Aliás, se a embargante, ora agravada, discordava do que restou decidido na sentença proferida em Primeira Instância, deveria ter manifestado sua insurgência através das vias recursais cabíveis, não se prestando os embargos de declaração ofertados para tal discussão.

Logo, respeitado entendimento contrário do douto juízo “a quo”, entendo que a reforma da decisão hostilizada se faz de rigor, para afastar a atribuição de efeitos infringentes aos embargos, mantendo-se a r. sentença proferida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em assim sendo, restou igualmente prejudicada a decisão do juízo “a quo” que recebeu a ação declaratória ajuizada pela recorrida como embargos do devedor atribuindo aos mesmos o efeito suspensivo pretendido (fls. 79).

Pelo meu voto, então, **DOU PROVIMENTO** ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0076044-12.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO ITAULEASING S/A, é agravado PRISCILA ALEXANDRA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 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 24.989**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LIGIA ARAÚJO BISOGNI E CARDOSO NETO. São Paulo, 14 de agosto de 2013.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - Procedimento Ordinário - Consignação em pagamento - Decisão que deferiu o pedido de consignação em pagamento do valor incontroverso - Cabimento - Decisão mantida - Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (fls. 149 destes autos) que em Procedimento Ordinário ajuizado pela agravada, deferiu o pedido de consignação em pagamento do valor incontroverso.

Insurge-se o agravante alegando seu inconformismo contra tal decisão, haja vista que o valor das parcelas do financiamento era de conhecimento da agravada, tendo em vista que foram fixadas desde a data da celebração do contrato. Sustenta que deveria ter sido proposta ação consignatória, pois este é o meio apropriado para o devedor, mediante o depósito da oferta, liberar-se da obrigação. Afirma que a consignação em pagamento de valores inferiores ao pactuado e em datas aleatórias, torna impossível o acolhimento do pedido formulado pela agravada. Postula a reforma da r. decisão.

Recurso tempestivo, instruído e recebido sem a concessão do efeito suspensivo. Não houve apresentação de contraminuta pela parte contrária.

É o relatório.

A irresignação do agravante não merece ser acolhida.

A agravada pretende discutir, na hipótese vertente, a cobrança dos valores referentes ao contrato de financiamento que firmou com o banco réu, alegando que embute a cobrança de encargos abusivos e ilegais, bem como que os valores das prestações nele previstas foram calculados, indevidamente, à míngua de previsão expressa a respeito, com a incidência de juros superiores à taxa de 12% ao ano e capitalizados, invocando precedentes da jurisprudência neste sentido. Requeru a concessão da antecipação de tutela para efetuar os depósitos dos valores incontroversos das prestações dos contratos em questão, o que restou deferido pela MM. Juíza *a quo*.

Ora, como pretende discutir cláusulas contratuais consideradas abusivas, bem como cobranças de encargos indevidos e ilegais, não se vislumbra motivo justificado para que o pedido da agravada seja indeferido, eis que pretende a revisão do contrato firmado com a agravante.

É de se observar que tendo a agravada apresentado parecer técnico contábil no qual aponta o valor das parcelas que considera correto e tendo a mesma requerido o depósito deste montante, por corresponder à parte incontroversa da dívida, verifica-se que o depósito pretendido pela recorrente, referente aos valores incontroversos do contrato em questão, afigura-se admissível tendo-se em vista a natureza e finalidade da presente ação, que é a revisão dos valores das prestações do financiamento. Vale observar, contudo, que tais depósitos deverão ser feitos por sua conta e risco, pois o depósito parcial pretendido não afasta os efeitos da mora, não obstante, assim, que o credor ajuíze as medidas judiciais cabíveis para defesa de seus interesses.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

*“TUTELA ANTECIPADA - Ação revisional de contrato de financiamento de automóvel com alienação fiduciária em garantia - Pedido de consignação judicial de parcela incontroversa da dívida - Possibilidade - Inexistência de prejuízo ao credor - Tutela antecipada concedida - Recurso desprovido. (...)” (Ag. Instr. n° 990.10.022657-6 - 14ª Câ. Dir. Priv. - Rel. Des. MELO COLOMBI - j. 28.04.2010).*

*“TUTELA ANTECIPADA - Consignação judicial do valor reputado incontroverso - Admissibilidade - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - (...) - Depósito do valor incontroverso que elide os efeitos da mora - Precedentes.” (Ag. Instr. n° 991.09.097446-9 - 37ª Câ. Dir. Priv. - Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO - j. 24.03.2010).*

Desnecessário, por isso, o ajuizamento de ação própria para a consignação em pagamento, pois o mesmo objetivo pode ser alcançado através de pedido incidental na ação ordinária. O pedido formulado pela agravante na inicial é suficiente e, ademais, prestigia o princípio da economia processual.

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

*“Ação de consignação em pagamento. Cumulação de pedidos. Precedentes desta Corte. 1. Já decidiu a Corte ser possível em ação de consignação em pagamento ‘examinar o critério de reajustamento em contratos de mútuo para a aquisição da casa própria’ (REsp n° 257.365/SE, de minha relatoria, DJ de 18/06/01. Há, também, precedente no sentido de que se admite ‘a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas todas como devidas por força do mesmo negócio jurídico’ e de que quando o autor cumula pedidos ‘que possuem procedimentos judiciais diversos implicitamente requer o emprego do procedimento ordinário’” (REsp n° 464.439/GO, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, DJ de 23/06/03), (REsp n° 616357/PE, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, J. 06.06.2005).*

*“Processual civil. Recurso especial. Exame de matéria constitucional. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Ação de consignação em pagamento. Pedido revisional. Cumulação. Possibilidade (...) III - É possível, em razão do mesmo contrato, a cumulação do pedido de consignação dos valores incontroversos com o de revisão de cláusulas ilegais ou abusivas.” (REsp n° 596934/RJ, Rel. Min. CASTRO FILHO, J. 14.06.2004).*

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0117211-09.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INTERLAB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS CIENTIFICOS LTDA, são agravados COREL CORPORATION e MICROSOFT CORPORATION.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**Deram provimento ao recurso. V. U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 13.107)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), COELHO MENDES E ROBERTO MAIA.

São Paulo, 20 de agosto de 2013.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

**Ementa: DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE SEM LICENÇA. REPRODUÇÃO ILÍCITA.** Agravo de instrumento contra a decisão, proferida em liquidação de sentença, que fixou o valor da reparação na quantia correspondente ao décuplo do valor de cada programa de computador indevidamente reproduzido.

1. A autora utilizava-se dos softwares apenas nas suas atividades internas, não houve, portanto, comercialização externa da reprodução indevida. É a agravante sociedade limitada, envolvida na distribuição de produtos científicos. Não é sociedade de ações, com amplo reconhecimento no mercado. Não há também elementos que possam assegurar que a utilização do programa trouxe significativo proveito econômico à agravante.

2. Assim, à falta de elementos sólidos de que a agravante tenha porte econômico suficiente para responder à reparação fixada na decisão, e, igualmente, à falta de prova do efetivo proveito econômico, revela-se adequada a condenação ao pagamento de reparação correspondente a três vezes o valor de mercado de cada programa indevidamente reproduzido.

3. Embora esta Câmara tenha fixado, por vezes,

**reparação correspondente ao décuplo do valor de cada programa irregularmente reproduzido, em atenção à jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, deve ser notado que o arbitramento envolve o exame preciso do porte econômico de cada empresa investigada, bem como as condições nas quais se operou o ato ilícito, sendo certo que a reparação nunca poderá acarretar o enriquecimento indevido do lesado. Por estas razões, no caso em exame, não se mostrou adequada a majoração ao décuplo do valor de cada programa irregularmente reproduzido.**

**Recurso provido para reduzir a reparação à quantia correspondente a três vezes o valor de cada programa indevidamente reproduzido pela agravante.**

## VOTO

1. Insurgiu-se a agravante contra a decisão, proferida pelo Doutor Marco Antonio Botto Muscari, que, na fase de liquidação de sentença, fixou o débito no valor de R\$ 365.559,90, quantia correspondente ao décuplo do valor de cada programa de computador irregularmente utilizado pela agravante. Sustentou, no recurso, que o valor arbitrado é excessivo e não corresponde ao prudente arbítrio do Juiz. Pediu a redução do valor da dívida.

Deferido o efeito suspensivo, foram dispensadas as informações, o recurso foi respondido pelas agravadas, que trouxeram aos autos julgados desta C. 10ª Câmara de Direito Privado, nos quais foram fixadas reparações correspondentes a dez vezes o valor de mercado de cada programa de computador reproduzido irregularmente.

É o relatório.

2. A sentença, submetida à fase de liquidação, nada determinou a respeito da apuração do valor da reparação da violação ao direito da agravada. Diante disso, a prova pericial considerou que existiram trinta e cinco reproduções irregulares de programas de computador no estabelecimento empresarial da agravante. O valor total dos programas reproduzidos, conforme informou o perito (fls. 47), corresponde à quantia de R\$ 36.555,99. Diante disso, o perito afirmou que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, seria adequado ao caso o pagamento de reparação correspondente ao décuplo do valor dos programas (R\$ 365.559,90 - fls. 49).

A respeito do valor da indenização e da penalização pela violação do direito do autor, sujeito a arbitramento, esclarece Hugo Orrico Junior: ***“A fixação do montante indenizatório deve ser feita em um valor que, no aspecto***

*patrimonial, permita ao lesado recuperar-se de todos os danos causados pelo contrafator, sejam eles quais forem [...]. Nos parece óbvio que a simples existência de cópias sem autorização serve para demonstrar de maneira inequívoca, no mínimo, o dano material na modalidade de lucros cessantes, causado pela simples reprodução não autorizada do programa [...] Por outro lado, a indenização patrimonial não pode ser confundida com qualquer sanção civil, pois é mera obrigação de ressarcimento, razão pela qual deve o lesante também pagar ao lesado um montante a título de sanção legal pela violação dos direitos de autor, sendo esta verba de caráter eminentemente extrapatrimonial e devida tanto a pessoas físicas quanto a jurídicas. Essa verba deve ser fixada em montante suficiente para desestimular o lesante à nova prática do ilícito, adequada ao seu porte comercial e condição financeira, sem, contudo, provocar sua ruína, ou tampouco, o enriquecimento sem causa do lesado...*” (Pirataria de Software, Ed. MM, 2004, p. 158/159).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também definiu, em Acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, os aspectos que devem ser considerados na fixação da indenização:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE). INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. ART. 103 DA LEI 9.610/98. POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO NUMÉRICA DA CONTRAFAÇÃO. - A sanção do parágrafo único do art. 103 da Lei 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de identificação numérica da contrafação. - A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei 9.610/98 - “sem prejuízo da indenização cabível.” - Na fixação do valor da indenização pela prática da contrafação, observada a razoabilidade, devem ser considerados os seguintes itens balizadores: (i) o fato de que desestime a prática ofensiva e obste o enriquecimento sem causa do titular dos direitos autorais violados; (ii) o fato de incoerência de comercialização dos produtos contrafeitos. - Na hipótese julgada, é razoável supor que, não houve a intenção de praticar qualquer espécie de concorrência desleal ou comprometer a indústria legalizada. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.”

**(STJ, REsp 1016087/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, dj 14.04.2010).**

No caso em exame, a autora utilizava-se dos *softwares* apenas nas suas atividades internas, não houve, portanto, comercialização externa da reprodução indevida.

É a agravante sociedade limitada, envolvida na distribuição de produtos científicos. Não é sociedade de ações, com amplo reconhecimento no mercado.

Não há também elementos que possam assegurar que a utilização do programa trouxe significativo proveito econômico à agravante. Neste ponto, importa notar que o perito deixou de responder quesito pelo qual as agravadas questionavam de que forma o programa de computador utilizado auxiliava a cadeia produtiva da empresa ré, pois, segundo ele, a questão “**extrapolava o objeto da perícia**” (fls. 51).

Assim, à falta de elementos sólidos de que a agravante tenha porte econômico suficiente para responder à reparação fixada na decisão, e, igualmente, à falta de prova do efetivo proveito econômico, revela-se adequada a condenação ao pagamento de reparação correspondente a três vezes o valor de mercado de cada programa indevidamente reproduzido, o que acarreta o pagamento de débito no valor de R\$ 109.667,97, quantia suficiente a desestimular a reiteração da conduta ilícita e também reparar o prejuízo sofrido pelas agravadas.

Embora esta Câmara tenha fixado, por vezes, reparação correspondente ao décuplo do valor de cada programa irregularmente reproduzido, em atenção à jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, deve ser notado que o arbitramento envolve o exame preciso do porte econômico de cada empresa investigada, bem como as condições nas quais se operou o ato ilícito, sendo certo que a reparação nunca poderá acarretar o enriquecimento indevido do lesado. Por estas razões, no caso em exame, respeitado o entendimento do Douto Magistrado, não se mostrou adequada a majoração ao décuplo do valor de cada programa irregularmente reproduzido.

3. Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para reduzir a reparação à quantia correspondente a três vezes o valor de cada programa indevidamente reproduzido pela agravante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2003270-47.2013.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante QUITÉRIO LOURENÇO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20247)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO E MELO COLOMBI.

São Paulo, 30 de agosto de 2013.

CARDOSO NETO, Relator

**Ementa: TUTELA ANTECIPADA - Ação de revisão de contrato de financiamento de veículo - Pretensão do agravante de autorização para efetuar o depósito das parcelas mensais no valor incontroverso - Indeferimento em primeiro grau - Possibilidade dos depósitos - Inovação introduzida pelo recente criado artigo 285-B, do CPC - Reflexos da conduta do autor recorrente, entretanto, que correrão por sua conta e risco, inclusive no que toca com os efeitos da mora - Recurso provido.\***

**\*TUTELA ANTECIPADA - Pretensão de que seja o agravante mantido na posse do veículo objeto do contrato em discussão - Pretensão de que o agravado seja obstado a praticar quaisquer atos que possam prejudicar o recorrente - Indeferimento em primeiro grau - Reformulação do entendimento deste relator no tocante à exclusão ou abstenção do nome do consumidor junto aos órgãos de proteção ao crédito de acordo com a orientação consolidada em Incidente de Recurso Repetitivo no REsp nº 1.061.530 - Ausência, no caso concreto, do “fumus boni iuris” necessário à concessão da medida pleiteada (art. 273, § 7º, do CPC) - Recurso desprovido**

## VOTO

Recurso à r. decisão prolatada pelo MM. Juiz Maurício Tini Garcia que nos autos da ação revisional de contrato de financiamento de veículo indeferiu pedido de tutela antecipada para que o agravante efetuassem o depósito das parcelas mensais no valor incontroverso; para que o agravado se abstenha de negativar o nome do agravante e; para que o agravante seja mantido na posse do bem. Insurgindo-se contra o assim decidido busca o recorrente o deferimento do pedido de tutela pleiteado na inicial. Deixou-se de intimar o agravado para resposta, vez que ainda não foi formada a relação jurídico-processual, por ausência de citação nos autos subjacentes.

*É o relatório.*

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece

que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, repita-se, impedir-se o manejo de ações que o credor reputar cabíveis (v.g. busca e apreensão, reintegração de posse, cobrança), mediante autorização de depósito dos valores unilateralmente apurados constituiria flagrante violação de direito.

Dessa forma, os reflexos da conduta do autor recorrente correrão por sua conta e risco, inclusive no que toca com os efeitos da mora.

Sob a égide, pois de tal circunstância, ficam autorizados os depósitos nos valores que o recorrente entende devidos, com apoio no recente criado artigo 285-B, do Código de Processo Civil (Lei nº 12.810/2013).

*“Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso.*

*Parágrafo único. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.”*

Como se vê, a inovação legislativa não contempla a elisão da mora.

No que se refere ao pedido de tutela antecipada para que o agravado se abstenha de negativar o nome do agravante e para que este seja mantido na posse do bem, este relator sempre entendeu que estando a quizila entre as partes “sub judice”, a inclusão ou manutenção do nome do consumidor devedor nos cadastros de órgãos de listas de inadimplência nada acrescentava (e nada diminuía) com relação ao eventual crédito do recorrido, o que representava, por conseguinte, violação a direitos individuais (RT 736/269).

Também, sempre considerou ser direito do consumidor a proteção contra métodos comerciais coercitivos (art. 6º, IV, da Lei nº 8.078/90), sendo prática comercial abusiva o repasse de informações depreciativas (art. 39, VII, do mesmo diploma legal), sendo vedada na cobrança de dívida, a prática de exposição a ridículo, de constrangimento ou de ameaça (art. 42, “caput”, da mesma lei).

A par destas considerações, o Colendo Superior Tribunal de Justiça traçou a orientação 4, em incidente de recurso repetitivo referente aos contratos bancários, no REsp 1.061.530 - RS, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 22.10.2008, no sentido de que para o deferimento da tutela antecipada que vise à exclusão ou abstenção de inserção do nome do consumidor junto aos órgãos de proteção ao crédito, não basta a simples discussão judicial do débito, mas há a necessidade concomitante do preenchimento de outras condicionantes, a saber: a) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; e, b) houver

depósito da parcela incontroversa ou for prestada caução fixada ao prudente arbítrio do juiz. Não tem sentido prático, portanto, o posicionamento isolado deste relator cuja manutenção prolongará o tramitar do feito principal.

“In casu” o autor agravante fundamenta seu pedido na existência de cobrança de juros capitalizados, motivo pelo qual entende ter direito à tutela antecipada para que o agravado se abstenha de praticar atos que lhe prejudiquem, bem como para que seja mantido na posse.

Com efeito, não se vislumbra a presença do “fumus boni iuris” (art. 273, § 7º, do CPC) necessário à concessão da medida pleiteada, vez que “não há *prima facie* prova inequívoca a demonstrar que o valor das prestações cobrado pelo réu, acrescido dos encargos decorrentes da mora, que é incontroversa, está em desacordo com as cláusulas contratuais”, razão pela qual, nesta parte do recurso, mantém-se r. decisão agravada.

Assim e em harmonia com todo o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, apenas para autorizar os depósitos nos valores que o recorrente entende devidos, com apoio no recente criado artigo 285-B, do Código de Processo Civil .

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0087663-36.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que é agravante BANCO NACIONAL S/A (LIQUIDAÇÃO EXTRA-JUDICIAL), é agravado USINA SANTA RITA S/A AÇUCAR E ALCOOL.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22344)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ E PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

IRINEU FAVA, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Impugnação à execução de acordo - Decisão de acolhimento para manter as condições do último acordo celebrado e determinar o prosseguimento da execução pelo valor ainda em aberto, sobre o qual**

**deveriam incidir as cominações previstas para o caso de inadimplemento**

**- Utilização da chamada “teoria da substancial performance” - Inadmissibilidade no caso concreto**

**- Partes que dispuseram explicitamente as condições de resolução da avença, devendo ser revogada a decisão ora hostilizada para que a execução prossiga com base nas cláusulas consolidadas no acordo originalmente homologado em 1º Grau - Recurso provido para esse fim.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto contra decisão copiada a fls. 16/23, proferida pela MMA. Juíza de Direito Nélia Aparecida Toledo Azevedo, que acolheu impugnação à execução de acordo para manter as condições do último acordo celebrado e determinar o prosseguimento da execução pelo valor ainda em aberto, sobre o qual deveriam incidir as cominações previstas para o caso de inadimplemento.

Sustenta o agravante, em síntese, que no acordo entabulado restou consignado que no descumprimento da obrigação assumida ocorreria rescisão desse acordo, vencendo-se antecipadamente as parcelas vincendas, considerando-se dívida líquida e certa para efeitos de continuidade do processo de execução pignoratória e voltando o valor do débito a ser, para todos os efeitos, o constante da petição inicial, o qual deveria ser corrigido observando-se as normas contratuais do instrumento que deu origem à ação, efetuados os abatimentos dos valores recebidos. Requer o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada.

Agravo tempestivo, instruído e preparado (fls. 13/15).

Denegado o efeito ativo pleiteado e dispensadas as informações do MM. Juízo “a quo” (fls. 109), a petição informando o cumprimento do artigo 526 do Código de Processo Civil figura a fls. 113 e a contraminuta a fls. 116/130.

### É O RELATÓRIO.

O agravo de instrumento, respeitada a convicção do MM. Juízo de 1º Grau, merece prosperar.

Cuida-se de impugnação à execução de acordo devidamente homologado, sendo referida insurgência acolhida para manter as condições do último acordo celebrado e determinar o prosseguimento da execução pelo valor ainda em aberto, sobre o qual deveriam incidir as cominações previstas para o caso de inadimplemento.

Para efetuar tal acolhimento, a decisão ora agravada utilizou-se da chamada “teoria da substancial performance” (fls. 20), reconhecendo que o contrato substancialmente cumprido não pode ser resolvido de forma unilateral.

Todavia, analisando-se detidamente a prova trazida aos autos, verifica-se inexistir no caso concreto mencionada resolução unilateral.

Com efeito, no acordo de fls. 51/60 ficou explícito que as condições ali colocadas não constituíam novação (fls. 52), bem como restou consignado por ambas as partes que “... ocorrendo o descumprimento da obrigação assumida, importará na rescisão do presente acordo, vencendo-se antecipadamente as parcelas vincendas, considerando-se dívida líquida e certa para efeito de continuidade deste processo de execução pignoratícia e **voltando o valor do débito a ser, para todos os efeitos, e na forma da lei, o constante da petição inicial de fls. e fls., o qual deverá ser corrigido observando-se as normas contratuais do instrumento que deu origem a esta ação, efetuados os abatimentos dos valores recebidos, os quais deverão ser tidos como meras amortizações,...**” (fls. 56).

Alguns aditamentos a esse acordo ocorreram, mas em todos eles constata-se a manutenção dessa condição rescisória, conforme explicitamente consignado nas cláusulas desses aditamentos: “... ratificado em todos os outros seus termos” (fls. 63); “Todas as demais cláusulas e condições anteriormente acordadas nos autos ficam automaticamente ratificadas” (fls. 66); “Caso ocorra a quebra de acordo, por qual motivo que seja, os Executados perdem o desconto de pontualidade concedido pelo EXEQUENTE, e os pagamentos efetuados serão tidos como mera amortização a confissão de dívida de R\$ 34.308.442,40” (fls. 71, “in fine”).

Dessa forma, inviável é a adoção da mencionada “teoria da substancial performance” no presente caso, tendo em vista que ambas as partes dispuseram explicitamente as condições de resolução da avença, devendo ser revogada a decisão ora hostilizada para que a execução prossiga com base nas cláusulas consolidadas no acordo originalmente homologado em 1º Grau.

Para esse fim, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0139350-52.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ALESSANDRA PIOVESAN HUMBERG e FREDERICO JOSE HUMBERG, é agravado O JUÍZO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “por votação unânime, e para o fim determinado, deram parcial provimento ao recurso.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente), TEIXEIRA LEITE E FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

MAIA DA CUNHA, Relator

**Ementa: Família. Alteração de regime de bens. Art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Matrimônio contraído em 1998, sob o regime de comunhão parcial de bens que se pretende modificar para o da separação total de bens. Admissibilidade. Pedido de partilha de bens que não encontra óbice na medida em que garantido o direito de terceiros até a data da modificação. Emenda da inicial afastada no particular. Acertada a exigência de documentos adicionais para a comprovação da situação financeira dos agravantes e preservação de interesses de terceiros. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, nos autos da ação de modificação de regime de bens, determinou a emenda da inicial para excluir o pedido de partilha dos bens em comunhão, inclusive mediante autorização do Juízo para a sua realização por Escritura Pública, uma vez que não ocorrerá a dissolução do casamento, e solicitou a apresentação de documentos adicionais e a publicação de editais para conhecimento de terceiros.

Sustentam os agravantes, em suma, que sem a partilha, não será possível a administração individual dos bens pelos cônjuges, bem como que os documentos adicionais exigidos pelo ilustre Magistrado extrapolam os requisitos determinados pela lei para a modificação do regime de bens. Requerem a concessão do efeito suspensivo ao recurso e seu integral provimento.

### **Este é o relatório.**

O recurso, com a devida vênia, merece parcial provimento.

Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão que, além de determinar a vinda de certidões destinadas à verificação financeira dos envolvidos, determinou a emenda da inicial para a exclusão do pedido de partilha, considerando-o incompatível com a mudança de regime por não haver dissolução do vínculo

conjugal, nos seguintes termos:

*“Nos termos dos artigos 283 e 284, caput e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, à luz do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, emendem os requerentes a inicial, em dez (10) dias, sob pena de indeferimento, para: a) excluir o pedido de partilha dos bens em comunhão, inclusive mediante autorização do Juízo para a sua realização por Escritura Pública, uma vez que não ocorrerá a dissolução do casamento, assim como não há possibilidade de concessão de efeito retroativo à futura e eventual sentença a ser prolatada nos presentes autos e, para a garantia dos direitos de terceiros, inclusive das Fazendas Públicas, somente é possível que a eventual decisão que autorize a modificação do regime de bens do casamento tenha efeitos ex nunc.”*

Pois bem.

É de se destacar que a possibilidade de alteração do regime de bens é nova no nosso ordenamento jurídico, tendo sido instituída pelo art. 1639 do Código Civil de 2002, o qual assenta que *“É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”*, dispondo, no § 2º, que *“É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”*.

Em simples palavras, é lícito estipularem os nubentes o regime de bens antes da celebração do casamento, podendo alterá-lo mediante autorização judicial que, no substancial, levará em conta a motivação para a mudança e resguardará direitos de terceiros.

Respeitado o entendimento do digno Magistrado de primeiro grau, não se vislumbra óbice ao pedido de partilha feito pelos agravantes na ação de alteração de regime de bens, tolhendo o direito de partilharem os bens para exercício individual segundo forem partilhados. Embora relativamente novo e ainda polêmico o tema, inclusive na jurisprudência, parece razoável concluir que nada impede a partilha precedente à alteração do regime de bens, desde que, como imprescindível, sejam expressamente ressalvados os direitos de terceiros.

Nesse sentido, deste Egrégio Tribunal de Justiça, confira-se: *“Procedimento de jurisdição voluntária de alteração de regime de bens entre cônjuges. Código Civil, § 2º do art. 1.639. Se o regime vigente é o da comunhão, ainda que parcial, e o que se pretende é o da separação total, por imperativo de lógica há que se fazer partilha de bens. Decisão que determina o contrário que, por isso, se reforma. Cautelas impostas pelo acórdão, a par das já determinadas em primeiro grau (certidões, editais, etc.): apresentação de certidões de distribuidores forenses e de Cartórios de Protestos, expedição de ofícios à Receita Federal, observância do procedimento de inventário e partilha*

(CPC, arts. 982 e seguintes), avaliação do real valor do patrimônio comum, etc. Agravo provido, com tais determinações” (Agravo de Instrumento nº 0000820-68.2013.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, em 21.05.2013).

Não se olvida a existência de julgados contrários à partilha, fundados essencialmente na permanência do vínculo conjugal não desfeito pela modificação do regime de bens (Apelação nº 0316366-23.2009.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desª Christine Santini, em 20 de junho de 2012; Apelação nº 0031746-28.2010.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, em 24 de março de 2011).

No entanto, não consigo vislumbrar obstáculo algum na partilha dos bens, de modo a que possam ficar disponíveis aos cônjuges, isoladamente, tal como desejam e em conformidade com a legislação civil vigente. Não há risco a terceiros, porque *ex nunc* o efeito da modificação do regime, e a possibilidade de alienação fraudulenta, “*ad argumentandum*”, tanto se pode dar com ou sem a partilha no ato da modificação do regime. Mas de um ou de outro modo estarão terceiros garantidos pela ação pauliana que podem intentar, num e noutro caso, em relação aos bens, partilhados ou não.

No silêncio da lei, e inexistindo obstáculos de ordem prática no que se refere ao essencial resguardo do direito de terceiros, motivo não há para deixar de partilhar os bens de modo a que cada qual possa individualmente gerir os que lhe couberam na partilha.

Destarte, com o devido respeito aos entendimentos contrários, inclusive do digno Magistrado sentenciante, impõe-se o parcial provimento do recurso para afastar a determinação de emenda da petição inicial para excluir o pedido de partilha formulado pelos autores.

De outro lado, é de rigor manter a r. decisão do ilustre Magistrado no que diz respeito aos documentos adicionais exigidos para a alteração do regime de bens.

Isso porque é imperiosa a necessidade da segurança relacionada aos direitos de terceiros de que cogita o § 2º do art. 1639 do Código Civil, daí porque a doutrina e a jurisprudência consideram pertinentes as exigências de certidões e provas destinadas à proteção de terceiros, inclusive com sugestão de publicações de editais de conhecimento público.

E é exatamente em função do cuidado que se deve ter em relação a terceiros que se faz necessária a verificação da situação financeira atual dos cônjuges, com a investigação acerca de eventuais dívidas e de interesses de terceiros potencialmente atingidos, de tudo se dando publicidade. Mais ainda quando se pretende a partilha precedente à alteração do regime de bens. É como se tem entendido no Colendo Superior Tribunal de Justiça, conferindo-

se exemplificativamente parte da ementa que interessa ao caso em julgamento: “*Contudo, é importante destacar que a medida não pode deixar de ressaltar os “direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”, nos termos do Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJP. (REsp nº 1.119.462-MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, em 26.02.2013).*”

De rigor, portanto, com a devida vênia, o parcial provimento do recurso para afastar a necessidade de emenda da inicial quanto à retirada do pedido de partilha, sendo mantidos, no mais, os termos da r. decisão agravada.

**Pelo exposto, e para o fim determinado, é que se dá parcial provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0106582-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante RIELLEN S INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, é agravado WADIIH LEIRIA MASSAD.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.460)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU E CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

EGIDIO GIACOIA, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de prestação de contas - Quebra de sigilo bancário - Terceiros estranhos ao feito - Caráter excepcionalíssimo da medida - Medida que não se mostra imprescindível no caso em tela - Possibilidade de adoção de outras providências, como a instauração de incidente de exibição de documentos, medida menos gravosa aos direitos fundamentais dos terceiros - Incidência do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal - Decisão reformada - Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão interlocutória copiada a fl. 185 (aqui fl. 210), que na segunda fase do procedimento de prestação de contas que tramita na origem (ajuizada por Wadih Leiria Massad em face da agravante Riellen's Indústria e Comércio LTDA), deferiu a expedição de ofícios ao Banco Itaú, para que referida instituição preste as informações solicitadas a fl. 143 dos autos principais, itens “a” e “b”, ou seja: a) Para que seja informada nos autos a relação de títulos de cobranças liquidados (boletos) das contas de Marinho Rodrigues - Agência 0048, CC 80008-0 e Helen Lopes Riello, Agência 6403, CC 05484-1, objetivando a ciência quanto aos relatórios de liquidação dos títulos colocados em cobrança pelas referidas pessoas, compreendendo o período de 26.03.2007 a 18.06.2008, devendo-se informar o número do título, data de vencimento, valor, sacado e data de pagamento; b) Extratos bancários do período de 26.03.2007 a 18.06.2008 das contas bancárias acima referidas, para apuração de entradas e saídas e confrontações com os balanços a serem juntados pela ré aos autos (anos de 2006, 2007 e 2008).

Insurge-se contra esta decisão a agravante, aduzindo, em síntese, que Marinho Rodrigues e Helen Lopes Riello são pessoas estranhas ao feito, também não pertencendo aos quadros da sociedade. Afirma que no particular, a r. decisão agravada não possui qualquer fundamentação, o que impede seu exercício de ampla defesa.

Outrossim, assevera que os pedidos deferidos pela Magistrada são jurídica e faticamente impossíveis. Tece considerações sobre o sigilo bancário, sua origem e finalidades. Afirma que por força de comando constitucional não se pode invadir a esfera de privacidade dos terceiros.

A fls. 213/214 este relator determinou o processamento do presente recurso no efeito suspensivo.

A fls. 219/223 manifestou-se a parte contrária, pugnando pelo não provimento do recurso. Requereu a revogação do efeito suspensivo e a aplicação da pena de litigância de má-fé. Juntou documentos a fls. 224/240.

### É o relatório.

De proêmio, afasta-se a aplicação de multa por litigância de má-fé ao recorrente, requerida a fls. 223, uma vez que não restou prontamente demonstrada a deliberada intenção do agravante em causar dano à parte contrária ou provocar tumulto processual. Nesse sentido: **“A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa).”** (STJ, 3ª Turma, REsp 906.269, Relator Ministro Gomes de Barros, j. 16.10.07).

No que se refere ao mérito, o recurso comporta provimento.

No caso dos autos, tem-se que a decisão agravada determinou a quebra do sigilo bancário de pessoas estranhas ao feito, para obtenção de dados que seriam relevantes para dirimir questões relacionadas à prestação de contas.

Com efeito, deve-se destacar que a quebra de sigilo bancário é medida excepcionalíssima. A quebra de sigilo de pessoa estranha à lide, portanto, requer cuidados ainda maiores.

Este E. Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de manifestar-se em caso parelho. Nesse sentido:

***AGRAVO DE INSTRUMENTO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE TERCEIRO ESTRANHO À LIDE - MEDIDA EXCEPCIONAL - Não há como deferir a quebra de sigilo bancário de terceiro estranho à lide, uma vez que é medida que afronta o direito à intimidade, bem como o princípio da inviolabilidade do sigilo de dados, previstos constitucionalmente.***

***APURAÇÃO DE HAVERES - Embora a autora, ora agravante, sustente que sua realização neste momento será inútil, porque a recorrente também pleiteia nesta demanda o ressarcimento por eventual dano material causado pelo agravado, tal medida se impõe para que seja concretizada a dissolução parcial da sociedade.***

*(TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 0153540-54.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 06/11/2012, DJ 22/11/2012)*

Relevante destacar, do corpo do voto do Agravo de Instrumento nº 0153540-54.2012.8.26.0000, as seguintes passagens, *in verbis*:

*“Assim, considerando o caráter excepcional que delimita a quebra do sigilo bancário, mesmo não tendo o agravado impugnado especificamente, em sua contestação (fls. 29/36), as alegações de desvio financeiro, tal situação não é motivo suficiente para determinar a expedição de ofícios ao Banco do Brasil para obtenção de extratos bancários de conta corrente de indivíduo que, inclusive, não faz parte da lide.*

*[...]*

*Registre-se que a quebra de sigilo bancário de terceiro alheio à lide caracteriza-se invasão de privacidade, bem como afronta à inviolabilidade de dados, constituindo-se em medida de caráter excepcional.*

*De acordo com a lição do Ilustre Professor Alexandre de Moraes, in ‘Direito Constitucional’, 6ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 1999, páginas 79/80, bem ensina que:*

*‘A inviolabilidade do sigilo de dados (art 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art 5º, X), sendo ambas as previsões da defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, (...). No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos*

*(...)*

*Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.*

*(...)*

*Igualmente ao sigilo bancário, as Informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de Imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, no interesse da Justiça, (...).’*

*[...]*

*Neste sentido, a orientação jurisprudencial:*

*‘MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial - Expedição de ofícios de Informações fiscais e atividades negociais privadas sobre quem não é parte na ação - Ordem concedida no caso específico dos autos.’ (TJSP - MS nº 64.152-4/6, Des. Osvaldo Caron, julgado em 15.06.99).*

*‘CONSTITUCIONAL E CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE TERCEIRO - LEGITIMIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INVOLABILIDADE DE DADOS - CONCESSÃO.*

*Consoante o artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e artigo 1º, da Lei 1.533, de 1951, concede-se mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, constituindo a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado pressuposto essencial para a concessão da segurança.*

*O terceiro, atingido pelo ato judicial dito abusivo e inconstitucional, possui legitimidade para a impetração do mandado de segurança.*

*O ato judicial que determina a quebra de sigilo fiscal e bancário de determinada pessoa, sem que exista fato que justifique medida tão*

*extrema e desnecessária para a solução da lide, se mostra abusivo e inconstitucional, ferindo o direito líquido e certo à inviolabilidade de dados, garantido constitucionalmente.'*

*(TJMG, MS nº 2.0000.00.378994-6/000(1), Relator Des. Maurício Barros, julgado em 23/04/2003, publicado em 17/05/2003).*

*'SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE PESSOA ESTRANHA À LIDE. DESCABIMENTO. A quebra de sigilo bancário trata-se de medida excepcional, não sendo cabível com referência a terceiro estranho à lide. Agravo desprovido.'* (TJRS - AI Nº 70018601708, julgado em 28.03.07, Des<sup>a</sup>. Maria Berenice Dias) (o grifo não consta do original).

*'EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. 1. NÃO PODE SER CONHECIDA A PARTE DO RECURSO QUE NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO HOSTILIZADA. 2. PARA QUE POSSA SER ULTRAPASSADA A BARREIRA DO SIGILO BANCÁRIO, MISTER ESTEJA EVIDENCIADA SITUAÇÃO DE EXCEPCIONAL NECESSIDADE. 3. A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE TERCEIRO, ESTRANHO AO PROCESSO, CONSTITUI INDÉBITA INVASÃO DA PRIVACIDADE. ALÉM DE NÃO SER A FORMA MAIS IDÔNEA PARA COMPROVAR UM VÍNCULO COMERCIAL MANTIDO COM A ALIMENTANDA. 4. CABE AO AUTOR COMPROVAR A ALTERAÇÃO DA NECESSIDADE DA ALIMENTANDA A PARTIR DO ACORDO E NÃO A SITUAÇÃO DELA ANTERIORMENTE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)* (Agravo de Instrumento Nº 70004838108, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/10/2002) (o grifo não consta do original).

*'EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. (...) PARA QUE POSSA SER ULTRAPASSADA A BARREIRA DO SIGILO BANCÁRIO MISTER ESTEJA EVIDENCIADA SITUAÇÃO DE EXCEPCIONAL NECESSIDADE. A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE TERCEIRO, ESTRANHO AO PROCESSO, CONSTITUI INDÉBITA INVASÃO DA PRIVACIDADE, ALÉM DE NÃO SER A FORMA MAIS IDÔNEA PARA COMPROVAR UM VÍNCULO COMERCIAL MANTIDO COM A ALIMENTANDA (...) RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.'* (TJRGS, Agravo de Instrumento nº 70004838108, em 02/10/2002, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Porto Alegre) (o grifo não consta do original)''

Ora, tendo em vista as lições acima no tocante à excepcionalidade da

medida que determina a quebra de sigilo bancário, sobretudo de terceiro estanho à lide, a decisão agravada não deve prevalecer.

Registre-se que nada impede, contudo, a instauração de incidente de exibição de documentos em face de terceiro, segundo o rito dos artigos 355/363 do Código de Processo Civil, medida que se mostra menos gravosa aos direitos fundamentais do terceiro.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0138445-47.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante STATUS COMERCIAL E CONSTRUTORALTD, são agravados MARLENE DE GOUVEIA LARANJA e JOSE FRANCO RAIOLA PEDACE.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), ELCIO TRUJILLO E CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

JOÃO CARLOS SALETTI, Presidente e Relator

**Ementa: FRAUDE À EXECUÇÃO - Não reconhecimento - Pressupostos: ação em curso, seja executiva ou condenatória, com citação válida, e insolvência decorrente da alienação ou oneração - Hipótese em que os executados tinham pleno conhecimento da ação quando alienaram o imóvel - Inexistência de outros bens no patrimônio dos devedores, passíveis de execução - Circunstâncias que indicam configurada a fraude, pena de desconsiderar o direito do credor e desprestigiar a atividade jurisdicional - Inteligência e aplicação do art. 593, II, do Código de Processo Civil - Fraude que deve ser reconhecida - Decisão reformada.**

**Agravo provido.**

## VOTO

Em ação de obrigação de fazer, em fase de cumprimento da sentença, o Juízo indeferiu "... o pedido de reconhecimento de fraude à execução em relação à venda do imóvel localizado na Rua Doutor César, número 412, Bairro Santana, nesta Cidade de São Paulo" (fls. 125/127).

Insurge-se a exequente (fls. 2/10). Sustenta: **a)** as inúmeras manobras dos executados, atreladas a decisão equivocada do Juízo, retardaram o início da execução, tempo suficiente para os devedores, maliciosamente, se desfazerem de seu patrimônio; **b)** os executados tinham pleno conhecimento da mora a que deram causa e sabiam da multa aplicada multa essa que, aliás, foi proposta por eles quando do acordo celebrado pelas partes; **c)** quando os executados venderam o imóvel, já estavam em mora com relação ao cumprimento do acordo; **d)** quando iniciada a execução da multa os executados possuíam dois imóveis, um declarado impenhorável por se tratar de bem de família, e o outro, o objeto desta lide; **e)** diante do reconhecimento da natureza de bem de família com relação ao imóvel em que residem, os executados tornaram-se insolventes após a alienação do imóvel da rua Dr. César, 412; **f)** a alienação que reduz o devedor a insolvência é de plano fraudulenta, nos termos do artigo 593 e seus incisos, do Código de Processo Civil.

Requeru o provimento do recurso para reformar a r. decisão agravada reconhecendo a fraude a execução com relação a venda do imóvel sito à rua Dr. César, nº 412, com a consequente penhora do imóvel.

Os agravados responderam (fls.133/141).

### É o relatório.

1. A questão consiste em saber se a alienação discutida nos autos resultou ou não em fraude à execução.

Segundo o artigo 593 do Código de Processo Civil,

"considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

...

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência".

Para o reconhecimento da fraude, portanto, mister a presença de dois requisitos: **a)** a existência de demanda executiva ou condenatória em curso, com citação válida; **b)** que essa demanda seja capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Ensina o Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, a respeito, que

*"a fraude toma aspectos mais graves quando praticada depois de iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor. É que*

*então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair” (Processo de Execução, 4ª ed. Saraiva, 1.980, pág. 108).*

De outro lado, a alienação no curso da demanda, sobretudo se inexistentes outros bens bastantes para garantir os credores, independe de discussão ou prova do *concilium fraudis*:

“a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do *concilium fraudis*. A intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional” (obra e local citados).

A demanda a que se refere a norma não é, necessariamente, a ação de execução. A regra não faz qualquer distinção. A demanda, aí, é a de conhecimento ou a de execução. Mister, entretanto, que seja capaz de reduzir o devedor à insolvência (cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 32ª ed., notas 30 e 31 ao art. 593, p. 679).

A propósito, e anteriormente, a jurisprudência se contentava com a existência da ação:

“basta o ajuizamento da ação para que a alienação feita pelo devedor se considere em fraude de execução (RT 601/125, maioria, 609/107, JTA 91/126, 100/41, 104/61) e é indiferente que se trate de ação de execução ou de processo de conhecimento (JTA 96/260). E ainda mais se patenteia a fraude se o devedor se furta à citação e, enquanto isso, pratica ato de alienação (JTA 110/33)” (THEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., 21ª ed., nota 14 ao artigo 593, pág. 342).

De fato, no sistema do Código de Processo Civil em vigor, uma ação está em curso, ou correndo, des’que proposta. E “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara” (artigo 263).

Invoca-se a orientação mais recente, segundo a qual, para a caracterização da fraude é preciso que antes da prática do ato acoimado de fraudulento o devedor tenha sido citado para a ação de conhecimento ou de execução.

2. Não há dúvida, neste caso, de que a citação ocorreu antes da transmissão do bem discutido, portanto, caracterizada está a fraude.

Quando do julgamento do agravo de instrumento nº 0416373-95.2010.8.26.0000, j. em 28.02.2012, onde se discutia a impenhorabilidade de outro imóvel, por se tratar de bem de família, restou enfatizado o seguinte:

“Por outro lado, os agravados possuíam patrimônio suficiente para

arcar com a execução, quer dizer, o apartamento mencionado e a casa onde moram, mas venderam o primeiro desses bens livre de ônus quando já sujeitos à dívida por multa proveniente do atraso no cumprimento do acordo, objeto da execução.”

“Ora, se eles tinham patrimônio suficiente para garantir o cumprimento da obrigação, o fato de o alienarem e, assim, obstar a satisfação do débito (porque o outro imóvel é impenhorável), leva ao entendimento de que, não tendo outros bens, em tese teriam praticado fraude à execução, posto reduzidos à insolvência.”

Interessante lembrar, em abono e como suporte de assim decidir, v. acórdão da C. Quarta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (REsp 799440/DF, j. 15/12/2009, DJe 02/02/2010), afirmativo de que,

“[...] De regra, a caracterização da fraude de execução exige a ocorrência de litispendência, esta caracterizada pela citação válida do devedor no processo de conhecimento ou de execução.

“[...] *In casu*, há que se ater à peculiaridade levada em conta pela decisão recorrida, qual seja, quando da alienação do bem, portanto, no momento caracterizador da fraude, o devedor-executado tinha pleno conhecimento do ajuizamento da execução e, como forma de subtrair-se à responsabilidade executiva decorrente da atividade jurisdicional esquivou-se da citação de modo a impedir a caracterização da litispendência e nesse período adquiriu um bem imóvel em nome dos filhos.

[...] Inegável, portanto, que no caso em questão o ato fraudulento do executado maltratou não apenas o interesse privado do credor, mas sim a eficácia e o próprio prestígio da atividade jurisdicional, razão por que o ato de alienação de bens praticado pelo executado, ainda que anteriormente à citação, ontologicamente analisado no acórdão recorrido, está mesmo a caracterizar fraude de execução, impondo, como consequência a declaração de sua ineficácia perante o credor-exequente.”

Caracterizada, pois, a fraude à execução, mesmo porque, como salienta o digno Magistrado na r. decisão agravada, não foi “encontrado outro meio para satisfação da obrigação até o presente momento”.

Assim, fica declarada em fraude à execução a venda operada pelos executados, tornando-a ineficaz em face da exequente, o que autoriza a penhora do imóvel objeto da alienação.

**3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.**

É meu voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0155850-96.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DANIELE SOUTO RODRIGUES, é agravado SUL AMERICA SEGURO SAUDE S/A.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 964)**

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

São Paulo, 27 de agosto de 2013

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

### ***Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE***

***- Insurgência contra indeferimento de tutela antecipada requerida para compelir à seguradora ré a cobrir os custos com o parto da autora - Requisitos do art. 273 do CPC presentes - Periculum in mora evidente, diante da iminência do parto - Verossimilhança presente por conta (a) da intempestividade da notificação extrajudicial de cancelamento, (b) da admissibilidade de questionamento dos aumentos pela consumidora e (c) da impossibilidade legal de recontagem de prazo de carência - Contratos de trato continuado e de claro caráter relacional - Inviabilidade de serem considerados individualmente - Inexistência, em sede de cognição sumária, de elementos que permitam concluir pela existência de solução de continuidade entre os contratos - Prazo de carência que não pode ser reaberto - Tutela antecipada que deve ser concedida para afastar a carência do último contrato - Deferimento, também, do pedido de cobertura específica do Hospital Albert Einstein, podendo eventual falta de cobertura desse hospital específico ser considerada junto à apreciação do mérito do processo - Recurso provido.***

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de fls. 140/141 que, em ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, indeferiu o pedido de antecipação de tutela requerida para obrigar a seguradora a cobrir os procedimentos médicos relacionados ao parto da agravante que já passou do 7º mês de gestação.

Pleiteia a agravante a reforma do *decisum* alegando, em síntese, que o telegrama da seguradora referente ao atraso das parcelas de agosto e setembro só foi enviado em 11/10/2012 e recebida em 12/10/2012 e, portanto, fora do prazo legal estipulado no art. 13, p.único, II da Lei 9656/98; que, vencida a parcela em 20 de agosto, o 1º dia de atraso seria o dia 21 de agosto e, portanto, o 50º dia de atraso seria 09/10/2012; que o envio intempestivo do telegrama fez com que a agravante não tivesse oportunidade de efetuar o pagamento em atraso dentro do prazo assinalado na correspondência; que é inadmissível a rescisão unilateral sem prévia notificação no prazo estabelecido na lei; que o mero aviso de pendência financeira inserido no boleto é insuficiente para cumprir a exigência legal supramencionada; que a conduta da seguradora é abusiva; que se deve atender à boa-fé contratual; que sempre quitou regularmente as suas mensalidades; que deixou de pagar na data de vencimento as mensalidades de agosto e setembro por conta de aumentos injustificados; e, finalmente, que não houve informação devida e clara a respeito dos aumentos consecutivos, em violação ao art. 6º, III e 46 do CDC.

Não foi concedida a tutela antecipada recursal (fl. 161).

Não apresentada contraminuta porquanto ainda não formada a relação jurídica processual, encontram-se os autos em termos de julgamento.

### **É o relatório.**

Cuida-se ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório em que pretende a autora, em sede de tutela antecipada, que a Seguradora requerida seja compelida a cobrir os procedimentos médicos relacionados ao seu parto iminente.

Contra o indeferimento dessa pretensão, insurge-se a autora nesta oportunidade.

De início, é importante salientar que - por se tratar de pedido liminar em sede de agravo de instrumento - a análise deve ser perfunctória, sob pena de se adentrar indevidamente no mérito da ação.

No caso, em que pese o duto entendimento da MM. Juíza de origem, entende este relator que o pedido deve ser parcialmente acolhido.

Para a concessão da tutela antecipada, além do *periculum in mora*, deve ser demonstrada a verossimilhança das alegações da parte fundada em prova inequívoca (art. 273 do CPC).

É inconteste que a autora, atualmente no 7º mês de gestação, possa sofrer danos no caso de ser mantida a exigência de carência do plano de saúde firmado entre as partes.

Resta aferir, portanto, se a pretensão da agravante atende aos requisitos de verossimilhança e de prova inequívoca, nos termos legais.

A resposta é positiva.

O “novo” contrato de seguro saúde - com cláusula de carência de 300 dias para parto - firmado pelas partes, em dezembro de 2012, deve ser analisado com base nas peculiaridades do caso.

Primeiro porque, entre as partes, já havia - desde novembro de 2011 - contrato de seguro saúde, na categoria atual. E a notificação extrajudicial para cancelamento desse contrato por inadimplemento foi enviada pela seguradora e recebida pela autora após o quinquagésimo dia de inadimplência e, portanto, fora do prazo exigido pelo inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei 9.656/98.

Segundo porque o inadimplemento dos meses de agosto e setembro foi quitado acrescido dos encargos de mora, conforme se depreende do Demonstrativo de Pagamento de fls. 78, de forma que apenas estaria aberta a prestação referente ao mês de novembro - o qual não foi quitado, segundo a autora, porque a Seguradora preferiu cancelar o contrato unilateralmente.

Terceiro porque devem ser consideradas as peculiaridades do caso, além dos princípios da probidade e boa-fé exigidos pelo artigo 422 do Código Civil na execução do contrato.

Como já mencionado, a autora não é cliente nova do Plano agravado. Já era beneficiária de seguro saúde, em idêntica categoria do plano atual, desde novembro de 2011.

Os pagamentos exigidos estavam sendo efetuados desde então até que, em agosto de 2012, em razão de aumentos consecutivos e supostamente injustificados nas mensalidades (de R\$ 862,29 para R\$ 964,90 e, após, para R\$ 1.001,26), a autora relata preferiu interromper os pagamentos e pedir explicações junto à seguradora.

A interrupção do pagamento - portanto - não teria sido de maneira gratuita, nem injustificada. É direito de informação conferido à autora, segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º), aplicável no caso em testilha.

Finalmente, constata-se que a Seguradora - apesar do cancelamento unilateral por ela realizado em outubro/2012 - celebrou logo em seguida (dezembro de 2012) “novo” contrato de seguro saúde com a autora, pela mesma categoria anterior, prevendo - todavia - carência de 300 dias para parto, muito embora a agravante tenha quitado, com todos os encargos, as parcelas que haviam ficado pendentes.

Os contratos entre as partes, de trato continuado e de claro caráter relacional, não podem ser considerados individualmente. A princípio, ainda em sede de cognição sumária, verifica-se que não houve solução de continuidade entre os contratos, não obstante a controvérsia quanto ao pagamento relativo aos meses de agosto e setembro de 2012.

Assim, não se justifica a abertura de novo prazo de carência. Caso contrário, estar-se-ia permitindo à Seguradora impor a seus clientes novos períodos de carência a cada renegociação do serviço prestado.

Tal prática teria nítido caráter de recontagem de carência, o que é inadmissível nos termos do inciso I do art. 13 da Lei 9656/98.

Pelo exposto, a tutela antecipada - para afastar a carência para parto, prevista no último contrato - deve ser concedida.

O pedido de cobertura específica do Hospital Albert Einstein, também deve ser deferido, justificando-o a iminência do parto. Eventual falta de cobertura desse hospital específico pode ser novamente considerada junto à apreciação do mérito do processo.

Ressalta-se, a propósito, a possível revisão e reversibilidade desta decisão (art. 273, §§ 2º e 4º, CPC).

Por isso tudo, por este voto, **dá-se provimento** ao recurso, para afastar a carência para parto e conceder a cobertura dos procedimentos de parto no Hospital Albert Einstein.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0011385-91.2013.8.26.0000, da Comarca de Lucélia, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados ADEMIR ANTONIO PEREIRA, APAE DE LUCÉLIA, ANDRELINA TEIXEIRA GALETI (ESPÓLIO), HERICO GALETI, FERNANDO GALETI, IRACEMA ROSSI IGLESIAS, LUIZ CARLOS TAZINAZIO, MARIA APARECIDA MARGONI DE ARRUDA, MARIA NEUZA DALL ANTONIA ALBANEZ, MARISTELA DALL ANTONIA MARTINS e NEYDE APARECIDA DALL ANTONIA.

**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 6513)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente) e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

AFONSO BRÁZ, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. MULTA DO ART. 475-J DO CPC.**

**Aplicabilidade. Multa devida somente em caso de inércia do devedor e/ou rejeição de eventual impugnação, que é o caso dos autos. Hipótese em que houve o depósito do valor integral, mas a impugnação apresentada pelo banco foi integralmente rejeitada. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão copiada a fls. 338/346.

O agravante sustenta que indevida a multa prevista no art. 475-J do CPC no presente caso, vez que efetuou o depósito dentro do prazo de quinze dias para garantir o juízo. Busca a reforma do *decisum*.

Recurso regularmente processado, sem a concessão do efeito suspensivo às fls. 350 e sem contraminuta (certidão de fls. 352).

### **É o relatório.**

Sem razão o agravante.

Trata-se de execução baseada na ação civil pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC contra o Banco do Brasil S/A, julgada pela 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, na qual ficou reconhecido o direito dos poupadores aos expurgos inflacionários não creditados corretamente nas cadernetas de poupança, referente ao período de fevereiro de 1989 (Plano Verão).

Pretende o banco agravante afastar a aplicação da multa de 10%, prevista no art. 475-J do CPC.

Porém, o inconformismo não merece prosperar.

Isso porque a aplicação da referida multa é devida em caso de inércia do devedor e/ou rejeição de eventual impugnação, o que é a hipótese dos autos.

No presente caso, verifica-se que o banco réu depositou em juízo o valor integral que foi intimado a pagar, no prazo de quinze dias (fls. 244), mas sua impugnação foi rejeitada.

Dessa forma, levando-se em consideração que a intenção do legislador ao estabelecer a multa prevista no art. 475-J do CPC seria incentivar o pagamento

do débito pelo devedor desde o início da fase de cumprimento de sentença, sem postergar ainda mais a discussão judicial, o que não ocorreu com o oferecimento da impugnação, e, ainda, que nenhum dos pedidos formulados pelo banco executado foi acolhido, outra não poderia ser a solução senão manter a referida penalidade.

Por isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009936-64.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante QW RECURSOS HUMANOS LTDA, é agravado BRB BANCO DE BRASÍLIA S/A.

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Privado 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 12.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL MATTOS (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA E RONNIE HERBERT BARROS SOARES.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

VICENTINI BARROSO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR - Sustação de protesto - Caução – Dinheiro - Ato discricionário do juiz - Necessidade, entretanto, de fundamentação da rejeição do bem ofertado - Hipótese só justificável ante a inaptidão daquela ao ressarcimento de possíveis prejuízos à requerida, advindos da concessão de liminar - Determinação de manifestação judicial sobre o bem ofertado - Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

1. Agrava-se de decisão que, em cautelar de sustação de protesto movida pela agravante à agravada, deferiu liminar para aquele fim ou suspensão de seus efeitos publicísticos, se já lavrado, determinada caução em dinheiro, em cinco dias e sob pena de revogação (fl. 53).

Diz-se que, em virtude de sua baixa liquidez (que lhe impossibilita depósito em dinheiro), ofereceu à caução bem imóvel de sua propriedade avaliado em R\$ 5.000.000,00, valor esse mais que suficiente à garantia do suposto débito. Outrossim, sua pretensão tem base legal (art. 804 do CPC). Demais, a exigência de garantia pecuniária, em casos como este, inviabiliza o exercício do direito de ação, conforme jurisprudência que cita. Também, caso não afastada tal exigência haverá cassação da liminar, levando a protesto os títulos e efetivando-se a negativação do nome da agravante, o que acarretará nefastas consequências daí advindas, tais como restrições a linhas de crédito, perda de reputação junto ao mercado, etc., sujeitando-se a graves prejuízos de difícil reparação. Argumenta, ainda, que peticionou em 08/8/2013 (inda não apreciada pelo Juízo), requerendo reconsideração relativamente à ordem de depósito do valor integral do débito e reiterou pedido para aceitação do bem imóvel, demonstrando sua propriedade, conforme instrumento particular de venda e compra (ainda não registrado), e laudo de avaliação a corroborar o valor atribuído àquele. Pede, pois, antecipação de tutela recursal, afastada determinação de depósito em dinheiro a título de caução, e que se aceite o bem imóvel ofertado àquela, adequado à finalidade da norma.

Deferi efeito suspensivo (fl. 80).

É o relatório.

2. **Recurso parcialmente fundado.** Com efeito, postula-se sustação de protestos de títulos no valor de R\$ 554.030,60, ditos indevidos porque não revestidos de liquidez, certeza e exigibilidade, pelas razões estampadas na petição inicial da ação (fls. 16/21). Como caução, foi oferecido bem imóvel, descrito a fl. 20 - avaliado em R\$ 5.000.000,00 (fl. 70). Esse o quadro.

A caução, faculdade do juiz, objetiva ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer (art. 804 do CPC). Pode ser real ou fidejussória.

Todavia, a recusa do bem ofertado se deve dar, necessariamente, por decisão fundamentada, só se justificando caso demonstrado ser aquele insuscetível de garantir efetiva indenização do dano potencial da outra parte, já que a caução deve dar-se pelo meio menos gravoso (art. 805 daquele Código).

No caso, a decisão agravada limitou-se a condicionar a manutenção da liminar à prestação de caução em dinheiro, nada dizendo acerca do bem oferecido (fl. 20), fazendo-se indispensável efetiva exposição dos fundamentos que nortearam o convencimento relativo à sua não aceitação - do que se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Pelo exposto, **provê-se parcialmente o recurso** para determinar manifestação judicial expressa sobre o bem ofertado, apreciando- lhe da idoneidade e mantida liminar de sustação de protesto ou de seus efeitos publicísticos, até suficiente definição da questão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0090560-37.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDSON DE MENEZES ROCHA, é agravado CLAUDIO ANTONIO PIOLA.

**ACORDAM**, em 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 7867)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente), EDSON LUIZ DE QUEIROZ E FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

MOREIRA VIEGAS, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - Imissão na posse - Tutela antecipada deferida - Imóvel arrematado ante a inadimplência de ex-mutuário - Posterior alienação do bem pelo arrematante - Alienação legítima que garante ao adquirente a imissão na posse - Cessionário que está na posse do imóvel em virtude de instrumento particular de compra e venda firmado com os ex-mutuários - Sujeição aos efeitos da arrematação e da posterior alienação - Pendência de ação de usucapião contra a entidade financeira e contra o arrematante que não implica na suspensão da ação de imissão, tampouco afasta a verossimilhança das alegações dos autores - Decisão mantida - Presença dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido.**

## VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 79/80, que deferiu o pedido de tutela antecipada, para o fim de imitar o agravado na posse do imóvel.

Alega o agravante que a tutela antecipada não pode ser mantida, uma vez que está em trâmite ação de usucapião entre as partes, o que indica a existência

do animus domini e que a entrega do imóvel lhe trará danos irreversíveis, salientando que devem ser citados o Sr. Jorge Kimura e Mitsuka Yamasaki, anteriores adquirentes do bem. Requer, portanto, o provimento do recurso.

Recurso processado, com concessão de efeito suspensivo ativo (fls. 256) e observado o cumprimento do art. 526 do Código de Processo Civil.

Contraminuta apresentada às fls. 279/287.

As informações foram prestadas pelo juízo de origem (fls. 265).

É o relatório.

De início, observa-se que, em pesquisa ao site informatizado deste Tribunal, a ação autuada sobre o nº 0180946-71.2012, da qual se originou a decisão agravada, houve a homologação da desistência do autor em relação aos corréus Jorge Kimura e Mitsuka Yamasaki Kimura, mantendo-se a lide apenas entre o agravante e o agravado.

Feita tal ressalva, pretende o agravante o afastamento da tutela antecipada concedida em prol do agravado, aduzindo que reside do imóvel há certo tempo, tendo adquirido o bem por meio de instrumento particular de cessão de direitos, bem como que está tramitando a ação de usucapião perante a Justiça Federal.

Ocorre que a tese do agravante não merece ser acolhida, pelos fundamentos a seguir expostos.

Cumpre assinalar que a questão suscitada no recurso deve ser analisada sob a ótica estritamente processual, já que se trata de insurgência contra a concessão da tutela antecipada. Por este aspecto, é de se averiguar a presença ou ausência dos requisitos para antecipação da tutela.

Vale dizer que, por ora, este E. Tribunal, só tem competência para analisar os pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273, I, do CPC.

Pois bem. A verossimilhança apontada pelo agravado está demonstrada por meio da aquisição do imóvel cuja escritura pública data de 27.06.2012, está devidamente registrada no Cartório de Imóveis (fls. 29).

Convém mencionar que, embora o agravado tenha adquirido o imóvel da arrematante Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, a aludida arrematação foi efetivada nos moldes permitidos pela Justiça, considerando que decorreu da inadimplência dos mutuários perante a instituição financeira.

Além disso, a transferência do imóvel pela arrematante para o agravado é plenamente legítima, tão como a imissão dos adquirentes na posse do imóvel, considerando que pagaram o valor do imóvel.

Ademais, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorre do fato de que a demora na imissão na posse pode acarretar diversos prejuízos aos efetivos atuais proprietários do imóvel que não poderão ocupá-

lo, já sendo obrigados a suportar os encargos do bem, como os pagamentos de IPTU e taxas condominiais.

Neste sentido:

“Agravamento de instrumento. Ação de imissão de posse. Imóvel arrematado pela Caixa Econômica Federal, mediante crédito hipotecário e vendido ao agravado. Antecipação da tutela deferida para a desocupação imediata do bem. Possibilidade. Presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações. Recurso não provido” (TJSP Ag. Inst. n. 667.190-4/5 Santo André 5ª Câmara de Direito Privado Rel. Erickson Gavazza Marques j. 21.10.09). (g.n).

Soma-se a isso, que o imóvel fora anteriormente financiado pelos mutuários, mas que, ante a inadimplência, tomado pela credora, mediante adjudicação. Se os mutuários por meio de instrumento particular alienaram o imóvel para o agravante, então terceiro, e sequer houve a anuência da entidade financeira, não pode o adquirente legítimo ser tolhido de ser imitado na posse, pois tais questões lhe são estranhas.

Não obstante isso, o fato de existir ação de usucapião pendente de julgamento, movida pelo agravante em face da instituição financeira e do arrematante, para ver reconhecida a prescrição aquisitiva do bem anteriormente adquirido por instrumento particular de compromisso de compra e venda, não gera o dever de suspensão do presente feito, nos termos do art. 265, IV “a” do CPC, uma vez que a referida discussão extrapola os limites da relação jurídica em exame, na qual a Caixa Econômica Federal não figura como parte.

De qualquer forma, ainda que não tenha transitado em julgado a ação de usucapião, pode-se observar às fls. 161 que na sentença proferida na esfera federal o pedido do agravante foi julgado extinto sem resolução do mérito, bem como improcedente a anulação da execução.

De recordar ainda que a posse do agravante advém do contrato de cessão, logo ele assumiu a posse na mesma qualidade que os mutuários e devem se sujeitar às mesmas regras, motivo pelo qual a perda do imóvel em execução extrajudicial também lhes estendem os efeitos.

Finalmente, não tem o ajuizamento de ação de usucapião o condão de afastar o requisito de verossimilhança da alegação dos autores. De qualquer modo, a perda da posse não é prejudicial à ação de usucapião, que visa a declaração de domínio sobre o imóvel. A ação prosseguirá e caso obtenha o agravante sucesso, terá título para retornar à posse do imóvel, agora como proprietário.

Nesse sentido é o entendimento adotado por este Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula nº 5, cujo verbete enuncia que:

“Na ação de imissão de posse de imóvel arrematado pelo credor

hipotecário e novamente alienado, não cabe, por ser matéria estranha ao autor, a discussão sobre a execução extrajudicial e a relação contratual antes existente entre o primitivo adquirente e o credor hipotecário”.

Por derradeiro, em que pese às razões do agravante, a decisão de origem está correta, pois estão presentes os aludidos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, revoga-se o efeito suspensivo concedido, devendo a decisão recorrida ser integralmente restabelecida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0090266-82.2013.8.26.0000, da Comarca de Jaboticabal, em que são agravantes ANADIR FACHINE DIAS, LILIANA MARIA DIAS DA SILVA, JOSE MAURO DA SILVA, TAIS MARIA DIAS DE CAMARGO, ANTONIO CARLOS BRAULIO DE CAMARGO, IARA MARIA DIAS DEVITO, FABIO STUCHI DEVITO, GRAZIELA MARIA DIAS MARIA e LUIS GUSTAVO RODRIGUES MARIA, são agravados CARLOS ROBERTO SENSULINI e PAULO ROGERIO SENSULINI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12138)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 30 de agosto de 2013.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA, Relatora

**Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA - Pretensão de reforma da decisão que determinou a emenda da petição inicial para constar do polo ativo da demanda a possuidora do imóvel, e não seus proprietários – Cabimento - Hipótese em que o contrato de locação não está vigorando, de modo que a posse do imóvel não foi passada à empresa locatária, que, pelo que consta, é mera detentora da área com o objetivo de nela erigir um edifício - RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de agravo, sob a forma de instrumento, interposto contra respeitável decisão que determinou a emenda da petição inicial para constar do polo ativo a possuidora do imóvel, e não seus proprietários.

Sustentam as agravantes que, “*estando as obras paralisadas em razão dos atos praticados pelos agravados, a posse permanece com as agravantes e, por consequência, a locatária Credicitrus não possui legitimidade para o litígio*” (fls. 11).

Recurso bem processado, com resposta.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, o contrato de locação de fls. 58-63 estabelece, em sua cláusula segunda, que “*as locadoras cedem à locatária em locação o referido imóvel a ser construído, com seu respectivo terreno, pelo prazo de 120 (cento e vinte) meses, a começar na data de entrega e aceitação do imóvel por parte da locatária, a ser manifestada no prazo de 05 dias, o que constituirá no termo inicial da vigência do presente contrato (...)*”.

E, pelo que consta no laudo pericial, as obras iniciadas pela Coopercitrus não terminaram (fls. 90- 91).

Assim, corretos os agravantes ao afirmar que o contrato de locação não está vigorando, de modo que a posse do imóvel não foi passada à empresa locatária, que, pelo que consta, é mera detentora da área com o objetivo de nela erigir um edifício.

Diante de todo o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para manter as agravantes no polo ativo da demanda.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0065461-65.2013.8.26.0000, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é agravante ELETRO METALURGICA CIAFUNDI LTDA, são agravados CYNTHIA BRITO MOREIRA PITON e GUSTAVO BRITO MOREIRA.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram e deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 19211**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA

DA CUNHA (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES E ENIO ZULIANI.

São Paulo, 29 de agosto de 2013.

TEIXEIRA LEITE, Relator

**Ementa: PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. Deferimento com determinação de publicação de editais e averbação na matrícula do imóvel. Decisão que se reforma em parte. Procedimento de jurisdição voluntária. Art. 869 CPC. Legítimo interesse. Contudo, não há que se dar publicidade do ato, por meio da publicação de editais, porque a medida pode impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito, o que inviabilizaria o deferimento do pedido. Caso não se amolda a qualquer das hipóteses do art. 870 CPC. Averbação na matrícula imobiliária não prevista na lei e rejeitada pela doutrina e jurisprudência. Efeito apenas entre os requerentes e a destinatária do protesto.**

**PRELIMINAR. Ilegitimidade da recorrente. Inocorrência. Agravante que é controladora da sociedade titular do domínio do imóvel objeto do protesto, inativa. Interesse. Sociedades, ademais, compostas por pessoas dos mesmos grupos familiares. PRELIMINAR. Irrecorribilidade da decisão que defere pedido de protesto. Entendimento doutrinário, contudo, não adotado pela Câmara. Decisão que prejudica interesse da parte, mormente com determinação de averbação na matrícula imobiliária. Admissibilidade do recurso.**

**Recurso conhecido e provido em parte.**

## VOTO

ELETRO METALÚRGICA CIAFUNDI LTDA. agrava da decisão pela qual o d. Magistrado, nos autos da ação cautelar de protesto contra alienação de bens promovida por CYNTHIA BRITO MOREIRA PITON e GUSTAVO BRITO MOREIRA, deferiu o protesto requerido, determinando intimação por editais e expedição de ofício ao CRI competente, para averbação na matrícula do imóvel.

Inconformada, busca a reforma da decisão agravada, cancelando-se a averbação e indeferindo-se a publicação de edital e o protesto. Conta ser seu quadro social constituído por dois grupos societários, A e B, respectivamente famílias Benatti e Brito, atualmente já na 3ª geração da família, cada qual com 50% das quotas sociais. Há conflitos entre sócios, que ocorrem há anos e geraram inúmeras ações judiciais de parte-a-parte, o que culminou com a celebração de um acordo de sócios entre o grupo A (Benattis) e metade dos sócios do grupo B (Britos), que representam, nesse grupo, 33,33% das quotas, o que resulta, portanto, em acordo de sócios que representam a maioria, seja em número (5 de 7) ou capital votante (83,33%) (8.3.12; fls. 622/634). Os agravados não participam do acordo e foram destituídos da administração da empresa em reunião de sócios realizada em 30.3.2012. Assim, os sócios majoritários assumiram o controle da empresa e têm legitimidade para articular a venda do imóvel objeto do protesto, porque é causa despesas e não é utilizada pela empresa.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido (fls. 785/786), para determinar o cancelamento da averbação do protesto na matrícula de nº 44.419 do CRI de Poá.

Pedido de reconsideração pelos agravados (fls 791/793), indeferido (fls. 840).

Resposta, com preliminar de inadmissibilidade, às fls. 842/851.

Sem réplica pela agravante (fls. 958).

### **É o relatório.**

Dispõe o art. 867 do CPC que *todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.*

Os protestos, notificações e interpelações, como explica PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, estão, formalmente, disciplinados pela lei sob a rubrica de processo cautelar, mas constituem, em verdade, procedimentos de jurisdição voluntária. Não há lide, nem contraditório (*in ANTONIO CARLOS MARCATO, CPC interpretado, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 2574*).

A doutrina se inclina no sentido da irrecurribilidade da decisão que defere o pedido de protesto: “...o deferimento da medida, em sede de jurisdição voluntária, não contempla qualquer possibilidade recursal, sobrando apenas a via estreita do mandado de segurança quando o acolhimento do pedido do autor encerrar ilegalidade ou abuso de poder” (*id., ib., p. 2575*).

Não compartilhamos, contudo, desse entendimento, razão pela qual a preliminar de inadmissibilidade do agravo de instrumento fica rejeitada. Isso porque, o deferimento do pedido de protesto, mormente com determinação de

averbação na matrícula imobiliária, tal como ocorre no caso concreto, é ato passível de causar prejuízo àquele a quem se dirige.

Ainda em sede de preliminar, fica também afastada a alegação de ilegitimidade da recorrente, porque é sociedade controladora da sociedade que titulariza o imóvel objeto do protesto, inativa.

Trata-se, como já dito, de procedimento de jurisdição voluntária, uma das poucas hipóteses em que o legislador expressamente autoriza o juiz a decidir por equidade: *o juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna* (art. 1109 CPC).

*“Somente nos casos expressos em lei pode o juiz decidir por equidade (CPC 127). Em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, há autorização legal para o juiz assim proceder (CPC 1109)”* (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *CPC comentado e legislação extravagante*, 10ª ed., SP: RT, 2007, nota 1 ao art. 1109, p. 1254).

Assim, ainda que esteja recorrendo contra decisão que, a rigor, atinge a esfera jurídica de terceiro, admite-se o recurso, porque evidente o interesse da controladora a respeito do eventual prejuízo que o protesto judicial pode causar à controlada. São, ademais, todas sociedades integradas pelos mesmos grupos familiares.

No mérito, o deferimento do pedido de protesto depende de dois requisitos: deve o requerente demonstrar legítimo interesse e não pode o protesto impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito (art. 869 CPC).

No caso, pode-se vislumbrar legítimo interesse dos agravados em manejar o pedido de protesto judicial, porque são sócios da empresa, embora não tenham poderes de administração, e discordam da alienação de bens que os majoritários e administradores estão promovendo.

Todavia, esse protesto tem eficácia apenas perante a empresa destinatária, para prevenir direitos dos requerentes.

Não há que se dar publicidade do protesto, por meio de intimação por editais, porque a medida pode impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito, circunstância que inviabilizaria o deferimento do pedido. A hipótese, ademais, não se insere em nenhum dos incisos do art. 870 do CPC.

Mesmo a existência de passivos tributários e dívidas trabalhistas não justifica a publicação de editais, porque podem justamente ser o motivo para a alienação de bens; o produto da venda pode reverter em recursos para os respectivos pagamentos.

Nem tampouco, se poderia permitir a averbação do protesto na matrícula do imóvel. Além de a medida não estar prevista na lei (art. 167 II da Lei 6.015/73), não é tolerada pela doutrina ou jurisprudência:

*Nos casos de protesto contra alienação de bens imóveis é comum pretender-se sua averbação no Registro Imobiliário. A Lei dos Registros Públicos, todavia, não prevê tal modalidade de averbação e a jurisprudência não a tolera, por ser evidente o seu propósito de molestar, embaraçar e coagir o requerido, sem amparo na lei (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso de Processo Civil, RJ: Forense, vol. II, p. 1283**).*

*O protesto contra alienação de bens não traz alteração alguma dos elementos constantes do registro. Nem torna indisponível o bem objeto da matrícula, constituindo simples medida processual acautelatória de direitos. A averbação, em tais condições, a nada levaria, criando apenas uma situação de insegurança a embaraçar negociações legítimas (JTACivSP - RT 117/96, apud Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, **CPC comentado e legislação extravagante, 9ª ed., SP: RT, 2006, nota 1 ao art. 867, p. 964**).*

Ante o exposto, voto pelo **conhecimento e provimento em parte do recurso**, apenas para indeferir o pedido de publicação de editais e determinar o cancelamento da averbação do protesto na matrícula imobiliária nº 44.419 do CRI de Poá.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0106636-39.2013.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A, é agravado SARAH CATARINA AXCAR.

**ACORDAM**, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 18618**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 20 de agosto de 2013.

DIMAS CARNEIRO, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO - TÍTULO EXTRAJUDICIAL - INCLUSÃO DE EMPRESA-FIADORA APÓS CITAÇÃO DO EXECUTADO - POSSIBILIDADE - AGRAVO DESPROVIDO.**

## VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juízo *a quo* que deferiu inclusão da empresa-fiadora no pólo passivo da demanda executiva após dois anos de tramitação da ação.

Recurso processado com suspensividade e contraminutado.

### **É o relatório.**

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial, baseada em acordo firmado em 08/10/2010, no qual se comprometeram a transferir cota-parte em imóveis, mediante pagamento no valor de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), a fim de colocar fim a litígios processuais oriundas do encerramento matrimonial entre as partes (v. fls. 27/40).

Ocorre que, vencidos os prazos estipulados no contrato para quitação, e diante de inadimplência, a exequente requereu a inclusão da empresa-fiadora Mondelli Indústria de Alimentos S/A no pólo passivo da execução (v. fls. 116/119), a qual foi deferida pelo MM. Juízo *a quo* da 7ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP (v. fls. 136).

Insurge a agravante arguindo violação ao artigo 264 do Código de Processo Civil.

O que a lei expressamente proíbe é a alteração do pedido ou da causa de pedir, conforme artigo 264 do Código de Processo Civil:

**“Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.**

**Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.”**

No caso em tela, não se trata de substituição do pólo passivo, mas sim de mera alteração, com a inclusão da empresa-fiadora, sem modificação do pedido ou da causa de pedir.

Com efeito, não existe expressa proibição legal quanto a inclusão de parte no pólo passivo da demanda após a citação do devedor.

Nesse sentido:

**“PROCESSUAL CIVIL. INCLUSÃO. PÓLO PASSIVO. POSTERIOR. CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. Não viola os arts. 264 e 294, ambos do CPC a inclusão no pólo passivo da demanda de maridos e esposas dos primitivos réus, posteriormente à citação destes, porquanto não efetivada nenhuma alteração na causa de pedir ou no pedido, restando incólume a estabilidade da causa.”**

(STJ - REsp 260.079-SP - 4ª Turma - Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 17.05.2005).

**“PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. CONSENTIMENTO DO RÉU. Não importando em agravamento da posição do réu e possível a alteração subjetiva do processo, para nele incluir-se outro réu, independentemente de consentimento do citado tanto mais quando, ainda que efetivada a citação, não se iniciara o prazo de resposta.” (STJ - REsp nº 32.853/SP - 3ª Turma - Relator Ministro DIAS TRINDADE, J. 24.05.1993).**

Dessa forma, por não existir expressa proibição legal quanto a alteração subjetiva da lide após a citação, com a inclusão de parte no pólo passivo da demanda executiva, bem como não houve qualquer prejuízo a parte, não comporta reforma a r. decisão da lavra do eminente Juiz Jayter Cortez Junior.

Em face do exposto voto pelo desprovidimento do agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0048849-52.2013.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante FUNDAÇÃO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISSETORIAL SILVERADO MAXIMUM, é agravado BOTUCATU TEXTIL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO E ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 19 de agosto de 2013.

LIGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

**Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO EM FALÊNCIA - Taxa judiciária - Não incidência, em razão de a hipótese não vir contemplada na Lei nº 11.608/03 - Precedentes - Recurso provido.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento tirado por Fundação de Investimento em Direitos Creditórios Multisetorial Silverado Maximum contra a r. decisão copiada às fls. 90/91 que, nos autos do pedido de restituição que ajuizou contra Botucatu Têxtil S.A. (falida), determinou o recolhimento das custas iniciais em 05 (cinco) dias, com pretensão de atribuição de efeito suspensivo ao recurso deferida. Recurso bem processado, com informações do magistrado, ausente resposta da agravada. Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento.

2. Embora tenha registrado, quando do despacho que concedeu efeito suspensivo ao recurso, que a decisão recorrida sugeriria a preclusão da discussão a respeito da matéria objeto da discussão recursal, porque, ao determinar o recolhimento das custas iniciais integrais em 05 (cinco) dias, observou-se que se cuidava de ‘dilação de prazo’, informou o magistrado que “foi utilizada a expressão ‘dilação de prazo’ na decisão agravada por entender que o prazo do artigo 257, do Código de Processo Civil, conta-se da entrada do feito em cartório, sendo desnecessária intimação para atendimento” (fls. 164/165). Assim, considero tempestivo o recurso.

No mais, observo que a Lei nº 11.608/03, que dispõe sobre a taxa judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense, apenas prevê o recolhimento da taxa judiciária nas hipóteses de habilitação retardatária de crédito (§ 8º, do art. 4º), nada dispondo sobre os demais incidentes, como o pedido de restituição.

Ora, se o legislador somente excepcionou uma hipótese em que cabível a incidência de taxa judiciária em incidente processual referente a recuperação judicial e falência, não cabe ao intérprete fazê-lo, ampliando o sentido da norma para exigir tributo em incidente processual não contemplado pela lei.

No mesmo sentido: “Pedido de restituição em falência. Não incidência da Lei 11608/2003 e de analogia. Precedentes do TJ-SP no sentido de inexigibilidade da taxa, salvo para habilitação retardatária. Provimento.” (cf. AI nº 0108070-97.2012.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0106431-10.2013.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante BANCO ITAÚ S/A, é agravado JADER DE SOUZA.

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.

U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32435)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO E VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 26 de agosto de 2013

ADEMIR BENEDITO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória - Discussão a respeito de encargos que incidiram sobre débito que teve origem em contrato firmado pelas partes - Cumprimento de sentença para a cobrança do saldo devedor requerido pelo réu – Possibilidade - Artigo 475-N, I, do CPC - Desnecessidade de se ajuizar outra ação, de cunho condenatório - Valor devido já reconhecido em decisão judicial proferida nos autos da declaratória - Decisão reformada - Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado nos autos da ação revisional de contrato de empréstimo, contra decisão que indeferiu o pedido de intimação do autor para pagamento da quantia de R\$ 17.198,17, atualizada até 19.12.2012.

Sustenta o recorrente que a existência da dívida é fato incontroverso. Diz que a sentença declaratória também deve ser reconhecida como título judicial passível de execução. Invoca o art. 475-N, do Código de Processo Civil. Afirma que é desnecessário o ajuizamento de nova demanda para recebimento da quantia reconhecidamente devida. Invoca os princípios da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Por tais razões, pede o provimento do recurso para o fim de autorizar a instauração da fase de execução de sentença nos próprios autos.

Recurso recebido no efeito devolutivo (fls. 209). Sem contraminuta.

É o relatório.

Em que pese o entendimento do nobre magistrado, a r. decisão deve ser reformada.

O autor, ora agravado, propôs ação para ver declarada a ilegalidade de encargos que incidiram sobre débito, em razão de contrato firmado pelas partes, sendo que sua pretensão foi parcialmente acolhida.

Com base na sentença proferida na ação declaratória, o réu, ora agravante, requereu o cumprimento de sentença, mas, no entanto, a decisão impugnada,

entendeu inadmissível o cumprimento de sentença, por entender o título judicial de natureza declaratória, sendo necessária a propositura de ação adequada.

Pois bem.

A declaratória tornou-se título executivo, se o resultado de seu julgamento for o reconhecimento de obrigação e sua extensão. É o que diz agora o artigo 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil: sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de pagar quantia.

E, portanto, cabível iniciar-se o cumprimento de sentença proferida em ação declaratória de revisão de cláusulas contratuais, que reconheceu a existência de saldo devedor de responsabilidade do agravado.

Embora não haja unanimidade na doutrina, entende-se, conforme pronunciamento anterior, que o art. 475-N, inciso I, do CPC, não mais exige sentença condenatória, como tradicionalmente se entende, para a execução de valor reconhecido judicialmente, inclusive em ação declaratória, contra o autor agravado.

Oportuno frisar que a força executiva das sentenças foi alargada para além dos tradicionais julgados de condenação, acolhendo a corrente doutrinária e jurisprudencial.

Veja-se comentários ao referido artigo de lei na obra “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, de autoria de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Ed. Saraiva, 42ª edição, pág. 546:

**“O Código não mais se refere a sentença condenatória, mas a sentença que reconheça a existência de obrigação, o que confere eficácia executiva também à sentença declaratória.**

**‘No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias ‘jamais’ têm eficácia executiva. O art. 4º, § único, do CPC, considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não**

**um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional (RSTJ 181/117: REsp 578.061, 1ª T.). No mesmo sentido: ED no REsp 502.618. Min. João Otávio, j. 8.6.05, DJU 1.7.05.”**

À propósito, a jurisprudência desta Corte:

**“SENTENÇA - Cumprimento - Impugnação acolhida - Acórdão proferido em ação declaratória que, alterou a sistemática de aplicação dos juros e dos percentuais cobrados pelo apelado nas movimentações financeiras da autora, ora apelante, bem como afastou a condenação em danos morais - Credora que, apesar de não haver pedido expresso de repetição de indébito na inicial, quer executar o título judicial nos próprios autos da ação declaratória, nos termos do artigo 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil - Admissibilidade - Sentença contém eficácia executiva - Aplicação dos princípios da celeridade e da economia processual - Sentença reformada para tal fim - Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada - Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente - Recurso parcialmente provido”** (Apelação nº 0005396-11.2006.8.26.0272 - Itapira - 22ª Câmara de Direito Privado - Relator: Roberto Nussinkis Mac Cracken - 06/12/2012 - 14093 - Unânime);

**“SENTENÇA - Cumprimento - Declaratória de inexigibilidade de débito - Execução da parte cuja exigibilidade foi reconhecida - Possibilidade - Atribuição de executividade pela reforma processual empreendida pela Lei Federal n. 11232/05, que revogou o artigo 584 e reformulou a matéria dos títulos executivos no artigo 475-N do Código de Processo Civil - Desnecessidade do ajuizamento de novo feito - Recurso provido para permitir a execução do julgado declaratório pelo credor”** (Agravo de Instrumento nº 0281519-33.2011.8.26.0000 - Miracatu - 14ª Câmara de Direito Privado - Relator: Everaldo de Melo Colombi - 08/02/2012 - 29743e - Unânime).

Por fim, frisa-se que nem toda sentença declaratória pode valer como título executivo, mas apenas aquela que na forma do artigo 4º, parágrafo único, do CPC, se refira à existência de relação obrigacional já violada pelo devedor.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0005116-36.2013.8.26.0000, da Comarca de Estrela D Oeste, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado FRIGOESTRELA S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.098)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA E ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 29 de agosto de 2013

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

**Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Contrato de adiantamento de câmbio. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação judicial, por força de texto expresso do art. 47, parágrafo 4º, da LRF. Benefício, contudo, que se circunscreve em tese tão somente ao valor adiantado com atualização monetária. Valor dos encargos e juros cobrados pela instituição financeira que não são contemplados com o benefício da exclusão dos efeitos da moratória. Inteligência do art. 75, parágrafo 3º, da Lei de Mercado de Capitais (4.728/65), que se refere tão somente às importâncias adiantadas ao exportador, mas não aos encargos da operação financeira. Existência, no caso concreto, de duas impugnações que excluíram o contrato integralmente dos efeitos da recuperação judicial. Óbice de natureza processual intransponível à rediscussão da matéria. Inviabilidade do Juízo da recuperação ignorar os efeitos da coisa julgada que cobre as sentenças proferidas nos incidentes que admitiram a cobrança da totalidade do crédito fora da recuperação judicial. Liminar cassada. Recurso provido.**

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar de efeito suspensivo, tirado de decisão trasladada às fls. 46/53, que deferiu o pedido de liminar deduzido na impugnação retardatária apresentada por **FRIGOESTRELA S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, ora agravada, em face de **BANCO DO BRASIL S/A**, ora agravante, determinando que o impugnado se abstenha de ajuizar ação de execução cujo título seja qualquer dos contratos objetos do incidente supramencionado (incidente nº 287).

Fê-lo o *decisum* recorrido, considerando que, ao contrário do valor principal adiantado por força do contrato de câmbio firmado entre as partes, o crédito decorrente de seus acessórios, “*tais como juros, IOF, taxa de deságio, e demais encargos que não integram o principal*”, está sujeito à recuperação judicial e deve ser habilitado como quirografário.

Ademais, tendo em vista que a efetivação do protesto dos títulos se deu em 2009 sem ajuizamento de ação de execução pelo impugnado até o momento, o deferimento da liminar não lhe causaria dano algum.

Recorre o banco credor, sustentando, em síntese, que a Frigoestrela S/A questiona, pela segunda vez no incidente nº 287 os créditos de ACC - Adiantamentos de Contratos de Câmbio firmado entre as partes, motivo pelo qual conclui que essa nova impugnação deve ser rejeitada.

Entende que a postura da recuperanda viola os princípios do devido processo e da legalidade, ressaltando que o artigo 49, § 4º combinado com o artigo 86, III da Lei no 11.101/05 não deixam dúvidas no sentido de que as execuções já iniciadas podem transcorrer normalmente.

Alega que o contrato de ACC já foi objeto de impugnação específica, no qual houve reconhecimento de falta de interesse superveniente da empresa, diante da sua natureza extraconcursal.

Reafirma que no tocante à homologação do plano de recuperação judicial, ele vincula todos os credores que a ele aderiram, mas que não é o caso do banco, que impugnou o plano e obteve, junto ao TJSP, decisão autorizando o prosseguimento das ações contra os coobrigados.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 02/26 pede, ao final, o provimento do recurso.

Indeferida a liminar pelo Exmo. Des. Ênio Zuliani, no impedimento ocasional do relator sorteado (fl. 220), a agravada ofertou resposta às fls. 223/270, pugnando pelo não conhecimento do agravo pela instrução documental deficiente e, no mérito, seja negado provimento ao recurso.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 276/283, opinando pelo não provimento do agravo.

Ato contínuo, o administrador judicial manifestou-se às fls. 285/288, no

sentido da manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Inicialmente, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

O instrumento contém peças suficientes para o perfeito entendimento da questão debatida, sem qualquer prejuízo à defesa.

Embora a sequência dos documentos relativos à outorga de procuração e substabelecimento não permita, com clareza, encontrar todos os nomes dos advogados que atuaram ou atuam no feito, dentre as dezenas de nomes que lá aparecem, certo é que os escritórios que defendem os interesses das partes são, de longínqua data, conhecidos entre si, diante dos vários incidentes surgidos ao longo do tempo de tramitação da recuperação judicial, motivo pelo qual forçoso concluir que se trata de mero defeito sanável, sem que tenha havido qualquer dano ao direito de defesa da recorrida.

Prestigia-se aqui a análise do conteúdo em detrimento do formalismo exacerbado, pacificando o conflito e evitando que os sucessivos incidentes em relação ao contrato tumultuem o processo.

No mérito, o recurso comporta provimento para afastar a ordem de abstenção do branco credor de ajuizar ação de execução com fundamento nos contratos objetos da impugnação retardatária.

Consta dos autos que a impugnação retardatária da recuperanda reconhece expressamente que o valor principal dos Contratos de Adiantamento de Câmbio estão excluídos dos efeitos da Recuperação Judicial, possibilitada a cobrança autônoma nos termos do artigo 49, § 4º da Lei nº 11.101/05 (fl. 32) para, logo em seguida, deixar claro que a insurgência tem por objeto “a inclusão, na classe dos créditos quirografários, dos valores decorrentes da taxa de deságio, diferença de taxa, imposto de renda pelo atraso na entrega da documentação, IOF, encargos financeiros do BACEN e demais acessórios dos Contratos de Adiantamento de Câmbio firmado entre as partes” (fls. 32/33).

Ou seja, conforme relatou o Exmo. Juízo *a quo*, na decisão recorrida, “a recuperanda ajuizou a impugnação retardatária, alegando que a impugnada apresentou o título a protesto, englobando o capital do ACC e também os acessórios, a saber, taxa de deságio, diferença de taxa, imposto de renda pelo atraso na entrega da documentação, IOF, encargos financeiros do BACEN e demais acessórios dos contratos de adiantamento de câmbio, sendo que tais acessórios dos contratos de adiantamento de câmbio, sendo que tais acessórios somam a quantia de R\$ 2.614.049,90 (dois milhões, seiscentos e quatorze mil, quarenta e nove reais e noventa centavos)” (fl. 47).

Pois bem.

Não obstante essas razões que motivaram a presente discussão, no que concerne ao mérito da questão, indispensável traçar algumas premissas básicas,

a saber: (i) a impugnação versa sobre a possibilidade de execução dos encargos, e não do valor principal do contrato de adiantamento de câmbio; (ii) os efeitos da decisão proferida em anterior impugnação no curso da recuperação judicial relativos aos mesmos contratos.

No que se refere ao valor principal do crédito com origem em contrato de adiantamento de câmbio, há prova nos autos de que em primeira impugnação, promovida pelo Banco do Brasil no curso da recuperação judicial, buscou-se a exclusão de seu crédito da relação de credores, sob o argumento de que não estaria sujeito aos efeitos da recuperação judicial. Sua tese prevaleceu e os contratos de adiantamento de câmbio foram excluídos da relação de credores, porque ficou decidido que não estariam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (fls. 134/135). Não houve notícia da reforma dessa decisão em grau recursal.

Na resposta desse incidente a Frigoestrela não ventilou qualquer tese no sentido de que os acessórios deveriam ser mantidos na recuperação (fls. /141/158), não obstante ser objeto da impugnação a totalidade do crédito.

Era ônus da recuperanda deduzir todas as teses possíveis nesse sentido, uma vez que tinha plena ciência do valor do crédito e das condições contratuais que o originaram.

Uma vez excluído o contrato integralmente dos efeitos da recuperação judicial por sentença, forçoso reconhecer que há coisa julgada a respeito dessa matéria, de modo que não pode o Juízo da recuperação judicial suspender a exigibilidade do crédito e a possibilidade de se executar ao menos o valor principal, em frontal violação à coisa julgada.

Não vinga a alegação da Frigoestrela no sentido de que a discussão sobre a submissão dos acessórios dos adiantamentos de contrato de câmbio à recuperação judicial, porque houve impugnação do crédito na sua totalidade e, nessa qualidade e extensão foi apreciada por decisão judicial passada em julgado.

Observe, ainda, que há prova de que, pouco tempo depois, a Frigoestrela impugnou novamente o crédito (fls. 161/163vº), que acabou extinto pelo Juízo da Recuperação nos seguintes termos (fl. 159):

“Vistos. Trata-se de impugnação apresentada pelo devedora FRIGOESTRELA S/A manifestando irresignação quanto à importância do crédito do BANCO DO BRASIL S/A, constante da relação de credores apresentada pelo Administrador Judicial. A impugnação é improcedente. A inicial traz a informação de que o crédito ora discutido é proveniente de contrato de adiantamento de câmbio. Nos autos principais foi proferida decisão pela qual ficou estabelecido que os créditos garantidos por cessão fiduciária e os originados de adiantamento de contrato de câmbio não

estavam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (fls. 3368). Contra essa decisão, a devedora interpôs recurso de agravo de instrumento, no qual foi negado provimento às razões apresentadas pela recuperanda, mantendo-se *in totum* a decisão recorrida. Em face da pacificação da questão pela Justiça, a devedora, inclusive, apresentou pedido de aditamento de seu plano de recuperação para o fim de excluir os créditos em questão (fls. 8085/8087), o que aliás, restou deferido (fls. 8094). Assim, é de se reconhecer a falta de interesse de agir superveniente da devedora, vez que o crédito discutido não se sujeita à recuperação judicial, conforme decisão definitiva supra mencionada. **DISPOSITIVO:** Posto isto, com fulcro no inciso II do art. 15 da Lei 11.101/2005, julgo extinta a presente impugnação sem conhecimento do mérito, ante a falta de interesse de agir superveniente da devedora. Outrossim, determino de ofício a exclusão do crédito em questão (crédito de adiantamento de contrato de câmbio), dentre os sujeitos à recuperação judicial, o que deverá ser adiantamento de contrato de câmbio), dentre os sujeitos à recuperação judicial, o que deverá ser observado pelo Administrador Judicial, quando da consolidação do quadro-geral de credores. Int.”.

Veja que em excerto dessa decisão, o magistrado observa que: “Em face da pacificação da questão pela Justiça, a devedora, inclusive, apresentou pedido de aditamento de seu plano de recuperação para o fim de excluir os créditos em questão (fls. 8085/8087), o que aliás, restou deferido (fls. 8094)”.

A conduta da agravante viola o princípio da boa-fé objetiva, configurando-se, nitidamente, o *venire contra factum proprio*.

No *venire contra factum proprio*, não é permitido agir em contradição com comportamento anterior. A conduta antecedente gera legítimas expectativas em relação à contraparte, de modo que não se admite a volta sobre os próprios passos, com quebra da lealdade e da confiança (**Menezes de Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1.997, os 742/752; Laerte Marrone de Castro Sampaio, A Boa-fé Objetiva na Relação Contratual, Coleção Cadernos de Direito Privado da Escola Paulista da Magistratura, Editora Manole, p.78/79**).

Parece claro que não pode a recuperanda ter comportamento concludente, requerendo o aditamento do plano para excluir o crédito (na sua totalidade) do plano de recuperação, para depois recuar e sustentar que somente que os encargos do contrato deve ser mantido sob os efeitos da recuperação judicial.

Nessa segunda impugnação, mais uma vez a recuperanda não deduz tese sobre a submissão dos acessórios do contrato principal (juros, IOF, taxa de deságio, e demais encargos que não integram o principal) aos efeitos da recuperação judicial.

Portanto, por duas vezes a discussão da sujeição do crédito (integralmente considerado) veio à baila, sem qualquer ressalva sobre a sua composição, motivo pelo qual não é possível, passados três anos, revolver o tema e, sob tese tardia, tentar reverter a decisão transitada em julgado.

Não se ignora que a dúvida está centrada apenas em definir a natureza dos encargos do contrato, se crédito quirografário, ou, ao contrário, se crédito com as mesmas qualidades do crédito principal do contrato de adiantamento de câmbio.

Porém, considerando as duas impugnações anteriores, nas quais o contrato integralmente considerado foi excluído dos efeitos da recuperação judicial, não há condições da tese da recorrente justificar a impossibilidade de início da execução do crédito.

Nesse ponto, cumpre esclarecer, porque oportuno, que no regime anterior, a jurisprudência, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, era absolutamente pacífica no sentido de que, como o art. 75, § 3º da Lei n. 4.728/64 nada referia a respeito dos acessórios, os encargos decorrentes do inadimplemento em adiantamento de contrato de câmbio, não poderiam ser estes cobrados por meio da ação de restituição, devendo o credor habilitar o crédito remanescente (**entre outros, Recurso Especial nº 647.282/MT, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 14/12/2009; Apelação Cível nº 334.572-4/5-00, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 14.09.2005**).

A dúvida está em saber se o mesmo regime jurídico consolidado na lei anterior, qual seja, o valor principal dos contratos de ACC ficam fora dos efeitos da recuperação, mas não os seus encargos, se aplica à nova Lei 11.101/05.

Dois argumentos plausíveis e viáveis se opõem.

A primeira corrente afirma que se não mais existe pedido de restituição na recuperação judicial, tal como havia na concordata preventiva, perde sentido o seccionamento do crédito em principal e encargos, cada qual com um regime jurídico diferente, aplicando-se o aforismo de o acessório seguir o principal.

A segunda corrente vai no sentido inverso e afirma que a Lei de Mercado de Capitais, ainda em vigor, somente admite o pedido de restituição (atualmente execução fora da recuperação) em relação ao valor adiantado, mas não aos juros e demais encargos (**Apelação Cível nº 380.374-4/3-00, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 09.11.2005; Apelação Cível nº 317.510-4/9-00 e 317.511-4/3, Rel. Des. Pereira Calças, j. 15.02.2006**).

Recente precedente da 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial fixou o seguinte precedente a respeito do tema:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPUGNAÇÃO RETARDATÁRIA - Pretensão da impugnante, ora agravante, de que os créditos acessórios de Contrato de Adiantamento de

Câmbio (ACC) sejam incluídos na Recuperação Judicial - Manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça no sentido da possibilidade da impugnação, de forma retardatária - Por outro lado, a r. sentença que rejeitou a impugnação acabou por analisar o mérito da questão - No mérito, opina a Douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso para que possam ser incluídos os valores acessórios do Contrato de Adiantamento de Câmbio (ACC) no processo de Recuperação Judicial - Apesar do valor principal estar excluído dos efeitos da recuperação (art. 49, § 4º, c.c. art. 86, II, da Lei 11.101/05), os juros e a taxa de deságio (os acessórios) são créditos extraconcursais, portanto, devem ser incluídos no processo de Recuperação Judicial - Hipótese em que deve ter-se como pressuposto a necessária interpretação da norma legal de modo mais favorável à recuperanda - Recurso provido para tal fim” (**AGRAVO PROVIDO. AGRV. Nº: 0193221-65.2011.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Craken, j. 28/02/12**).

Disso decorre que em tese teria razão a bem escrita decisão recorrida, ao negar a possibilidade de os encargos do contrato de cambio ser cobrados fora da recuperação judicial.

Porém, diante do que foi exposto (decisões transitadas em julgado que excluíram o contrato integralmente dos efeitos da recuperação judicial) a questão de fundo, de direito material, não pode ser novamente apreciada por este Tribunal de Justiça.

Assim, a execução movida em face da Frigoestrela e dos demais coobrigados fora da recuperação judicial tem condições de abranger não somente o valor principal do crédito com origem em contrato e adiantamento de câmbio, mas também os respectivos juros e demais encargos, por força do que já foi exaustivamente discutido entre as partes em relação a esse contrato.

Conforme já foi dito, é verdade que não abordaram especificamente a inexigibilidade dos encargos fora da recuperação. Abordaram, porém, outras questões, que levariam à inexigibilidade integral do crédito.

É texto expresso do artigo 474 do Código de Processo Civil que “*passada em julgado a sentença de mérito reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”.

São os limites objetivos da coisa julgada. Como esclarece **Barbosa Moreira**, “*a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada*” (**A eficácia**

**preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, in Temas de Direito Processual, pp 97 e seguintes).**

Há sentença que entendeu ser exigível fora da recuperação judicial a totalidade do preço do crédito executado, sem qualquer ressalva quanto aos encargos e juros.

Evidente que a devedora, ora agravada, deveria ter deduzido todas as alegações acerca da impossibilidade de se executar encargos fora da recuperação judicial, em sede de duas impugnações seguidas, quando discutia a existência e montante do crédito.

A rejeição das teses da Frigoestrela significa, por sentença coberta pela coisa julgada, que o crédito cobrado fora da recuperação é exatamente aquele executado.

Esta nova impugnação aparelhada pela devedora, em última análise, visa negar a exigibilidade parcial do crédito. Os argumentos são novos, distintos dos deduzidos nos embargos à execução. Como, porém, ensina o clássico **Liebman** “*se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser usada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada*” (**Eficácia e autoridade da sentença, 1.945, p. 52**).

Em resumo, não pode o MM. Juiz de Direito ignorar aquilo que já se discutiu e se decidiu anteriormente em sede de impugnações, ou seja, que a totalidade do crédito, abrangendo o principal e os encargos, pode ser cobrado fora da recuperação judicial

Essa a razão e o óbice intransponível ao reexame da questão.

Casso a decisão agravada, que impedia a execução do crédito.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0267594-33.2012.8.26.0000, da Comarca de Adamantina, em que são agravantes FLORALCO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), AGRO BERTOLO LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), FLORALCO ENERGÉTICA GERAÇÃO DE ENERGIA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), BERTOLO IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA (EM

RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e BERTOLO AGROINDUSTRIAL LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado O JUÍZO.

**ACORDAM**, em 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 15078)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente), RICARDO NEGRÃO E LIGIAARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

JOSÉ REYNALDO, Relator

**Ementa: \*Recuperação judicial. Pedido, formulado pelas recuperandas, de suspensão de procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade imóvel em favor de credor fiduciário. Indeferimento. Manutenção da decisão de primeiro grau. Procedimento referente a crédito insuscetível à recuperação judicial. Inteligência do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Hipótese de inaplicabilidade da vedação à venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, mencionada na parte final da referida norma, pois ultrapassada a limitação temporal ao prazo de suspensão referido no § 4º do artigo 6º da própria lei especial em comento. Afastamento da possibilidade de risco ao cumprimento do Plano de Recuperação Judicial aprovado se executado o direito do proprietário fiduciário. Agravo de instrumento desprovido.\***

## VOTO

Agravo de instrumento interposto a r. decisão, proferida em processo de recuperação judicial, que indeferiu pedido das sociedades recuperandas de suspensão do procedimento de consolidação de propriedade de imóvel dado em garantia em contrato de alienação fiduciária, requerido por instituição bancária nos termos de edital publicado, expedido por Serventia Extrajudicial.

Os agravantes alegam que foram surpreendidos com a publicação do edital expedido pelo Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Santa Adélia/SP, onde descrita a manifestação de vontade do Banco Pine em consolidar a propriedade do imóvel “Fazenda



Santa Helena”, gravado por alienação fiduciária, pois vêm cumprindo à risca as condições acordadas no Plano de Recuperação Judicial aprovado e homologado pelo juízo da recuperação judicial, pautando suas relações contratuais e negociações nos princípios da preservação da empresa e da transparência, bem como no interesse de todos os seus credores, à luz da norma inscrita no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Em vista disto, peticionaram, sem êxito, a suspensão do procedimento de consolidação requerido pela instituição bancária, ao menos até a realização da Assembleia Geral de Credores programada para apresentação e discussão de planejamento financeiro para adimplemento das obrigações, atualmente comprometido.

Ressaltam ser a “Fazenda Santa Helena” aquela que produz a maior quantidade da cana-de-açúcar beneficiada, de tal forma que o indeferimento do pleito de suspensão não deve persistir porque, apesar de decorrido o período de suspensão previsto no § 4º do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 e do Banco Pine não estar sujeito aos efeitos da recuperação judicial, a manutenção do *decisum* submeteria o Grupo Bertolo a prejuízo de grande magnitude e, conseqüentemente, inviabilizaria o efetivo cumprimento do PRJ aprovado e colocaria em risco milhares de empregos, impactando na própria economia local.

Pedem a antecipação da tutela recursal para que seja obstada a consolidação da propriedade da “Fazenda Santa Helena” pelo credor fiduciário Banco Pine até a realização da Assembleia Geral de Credores de planejamento financeiro programada, tudo a ser confirmado com o provimento final do recurso.

Negada por decisão monocrática do Relator a antecipação de tutela postulada (fls. 326/326vº) e processado o recurso, o Administrador Judicial manifestou-se (fls. 331/333) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou Parecer pelo desprovimento (fls. 335/337).

É o relatório.

A pretensão recursal não merece prosperar.

O procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade imóvel que os agravantes pretendem obstar diz respeito a crédito oriundo de oferta de garantia consistente em alienação fiduciária, insuscetível à recuperação judicial por força do disposto no § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005.

E, como bem acentuado no *decisum* guerreado, a vedação à venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, mencionada na parte final da referida norma, não contempla o caso em tela, onde ultrapassada a limitação temporal ao prazo de suspensão referido no § 4º do artigo 6º da própria Lei nº 11.101/2005 - ou seja, aos 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação.

Cabe ressaltar, ainda, que não se vislumbra a possibilidade de a

consolidação da propriedade imóvel “Fazenda Santa Helena” em nome do Banco Pine acarretar a concretização do alegado risco de descumprimento do Plano de Recuperação Judicial aprovado e consequente quebra das recuperandas, prejudicial à economia local.

Isto porque este órgão colegiado encampa a firme convicção enfatizada pelo MM. Juiz *a quo* ao final da r. decisão recorrida, de que o mero exercício do direito do proprietário fiduciário, no caso concreto, não possui aptidão para comprometer a produção industrial das recuperandas, garantida pela colheita da cana-de-açúcar plantada até o encerramento do período de safra, em dezembro de 2012 - fato já ocorrido.

Por todos estes motivos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de suspensão do procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade do imóvel “Fazenda Santa Helena” em favor do credor fiduciário Banco Pine.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0057894-80.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante INTERPART PLANEJAMENTO E NEGÓCIOS EMPRESARIAIS LTDA, é agravado ZOOMP S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

**ACORDAM**, em 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 28.026)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

**Ementa: Recuperação judicial. Impugnação de crédito julgada improcedente. Pretensão de inclusão de valor correspondente a honorários advocatícios previstos em contrato de locação entabulado com a recuperanda. Possibilidade apenas da inclusão de crédito referente às custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor, que não se confundem com as despesas e honorários advocatícios. Inteligência do**

**art. 5º, II, da Lei nº 11.101/05. Improcedência mantida.  
Recurso desprovido.**

## VOTO

Inconformada com o valor do crédito arrolado pela recuperanda, a agravante promoveu impugnação que recebeu julgamento de improcedência, rejeitada a inclusão do valor referente aos honorários do advogado que insiste devidos em razão da cláusula 9ª do contrato de locação que entabulou com aquela.

Interpõe, agora, o presente recurso, dizendo ser concorrente a legitimidade para pleitear o crédito de honorários advocatícios, além de terem sido contratados livremente e devidos pela mera interveniência do advogado. A final, além da correção do valor, requer seja incluído como privilegiado, ante sua natureza alimentar.

Sem contrariedade, o Administrador Judicial e a Procuradoria Geral de Justiça opinaram pelo não provimento.

É o relatório.

Busca a impugnante o incremento de seu crédito com a inclusão de 20% sobre o total do débito em razão de honorários que teriam sido convencionados em contrato de locação.

Sem razão, no entanto.

De fato, ao analisar as disposições do referido ajuste, encontra-se a seguinte cláusula:

***“...sujeitará o LOCATÁRIO faltoso às seguintes sanções, calculadas sempre sobre o valor total da obrigação:***

***...d) todas as despesas e custas judiciais, assim como honorários advocatícios na base de 20% sobre o total do débito, se a cobrança efetivar-se judicialmente ou com interveniência de advogado”***

Todavia, há de se ressaltar, como bem observou o magistrado em sua decisão, que não houve qualquer atuação dos patronos da impugnante que justificasse o pagamento de honorários. Aliás, sequer habilitação de crédito foi preciso, já que a própria recuperanda foi quem relacionou o crédito no Quadro Geral de Credores, corrigindo-se, depois, em razão de requerimento administrativo apresentado ao Administrador Judicial.

Por outro lado, ao interpretar o disposto no art. 5º, II, da lei de regência, é ***necessário também notar que a parte final do inciso faz menção exclusivamente a custas judiciais, expressão que não abrange honorários de advogado, que***

1 fls. 47 Cláusula 9ª, letra “d”

*não estão sendo tratados aqui.<sup>1</sup>*

Vale anotar, também, valiosa lição do Prof. Fábio Ulhoa Coelho<sup>2</sup>:

*“Por seu turno, a inadmissão das despesas para fazer parte do processo de falência ou de recuperação judicial representa uma exceção à regra geral da distribuição dos ônus da sucumbência. Nos feitos falimentares, as custas e honorários de advogado despendidos pelo credor para habilitar-se e eventualmente defender seu crédito não podem ser reclamados da massa ou do devedor em recuperação.”*

Em suma, por uma razão ou outra, o recurso merece desprovido.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0062747-35.2013.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que são agravantes MAPRA MANGUEIRAS E ARTEFATOS DE BORRACHA INDÚSTRIA E COMERCIO (EIRELI) (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e SILIBOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTIGOS TÉCNICOS LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARA DE RIBEIRÃO PRETO.

**ACORDAM**, em 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 23.698)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LIGIA ARAÚJO BISOGNI E TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 2 de setembro de 2013

RICARDO NEGRÃO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação judicial - Deferimento do pedido - Acordo realizado com credores trabalhistas em momento anterior à apresentação do plano**

1           Manoel Justino Bezerra Filho. Lei de recuperação de empresas e falência. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008

2           Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas”, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

**de recuperação - Pretensão de antecipação de pagamentos - Descabimento - Acordo firmado com credores que prevê expressamente a necessidade de homologação do plano de recuperação - Dever de observância do plano em atenção ao princípio de paridade entre os credores - Decisão singular mantida - Agravo improvido.**

**Dispositivo: Negam provimento.**

## **VOTO:**

Agravo de instrumento interposto por **Mapra Mangueiras e Artefatos de Borracha Indústria e Comércio (Eireli)** e **Silibor Indústria e Comércio de Artigos Técnicos Ltda.** dirigido a r. decisão proferida pelo Dr. Sidnei Vieira da Silva, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara Judicial da Comarca de Ribeirão Pires que indeferiu o pedido de autorização para pagamento de acordos trabalhistas antes da aprovação do plano (fl. 690):

[...]

Fls. 1884/1891, 1892/1895, 1897 e 1960/1965. Trata-se, na ordem, de reiteração de pedido das requerentes para fins de autorização de pagamento de acordos trabalhistas antes da aprovação do plano, contra o que, na sequência, discordou o Administrador sob o fundamento de que se impõe observar a estrita igualdade, sob pena de configuração do crime de favorecimento de credores, com o que concordou o Ministério Público, sobrevivendo nova reiteração dos requerentes.

É caso de se acolher a manifestação do Administrador Judicial e do Ministério Público, pois, de fato, é imperativo legal a observância da isonomia entre os credores, ainda que de mesma categoria dos trabalhistas, na ordem e valores proporcionais dos pagamentos.

Anoto divergência do Banco do Brasil. Assim, indefiro o pedido de antecipação de pagamento, observada menção feita pelo Administrador de previsão nos acordos trabalhistas no sentido de que, caso a assembleia não se realizasse até a data dos primeiros pagamentos, estes poderiam ser feitos cumulativamente até o dia do respectivo pagamento, sem prejuízo de os requerentes irem reservando os numerários para tanto.

[...]

Sobreveio o presente recurso em que as agravantes pretendem a reforma da r. decisão de modo que lhes seja permitido efetuar o pagamento de acordos trabalhistas, antecipando os efeitos do plano de recuperação. Sustenta que a própria Lei de Recuperações tratou de forma diferenciada os credores trabalhistas e que deve-se priorizar os credores de verbas alimentares que necessitam de

proteção social. Com esses argumentos, requerem a concessão do efeito ativo e o provimento do presente (fl. 2-22).

Preparo e taxa de porte de remessa em fl. 694-696.

O efeito “suspensivo ativo” foi denegado por este Relator em fl. 698.

Manifestação do Administrador Judicial em fl. 705-708 pelo não provimento do recurso.

Tempestividade anotada: a r. decisão agravada foi disponibilizada no DJE no dia 21 de março de 2013 (fl. 691) e o recurso foi interposto em 2 de abril do mesmo ano (fl. 2), no decêndio legal.

Pelo Ministério Público, a Excelentíssima Dra. Luciana Ferreira Leite Pinto, Promotora de Justiça designada apresentou manifestação em fl. 710-712 pelo desprovimento do recurso, sob fundamento de que “a pretensão da agravante esbarra no princípio da igualdade entre os credores” (fl. 711).

É o relatório.

Consta que em 18 de dezembro de 2012 deferiu-se o processamento da recuperação judicial das agravantes (fl. 403-405), ajuizado em 14 de agosto de 2012 (fl. 35).

Noticiam as recorrentes que em razão da discussão acerca da competência houve demora no deferimento do pedido de recuperação e na realização Assembleia Geral de Credores.

Não obstante, as recuperandas firmaram acordos com credores trabalhistas em 4 de outubro de 2012, cujo pagamento deveria iniciar-se em março de 2013 (fl. 415-458). Por esta razão, pretendeu-se a antecipação de tais pagamentos, “antecipando-se os efeitos do plano” (fl. 407-414).

O plano de recuperação foi apresentado em 18 de fevereiro de 2013 (fl. 566-669), com expressa previsão de pagamento na forma indicada no presente recurso e também, indicação expressa sobre a forma de pagamento dos credores trabalhistas no caso de demora na homologação do plano ou não autorização do pagamento na forma antecipada (fl. 593).

A discussão trazida a este Colegiado versa sobre o tratamento paritário dos credores e a possibilidade, ou não, de antecipação de pagamento a determinados credores.

Buscam as agravantes dar cumprimento aos acordos firmados com credores trabalhistas após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Para tanto, requerem autorização para dar início aos pagamentos realizando aquilo que denominam “antecipação dos efeitos do plano”.

Um dos princípios inerentes à recuperação judicial ordinária diz respeito à manutenção dos interesses dos credores, submetendo à assembleia de credores deliberações que possam afetar seus interesses (art. 35, I, *f* - Lei 11.101/05). E,

conforme andamento processual no sítio do Tribunal de Justiça na rede mundial de computadores, a realização da assembleia de credores ocorrerá em setembro do corrente ano.

A relevância da realização da AGC diz respeito à observância do princípio *pars conditio creditorum*. A preservação de aludido princípio se faz necessária, uma vez que a Lei de Recuperações e Falências se trata de norma de ordem pública.

Neste sentido, esclarecedora a manifestação ministerial:

[...]

Com vistas à garantia dessa igualdade, a lei determina que todas as classes de credores se manifestem sobre o plano (art. 45 da Lei 11.101/05), que pode ser alterado no curso da assembleia geral de credores, como expressamente previsto no art. 56, § 3º da LRF.

Não obstante a própria Lei 11.101/2005 tenha conferido especial tratamento aos credores trabalhistas, inexistente fundamento legal para a antecipação pretendida pelas agravantes.

É certo que as verbas trabalhistas exigem prioridade e proteção social, pois refletem-se em prestações alimentares por natureza. Entretanto, o próprio plano de recuperação trouxe a hipótese de adimplemento dos acordos somente após sua homologação.

Além disso, tal previsão também se encontra presente nos acordos firmados (cláusula 3), portanto, inexistente fundamento para a antecipação pleiteada.

De tal sorte, em analogia à decisão abaixo transcrita, mantém-se a r. decisão recorrida.

Agravo de instrumento. Antecipação de pagamento de créditos trabalhistas. Impossibilidade, a despeito do caráter alimentar. Ausência de previsão legal. Decisão mantida. Agravo não provido.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. **0062815-19.2012.8.26.0000**, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 8 de maio de 2012).

Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2005164-58.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes CONDOMÍNIO CONJUNTO SANTA CATARINA, SERGIO LOPES DA COSTA e MARIA JOANA DARC DA SILVA COSTA, são agravados ANTONIO

CARLOS GOMES DA SILVA e ALEIDE GESSINA DE ARAÚJO SILVA.

**ACORDAM**, em 27ª 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 4955)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), CLAUDIO HAMILTON E CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 3 de setembro de 2013

MORAIS PUCCI, Relator

**Ementa: Agravo de instrumento. Despesas condominiais. Execução. Revelia dos executados. Decisão que determinou como mínimo para a alienação do imóvel por iniciativa particular o valor de 80% de sua avaliação. Insurgência. A alienação por iniciativa particular, em princípio, deve ser realizada pelo valor da avaliação do bem, no mínimo, salvo se houver expressa concordância do devedor com valor inferior. Contudo, em situações excepcionais, como na execução em que as hastas públicas são frustradas ou o devedor é revel, deve ser permitida a alienação por valor inferior, desde que não seja vil, utilizando-se como critério, à semelhança dos valores das hastas públicas, a quantia equivalente a, no mínimo, 60% do valor atualizado da avaliação do imóvel. Manutenção, no presente caso, da decisão agravada a fim de se encontrar a melhor oferta para a alienação do imóvel, com observação de que, frustrada tal tentativa, deverá ele ser alienado conforme o critério descrito anteriormente. Recurso não provido, com observação.**

## VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (f. 52) proferida nos autos da ação de cobrança de cotas condominiais, ora em fase de cumprimento de sentença, movida por **CONDOMÍNIO CONJUNTO SANTA CATARINA**, em relação a **ANTONIO CARLOS GOMES DA SILVA** e **ALEIDE GESSINA DE ARAÚJO SILVA**, que não aceitou a proposta de alienação por iniciativa particular do bem dos executados formulada pelos coagravantes Antonio Carlos e Aleide Gessina ampliando o

prazo desse procedimento para mais 30 dias e fixando como preço mínimo da alienação 80% da avaliação.

Inconformados, os proponentes e o exequente, ora agravantes, requerem o julgamento do recurso por decisão monocrática para que seja aceita a proposta que formularam para adquirirem o bem por aproximadamente 62,5% do valor atualizado da sua avaliação.

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 55/56).

### **É o relatório.**

A controvérsia do presente agravo cinge-se à possibilidade alienação do imóvel dos agravados por iniciativa particular, durante a execução da sentença que os condenou no pagamento de despesas condominiais, pelo valor aproximado de 60% da sua avaliação.

A jurisprudência deste E. Tribunal vem admitindo a possibilidade de a alienação por iniciativa particular do imóvel ser realizada por preço inferior ao da avaliação se houver concordância do devedor.

Menciono, nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR. PREÇO MÍNIMO. VALOR DA AVALIAÇÃO OU QUANTIA INFERIOR, CASO HAJA CONCORDÂNCIA DO DEVEDOR. PARCELAMENTO DO PREÇO A SER PAGO PELO FUTURO ADQUIRENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NO ART. 690, § 1º DO CPC. CABIMENTO. Recurso provido em parte. (0001673-14.2012.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator(a): Edgard Rosa. Santos. 30ª Câmara de Direito Privado. 07/03/2012).

Penhora. Alienação. Iniciativa particular. Preço Mínimo. Não existindo concordância do devedor, a alienação por iniciativa particular deve observar como valor mínimo o obtido na avaliação, nos termos do artigo 685-C, § 1º, do Código de Processo Civil. Recurso provido. (0126637-79.2012.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator(a): Itamar Gaino. Comarca: Monte Azul Paulista. Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado. 01/10/2012).

Ocorre que há situações em que não se é possível a obtenção da concordância do devedor, como no presente caso, em que eles não se fizeram representar nos autos, ou quando as tentativas anteriores de alienação do bem são frustradas.

Nessas situações, de caráter excepcional, a alienação de bens do executado por iniciativa particular deve ser permitida por valor inferior ao da avaliação a fim de que a execução não seja frustrada.

Menciono, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo de instrumento contra decisão que deferiu a alienação do imóvel por iniciativa particular, por valor inferior ao da avaliação e sem obedecer aos requisitos legais. Impossibilidade. A venda do imóvel por iniciativa particular deve atender os requisitos disciplinados pelo art. 685-C do CPC e pelo provimento 1.486/2008 do Conselho Superior da Magistratura. A regra é que a alienação seja feita por preço não inferior ao valor da avaliação. Excepcionalmente se admite a venda por valor menor, desde que a decisão seja fundamentada. Recurso provido para anular a decisão agravada. (1250560007. Agravo de Instrumento. Relator(a): Carlos Alberto Garbi. São Paulo. 26ª Câmara de Direito Privado.14/04/2009).

EXECUÇÃO - ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR PRECEDIDA POR DUAS TENTATIVAS FRUSTRADAS DE ALIENAÇÃO EM HASTA PÚBLICA -PREÇO MÍNIMO ABAIXO DO PREÇO DA AVALIAÇÃO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE O PREÇO OFERTADO NÃO SEJA VIL. Muito embora não se admita, em princípio, que o preço mínimo da alienação por iniciativa particular seja inferior ao valor da avaliação, tal regra pode ser excepcionada nos casos em que a alienação por iniciativa particular é precedida por tentativas frustradas de alienação em hasta pública. Nestas hipóteses, contudo, é necessário que o preço ofertado não seja vil, sendo aplicável, por analogia, o disposto no artigo 692, caput, do Código de Processo Civil. PREÇO VIL - CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO - ANÁLISE DE CADA CASO CONCRETO - CRITÉRIO: EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DA ECONOMIA DA EXECUÇÃO (ART. 620, CPC) E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. Diante da dificuldade de se fixar, a priori, a porcentagem mínima sobre o valor da avaliação, a ser observada em todos os processos executivos, é melhor buscar, em cada caso concreto, para fins de se estabelecer o preço vil, a devida proporção entre os dois princípios em conflito o da economia da execução, que determina que o processo executivo seja realizado da maneira menos prejudicial possível ao devedor, previsto no artigo 620 do Código de Processo Civil, e o da efetividade da tutela jurisdicional, que estabelece que as formas processuais devem ser respeitadas apenas na medida em que garantam o contraditório e a ampla defesa, não podendo funcionar como obstáculo para que o exequente usufrua, o quanto antes, de seu crédito. (0260016-24.2009.8.26.0000. AI. Relator(a): Armando Toledo. São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. 15/12/2009).

No presente caso, o ilustre magistrado *a quo* fixou como valor mínimo inicial da alienação por iniciativa particular o valor de 90% da avaliação do imóvel, no prazo de 180 dias, podendo ele ser parcelado em até 3 vezes, estando

o inadimplente sujeito à multa de 20%, devendo o procedimento observar, em relação à publicidade, o Provimento CSM nº 1496/2008 (f. 71).

No corpo da decisão que fixou tais parâmetros, cumpre observar, há menção a anterior lance oferecido ao imóvel no valor de R\$ 160.000,00, equivalente a 60% do valor da avaliação, R\$ 265.000,00.

Oferecida outra quantia pelo imóvel, no valor de R\$ 182.000,00, que o agravante alega ser equivalente a aproximadamente 62,5% do valor atualizado da avaliação, o ilustre magistrado proferiu a decisão agravada reduzindo o valor mínimo para a alienação particular para 80% do valor da avaliação do imóvel.

Razoável, por ora, o valor fixado no juízo *a quo* para o mencionado procedimento, em atendimento aos interesses dos devedores revéis, observando-se que pode ser o imóvel alienado por valor inferior ao da avaliação em razão de não terem sido os executados citados.

Contudo, caso não seja obtida proposta nesse valor ao término do prazo fixado para tanto, a fim de a execução não se frustrar, deverá ser permitida a venda do imóvel por valor não inferior a 60% do valor atualizado de sua avaliação, à semelhança do que ocorre nos procedimentos de alienação em hasta pública.

Nego, pois, provimento ao agravo com observação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0126539-60.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOÃO HENRIQUE DOS SANTOS, são agravados MARCOS REINAN DOS SANTOS e MARA REJANE BATISTA FRAILE.

**ACORDAM**, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao recurso para reconhecer o *error in procedendo*, determinando-se a nulidade da audiência de justificação para que outra seja realizada, mantendo a posse deferida, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.750)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN E SÉRGIO RUI.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

FERNANDES LOBO, Relator

**Ementa: Audiência de justificação realizada sem a presença do réu que não foi citado (certidão negativa) - Nulidade - Art. 928, do CPC - Audiência que deve ser regularmente redesignada, porém, com manutenção do *status quo* - Temerária a revogação da liminar - Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 17, proferida pela MM.<sup>a</sup> Juíza Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni, nos autos de ação de restituição de coisa em comodato verbal, a qual, em audiência de justificação, deferiu a tutela antecipada para desocupação do réu, verificando que praticou turbação.

Insurge-se o agravante, aduzindo que foi realizada audiência de justificação sem sua citação, ofendendo a legislação processual civil, devendo ser declarada sua nulidade e do despacho de desocupação decorrente.

Alega que o juiz deveria ter oportunizado ao agravante o direito de contraditório e ampla defesa, pois presumiu antecipadamente que ele é pessoa violenta.

Defende que sua posse é velha.

É o relatório.

O inconformismo merece parcial acolhimento.

O caso é de nulidade da audiência de justificação, pois não foi cumprida a segunda parte do art. 928, do CPC preceitua que: “...no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” (grifo nosso).

No caso dos autos, verifica-se que o réu, ora agravado, não compareceu à audiência de justificação porque não foi citado, conforme certidão do Oficial de Justiça de fls. 136, de forma que restou vulnerado seu direito de defesa - garantida do devido processo legal - pois ficou impedido de contraditar e reinquirir as testemunhas do autor.

Portanto, constatada a irregularidade na realização da audiência de justificação, deve ser declarada sua nulidade para que outra seja designada, porém, sopesada a situação dos autos, temerária a revogação da liminar já deferida e cumprida, considerando que os prejuízos poderão ser piores, razão pela qual deve ser mantido o *status quo*, ressalvada a possibilidade de modificação da situação com a reanálise dos fatos.

Esse entendimento já foi exarado em caso semelhante julgado no Resp nº 1232904 (23/05/2013), em que a Relatora Nancy Andrichi concluiu: “*Revela-*

*se conveniente, em vista disso, a manutenção do status quo, reabrindo-se ao juiz de primeiro grau eventual reexame da questão, após a contestação, ou ao término da instrução processual”.*

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para reconhecer o *error in procedendo*, determinando-se a nulidade da audiência de justificação para que outra seja realizada, mantendo a posse deferida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006970-31.2013.8.26.0000, da Comarca de Araras, em que é agravante CLAUDIO ROBERTO CAMARGO GONÇALVES DA SILVA, é agravado VALDECIR MEGIATTO.

**ACORDAM**, em 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 5976)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA E MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: PENHORA. Monitória. Fase de cumprimento de sentença. Veículo pertencente à cônjuge do executado. Admissibilidade. Comunicação dos bens em razão do regime de casamento do devedor (comunhão universal de bens). Admissibilidade da constrição sobre a totalidade do bem. Inteligência do artigo 655-B, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido.

## VOTO

### RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra r. decisão (fls. 52) que, em fase de cumprimento de sentença da ação monitória ajuizada pelo agravante, indeferiu o seu pedido de penhora sobre o veículo da cônjuge do executado, sob o fundamento de que a proprietária do bem não faz parte da relação jurídica.

O agravante pretende a reforma do julgado, afirmando que o regime

de comunhão total de bens permite que a constrição recaia sobre o veículo de propriedade da cônjuge do executado, pleiteando, alternativamente, que a penhora ocorra sobre a meação pertencente ao devedor.

Agravo tempestivo (fls. 2), preparado (fls. 55/57) e respondido (fls. 64/66).  
Negado o efeito suspensivo postulado (fls. 61).

### **VOTO**

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação monitória ajuizada pelo agravante, convertida em título judicial, em fase de cumprimento de sentença.

O credor diligenciou, mas não obteve êxito em localizar bens do executado, ocasião em que requereu a penhora de veículo pertencente à conjuge do executado.

Na hipótese, o credor comprovou que o regime de casamento do executado é de comunhão universal de bens, de modo que há comunicação de bens, como se depreende do artigo 1.667 do Código Civil, que assim dispõe:

“O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes.”

O artigo 592, inciso IV, do Código de Processo Civil, dispõe sobre a responsabilidade patrimonial do cônjuge, que não é parte na ação judicial, *in verbis*:

“Ficam sujeitos à execução os bens: IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida.”

Por outro lado, o artigo 655-B, do Código de Processo Civil dispõe que “tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.”

Logo, diante da comunicação de bens e a garantia de que a meação do cônjuge fica preservada nas hipóteses de eventual alienação, é o que bastava para o deferimento do pedido de penhora formulado pelo credor.

Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte:

“Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Fase de cumprimento de sentença. Recurso conhecido. Preliminares rejeitadas. Tempestividade aferida. Cumprimento do prazo descrito no art. 526 do CPC. Desnecessidade de desconsideração de personalidade jurídica para a responsabilização de titular de empresa individual. Ausência de personalidades jurídicas distintas. Agravada casada sob o regime de comunhão parcial. Possibilidade de responsabilização patrimonial de seu cônjuge. Art. 592, IV, CPC. Constrição sobre o patrimônio comum

autorizada desde que respeitada a meação do cônjuge. Em caso de bens indivisíveis, a meação do cônjuge alheio à execução deve recair sobre o produto da alienação judicial. Art. 655-B, CPC. Precedentes. Litigância de má-fé não comprovada. Decisão reformada. Recurso provido.”

(AI. n. 0184262-71.2012.8.26.0000., Rel. Des. Hamid Bdine, 31ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 26.2.2013).

“CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Indicação à penhora pelo credor de imóvel pertencente ao devedor que é casado. Deferimento, tão somente, da penhora da metade ideal pertencente ao devedor. Pretensão do credor de que a penhora recaia sobre a totalidade do imóvel. Cabimento. Artigo 655-B, do Código de Processo Civil. Meação da esposa do devedor alheia à execução que recairá sobre o produto da alienação do bem - Agravo de instrumento provido.” (Agravo de Instrumento n. 0055724-38.2013.8.26.0000, Rel. Des. Sá Duarte, 33ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 24.6.2013).

“EXECUÇÃO - Penhora - Veículo registrado em nome da esposa do executado - Cabimento - Cônjuges casados pelo regime da comunhão parcial de bens - Automóvel adquirido durante a constância do casamento - Dívida contraída pelo marido que obriga os bens comuns - Meação que recai sobre o correspondente do produto da alienação - Aplicação do disposto no art. 655-B do Código de Processo Civil - Decisão de indeferimento reformada - Recurso provido.” (Agravo de Instrumento n. 0486566-30.2010.8.26.0000m, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, 17ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 9.2.2011).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso a fim de admitir a penhora sobre o bem indicado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013556-84.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante APORÃ NEGOCIOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (ATUAL DENOMINAÇÃO), é agravado QUINTILHANO INCORPORADORA E NEGOCIOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA EPP.

**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 25.310)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

ORLANDO PISTORESINI, Relator

**Ementa: Mediação - Cobrança - Comissão de corretagem - Execução provisória - Ausência de certidão de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo (Art. 475-O, § 3º, inc. II, do CPC) - Simples irregularidade que não obsta o prosseguimento da execução - Decisão mantida.**

**A ausência de certidão de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo configura simples irregularidade e não obsta o início da execução provisória, cabendo, por outro lado, à recorrente demonstrar que o recurso direcionado à Instância Superior foi excepcionalmente dotado de efeito suspensivo, ante a regra contida no artigo 542, parágrafo 2º, do Diploma Processual, no sentido de que “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.**

**Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão reproduzida às fls. 104, e que, em autos de “ação ordinária de cobrança”, em fase de cumprimento de sentença, acolheu o pedido de reconsideração do que se decidiu às fls. 146 dos autos principais, definindo que não pode incidir a multa de 10% prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil, determinando, ainda, que a credora forneça memória de cálculo atualizada de seu débito.

Sustenta a agravante que a decisão recorrida nada mencionou sobre a obrigatoriedade da certidão de recebimento do Recurso Especial para o prosseguimento da execução provisória; não foi preenchido o requisito elencado pelo artigo 475-O, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Processo Civil, visto que a agravada se limitou a informar o valor do débito e requerer medidas constritivas de penhora *on line* e bloqueio de bens, pelo que não deve prosperar o cumprimento provisório da sentença; não foi interposto recurso do despacho de fls. 133 dos autos principais, que determinou a juntada de cópia de certidão de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo, tudo a justificar o

provimento do recurso, reformando-se o despacho recorrido.

Recurso processado sem o pretendido efeito suspensivo, apresentando a agravada resposta, pugnando pela condenação da agravante nas penas por litigância de má-fé (fls. 133/135).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, a decisão lançada às fls. 133 dos autos principais (fls. 91), que acolheu os embargos de declaração colacionados às fls.86/88, para determinar a apresentação de cópia de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo pela agravada, com o escopo de viabilizar o início da execução provisória, foi expressamente reconsiderada pela decisão reproduzida às fls. 95, que reconheceu ser aplicável à espécie o artigo 542 do Código de Processo Civil.

E nada há a ser alterado.

O artigo 475-O, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, dispõe que ao requerer a execução provisória, o credor deverá instruir a petição com cópias autenticadas dos documentos ali elencados, dentre eles, a certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo.

E dos elementos que instruem o feito, é possível aferir que, contra o acórdão reproduzido às fls. 66/71 a agravante interpôs Recurso Especial, ao qual não se tem notícia de que tenha sido atribuído efeito suspensivo.

Nesse contexto, tem-se que a ausência do documento em referência configura simples irregularidade e não obsta o início da execução provisória, cabendo, por outro lado, à recorrente demonstrar que o recurso direcionado à Instância Superior foi excepcionalmente dotado de efeito suspensivo, ante a regra contida no artigo 542, parágrafo 2º, do Diploma Processual, no sentido de que “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Sobre o tema posto a debate, leciona Araken de Assis que “Não é imprescindível a ‘certidão’ da interposição do recurso. A juntada de recibo passado pelo escrivão é suficiente. Por outro lado, incumbe ao executado provar que o recurso, originalmente desprovido de efeito suspensivo, mereceu provimento do relator, agregando-lhe tal atributo” (*in* “Manual da Execução”, 15ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 385).

Por fim, não se entrevê, na hipótese, litigância de má-fé configurada e que pudesse justificar a reclamada imposição de penalidade à agravante.

Em tais condições, nada havendo a ser alterado, fica mantida a decisão recorrida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2011198-49.2013.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante HMS IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA, é agravado SOCIEDADE BENEFICENTE HOSPITALAR SÃO CAETANO.

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), PAULO ROBERTO DE SANTANA E SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

**Ementa: Ação monitoria em fase de cumprimento de sentença - Pretendida pela agravante a penhora “na boca do caixa” da agravada - Caso em que, considerando-se o valor elevado da execução, R\$ 162.862,22 em maio de 2013, a penhora “na boca do caixa” poderia acarretar sérios riscos à continuidade das atividades da agravada, sociedade beneficente - Solução mais plausível que consiste na penhora sobre o faturamento bruto da empresa executada no percentual de 5% ao mês - Penhora que, além de não inviabilizar a sobrevivência da empresa, tem sido aceita como meio eficaz de satisfação da obrigação - Agravo provido em parte.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação monitoria (fl. 7), fundada em três notas fiscais (fl. 8), em fase de cumprimento de sentença (fls. 36, 38), que indeferiu o pedido formulado pela agravante, para que fosse determinada a penhora “na boca do caixa” da agravada (fl. 120), ao abrigo dessa argumentação: “Indefiro, por ora, o pedido de ‘penhora na boca do caixa’, porquanto se caracteriza como constrição da renda bruta da empresa, no caso um hospital, que poderia acarretar sérios riscos à continuidade de suas atividades. A providência apenas será tomada após

esgotadas todas as tentativas de localização de bens e de formas de garantia da dívida (...)” (fl. 126).

Sustenta a agravante, exequente na aludida ação, em síntese, que: há três anos, busca a satisfação de seu crédito, sem sucesso; a penhora “na boca do caixa” constitui última medida efetiva a ser adotada para a satisfação de seu crédito; deve ser permitida a penhora “na boca do caixa” da agravada (fls. 2/6).

Houve preparo do agravo (fls. 134/135).

Não houve pedido de concessão ao recurso oposto de efeito suspensivo ou ativo.

Foram dispensadas as informações.

Não foi intimada a agravada para responder ao recurso, visto que não estava ela representada, processualmente, nos autos principais.

É o relatório.

2. A agravada foi regularmente citada, porém, não apresentou contestação (fl. 31).

Por meio da sentença proferida em 15.9.2010, o mandado inicial foi convertido em mandado executivo (fl. 32).

Iniciada a fase de cumprimento da sentença (fls. 36, 38), não houve o pagamento do débito.

As tentativas de bloqueio “on line” de ativos financeiros de titularidade da agravada, realizadas em fevereiro de 2011 (fl. 39) e em julho de 2012 (fl. 89), restaram infrutíferas (fls. 41/43, 91/93).

Igualmente, a agravante não obteve sucesso nas diligências para localização de bens móveis e imóveis de propriedade da agravada (fl. 111).

Diante disso, postulou a agravante ao digno juízo de origem a penhora “na boca do caixa”, a ser cumprida pelo oficial de justiça no estabelecimento da agravada, situado na Rua Espírito Santo, nº 277, em São Caetano do Sul, até o limite do crédito, correspondente a R\$ 162.862,22 (fl. 120).

Esse pedido foi indeferido, sob o fundamento de que tal providência poderia acarretar sérios riscos à continuidade das atividades da agravada (fl. 126).

Insurgiu-se a agravante contra essa decisão, tendo insistido na penhora “na boca do caixa” da agravada (fl. 6).

Todavia, considerando-se o valor elevado da execução, R\$ 162.862,22 em maio de 2013 (fl. 121), bem como o fato de que a agravada cuida-se de “sociedade beneficente”, a penhora “na boca do caixa”, como consignado na decisão hostilizada, poderia acarretar sérios riscos à continuidade de suas atividades (fl. 126).

Assim, a solução mais plausível consiste na penhora sobre o faturamento

da empresa executada no percentual de 5% ao mês, de modo a não inviabilizar a sua sobrevivência, com a observância das regras previstas no § 3º do art. 655-A do CPC.

A penhora, nesses moldes, tem sido aceita como meio eficaz de satisfação da obrigação.

Nesse rumo houve deliberação desta Câmara:

“Execução de título extrajudicial - Penhora ‘on line’ - (...) - Bloqueio ‘on line’ revogado - Possibilidade, todavia, para continuidade da execução, de penhora de 5% do faturamento bruto da empresa executada - Agravo provido em parte para esse fim” (AI nº 7.274.193-8, de São Paulo, v.u., Rel. Des. RIZZATTO NUNES, j. em 3.12.2008) (grifo não original).

3. Nessas condições, dou provimento em parte ao agravo de instrumento contraposto, reformando a decisão hostilizada (fl. 126), para permitir que a penhora recaia sobre o faturamento bruto da empresa agravada no percentual de 5% ao mês, com o cumprimento das normas inseridas no § 3º do art. 655-A do CPC.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0147765-24.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes NORBERTO CARLOS QUINTINO e ANA PAULA NASCIMENTO NEVES QUINTINO, é agravada CENTERLESTE EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA.

**ACORDAM**, em 32ª 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 13.779)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), RUY COPPOLA e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 26 de setembro de 2013

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE TERCEIRO - Apelação - Hipótese em que a apelação em embargos de terceiro julgados improcedentes foi recebida apenas no efeito devolutivo**

- Pretensão de recebimento da apelação também no efeito suspensivo - Cabimento - Hipótese em que é inaplicável, por merecer interpretação restritiva, a norma do inciso V, do artigo 520 do Código de Processo Civil - Atribuição, entretanto, que não tem efeito sobre a execução, mas, apenas, sobre o conteúdo da sentença proferida na própria ação de embargos de terceiro - Recurso provido apenas para aquele fim.

## VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por **NORBERTO CARLOS QUINTINO** e **ANA PAULA NASCIMENTO QUINTINO** contra a respeitável decisão trasladada a fls. 09 do instrumento (fls. 495 dos autos principais) que, nos autos dos embargos de terceiro por eles opostos na ação de execução por título extrajudicial, movida por **CENTERLESTE EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA**, recebeu o recurso de apelação interposto apenas em seu efeito suspensivo.

Sustentam inexistir fundamento legal ao processamento apenas no efeito devolutivo, na medida em que a hipótese não se insere no rol taxativo dos incisos do art. 520, do CPC.

Em reforço, aduzem que a não atribuição do efeito suspensivo à apelação implicará na causação de danos irreparáveis aos agravantes, uma vez que o imóvel objeto da controvérsia se encontra sujeito ao praxeamento em hasta pública.

Pugnam pela concessão da antecipação de tutela recursal e, ao final, pelo provimento do agravo de instrumento interposto, para que seja determinada a suspensão da ação principal até o julgamento dos embargos de terceiro.

### **É o relatório, passo ao voto.**

Desnecessário desencadear o contraditório, vez que o desfecho recursal não resultará em prejuízo à parte adversa. Por outro lado, não sendo obrigatória a requisição de informações, passe-se, de pronto, ao exame da controvérsia.

Anote-se, em proêmio, que nada obstante a atribuição legal de índole geral, nos termos como expressamente consignado no caput do art. 520, do CPC, na hipótese, o recebimento de recurso de apelação em seu duplo efeito, não afasta o prosseguimento da ação principal, como bem esclarece o ilustre **Ministro SIDNEI BENETI do C. Superior Tribunal de Justiça:**

**“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. EFEITOS. CPC, ART. 520. 1. A apelação interposta contra sentença que rejeita liminarmente embargos**

*de terceiro não tem efeito suspensivo quanto à execução. 2. O apelo recebido contra a sentença dos embargos de terceiro não tem efeitos sobre o outro processo, qual seja, o executivo. Eventual efeito suspensivo incide, aí sim, sobre as determinações que eventualmente constarem do dispositivo da sentença proferida na própria ação de embargos de terceiro, não em outra”.<sup>1</sup>*

A suspensão determinada pelo artigo 1.052 do CPC tem incidência apenas no curso da ação de embargos de terceiro, de modo que, proferida sentença, fica autorizado o prosseguimento dos atos executórios da ação principal, incidindo, o efeito suspensivo atribuído à apelação, apenas sobre o conteúdo daquela decisão judicial.

No mesmo sentido já se decidiu nesta Câmara:

***“Agravado de instrumento. Indenização. Execução de sentença. Embargos de Terceiro julgados improcedentes. Recurso. Apelação. Hipótese em que foi recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação. Impossibilidade. Situação que não se enquadra em nenhuma das exceções contidas nos incisos do art. 520 do CPC. Recebimento no duplo efeito. Necessidade. Decisão reformada. Recurso provido com observação. O apelo recebido contra a sentença dos Embargos de Terceiro não tem efeitos sobre o outro processo, qual seja, o executivo, ou seja, ainda que recebida em ambos os efeitos, a apelação não determina a suspensão da execução, já que abrange apenas o conteúdo da sentença proferida na ação incidental.”***

Ocorre que o mencionado recurso foi recebido somente no efeito devolutivo e, como regra geral, não evidenciada a excepcionalidade expressamente destacada na lei, a apelação deve ser processada em ambos os efeitos.

Portanto, de acordo com a doutrina, a norma de exceção deve ser interpretada de forma restritiva.

Sobre o tema assim se manifestam **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**:

***“Recurso. Efeitos. A apelação interposta contra sentença que julga embargos de terceiro deve ser recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, não se aplicando, à hipótese, o CPC 520 V. (RJTJRS 115/299)”***<sup>3</sup>

Nesse sentido, julgado desta 11ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo

1 Resp 1083098/SP, DJE 18.11.2009.

2 Agravo de Instrumento 0218918-88.2011, Rel. Francisco Occhiuto Junior

3 Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 1039

eminente Desembargador **SOARES LEVADA**:

***“Pertinente o recebimento no duplo efeito, da apelação interposta contra a sentença que julgou extintos embargos de terceiro opostos à execução extrajudicial por falta de recolhimento de custas, não estando a hipótese incluída nas exceções do artigo 520 do CPC, norma restritiva de direito, que deve ser restritivamente interpretada. Agravo provido<sup>4</sup>***

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar que a apelação seja recebida também no efeito suspensivo, sem interferência, contudo, no curso do processo de execução em andamento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2011853-21.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRUNA DO NASCIMENTO COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL NOVE DE JULHO (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10982)**

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

São Paulo, 25 de setembro de 2013

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - CURSO DE NUTRIÇÃO - Aluna que ostenta em seu currículo diversas reprovações - PRETENSÃO DE MATRÍCULA NO ÚLTIMO SEMESTRE DO CURSO DE GRADUAÇÃO E INCLUSÃO EM ESTÁGIO - Norma da instituição de ensino que condiciona o acesso promocional - PREVISÃO CONTRATUAL - Autora que não comprova a tentativa de cumprimento das normas em**

**semestres anteriores - AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* - LIMINAR DENEGADA. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Bruna do Nascimento Costa**<sup>1</sup>, nos autos da **ação cautelar inominada** movida contra a **Associação Educacional Nove de Julho**<sup>2</sup>, impugnando a decisão de fls. 64/66 que indeferiu a liminar pleiteada, concernente à matrícula da autora no 8º semestre do curso de nutrição, porquanto pendentes diversas matérias em semestres anteriores.

Inconformada, sustenta a autora que faz jus à liminar cautelar, visando à matrícula no último semestre do curso universitário que frequenta, salientando que a requerida, desde o início do ano letivo em curso, não disponibilizou para os alunos que têm dependência a possibilidade de cursar as matérias em que foram reprovados, não podendo aplicar as normas que restritivas.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 70).

Desnecessária a resposta da agravada, pois não angularizada a relação processual.

### É o relatório.

Cuidam os autos de **ação cautelar inominada**, ajuizada por **Bruna do Nascimento Costa** contra **Associação Educacional Nove de Julho**, visando à matrícula no último semestre do curso de nutrição, bem como a alocação em estágio, apesar de ter diversas pendências em seu currículo escolar que, segundo norma da faculdade, impedem a ascensão. Sustenta, para tanto, que a requerida não proporcionou os meios necessários para que pudesse cursar as matérias pendentes, não disponibilizando turmas com a grade curricular devida, ferindo dessa forma as normas consumeristas e a Lei Federal 9.349/96.

O histórico escolar da agravante (fls. 46/47) comprova que a aluna foi reprovada por nota em 14 matérias, apontando, também, uma reprovação por falta.

Segundo a Resolução UNINOVE nº 01/2006 (fls. 46), “*para promoção ao penúltimo e último semestres letivos dos cursos de graduação, exceto dos cursos de Medicina e Superiores de Tecnologia, o aluno não deverá possuir disciplina a ser cursada em regime de dependência ou adaptação*” (art. 1º).

Assevera, também, a referida norma, que “*Para atendimento ao disposto no Artigo 1º, será facultado, se oferecido pela UNINOVE, o aluno cursar até 3 (três) disciplinas em regime de dependência e/ou adaptação concomitantemente*

1 Beneficiária da assistência judiciária gratuita.

2 Não citada.

ao semestre que será promovido” (§ 2º).

Apesar de a cláusula ostentar, aparentemente, certo grau de abusividade, pois faculta à instituição de ensino oferecer ou não a possibilidade de dependência/adaptação, e autorizar, apenas, o curso de até 03 disciplinas pendentes por semestre, não consta que a agravante, anteriormente, tenha tentado se matricular nas matérias pendentes.

Desse modo, não pode, agora, tentar matricular-se no último semestre do curso, e ainda praticar estágio, se não cumpriu grande parte do currículo exigido para a graduação, estando ausentes tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora*, necessários para o deferimento da liminar.

Com efeito, os elementos de prova coligidos pela agravante não são suficientes para demonstrar a plausibilidade do direito alegado, sendo que não há risco de dano ou de irreparabilidade.

Importante salientar, tendo em vista a natureza das disciplinas pendentes, que as limitações contidas nas normas da instituição de ensino se justificam, já que é necessário que a aluna tenha o conhecimento de toda a teoria para que possa realizar o estágio.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2011301-56.2013.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO COSESP, é agravado ANTONIO FERNANDO MALAFAIA.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.656)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

RENATO SARTORELLI, Relator

**Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - ACIDENTE OCORRIDO EM MOMENTO POSTERIOR AO CANCELAMENTO DA APÓLICE - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA**

## SEGURADORA - RECONHECIMENTO - AGRAVO PROVIDO”.

### VOTO

Agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de cobrança relativa a seguro de vida em grupo, rejeitou preliminares de ilegitimidade de parte e prescrição.

Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, a agravante que é parte ilegítima para integrar a relação processual uma vez que a apólice foi cancelada em 31/10/2007 e o acidente, que teria provocado a invalidez do agravado, ocorrido em 27/03/2008. No mais, alega a prescrição do direito de ação. Pleiteia a concessão de efeito suspensivo.

Concedida em parte a liminar, houve resposta. O preparo está anotado.

É o relatório.

Tenho para mim que o inconformismo merece prosperar porquanto a agravante é parte ilegítima para integrar o polo passivo da relação processual em razão do cancelamento da apólice em momento anterior ao acidente relatado nos autos.

A conduta da seguradora não implicou qualquer ofensa a dispositivos do Código de Defesa do Consumidor já que não houve o cancelamento abrupto do contrato. Houve apenas o término do contrato de seguro de acidentes pessoais, pela sua não renovação, mesmo porque esses contratos possuem limitação temporal.

Através da carta juntada à fl. 86, a Cosesp comunicou que não ocorreria a renovação da apólice, cessando a cobertura no final do prazo de vigência do contrato, ou seja, em 31/10/2007, preservados todos os direitos e obrigações verificados até aquela data.

Desta forma, enquanto vigente o contrato, assim como suas renovações, o segurado tinha direito a todas as coberturas nele previstas. Com a cessação do prazo de vigência da apólice, o que ocorreu em 31/10/2007, fato devidamente comunicado, cessou definitivamente a cobertura securitária.

Por outro lado, cumpre destacar que o cancelamento da apólice, segundo informou a agravante, deu-se porque *“a Cosesp não mais opera no ramo de seguros de vida dos policiais militares desde 31 de outubro de 2007 e a seguradora responsável por isso é a Metlife que recebe os prêmios contratados para essa garantia”* (cf. fl. 03).

Isso evidencia que a seguradora não teve o propósito de, unilateralmente, modificar as condições do contrato em total prejuízo ao segurado; pelo contrário, verifica-se, no caso **sub judice**, que houve motivação idônea por parte

da agravante para não renovar a apólice, mormente porque deixou de operar no ramo de seguros dos policiais militares, o que não restou desmentido nos autos.

A par disso, cabe observar que sem a comprovação do recolhimento do prêmio, principal obrigação do segurado, não se pode imputar à seguradora o ônus de arcar com o pagamento da indenização.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar o autor carecedor da ação, extinguindo o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC. Arcará o vencido com os ônus das custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 1.500,00 (*art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil*), cuja exigibilidade permanecerá suspensa, nos termos da Lei nº 1.060/50.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2014734-68.2013.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é agravado M. SEKI AUTO PEÇAS ME (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 27.166**)

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

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

VIANNA COTRIM, Relator

**Ementa: Arrendamento mercantil - Reintegração de posse c/c perdas e danos - Ré não citada - Conversão em execução - Possibilidade - Agravo provido.**

### VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de reintegração de posse relativa a arrendamento mercantil contra decisão que indeferiu a conversão em execução.

Discorrendo a respeito das características do arrendamento mercantil, conclui o agravante que os contratos de leasing no Brasil adquiriram característica de financiamento. Assevera que no presente caso a opção de compra foi feita no ato de assinatura do contrato, não havendo valor residual a ser pago ao final,

uma vez que está diluído nas parcelas pactuadas, expressando assim o *animus* da arrendatária em permanecer definitivamente com os bens. Anota as infrutíferas tentativas de localização da devedora e dos bens, possibilitando a conversão em execução para reaver seu crédito. Colaciona jurisprudência.

Deferido o efeito suspensivo, o recurso foi regular e tempestivamente instruído com traslado de peças e recolhimento de preparo. Sem intimação para contraminuta porque não formada a relação processual.

### **É o relatório.**

Inicialmente, oportuno observar que não foi determinado o processamento pois não formada a relação processual, permitindo o exame de plano.

Preservado o convencimento do i. magistrado, tenho que prospera a irresignação.

O Código de Processo Civil veta a modificação do pedido após a citação (art. 264). *A contrario sensu*, se o ato citatório não tiver sido realizado, possível a alteração do pedido. A esse respeito leciona Luiz Rodrigues Wambier:

Enquanto não se realizar a citação, a relação jurídica processual é ainda linear, pois o processo ainda não terá completado sua formação. Por isso, o art. 294 autoriza o aditamento do pedido, até a citação, sem que isso represente qualquer prejuízo ao réu que, ao ser citado, necessariamente terá ciência do pedido já alterado. O aditamento pode consistir em alteração do que anteriormente havia sido formulado ou no acréscimo de outros pedidos (cumulação) - (*in* “Curso Avançado de Processo Civil”, 10<sup>a</sup> ed., São Paulo, RT, 2008, vol. 1, p. 338).

Exatamente este o caso dos autos, pois, o oficial de justiça não encontrou a ré, não tendo se efetivado a citação.

Observa-se que o contrato de arrendamento mercantil acostado aos autos e que embasou o pedido possessório reúne todos os requisitos de título executivo extrajudicial, conforme disposto no art. 585, II, do CPC.

Ademais, não se entrevê na espécie qualquer óbice de ordem formal, como incompatibilidade de ritos ou impossibilidade de aproveitamento dos atos já realizados, que eventualmente impedisse a modificação do pedido de reintegração de posse para a execução do contrato.

A esse respeito, diversos julgados desta Corte:

**ARRENDAMENTO MERCANTIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUERIMENTO DE CONVERSÃO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO - Possibilidade do pedido de conversão, ante a ausência de citação da ré - Aplicação dos artigos 264, 294 e 585, II do CPC - Decisão Reformada - Recurso provido (AI nº 2003800-51.2013.8.26.0000, 27<sup>a</sup> Câm. Dir. Priv., Rel. Claudio Hamilton, j. 16/07/2013).**

ACÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - Réu que, embora localizado no endereço constante no contrato, não foi citado para responder à demanda - Citação não consumada - Conversão da ação em ação de execução de título extrajudicial - Factibilidade - RECURSO PROVIDO, com observação (AI nº 0027079-03.2013.8.26.0000, 26ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Antonio Nascimento, j. 22/05/2013).

ARRENDAMENTO MERCANTIL. Ação de reintegração de posse. Decisão de Primeiro Grau que indeferiu o pedido de conversão da ação de reintegração em ação de execução de título extrajudicial, por falta de amparo legal. Inconformismo do agravante no sentido de que a conversão requerida é viável. Equivocado o posicionamento adotado pelo Mm. Juiz 'a quo'. Tendo em vista que a medida liminar e a citação do réu ainda não foram efetivadas, a conversão é de fato admissível. Inteligência dos artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso para reforma da decisão combatida (AI nº 0042989-70.2013.8.26.0000, 33ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Carlos Nunes, j. 25/03/2013).

Reintegração de posse - Arrendamento mercantil - Pedido de conversão em perdas e danos - Veículo não localizado e não citado o réu - Possibilidade de alteração do pedido - Deferida a reintegração liminar da posse e não encontrado o bem objeto de arrendamento mercantil para a execução da medida, é possível a modificação do pedido se o réu ainda não tiver sido citado - Agravo provido (AI nº 0033312-16.2013.8.26.0000, 30ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Lino Machado, j. 13/03/2013).

ARRENDAMENTO MERCANTIL - Pedido de conversão da ação de reintegração de posse em ação de perdas e danos - Ausência de citação da ré - Aplicação do disposto nos artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil - RECURSO PROVIDO (AI nº 0014727-13.2013.8.26.0000, 36ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Renato Rangel Desinano, j. 28/02/2013).

Arrendamento mercantil - Ação de reintegração de posse - Pedido de conversão da ação possessória em ação de execução de título extrajudicial, realizado antes da citação - Possibilidade - Inteligência dos artigos 264 e 294 do CPC - Agravo provido (AI nº 0020448-43.2013.8.26.0000, 29ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Silvia Rocha, j. 27/02/2013).

Destarte, de ser acolhido o aditamento da inicial para conversão da ação de reintegração de posse em execução, uma vez que o contrato firmado entre as partes foi assinado por duas testemunhas, reunindo assim todos os requisitos do título executivo extrajudicial.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2014633-31.2013.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que são agravantes JOSÉ SIDNEI DE OLIVEIRA e JOSE SIDNEI DE OLIVEIRA, é agravado BANCO SANTANDER LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL.

**ACORDAM**, em 24ª 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 10759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), SALLES VIEIRA E PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

ERSON DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: \*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Justiça Gratuita. Comprovação da hipossuficiência. Renda inferior a três salários- mínimos mensais. Adoção do mesmo critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para a concessão. Decisão reformada. Recurso provido.\***

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fl. 38, que não concedeu ao autor os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Alega o agravante que passa por péssima situação financeira e não tem condições de arcar com as despesas processuais. Diz que uma vez feito o pedido de justiça gratuita é prerrogativa da parte contrária o ônus de provar que o requerente não preenche os requisitos da lei. Aduz que basta a declaração de pobreza para o deferimento da assistência judiciária gratuita.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Com efeito, o benefício da justiça gratuita pode ser concedido somente aos que provarem a necessidade, em face do disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual dispõe que o Estado prestará assistência judiciária aos que “comprovarem” insuficiência de recurso. Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.*

*RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7.*

*I - A miserabilidade jurídica da requerente da justiça gratuita é presumida, mas trata-se de presunção relativa, que sucumbe mediante prova em contrário.*

*II - A egrégia Corte Especial decidiu, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 388.045/RS, em 22/09/2003, que as pessoas jurídicas com finalidade lucrativa podem gozar dos benefícios da assistência judiciária, desde que comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a sua existência.*

*III - Hipossuficiência afastada pelo acórdão recorrido, cuja revisão é obstada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido”. (AgRg no Ag 990026/GO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0284457-9, DJe 15.08.2008).*

Na circunstância dos autos, além de o recorrente ter apresentado declaração de pobreza (fl. 41), também juntou documentos que evidenciam sua hipossuficiência e, dessa forma, justificam a concessão da justiça gratuita.

Com efeito, o recorrente recebe salário mensal de R\$ 1.335,00 (fls. 47/49). Portanto, a renda auferida não alcança o valor equivalente a três salários-mínimos, entendidos por este relator como limite para tal concessão, em conformidade com o parâmetro utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Veja-se que adotando este entendimento este E. Tribunal julgou:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO GRATUIDADE PROCESSUAL POLICIAL MILITAR - Decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita - Presunção relativa do art. 5º, LXXIV, da CF - Subjetivismo da norma constitucional - Adoção do critério da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Agravante que percebe vencimentos líquidos pouco acima de três salários mínimos - Caracterização da necessidade da concessão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, sob pena de prejuízo de seu sustento e da sua família Recurso provido.” (Agravo de Instrumento 0068957-73.2011.8.26.0000 - Relator: Desembargador Rubens Rihl - Rio Claro - 8ª Câmara de Direito Público - Julgado em 04/05/2011 - Data de registro: 04/05/2011).*

*“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA.*

*1. Para obter assistência jurídica integral e gratuita basta que a parte comprove a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF) para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo*

*próprio ou de sua família.*

**2. Devido ao subjetivismo da norma, à falta de elementos seguros e tendo em vista a realidade socioeconômica do país, reputa-se necessitada a pessoa física que se acha desobrigada de apresentar Declaração de Ajuste Anual ao Imposto sobre a Renda. Montante que se aproxima do parâmetro adotado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para os mesmos fins.**

*3. Parte que auferê remuneração nessa faixa de rendimentos. Benefício indeferido. Inadmissibilidade. Decisão reformada. Recurso provido.” (Agravo de Instrumento 0080126-57.2011.8.26.0000 - Relator: Desembargador Décio Notarangeli - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Julgado em 25/05/2011 - Data de registro: 25/05/2011).*

Dessa forma, os elementos trazidos aos autos até o momento autorizam dar crédito à declaração de miserabilidade, observando-se, no entanto, a possibilidade de questionamento prevista no art. 7º da Lei 1.060/50.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007072-53.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PALAZZO DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., é agravado DAHRUJ MOTORS LTDA..

**ACORDAM**, em 27ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15213)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL – REVISIONAL - Pretensão da Locadora de intimação dos fiadores - Utilidade - Os fiadores possuem interesse jurídico em que a sentença seja favorável à Locatária - Possibilidade de intimação, a fim de assegurar o direito de ingresso dos**

**fiadores nos autos na qualidade de assistentes, caso assim entendam - Momento inoportuno para análise das consequências jurídicas que a intimação ou possível ingresso dos fiadores produzirá em eventual execução de título executivo judicial em relação a eles - Decisão reformada. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo (fls. 44), nos autos da “ação revisional de aluguel pelo rito sumário com pedido de fixação de aluguel provisório”, ajuizada por PALAZZO DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA (locadora) contra DAHRUJ MOTORS LTDA (locatária), que entendeu inútil a intimação dos fiadores da demanda revisional, em razão da Autora ter ajuizado a ação apenas em face da locatária, consoante o disposto no art. 472, primeira parte do CPC.

Inconformada com a r. decisão, a Autora/Locadora interpôs o presente recurso (fls. 01/09), discorrendo, em síntese, sobre a necessidade de intimação dos fiadores para que estes possam responsabilizar-se pela eventual majoração advinda da futura sentença de procedência dos pedidos iniciais. Sustentou que os fiadores do contrato de locação não devem participar da ação como réus, em razão do contrato de fiança ser apenas acessório ao da locação, sendo imprescindível, por outro lado, a intimação para se o caso ingressarem na qualidade de assistentes da Ré, diante do interesse jurídico. Requereu, assim, a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, a fim de permitir a intimação dos fiadores para que, querendo, ingressem como assistentes da Ré.

Preenchidos os requisitos legais (CPC, arts. 522, “caput”; 524, I, II, III; e art. 525, I, II e § 1º), o recurso foi recebido no efeito suspensivo (fl. 48).

A Agravada/Locatária informou não ter objeção quanto à intimação dos fiadores acerca da demanda (fl. 53).

É o relatório sucinto.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de primeiro grau que entendeu inútil a intimação dos fiadores da demanda revisional, em razão da Autora ter ajuizado a ação apenas em face da locatária, consoante o disposto no art. 472, primeira parte do CPC.

A questão do recurso resume-se: na possibilidade, ou não, de os fiadores serem intimados do ajuizamento da presente demanda revisional.

Extrai-se dos autos que a Agravante/Autora (locadora) ingressou com

ação revisional de aluguéis em face da Agravada/Ré (locatária), pretendendo, ainda, a cientificação dos fiadores da Ré acerca da demanda, para que, querendo, ingressassem nos autos como assistentes da Locatária (fls. 15/16).

O magistrado “a quo” entendeu inútil a pretensão da Agravante/Locadora de intimação dos fiadores, confira-se:

*“Conforme se verifica, a parte autora ajuizou ação apenas face a locatária, não incluindo no polo passivo, os fiadores. Com isso, inútil a postulada intimação dos fiadores, na medida em que, de acordo com o art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. (...)”*

Respeitado o entendimento do Juízo “a quo”, a decisão exige reforma, e isso porque há utilidade na pretensão da Agravante de intimação dos fiadores na hipótese dos autos, em razão destes possuírem interesse jurídico de ingressar na demanda revisional como assistentes da Locatária, caso assim entendam, nos termos do art. 50 do CPC, que assim dispõe:

*“Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”*

Assim, diante da possibilidade de ingresso dos fiadores na qualidade de assistentes da Locatária, plenamente cabível a cientificação pretendida pela Agravante.

Nesse sentido, destaca o i. Waldir de Arruda Miranda Carneiro:

*“Pelo fato de possuir interesse jurídico no desfecho da demanda favorável ao locatário, **deve o fiador ser intimado** na ação revisional de aluguel, para que, dela tendo ciência, possa tomar as providências que lhe convierem, como, por exemplo, a de intervir no processo como assistente simples do afiançado.”<sup>1</sup>*

Por essas razões, a decisão exige reforma, a fim de possibilitar a cientificação dos fiadores da Locatária acerca da demanda revisional.

Importante observar não ser o momento apropriado para análise das consequências jurídicas que a intimação ou possível ingresso dos fiadores produzirá em eventual execução de título executivo judicial em relação a eles.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento interposto pela Autora, para **REFORMAR** a r. decisão, possibilitando a cientificação dos fiadores da Locatária acerca da demanda revisional.

1 Anotações à Lei do Inquilinato, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 605.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010979-36.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ARTUR FALCÃO VAZ e é agravado HORÁCIO MARIANO FERREIRA JUNIOR (NÃO CITADO).

**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 AGRAVO. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 3 de outubro de 2013.

CELSO PIMENTEL, Relator

**Ementa: Plano de previdência privada na fase de capitalização não tem natureza salarial nem alimentar e não se enquadra entre as hipóteses de impenhorabilidade.**

## VOTO

Credor na execução título extrajudicial de aluguéis e encargos, agrava da respeitável decisão que lhe indeferiu pedido de penhora de valor depositado em fundo de previdência privada, em que insiste, sustentando se tratar de aplicação financeira e não de verba de natureza salarial.

Houve preparo.

Foi deferido o pedido de liminar.

É o relatório.

Tal como constou da decisão inicial neste agravo, plano de previdência privada na fase de capitalização não tem natureza salarial nem alimentar e não se enquadra entre as hipóteses de impenhorabilidade (CPC, art. 649, IV).

Assim e diante da frustrada tentativa de localização de outros bens (fls. 19/20 e 26/27), nada inibe a penhora pretendida e ora deferida, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup> e desta Corte<sup>3</sup>.

2 “Fundo de Previdência Privada. PGBL. Natureza de Poupança Previdenciária. Impenhorabilidade (Lei n.6.024/74, art. 36, § 3º; CPC, art. 649, IV). Inocorrência. Verba que não detém nítido caráter alimentar.” REsp 1121719/SP, 4º T., rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 15.03.2011, DJe 27.04.2011.

3 “Penhora. Bloqueio de valores depositados em plano de previdência privada. Possibilidade. O Plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) é instituto híbrido que ora assume as características de seguro

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2017940-90.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRADESCO LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, é agravado IMBRA S/A (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 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 da Relatora, que integra este acórdão. (**Voto nº 18702**)

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

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: ARRENDAMENTO MERCANTIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - FALÊNCIA DA ARRENDATÁRIA DECRETADA - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA COM ORDEM DE REMESSA PARA O JUÍZO FALIMENTAR - CONTROVÉRSIA QUE NÃO SE SUBMETE AO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA NOS TERMOS DA LEI 11.101/05 - DECISÃO REFORMADA.

Agravo de instrumento provido.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, que objetiva a reforma da r. decisão de fls. 96/98, proferida pelo MM. Juiz Direito **Felipe Poyares Miranda**, em ação de reintegração de posse, que, declinou de sua competência, por entender ser hipótese de reconhecimento da competência do Juízo falimentar para

de vida ora assume as feições de aposentadoria complementar e, por essas razões, não se enquadra nem em uma nem em outra categoria” AI 0577368-82.2010.8.26.0000, 28ª C., rel. Des. JÚLIO VIDAL, J. 26.04.2011.

- “Penhora. Plano de Previdência Privada. Fase de capitalização. Possibilidade. Caráter de aplicação financeira. Existência. Natureza alimentar. Ausência” AI 0077823-02.2013.8.26.0000, 32ª C., rel. Des. ROCHA DE SOUZA, j. 13.06.2013.

- “Penhora sobre valores depositados no fundo de previdência privada. Admissibilidade. Valor que não constitui verba alimentar” AI 0023503-02.2013.8.26.0000, 34ª C. rel. Des. ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, j. 25.02.2013.

processamento do feito, ante a competência absoluta, reconhecível de ofício. Foi determinado ainda, com fundamento no artigo 76 da Lei nº 11.101/05, e decorrido o prazo para recurso contra a presente decisão, a remessa, com urgência, dos autos para o E. Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível, para regular processamento.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão agravada deve ser reformada, pois os contratos de arrendamento não se submetem aos efeitos da falência, por ser de sua propriedade o veículo arrendado e não da agravada, devendo, por essa razão, ser mantida a competência do MM. Juiz da 17ª Vara Cível da Capital.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (fls. 132).

Sem contraminuta por não ter havido ainda a citação da agravada, conforme se observa da decisão agravada (fls. 96/98).

### **É o relatório.**

O recurso comporta provimento.

Com relação aos contratos bilaterais, em caso de falência, prevalece o entendimento da opção do administrador judicial quanto ao cumprimento do contrato, sob o critério de conveniência da massa (art. 117, Lei 11.101/05).

Na hipótese dos autos, porém, há que se considerar que, tratando-se de contrato de arrendamento mercantil, o devedor declarado falido é o arrendatário, ou seja, é a parte que não detém a propriedade do bem, não integrando este a massa falida.

Em sendo assim o dispositivo aplicável ao caso vertente há de ser o art. 199, § 1º, da Lei 11.101/05<sup>1</sup>, com nova redação dada pela Lei 11.196/05<sup>2</sup>, que exclui dos efeitos da falência os contratos de arrendamento mercantil. Como se vê de abalizada jurisprudência já existente a respeito:

**“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - Decretação da falência da arrendatária - Controvérsia que não se submete ao juízo universal da falência - Não intervenção do síndico da massa falida e do Ministério Público desde o momento da decretação da quebra - RECURSO DA RÉ DESPROVIDO - SENTENÇA ANULADA - APELO DO AUTOR PREJUDICADO.”<sup>3</sup> (n/ grifos)**

Destarte, deve ser mantida a competência do r. Juízo da 17ª Vara Cível da Capital para processar e julgar a ação originária, restando, dessa maneira, reformada a decisão agravada.

1 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)

2 Idem nota 1.

3 APELAÇÃO COM REVISÃO 9190012-47.2002.8.26.0000, Relator ANTONIO (BENEDITO DO) NASCIMENTO, j. 14/09/2011.

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

## Agravos Regimentais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0108937-56.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de Votuporanga, em que é agravante ITAU UNIBANCO S/A, é agravado ROBERTA FERNANDA MEQUI.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso, com multa. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO E RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 25 de julho de 2013.

GIL COELHO, Relator

**Ementa: Negado seguimento ao recurso – Mantida a decisão – Negado provimento a este recurso, com aplicação de multa.**

### VOTO

Insurge-se o agravante contra a r. decisão, copiada à fls. 24/26, de negativa de seguimento do recurso.

Alegou o agravante, após requerer a retratação, que não houve a correta aplicação do artigo 557 do CPC. Disse que, para se concluir pela obrigatoriedade da instrução do feito com o título original ou pela permissão de apresentação de cópia, há que se analisar as características dos diversos títulos executivos extrajudiciais. Afirmou desnecessária a apresentação da via original do título ora executado. Postulou pela reforma da decisão e, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Eis o relatório.

A decisão que negou seguimento ao agravo é a seguinte:

*“Insurge-se o agravante contra a r. decisão, copiada a fls. 22, de determinação de juntada da via original do título executivo.*

*Alegou o agravante que ajuizou execução para o recebimento de R\$66.882,43, atualizada até 10/04/13, decorrente de Cédula de Crédito Bancário; que as peças apresentadas são eficazes para o fim a que se destinam, ou seja, comprovar a adesão inequívoca do agravado ao contrato; que é possível a execução com cópia simples de títulos com pouquíssima probabilidade de circulação (sic). Afirmou que deve ser afastada a decisão que determinou a juntada do instrumento contratual. Postulou pela concessão do efeito suspensivo e pelo provimento ao recurso.*

*Eis o relatório.*

*Na r. decisão agravada, constou determinação para o exequente regularizar sua representação processual, exibindo o original do instrumento de mandato e substabelecimento ou suas cópias autenticadas, bem como o original da Cédula de Crédito Bancário.*

*Neste recurso, a insurgência do agravante é quanto à determinação de juntada do original da Cédula de Crédito Bancário.*

*O exequente não tem razão, devendo ser atendida a deliberação constante da r. decisão agravada, porquanto o caso não é de contrato de mútuo que não tem por natureza a sua circulação e sua cópia poderia instruir uma execução, mas de cédula de crédito bancário, a qual, nos termos do § 1º do art. 29 da Lei nº 10.931/2004, pode ser transferida mediante endosso em preto, com aplicação, se for o caso, das normas de direito cambiário, podendo o endossatário exercer os direitos, inclusive cobrar juros e encargos pactuados no título, que é, conforme o art. 28 do mesmo diploma legal, título executivo extrajudicial. De notar que a execução foi instruída com cópias simples. Assim, mas não se vê, com segurança, que o título tenha sido objeto de registro público e digitalizado, além de não constar expressamente que a aludida cédula não seria circulável. Logo, Por ser possível a sua circulação, é necessário que a cédula seja apresentada em sua via original para servir de título executivo extrajudicial. Acresce registrar que a via do credor será negociável, consoante o §3º do art. 29 da aludida lei.*

*A improcedência é tão manifesta, porquanto a lei não causa dúvida alguma a quem a lê. Certamente, o agravante ou ignorou a lei ou nem sequer quis lê-la. É lamentável que tenha sido interposto mais um recurso absolutamente desnecessário, impróprio e prejudicial à sociedade.*

*Ante o exposto, nego seguimento a este agravo de instrumento, nos termos do art. 557 do CPC.*

Reexaminados os autos, não foi possível perceber a inadequação da decisão para o caso, razão porque entendo que deva ser mantida. Aliás, não é possível que uma das maiores instituições financeiras confunda contrato de mútuo com cédula de crédito bancário que, por sinal, tem norma específica.

Em consequência, proponho à Turma Julgadora que negue provimento a este agravo, com condenação da agravante a pagar à agravada a multa de 5% do valor corrigido da causa, nos termos do §2º do art. 557 do CPC.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento a este recurso, com aplicação de multa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0003603-69.2007.8.26.0153/50000, da Comarca de Cravinhos, em que são agravantes BENEDITO FERNANDES LUNARDELLO, TEREZA XAVIER LUNARDELLO e EDGAR WENCESLAU LUNARDELLO, são agravados FRANCISCO AUXILIADOR DE SOUZA e IRANI JANDIRAL LUNARDELLO DE SOUZA. **(Voto nº 21.119).**

**ACORDAM**, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

**Ementa: POSSESSÓRIA - Águas - Impedimento de seu curso natural - Captação pelos proprietários da gleba superior em prejuízo da gleba inferior - Inadmissibilidade - Caso, ademais, em que o excedente é desperdiçado, pois apenas parte da água é utilizada Inteligência do disposto no art. 1.290 do Cód. Civil - Decisão que deu parcial provimento à apelação e negou provimento ao recurso adesivo mantida - Agravo regimental improvido.**

## VOTO

Agravo regimental interposto contra decisão que deu parcial provimento à apelação e negou provimento ao recurso adesivo, ambos tirados de r. sentença

que julgou parcialmente procedente ação dita “de reintegração de posse cc cominatória e indenização”, ajuizada para compelir proprietários de imóvel superior a retornar fornecimento de água a imóveis inferiores refazendo a canalização necessária; antecipou-se “os efeitos da tutela” para determinar-se “o retorno ao estado anterior” no prazo de 45 dias e sob pena de multa diária “equivalente a um salário mínimo...”; a condenação incluiu pagamento de indenização por danos morais no valor de dez mil reais, “metade (R\$ 5.000,00) para cada requerente”.

Sustentam os agravantes que agem dentro do “exercício regular de direito à captação da água da nascente de sua propriedade”, entre outras considerações.

É o relatório.

O inconformismo se não sustenta.

Registra-se, de pronto, que de “exercício regular de direito” não há falar.

Com efeito, embora não se discuta que os agravantes tenham “direito próprio” à captação da água, a verdade é que não podem tirá-la de seu curso natural em prejuízo dos agravados, até porque, conforme constatou a perícia, o excedente acaba por ser desperdiçado, pois apenas parcela da água é utilizada.

Mantem-se, pois, a decisão regimentalmente agravada, aqui integrada e adotada pela C. Turma Julgadora, uma vez se tendo reportado ao disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, do seguinte teor:

**“Trata-se de apelação e recurso adesivos interpostos contra r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Eduardo Alexandre Young que julgou parcialmente procedente ação dita “de reintegração de posse cc cominatória e indenização”, ajuizada para compelir proprietários de imóvel superior a retornar fornecimento de água a imóveis inferiores refazendo a canalização necessária; antecipou-se “os efeitos da tutela” para determinar-se “o retorno ao estado anterior” no prazo de 45 dias e sob pena de multa diária “equivalente a um salário mínimo...”; a condenação incluiu pagamento de indenização por danos morais no valor de dez mil reais, “metade (R\$ 5.000,00) para cada requerente”**

**Insistem os apelantes (réus) em que: a) dispõem de “direito próprio à captação das águas de que se servem”, isto é, da mina localizada em sua gleba, cabendo-lhes destinar aos apelados tão somente as sobras e após “satisfeitas as necessidades de seu consumo” (art. 1.290 do Código Civil) e que a situação anterior modificou-se na medida em que edificaram imóvel para o qual, e segundo a perícia, “a água captada está sendo utilizada” com exclusividade; b) mais ainda, que a perícia demonstrou “a possibilidade de captação de água pelos apelados, através de poços semi- artesianos, afora a existência de várias represas...”; c) impugnam, a seguir, o cabimento e o valor da indenização pelos danos morais e criticam a sentença, que “não tratou**

dos termos da defesa...”, isto é, daquele argumento de que os apelados têm direito apenas às sobras da água, tanto mais que “não prevalece a com posse pro diviso reconhecida...”, com o que não agiram sob abuso de direito; d) asseveram, mais, que o valor da multa diária “é grave”, isto é, excessivo por inadequado ao da obrigação principal e e) argumentam, ao fim, o acolhimento parcial da pretensão implica em “distribuição proporcional entre as partes, das despesas e verba honorária”.

Os apelados (autores), de seu turno, e via do recurso adesivo, pleiteiam a majoração da indenização para “o valor de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo R\$ 50.000,00) para cada”.

Vieram respostas de ambos os lados, cada qual se batendo pela preservação do resultado, na parte em que beneficiados.

Recursos, no mais, bem processados. É o relatório.

Os inconformismos podem e devem ser apreciados e resolvidos desde logo.

A apelação vinga em parte mínima registrada a constatação desde logo que, ao contrário do que sustentam os apelantes, a r. sentença contém análise percuciente de todos os fatos da causa à luz do direito positivo (inclusive da norma por eles mencionada) e fundamentação adequada e suficiente para a conclusão a que chegou o culto Magistrado de Primeiro Grau.

Assim não fosse, é de se lembrar que “o órgão julgador não está obrigado a responder a questionários sobre matéria de direito federal exaustivamente discutida no acórdão recorrido” (STJ-3ª Turma, Resp 4.907- MG-Edcl, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.12.90, rejeitaram os embargos, v.u ., DJU 11.3.91, pág. 2.392), “in” NEGRÃO, “Cód. de Proc. Civil...”, Saraiva, 36ª ed., pág. 628, nota nº 2a. ao art. 535).

Tem-se, demais disso, que “o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio” (STJ-1ª Turma, AI 169.073-SP-AgReg, rel. Min. José Delgado, j. 4.6.98, negaram provimento, v.u., DJU 17.8.88, p. 44). No mesmo sentido: RSTJ 148/356, RJTJESP 115/207).

Absolutamente injustificada, pois, a crítica endereçada à bem lançada r. sentença.

No mais, tem-se que:

a) não se duvida de que os apelantes tenham “direito próprio” à captação e utilização da água da mina, na medida em que, e conforme a letra da lei (art. 1.290 do Código Civil), é certo que a gleba de que são

proprietários seja a superior e as de propriedade dos apelados as inferiores.

Menos certo não é, todavia e conforme bem apanhado pelo MM. Juiz que a perícia apurou que, após o atendimento de suas necessidades, há sobra de água (fls. 150), a qual flui por “uma torneira aberta, saindo toda pelo ladrão da caixa, escoando por um canal aberto no terreno e infiltrando no solo, aparentemente sem utilização total”.

Não se pode, portanto, dar curso à justificativa de que necessitam de toda a água, mesmo em se considerando o alegado “fato novo”, que seria a nova edificação, mesmo porque demonstração alguma veio de que, para as novas atividades e o novo imóvel, necessitam de toda ela, além do que a criação dessa “novidade” não poderia ter sido levada a cabo em prejuízo de direito já consolidado dos apelados.

De qualquer maneira, e repetindo, a perícia demonstrou que mesmo existindo a nova edificação, a sobra da água estava, naquele momento, sendo desperdiçada (ver fls. 150), o que, sem dúvida alguma, confere à supressão do fornecimento aos apelados, foros de abuso de direito;

b) o argumento de que a perícia demonstrou “a possibilidade de captação de água pelos apelados, através de poços semi- artesianos, afora a existência de várias represas...” não pode prevalecer.

Primeiro, porque a implantação do poço semi-artesiano em uma das glebas decorreu exatamente da supressão do fornecimento de água pelos apelantes (mesma fl. 150) e, ainda assim, tudo indica não estar consolidada porque, em razão disso, o autor dela proprietário foi “autuado pelo fato” (conforme está na r. sentença, fls. 272) e no depoimento pessoal de fls. 224), com o que foi bem determinado o restabelecimento.

Segundo, porque o outro proprietário, sem meios de subsistir sem a água, acabou abandonando sua gleba, mudando-se para a cidade há “seis ou oito anos”, com o que a terra ficou abandonada (fls. 225);

c) fora de dúvida que a conduta dos apelantes ocasionou sim o dano moral de que se queixam os apelados, na medida em que salta à vista que água uma das primeiras se não a primeira necessidade dos seres humanos, seja para si próprios, seja para as atividades que desempenham, tanto mais no âmbito rural como é o caso.

É agravo, de resto, cuja existência se constata por si só, “ipso facto”, sem necessidade alguma de demonstração.

Observe-se, quanto a isso, que o dano moral decorre diretamente da violação do direito da vítima quando essa excede “a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

Nesse sentido, destaca-se, ainda, que “A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (“*danum in re ipsa*”). Verificado o evento danoso surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)” (REsp 23575/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09.06.1997, DJ 01.09.1997 p. 40838).

Bem acolhido, pois, também a pretensão a essa indenização.

No que se refere ao “quantum”, assinala-se que deve se ter presente a moderação recomendada na doutrina e na jurisprudência, tanto para que se evite enriquecimento indevido de uma parte em detrimento de outra como, ainda, para que se observem os limites geralmente aceitos em casos análogos, de modo a que se chegue a um valor que, compensando a dor moral sofrida, contenha componente de punição e desestímulo, sem excesso nem aviltamento.

Mais ainda, “deve o juiz: 1) punir pecuniariamente o infrator, pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; 2) por nas mãos do ofendido uma soma, que não é o *pretium doloris*, porém o meio de oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação... ou seja, um bem estar psíquico compensatório do mal sofrido, numa espécie de substituição da tristeza pela alegria...” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Direito Civil”, Vol. II, nº 176).

No caso, e levando-se em conta tais parâmetros e circunstâncias, não há como diminuir e, menos ainda, aumentar (tanto mais para o estratosférico valor alvitrado pelos apelados) o valor judiciosamente arbitrado pelo culto Magistrado, o qual se tem por adequado como lenitivo para a dor sofrida, motivo pelo qual fica mantido, mas explicitando-se, aqui, e para obviar alguma discussão quando da execução, que a quantia objeto da condenação (dez mil reais) cabe aos autores metade ao casal BENEDITO e TEREZA e metade a EDGAR;

d) nada há a reparar no valor fixado para a multa diária, tanto mais que o prazo dado para o cumprimento da decisão (45 dias) é mais do que suficiente para o retorno ao estado anterior, além do que o “valor” da “obrigação principal” (restabelecimento do curso de água) é sem dúvida alguma inestimável, no sentido de valoração de bem, com o que não há falar em “inadequação”; têm razão.

e) na questão dos encargos de sucumbência os apelantes têm razão.

A pretensão versava não somente o restabelecimento do fornecimento da água como, ainda, indenização por danos materiais e morais, sendo

acolhida tão somente no que se refere ao primeiro e ao último desses itens.

Patente, em sendo assim, o decaimento mútuo das partes, com o que é de se aplicar o disposto no art. 21 do Cód. de Proc. Civil: altera-se a r. decisão nesse ponto, com o que as despesas da taxa judiciária e da perícia (atualizadas desde quando desembolsadas) serão partilhadas, compensando-se reciprocamente os honorários advocatícios.

Feitas essas considerações, mantem-se, no mais, a excelente r. sentença, tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal de Justiça: “nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”) como, ainda, pelos aqui adicionados.

Diante do exposto, e com base no art. 557 do Cód. de Proc. Civil, desde logo **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO e NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso adesivo.**”

Nega-se provimento a este agravo regimental.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0115451-25.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BVA S/A, são agravados LAHR E SIMMEL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA e RONAHR PASSAROS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA.

**ACORDAM**, em 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARDOSO NETO E CARLOS ABRÃO. São Paulo, 28 de agosto de 2013.

LIGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

**Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - Interposição contra decisão monocrática da Relatora que diante da manifesta improcedência, negou seguimento ao agravo de instrumento - Possibilidade, conforme previsão do art. 557, “caput”, do CPC - Antecipação dos efeitos da tutela - Deferimento - Suspensão**

**provisória de eventuais operações relativas a cédulas de créditos bancários, com baixa provisória dos dados de endividamento relativos a estas operações de crédito junto ao SISBACEN - Admissibilidade - Recurso improvido.**

## VOTO

1. Trata-se de agravo regimental tirado por Banco BVA S/A. contra a r. decisão monocrática de fls. 329/331 que negou seguimento a agravo de instrumento manifestamente improcedente, por meio do qual havia insurgência contra r. decisão do juízo “a quo”, que concedendo a antecipação de tutela pretendida pelas agravadas, deferiu a suspensão provisória de eventuais operações relativas às cédulas de crédito bancário nº 11926/11 e nº 11928/11, com a baixa provisória dos dados de endividamento das autoras relativos a estas operações de créditos, junto ao SISBACEN, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária.

2. Não obstante os argumentos do agravante, era mesmo caso de se negar seguimento ao agravo de instrumento, em razão da manifesta improcedência.

Com efeito, conforme deixei registrado em minha decisão retro mencionada: “costuma-se distinguir entre tutela cautelar e tutela antecipatória, no sentido de que a primeira é destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, enquanto a segunda cinge-se ao poder de o juiz antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. Todavia, não se pode negar que tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providência de natureza emergencial, adotadas em caráter provisório. Bem por isso que, atualmente, tendo em mira a fungibilidade que se emprestou ao instrumento da tutela antecipada através da reforma dada pela Lei nº 10.444/02, que acrescentou o § 7º, ao art. 273, do CPC, quando a parte, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida em caráter incidental no processo ajuizado. E, diante do princípio da fungibilidade da antecipação da tutela e das medidas cautelares, consagrada pelo § 7º, do art. 273, do CPC, houve abrandamento dos requisitos enumerados para a antecipação de tutela, basta a plausibilidade do direito invocado e a possibilidade de lesão de difícil reparação para o seu deferimento. *In casu*, a plausibilidade do direito invocado vem respaldada pela documentação coligida pelas agravadas, que, numa análise sumária, própria do momento, corroboram suas alegações. De outro lado, o receio de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação encontra fundado respaldo nos graves prejuízos que

poderão advir às agravadas, relativamente à manutenção da situação em que se encontram, privadas de recursos financeiros para continuidade de projeto de empreendimento já aprovado e registrado perante os órgãos competentes e outro em fase inicial, já lançado ao público, a despeito da aprovação de mútuo bancário no valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) junto à instituição financeira agravante (cédulas de crédito bancário n. 11926/11 e nº 11928/11, objeto da ação principal), desde 30.11.2011, sem que, no entanto, até a presente data, pudessem dispor de tal numerário, que se encontraria bloqueado pela agravante; sem embargo, também, de se encontrarem as agravadas impedidas de realizarem operações financeiras com outras instituições, para captação de recursos, em razão do apontamento do endividamento destas operações junto ao SISBACEN, suportando o desamparo dos recursos bancários e a paralisação de eventuais negócios, com a credibilidade e solvibilidade denegridas, até solução final da demanda. Assim, não obstante as alegações do agravante, presentes os requisitos autorizadores do provimento antecipatório da tutela e considerada, ainda, a complexidade da causa, há de ser prestigiada a r. decisão agravada, tendo agido com cautela e acerto o d. Magistrado de primeiro grau. Ademais, registra-se, o deferimento antecipatório da tutela se deu, expressamente, em caráter “provisório”, o que significa dizer que, nos termos do art. 273, § 4º, do CPC, a decisão poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Pelo exposto, nega-se provimento ao regimental.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 9123758-82.2008.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MAURO KAUFFMAN e SUZANA CUKROWICZ KAUFFMAN, é agravada MARLI DAVID GUSMÃO DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 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 18.530)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA E CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, Relator

## Ementa: Agravo Regimental - Embargos à execução

- Contrato de locação de imóvel comercial - Fiança prestada - Não exoneração da fiança pela alteração do quadro social da empresa à qual a locação se presta - Os titulares da sociedade limitada à qual a locação se presta não se exoneram da fiança pelo fato de alienar as cotas sociais; tal exoneração só existiria pela concordância expressa do locador ou por decisão judicial na ação competente. A notificação do art. 835 do CC no caso é ineficaz, vez que o aluguel cobrado refere-se ao prazo estabelecido contratualmente, não se tratando de contrato prorrogado automaticamente - Responsabilidade dos fiadores pelos débitos locatícios cobrados - Sentença mantida - Recurso a que se nega seguimento, por decisão monocrática - Agravo Regimental não provido.

## VOTO

Trata-se de agravo regimental (fls. 215/222) tirado contra a decisão monocrática deste Relator (fls. 210/212), que negou seguimento ao recurso manifestamente improcedente, por decisão monocrática. O agravante requer seja reconhecido o efeito infringente do recurso para reforma do V. Acórdão ou, alternativamente, seja submetido ao julgamento da E. Câmara.

É o relatório.

O agravo regimental levanta-se contra a decisão monocrática, prolatada nos seguintes termos:

*“Trata-se de apelação dos embargantes (fls. 153/170) interposta ante a r. sentença da MM. Juíza ANA LUIZA LIARTE (fls. 145/150), que julgou improcedentes os embargos à execução, condenando os embargantes nos consectários legais.*

*Insurgem-se os apelantes contra o decidido, alinhando as razões de inconformismo e aguardando o final provimento do recurso. Alegam que na condição de sócios gerentes da empresa locatária, assinaram o contrato de locação como fiadores; entretanto, após alienarem as cotas sociais a terceiros, os apelantes notificaram a locadora apelada, buscando a exoneração da fiança; pedem os apelantes seja reconhecida a ilegitimidade passiva, ou então, sejam julgados procedentes os embargos à execução, reconhecendo-se a exoneração da fiança, ou ainda, que a responsabilidade dos fiadores seja limitada aos aluguéis vencidos até sessenta dias após a notificação. O recurso é tempestivo e está preparado (fls. 171/173); com contrarrazões (fls. 182/202).*

*O contrato de locação foi celebrado entre o apelado e a empresa Dominó Ltda, pelo prazo de cinquenta e quatro meses, para vigorar no período de 1º.6.2000 a 1º.12.2004 (fls. 15/21 da execução em apenso), tendo os ora apelantes figurado como fiadores, na qualidade de sócios da empresa locatária. Houve alienação das cotas sociais da empresa locatária em 14.1.2003, de modo que os apelantes notificaram a locadora apelada, buscando a exoneração da fiança.*

*O artigo 835 do Código Civil estabelece que “o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 60 (sessenta dias) após a notificação do credor”. No entanto, é de se ressaltar que na inicial da execução, apenas estão sendo cobrados aluguéis relativos ao período de agosto de 2003 a dezembro de 2004, dentro do período de vigência contratual. Como bem anotado pela douta Magistrada sentenciante, o contrato de locação e a fiança foram firmados por prazo determinado, razão pela qual as notificações encaminhadas à locadora apelada em 15.1.2003 e 7.4.2003 (fls. 28 e 29/32) não tiveram o efeito pretendido pelos fiadores apelantes, remanescendo a responsabilidade pelos débitos cobrados na execução.*

*O fato das cotas sociais da empresa locatária terem sido alienadas a terceiros não afasta a responsabilidade dos fiadores. Prestada a fiança por prazo determinado, tal exoneração só existiria pela concordância expressa do locador ou por decisão judicial na ação competente, situações inócurrentes na hipótese.*

*Ante o exposto, a r. sentença recorrida é confirmada por seus próprios fundamentos, não merecendo qualquer reparo.*

*Nega-se seguimento ao recurso manifestamente improcedente, por decisão monocrática fundamentada no artigo 557 do CPC.” decisão que ora é mantida por seus próprios fundamentos.*

**Nega-se provimento ao agravo regimental.**

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003176-56.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes USIARA USINAGEM ARARAQUARA LTDA. e ANTONIO LUIZ GARUTTI, é apelado MARCUS VINICIUS MELLO MAZZA.

**ACORDAM**, em 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 14463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente), RICARDO NEGRÃO E LIGIAARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

JOSÉ REYNALDO, Relator

**Ementa: Sociedade empresária. Ação de dissolução parcial cumulada com apuração de haveres. Incontrovérsia da quebra da affectio societatis. Procedência do pedido, declarando a dissolução parcial da sociedade, com o prosseguimento em liquidação judicial para apuração dos haveres. Responsabilidade do sócio retirante que permanece e subsiste até a averbação da resolução da sociedade no órgão registrário competente. Artigo 1.032 do Código Civil. Ação procedente. Apelação provida em parte.**

## VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 70/72, acrescenta-se que ação de dissolução de sociedade foi julgada parcialmente procedente para declarar a dissolução da sociedade requerida, respondendo o autor pelas obrigações anteriores e também pelas posteriores à retirada não averbada, pelo prazo de dois anos a contar de janeiro de 2009, prosseguindo-se na forma do artigo 657 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por força do artigo 1.218 do atual estatuto processual, com a nomeação do corréu como liquidante, detentor da metade do capital social e sócio remanescente e administrador após a saída do autor. Em razão da sucumbência mínima, condenou os corréus ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Embargos declaratórios opostos pelo autor ao fundamento de omissão foram rejeitados pela decisão de fls. 77/78.

Apelam os corréus alegando que o apelado não comprovou a alegação de que notificou o outro sócio da sua saída da empresa desde janeiro de 2009, apresentando documentos que indicam que somente em janeiro de 2012 manifestou formalmente tal vontade (fls. 13/18). Afirmam que, a despeito das tratativas entre as partes, não houve acerto para a dissolução amigável da sociedade porque o apelado manifestava interesse em retomar suas funções na

empresa, as quais foram por ele informalmente abandonadas, tendo, contudo, se quedado inerte em ceder a título oneroso seu capital social para outra pessoa, inclusive ao próprio sócio. Entendem, assim, que a responsabilidade do apelado deverá abranger os dois anos seguintes à manifestação expressa de vontade em se retirar da sociedade - janeiro de 2012 -, nos termos do artigo 1.032 do Código Civil. Insurgem-se quanto ao valor arbitrado a título de honorários de advogado, apontando que as custas iniciais foram recolhidas a menor, razão pela qual pedem o provimento do recurso com a reforma da r. sentença e a redução da verba de sucumbência.

Recurso preparado e recebido, ausente resposta da parte apelada, a despeito de regular intimação para apresentá-la.

É o relatório.

O apelado ajuizou ação de dissolução da sociedade Usiara - Equipamentos e Peças Agroindustriais Ltda. e sua liquidação, com a condenação ao pagamento de seus haveres.

A defesa apresentada concordou com o pedido de dissolução parcial da sociedade, dada a quebra da *affectio societatis*, apontando o interesse na continuidade da atividade empresária.

A análise minuciosa da documentação acostada aos autos revela a inegável intenção do apelado em retirar-se da sociedade apelante, manifestando tal interesse em telegrama enviado ao sócio Antonio Luiz Garutti, recebido em 23.01.2012 (fls. 13/18).

Incontroversa a quebra da *affectio societatis*, tendo os apelantes concordado com a saída do apelado e alteração do quadro societário, de rigor a procedência do pedido de dissolução parcial da empresa, devendo-se proceder à sua liquidação judicial que deverá seguir o rito procedimental especial conforme artigos 655 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939, ainda vigentes para esta específica hipótese devido à falta de lei especial processual, segundo se infere do disposto no artigo 1.218, VII, do Código de Processo Civil de 1973.

Contudo, não é possível a retroatividade da data a ser considerada para a contagem do prazo de dois anos quanto à responsabilidade do sócio retirante, como indicado na r. sentença.

Isso porque o artigo 1.032 do Código Civil estabelece que *a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.*

Disso resulta a necessidade da averbação da dissolução parcial da sociedade no órgão registrário competente para afastar a responsabilidade do apelado pelas obrigações sociais; e tal declaração produz efeitos *ex nunc*.

Nesse sentido, os comentários de Ricardo Fiuza e Newton De Lucca na obra *Código Civil Comentado*, 6ªEd., São Paulo, Saraiva: 2008, nota doutrinária ao artigo 1.032, pg. 1032:

*Nas hipóteses de retirada voluntária ou de exclusão de sócio, este também responderá, no decorrer dos dois anos subsequentes, pelas dívidas e obrigações sociais existentes na data em que deixou de integrar a sociedade, quando o termo aditivo ao contrato social que formalizou sua saída tiver sido averbado perante o cartório de registro civil competente. Caso a resolução não venha a ser averbada, na época própria, no registro civil das pessoas jurídicas, a responsabilidade do sócio retirante ou excluído permanece e subsiste, também, pelas dívidas e obrigações contraídas posteriormente a sua saída da sociedade, pelo mesmo prazo de dois anos, e cessará, apenas, após a averbação prevista nesta disposição. Em termos jurídicos, a retirada ou exclusão de sócio somente terá efeito após averbada no registro civil das pessoas jurídicas.*

No mesmo sentido, os ensinamentos de Jorge Shiguemitsu Fujita comentando o mesmo artigo:

*A lei atribui responsabilidade ao sócio que se retirou da sociedade, ou foi da mesma excluído, e aos herdeiros do sócio morto pelas obrigações sociais anteriores ao fato. Esta responsabilidade é ligada especificamente ao tipo social operado pelo sócio, e poderá, desta forma, ser mais ou menos abrangente.*

*Em qualquer caso, sempre as obrigações sociais são de responsabilidade da sociedade, e o sócio terá então obrigações para com esta no que tange às assumidas pela mesma até o momento da retirada, exclusão ou falecimento. (...) O legislador adicionou termo a esta responsabilidade decorrente das obrigações sociais anteriormente contraídas, que se inicia na data da averbação do ato no órgão registrário competente e finaliza-se dois anos após. O legislador também não eximiu responsabilidade do sócio retirante ou excluído, mesmo que tenha havido outras alterações contratuais devidamente averbadas no órgão próprio. Por outro lado, caso a averbação não tenha sido feita, o prazo de dois anos somente se iniciará após a realização do ato averbatório. (Comentários ao Código Civil artigo por artigo, 2ª Ed., São Paulo, RT:2009, pg. 1346).*

E, conforme entendimento jurisprudencial:

**DIREITO SOCIETÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 535, II, DO CPC. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. ABANDONO DE SÓCIO- COTISTA DA SOCIEDADE. RETIRADA NÃO REGISTRADA NA JUNTA COMERCIAL. ART. 914, I, DO CPC. DIREITO À PRESTAÇÃO DE CONTAS. CABIMENTO.**

1. *Inexiste omissão quando o Tribunal, ao analisar a controvérsia, adota fundamento outro que não aquele defendido pela parte. Não há falar em contrariedade ao art. 535, II, do CPC se o órgão julgador dirimiu as questões pertinentes ao litígio, declinando os fundamentos jurídicos que embasaram sua decisão.*

2. *Ao mesmo tempo em que recai sobre o sócio-cotista, apesar de haver abandonado a administração da sociedade empresária, mas continua formalmente a pertencer ao seu quadro societário, todas as responsabilidades próprias da atividade da pessoa jurídica, mantém ele os direitos decorrentes de sua participação no capital social.*

3. *A relação jurídica entre os sócios-cotistas não fora formalmente desfeita, o que assegura ao sócio-recorrido o direito à prestação de contas pleiteada referente ao período em que esteve ausente da administração da sociedade.*

4. *Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1373227/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 12/04/2011, DJe 18/04/2011).*

*Dissolução de sociedade. Demandas diversas envolvendo parcialidade e totalidade. Procedência da ação em que foi pleiteada a dissolução total. Continência configurada. Falta de interesse de agir superveniente, em decorrência de pedido com maior amplitude. Formalismo exacerbado não pode prevalecer. 'Affectio societatis' não mais existe. Beligerância atroz entre os sócios. Exclusão pleiteada não tem suporte legal. Sócios devem participar da dissolução até o efetivo término. Sucumbência observou o desfecho da demanda. Apelos desprovidos. (Ap. 0007655-68.2009.8.26.0079, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 30/06/2011, reg. 30/06/2011)*

No tocante aos honorários de advogado, aplica-se o disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, uma vez que não há condenação, fixando-se o valor da verba honorária em R\$2.000,00 (dois mil reais), com correção monetária a contar da publicação do v. acórdão.

Por estes motivos, dá-se parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004456-86.2011.8.26.0299, da Comarca de Barueri, em que é apelante E. S. C. J. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado A. G. J..

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitadas as preliminares, deram parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que o apelado desocupe o imóvel sito à (...), mantida, no mais, a r. sentença. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31755)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA E VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

**Ementa: Apelação – Ação de divórcio litigioso – Preliminares de cerceamento de defesa e nulidade da sentença insubsistentes – Partilha de direito real de uso (especificamente residencial) sobre bem público, constituído, por lei municipal, em favor da autora-apelante na constância do casamento, celebrado sobre o regime legal – Direito real que, nos termos do ato de concessão, não pode ser transferido a terceiro e se restringe à moradia da cessionária – Exclusão da partilha mantida – Todavia, não havendo justo título à ocupação pelo apelado, deve tal parte desocupá-lo, a fim de que se restabeleça a detenção nos limites permitidos pelo ato administrativo municipal – Impossibilidade de cobrança de alugueis pelo período de moradia indevida do recorrido, por expressa vedação ao uso locatício do imóvel – Uma vez rejeitadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que o apelado desocupe o imóvel público cujo uso residencial foi concedido exclusivamente para a apelada, mantida, no mais, a r. sentença.**

## VOTO

Trata-se de ação de divórcio litigioso julgada procedente, em parte, pela r. sentença de fls., da lavra da í. magistrada Camile de Lima e Silva Bonilha, de relatório adotado.

Apela a autora, suscitando, em preliminar, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da causa, e da sentença, por omissão (sequer suprida em sede de embargos de declaração). No mérito, busca o reconhecimento da exclusividade de seu direito real de uso

(residencial) sobre o imóvel público da Rua (...), com consequente ordem de desocupação do bem pelo apelado, e, ainda, a condenação deste ao pagamento de alugueis atinentes ao período por que se estende sua ilícita ocupação (de novembro de 2007, data da separação de fato do casal, até o presente momento).

É o relatório.

Cuida-se de ação de divórcio proposta por E.S.C.J. em face de seu consorte A.G.J., tendo em vista impossibilidade de se continuar a vida em comum do casal, depois de cerca de 4 anos de separação de fato.

A d. juíza *a quo*, uma vez frustrada a conciliação, julgou procedente, em parte, a ação, de sorte a decretar o divórcio. Contudo, no tocante à partilha de bens, reconheceu, no que interessa ao presente inconformismo, que, sobre o imóvel acima declinado, pende apenas uma cessão do uso, a qual, em essência, configurando-se como mera detenção, não geraria direito possessório algum à cessionária, nos termos do artigo 1208 do Código Civil.

Opostos embargos de declaração - a fim de que, em suprimimento a omissão da r. sentença, fosse decretada a desocupação do bem pelo requerido e, por conseguinte, fixados alugueis relativos ao período de indevido uso exclusivo do imóvel -, estes foram rejeitados.

Cumpre, inicialmente, apreciar as preliminares suscitadas.

Não há falar-se em cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da causa.

O julgamento antecipado justifica-se por mostrar-se a causa madura, isto é, devidamente instruída, de modo a fornecer condições ao magistrado de amoldá-la às situações descritas no artigo 330 do CPC. Constituiria, nesses casos, uma inutilidade deixar a análise do mérito para o final de dilação probatória inútil e despicienda (Ap. n. 117.597-2, 9ª Câmara Civil do TJ/SP, RT 624/95).

Cabe, assim, ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, decisão que não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

A propósito do tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (RE n. 101.171-8/SP).

Na espécie, como bem frisado na r. sentença, o único ponto controvertido sujeito à resolução jurisdicional restringia-se à partilha de bens. Sua resolução, assim como indicado nas manifestações das partes exaradas na fase postulatória, independia, à evidência, de provas outras além daquelas documentais carreadas aos autos até o momento da r. sentença.

Inviável, pois, o acolhimento dessa tese.

Melhor sorte não assiste à apelante quando sustenta que a r. sentença é nula em virtude da ausência de apreciação de questões levantadas por tal parte, no que tange à partilha.

Uma vez opostos e rejeitados os embargos declaratórios, tais pontos processualmente se converteram em parte substancial da sucumbência trazida à análise desta Corte.

Justamente por isso, caberá julgar essas questões como mérito da apelação.

Rejeitadas, destarte, as preliminares, adentra-se ao enfrentamento do mérito recursal.

Procede, em parte, o inconformismo.

Compulsado o feito, constata-se que, relativamente ao imóvel da Rua (...), a Edilidade, na qualidade de sua proprietária, concedeu à recorrente o direito real de uso, “*para fins exclusivamente residenciais*”, restando proibidos, “*sob pena de revogação da presente concessão, a transferência, a venda, o arrendamento, a doação, a permuta e o aluguel do lote ora concedido*” (fls. 39).

Cuida-se, à evidência, de ato administrativo, cujo objeto material, pertencente à municipalidade, somente teve um de seus usos (o de moradia) outorgado à recorrente.

Tratando-se de bem público (pertencente à Prefeitura do Município de Jandira), não há domínio nem posse do imóvel por particular, mas mera detenção, já que seu uso é possível somente na forma estabelecida em lei e nas condições específicas no ato de concessão do direito real de uso, sendo insuscetível de aquisição por particulares.

Desse modo, o imóvel jamais integrou o patrimônio do casal, escapando, por conseguinte, da partilha.

Em caso semelhante, já decidiu esta Corte:

*“PARTILHA. Divórcio. Pretensão do autor na partilha de bem público. Direito de real de uso para fins de moradia. Título precário caracterizado como mera detenção. Inexistência de direito sobre o imóvel. Impossibilidade de aquisição por particulares, não havendo que se falar em partilha. Sentença de improcedência mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso não provido”* (TJ/SP 8ª Câmara de Direito Privado AC nº 0024671-64.2011.8.26.0564 Rel. Des. **Helio Faria** j. em 8.5.2013 V.U.).

Mister observar, neste passo, que o próprio título de outorga do direito real de uso, celebrado exclusivamente entre a apelante e a Prefeitura, prescreve, como acima destacado, implicar revogação da concessão a conferência, pela cessionária, de qualquer outro uso ao bem que não seja o de moradia.

Nesse contexto, correta a solução decretada em Primeira Instância, ao recusar a inclusão desse direito na partilha e, ainda, ao não reconhecer à recorrente o almejado direito à indenização pelo tempo da indevida ocupação por parte do recorrido.

Contudo, pequeno reparo demanda esse ato judicial, tão somente para, em respeito aos termos do título administrativo, ordenar ao apelado que desocupe o imóvel, de sorte a não mais inibir tenha lugar o uso legalmente determinado para o bem (qual seja, servir de moradia à ora apelante).

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que o apelado desocupe o imóvel sito à Rua Boa Esperança, nº 66, Jardim Pedreira, Município de Barueri, mantida, no mais, a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005108-65.2009.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS GALLEGO LTDA, JULIO APARECIDO GALLEGO e JOSE APARECIDO GALLEGO.

**ACORDAM**, em 19ª 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 14.897)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI E SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EMBARGOS DO DEVEDOR INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA ENCARGOS - Possibilidade de capitalização mensal dos juros - Contrato firmado após a edição da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (reeditada sob nº 2.170-36/2001), com expressa previsão, consoante teses fixadas em recursos repetitivos Sentença reformada Recurso provido.**

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EMBARGOS DO DEVEDOR INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO Repetição em dobro Descabimento - A restituição em dobro está condicionada à demonstração da cobrança indevida e a constatação de má-fé do credor Circunstância inexistente Sentença reformada - Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de folhas 155 que acolheu os embargos à execução, a fim de afastar do débito exequendo os valores correspondentes à incidência dos juros na forma capitalizada, com observação para a repetição, em dobro, dos valores indevidamente pagos e a compensação com o saldo devedor. Em razão da sucumbência, o embargado foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de R\$ 510,00.

Apela o embargado objetivando a reforma do julgado (fl. 168).

Alega que os contratos executados observam todos os requisitos de validade e não se vislumbra qualquer ilegalidade sobre eles. Afirma que não restou evidenciada a prática de capitalização, e, em caso positivo, tal circunstância encontra amparo na legislação. Argumenta não ser o caso de repetição em dobro, pois, não houve cobranças indevidas e tampouco efetivo pagamento, encerra postulando a revisão dos honorários advocatícios fixados.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl.197). Houve contrariedade (fl. 201).

É o relatório.

O embargado moveu ação para execução de dívida no valor de R\$ 94.529,66, oriunda de “Termo de Renegociação de Operações de Crédito, Confissão e Parcelamento de Dívida e Instituição de Novas Garantias” (fl. 60).

Foram opostos embargos à execução, alegando a iliquidez do título exequendo e a incidência de capitalização de juros, requerendo-se a repetição, em dobro, do quanto pago indevidamente.

Os referidos embargos foram acolhidos, dando ensejo ao apelo em exame.

De proêmio, verifica-se que o contrato firmado entre as partes renegociou dívida no valor de R\$ 76.387,37, computando juros no percentual de 2,7% a.m. e 37,67% a.a., devendo ser quitado em vinte e quatro parcelas no valor inicial de R\$ 4.365,96 (fl. 67).

Os **juros** aplicados não são excessivos, porque estipulados pelas partes

quando da contratação. Tal ajuste não arranha a legislação vigente e muito menos o texto constitucional.

Quanto à **capitalização**, esta Câmara vem decidindo em conformidade com as decisões reiteradas do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que sua incidência, em periodicidade inferior à anual, será permitida se o contrato for firmado após à edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (reeditada sob nº 2.170-36/2001), perenizada pelo art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32/2001, e desde que expressamente pactuada, assim podendo ser entendido se a taxa de juros anual for superior ao duodécuplo da mensal.

Relevante observar que este Relator adotava o entendimento que a capitalização, em periodicidade inferior à anual, só era cabível em caso de pactuação expressa, com informações claras ao contratante a esse respeito.

No entanto, curvando-me ao entendimento sedimentado pelo STJ em recurso repetitivo, adota-se igual posicionamento. Confira-se:

**“CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAIS DE BUSCA E PREENSAO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO. ... A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (...)** 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido” (REsp. 973827/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j.8/8/2012, DJ 24/9/2012).

Nesse passo, este E. Tribunal também assim vem decidindo:

**“Ação de revisão contratual Contrato bancário Financiamento de veículo Encargos financeiros...Capitalização de juros. É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a uma ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP- 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada - Prevalcimento, no caso, da nova orientação acolhida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 973.827-RS,**

**processado nos termos do art. 543-C do CPC - Procedência da ação que deve ser mantida Recurso da autora improvido”. (Ap. 0124666-55.2009.8.26.0100, Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 12/12/2012).**

**“...Capitalização de juros Possibilidade, em tese, a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 e de suas reedições...Contratos de empréstimo Juros pré-fixados - Capitalização inexistente Divergência entre a taxa de juros mensal anualizada e a taxa de juros anual Juros calculados pelo método composto - Pactuação expressa - Admissibilidade...” (Ap. 9097168-34.2009.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marques, j. 29/1/2013).**

**“...Como se conclui do exame dos autos, os contratos de empréstimo em cotejo foram firmados em momento subsequente ao advento da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, tendo sido expressamente pactuada a capitalização dos juros, haja vista que os juros anuais são superiores ao duodécuplo dos juros mensais, evidenciando de modo cristalino o ajuste da possibilidade do cômputo de juros capitalizados, cuja prática, no caso, não constituiu ilegalidade que cumpra ser proclamada”. (Ap. 0001425- 55.2003.8.26.0132, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 28/1/2013).**

No caso em tela, como destacado, a taxa de juros anual pactuada é de 37,67%, e, portanto, superior ao duodécuplo da taxa mensal (2,7%), o que autoriza a capitalização nos moldes pretendidos.

Quanto a condenação do apelante **na restituição, em dobro**, cumpre observar que apenas a constatação da má-fé do apelante, aliada à demonstração da cobrança em excesso é que justificaria a referida penalidade.

No entanto, inexistindo a má-fé, a condenação na restituição em dobro deve ser afastada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para permitir a capitalização mensal dos juros e afastar a repetição em dobro das importâncias indevidamente cobradas, invertendo-se os ônus da sucumbência.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005231-84.2008.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante UNIÃO FEDERAL, é apelado OLGA DA SILVA E SOUZA.

**ACORDAM**, em 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 7980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e JAMES SIANO.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

**Ementa: USUCAPIÃO - Procedência do pedido - Inconformismo da União-Desacolhimento-Preliminar de incompetência e mérito que se confundem, visto que se baseiam no mesmo argumento acerca da natureza pública do bem usucapiendo - União que não se desincumbiu do ônus de provar o fato alegado - Autora que trouxe registro de área maior em nome de particulares - Presunção relativa que reforça o dever do Poder Público de provar a natureza pública do imóvel - Mera potencialidade que não tem o condão de impedir a usucapião - Pretensão da União que já foi afastada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e por esta Colenda Câmara - Sentença mantida - Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de ação de usucapião ajuizada por Olga da Silva e Souza em face de Herculano Rigas de Oliveira e Izabel Dortha de Oliveira, tendo a r. sentença de fls. 219/221, de relatório adotado, julgado procedente o pedido.

Inconformada, apela a União Federal sustentando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, a natureza pública do bem objeto da demanda. Por fim, requer o provimento do recurso para reformar a r. sentença (v. fls. 228/247).

Recurso recebido, processado e respondido.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (v. fls. 270/273).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

De início, ressalte-se que a preliminar de incompetência absoluta se confunde com o mérito da demanda, pois ambos se baseiam na alegação da natureza pública do imóvel usucapiendo.

Ademais, não se pode perder de vista também que a aplicação da Súmula

150 do Colendo Superior Tribunal de Justiça deve ser mitigada, não impedindo o juízo estadual de afastar o interesse da União, quando manifestado sem fundamentação razoável.

Na espécie, a autora adquiriu o imóvel por meio da escritura pública de compra e venda celebrada com Herculano Rigas de Oliveira e Izabel Dortha de Oliveira em 1/12/1978 (v. fls. 8/9).

No entanto, em razão da antiguidade da cadeia dominial e das sucessivas ausências de desdobro e de retificação da área maior em que está inserido o lote, não foi possível registrar a referida escritura (v. fls. 32/34). Portanto, a usucapião aqui pretendida é uma forma de regularizar o imóvel, o que é possível, conforme informado pelo Registrador do 1º Serviço de Registro de Imóveis de São Caetano do Sul (v. fls. 110).

Feito esse breve relato da pretensão inicial, passa-se à análise da alegação de bem público feita pela União Federal. Na contestação, a União alegou:

*“a norma invocada exige, ante a alegação de domínio sustentada, ‘in casu’, pela União, prova pelo prescribente, mediante cadeia dominial ininterrupta, de que o imóvel usucapiendo é um bem que passou ao domínio particular mediante venda, doação ou concessão válida, efetuada pelo Império ou pela própria União, que detém o domínio da área maior.*

*O domínio da União, ressalvada a prova de ter havido transferência do imóvel, pode ser constatado nos termos da anexa cópia da Informação do Serviço de Cadastro e Demarcação - SECAD, declarando que a área usucapienda está situada dentro do perímetro do Núcleo Colonial São Caetano.*

*Tal núcleo colonial foi aprovado pela Planta Oficial mediante procedimento administrativo nº 13.654, fls. 22, 18/5/1942, tendo sido emancipado. Resta, contudo, algumas áreas remanescentes de domínio da União, sendo ônus do(s) Requerente (s), demonstrar a cadeia dominial que atinja a transferência do imóvel usucapiendo da área maior, do Núcleo Colonial, para particular por processo legítimo” (v. fls. 136/137).*

Percebe-se, portanto, que a União não consegue afirmar se a área objeto da lide é ou não uma das remanescentes de domínio da União que não foram alienadas após a emancipação do Núcleo Colonial de São Caetano do Sul. E, com isso, afirma que o ônus seria da autora provar que o bem é particular.

Sem razão o Poder Público. Como a natureza pública do bem em litígio é um fato extintivo do direito da autora alegado pela ré, o ônus probatório era da recorrente, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

Ademais, a existência de registro da área maior em nome de particulares (v. fls. 8/11 e 17/18) cria uma presunção relativa de que o imóvel objeto da

lide não é bem público. Assim, também por esse motivo era ônus da União demonstrar que justamente o imóvel da apelada ainda faz parte do patrimônio público mesmo após a emancipação do referido núcleo. A propósito, é possível perceber em outro julgado envolvendo o Núcleo Colonial de São Caetano do Sul que a União simplesmente não consegue produzir a referida prova, apoiando sua tese em uma mera potencialidade:

“DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. ÁREA POSSIVELMENTE REMANESCENTE DO NÚCLEO COLONIAL SÃO CAETANO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE DA UNIÃO. 1. O interesse que justifica a manutenção da União em ações de usucapião é aquele jurídico, decorrente da efetiva pretensão de ser proprietária do imóvel, não um vago “empenho” em acompanhar o feito para, quem sabe em algum dia futuro e incerto, verificar se alienou, ou não, aquele imóvel, ou se ele sequer está realmente localizado em terras que poderiam ter sido suas. 2. A União não alega domínio, mas apenas a sua possibilidade eventual, por não saber se o imóvel foi seu e se o alienou, uma vez que o próprio Serviço de Patrimônio da União admite (fl. 204) que desconhece o remanescente do Núcleo Colonial de São Caetano do Sul e não tem tido pessoal para sequer fazer o seu levantamento. 3. Nada impede que a União ainda seja dona de alguns terrenos na região, mas é impossível que centenas de lotes tenham sido todos irregularmente demarcados, ocupados e registrados no cartórios sem qualquer oposição de sua parte. Não é, portanto, razoável a alegação de que pertence à União todo e qualquer imóvel em área que abrange os Municípios de São Caetano, Santo André e São Bernardo. 4. Ademais, na época em que a Coroa teria adquirido o imóvel em questão, a legislação sequer impedia a usucapião de terras públicas. 5. O registro imobiliário não é prova absoluta do domínio, mas só pode ser afastado por prova cabal em contrário. 6. Em todo caso, embora denominado ‘sentença’, o provimento jurisdicional recorrido constitui uma verdadeira decisão interlocutória, visto que somente excluiu a União da lide por lhe não reconhecer interesse no feito, sem por termo à ação. Assim, o recurso cabível seria o agravo de instrumento, até porque não se justifica que o feito deixasse de ter seu andamento normal.

7. Ao tempo em que foi interposta a apelação, já havia muito estava pacificada a questão, sendo inescusável o erro e, portanto, não sendo possível aplicar-se a fungibilidade recursal. 8. Apelação não conhecida” (Apelação n. 0005392-22.2006.4.03.6100, 2ª Turma, rel. HENRIQUE HERKENHOFF, e-DJF3 Judicial em 15/4/2010, página 225).

Ademais, esta Colenda Câmara já afastou o interesse da União Federal em outro julgado envolvendo o mencionado núcleo:

“AÇÃO DE USUCAPIÃO. Sentença de procedência. Apela a União

sustentando seu interesse e necessidade de deslocamento do feito para a Justiça Federal, com base em informação técnica segundo a qual o imóvel é dominical porque está dentro do perímetro do Núcleo Colonial de São Caetano. Descabimento. Inexistência de demonstração de interesse efetivo. Informação técnica de um dos seus órgãos administrativo não elide o registro do imóvel que denota sua natureza particular. Sentença confirmada. Recurso improvido” (Apelação n. 9088053-91.2006.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. James Siano, j. 20/6/2012).

Por fim, embora a recorrente não tenha atacado os demais requisitos da usucapião, o exercício longo da posse restou demonstrado, como bem observou o douto Procurador de Justiça oficiante, Dr. Valmir Teixeira Barbosa: “nos autos restou devidamente comprovado que a apelada exerce duradoura posse sobre o imóvel em litígio, posse mais que vintenária, além de mansa, pacífica e contínua, autorizando, como autorizou, a declaração da prescrição aquisitiva, viabilizando, assim, a obtenção da titularidade dominial” (v. fls. 272/273).

Em suma, a r. sentença não merece nenhuma reforma, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005412-37.2008.8.26.0484, da Comarca de Promissão, em que são apelantes MARIA MADALENA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO EDER AUGUSTO DOS SANTOS, JOEDER AUGUSTO DOS SANTOS e JOCELY AUGUSTO DOS SANTOS, é apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A (ATUL DENOMINAÇÃO DO BANCO BMC S/A). **(Voto nº 25743)**

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente), FRANCISCO GIAQUINTO E ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: DANOS MORAIS - Improcedência - Alegação dos autores no sentido de sofrer danos morais decorrente do fato do 'de cujus' haver sofrido grande abalo que culminou com sua internação e morte após ajuizamento irregular de ação cuja dívida estava quitada - Dano moral incorrente, posto que o ajuizamento de ação por si só não gera direito a indenização - Sentença mantida - Recurso não provido**

## VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais julgada improcedente pela r. sentença de fls.105/106, condenando os autores a arcarem com as custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00.

Não se conformando com os termos da r. sentença, os autores apresentaram a apelação de fls. 114/116, sustentando que o dano moral ficou caracterizado em razão do requerido haver ajuizado ação de busca e apreensão e depósito, quando o contrato já havia sido regularmente quitado, e pelo fato de tal cobrança ter tido um impacto grande que provou a hospitalização e conseqüente morte de Eder Augusto dos Santos. Requer provimento ao apelo.

Recurso tempestivo e respondido.

### **É o relatório.**

Os autores ajuizaram a presente ação de indenização alegando que apesar de ser dada baixa do gravame do veículo adquirido por meio de financiamento, e mesmo após a quitação do valor o banco ajuizou ação de busca e apreensão e depósito, e tal situação deu ensejo ao mal súbito do de cujos, que posteriormente veio a falecer, situação que gerou abalo moral aos apelantes.

A ação foi julgada improcedente condenando a autora no pagamento das custas e verba honorária.

Os apelantes afirmam que o Eder Augusto dos Santos firmou contrato de financiamento no qual concedido empréstimo no valor de R\$ 33.328,53 para aquisição de um caminhão, e que mesmo depois de quitado o financiamento e dada a baixa no gravame, o banco ajuizou indevidamente ação de busca e apreensão convertida em depósito, sendo tal situação causadora de tão grande angústia e abalo, que causou a sua internação, vindo posteriormente a falecer.

O ajuizamento de ação judicial não é conduta capaz de gerar danos morais, pois no próprio curso da ação, se for observado pelo juízo comportamento irregular de qualquer uma das partes ou mesmo que ação tenha sido proposta de

forma indevida, além de arcar com o pagamento da sucumbência da outra parte, poderá responder por eventual conduta irregular.

Importante esclarecer que o dano moral pode ser conceituado como sendo o prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa, como os direitos da personalidade, o direito à vida, à integridade física, ao nome, à honra, à imagem, e a intimidade. Portanto, considera-se dano moral a dor subjetiva, dor interior que, fugindo à normalidade do dia-a-dia do homem médio, venha a lhe causar ruptura em seu equilíbrio emocional interferindo intensamente em seu bem estar.

No caso, não se verifica conduta do requerido que pudesse ensejar o direito à indenização, até porque o ajuizamento de ação visando o cumprimento de uma obrigação é direito que assiste ao credor, e no curso do processo será discutido a legitimidade de tal pedido, podendo o credor responder por eventual cobrança indevida de dívida já quitada, devendo inclusive arcar com a penalidade de devolver em dobro o valor cobrado.

O fato de o credor ajuizar ação visando receber dívida inadimplida não é por si só gerador de danos morais, mas sim um direito constitucionalmente previsto.

Portanto, tal situação descrita não configura dano moral, já que não ficou comprovada a existência denexo causal entre o abalo sofrido por Eder Augusto e a conduta do banco, pois não há prova de que ele tenha sido hospitalizado em decorrência dos episódios descritos na inicial, e que o óbito tenha sido o resultado de toda angústia sofrida, já que a própria certidão de fls. 13 informa que a causa da morte foi “pneumonia, cirrose hepática, pancreatite, diabete”.

Desta forma, se a saúde do de cujus era frágil e sofria de várias moléstias, tal situação nada tem haver com o eventual desgosto sofrido, e não ficou comprovado que seu estado tenha se agravado em decorrência de problemas emocionais sofridos com o fato de haver sido ajuizada ação contra si, ônus que cabia aos autores demonstrar, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, portanto inexistente nexocausal para o pedido de indenização por danos morais.

Ademais, vale assinalar que o homem, em razão da vida moderna e das inúmeras atividades realizadas em sociedade, está sujeito a toda sorte de acontecimentos, que, todavia, são causadores de transtornos e aborrecimentos, mas não geram quaisquer direitos a indenização, e não configuram o dano moral.

Assim, a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006453-21.2006.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante SIMONE LARTELLI, são apelados BERNARDETTE DE OLIVEIRA ROCCATO, MARCUS ANNIBAL ROCCATO VIEIRA, GODOFREDO SANTOS PRADO e RICARDO HARUO OTA.

**ACORDAM**, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15474)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente), ÁLVARO TORRES JÚNIOR E CORREIA LIMA.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

REBELLO PINHO, Relator

**Ementa: PROCESSO - Rejeição da preliminar de não conhecimento do recurso de apelação interposto pela apelante - A falta de assinatura do advogado do apelante em todas as fls. das razões da apelação configura mera irregularidade, que não impede o conhecimento - Recurso oferecido em papel com timbre do patrono da apelante e foi assinada a petição de interposição.**

**POSSESSÓRIA - Interdito proibitório - Provada a posse do imóvel pelos autores e a ameaça de turbação da posse pelos réus e o justo receio de que essa ameaça se efetive, visto que demonstrado que os réus impediram os autores de dar prosseguimento de edificação no local, com realização de obras autorizadas pela Prefeitura Municipal e do DEPRN, válidas no dia da ocorrência desse evento, mediante intimidação do pessoal contratado pelos autores para a realização das obras, demolição de parte das edificações realizadas e destruição de material de construção, ainda mais na ausência de prova bastante de superveniente revogação das autorizações administrativas em data posterior à anterior turbação, de rigor, a confirmação da r. sentença, que acolheu o pedido de interdito**

**proibitório, possessório, condenando os réus em prestação de fazer negativa, consistente em absterem-se da moléstia à posse dos autores, com cominação de multa aos réus.**

**DANOS MATERIAIS - Condenação dos réus ao pagamento dos danos materiais causados aos autores decorrentes dos atos de turbação outrora praticados. Recursos desprovidos.**

## VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 268/271, acrescenta-se que a ação foi julgada procedente, “para determinar que os requeridos se abstenham de praticar atos de turbação ou esbulho da posse dos autores, de qualquer forma, notadamente impedindo o prosseguimento da construção, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em caso de descumprimento do preceito, tornando, assim, definitiva a liminar de fls. 36/37, condenando, ainda, os réus ao ressarcimento dos danos materiais causados aos autores pela turbação por eles praticada. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes em 10% sobre o valor da causa, sob responsabilidade dos vencidos”.

Apelação da ré Simone (fls. 276/278), sustentando que: (a) “(...) as pessoas ali presentes estavam tentando impedir a destruição da natureza, mas não de forma manifestada em sentença (praticar crime de exercício arbitrário das próprias razões) e tal fato pode ser demonstrado de forma cabal, pela atitude dos pacifistas: os próprios chamaram a polícia, também solicitaram a presença da ambientalista Maria Luiza Camargo, para que pudessem tomar as medidas legais a impedir tal distribuição. Tanto que os mesmos compareceram a Delegacia de Polícia para elaboração de Boletim de Ocorrência, prática esta não compatível de quem está comentando crime” e (b) “(...) a prova testemunhal trazida pela apelante comprovou de forma cabal que a manifestação tem o cunho apenas do regular exercício do direito de reunião, em local público, para fins de manifestação pacífica, como garante a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XVI, já que foi realizada em praia frequentada pelos moradores, atitude esta que não pode ser condenada”.

Apelação do réu Godofredo (fls. 279/282), sustentando que: (a) “(...) o requerido não turbou ou ameaçou os pedreiros ou os próprios autores. O que houve foi um movimento de vários moradores vizinhos ao local que, observando que as pedras da costeira estavam sendo quebradas por alguns trabalhadores e, entendendo que tal procedimento deveria ser irregular, dirigiam-se a estes, pretendendo obter informações sobre tal fato que julgavam ofensivo ao meio

ambiente”; (b) “o réu, assim como os demais moradores pretendiam solicitar que o autor mostrasse as autorizações dos órgãos competentes para erigir a obra no local, já que se tratava de área de preservação permanente e situar-se muito próximo do curso do rio lá existente” e (c) “(...) no curso da instrução comprovou-se sem sombra de dúvidas que o réu não ameaçou, não intimidou, nem liderou qualquer movimento com o intuito de turbar a posse dos autores”.

As apelações foram recebidas (fls. 283) e processadas, com resposta dos recorridos (fls. 288/304 e 305/312), com preliminar de não conhecimento do recurso de apelação de Simone, por ausência de assinatura do patrono na peça recursal e insistindo na confirmação da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal dos apelantes é de reforma da r. sentença para julgar improcedente a ação e afastar a condenação pelo ressarcimento de danos materiais.

2. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso da apelante Simone Lartelli.

A falta de assinatura do advogado do apelante em todas as fls. das razões da apelação configura mera irregularidade, que não impede o conhecimento.

Isto porque o recurso foi oferecido em papel com timbre do patrono da apelante e foi assinada a petição de interposição (fls. 276).

Neste sentido, para casos análogos, mas com inteira aplicação à espécie, a nota Theotônio Negrão: **“No mesmo sentido, constitui mera irregularidade, que não impede o conhecimento do recurso: - a falta de assinatura do advogado, na petição de interposição, desde que lançada esta em papel com seu timbre (STF-RT 546/243, RSTJ 102/495); - não estarem assinadas pelo advogado as razões que acompanham a petição de interposição, embora esta última esteja assinada (STJ-1ª Turma, REsp 116.780- BA, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 6.11.97, deram provimento parcial, v.u., DJU 15.12.97; (...)”** (“Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 662, parte da nota 5 ao art. 514, o destaque não consta do original)

3. Mantém-se a r. sentença recorrida.

3.1. Na ação de reintegração de posse cabe ao possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, a fim de ter sua posse protegida (art. 1210, 2ª parte, do CC/2002, correspondente ao art. 501, do CC/1916), a prova dos requisitos previstos no art. 932, do CPC.

Como explica Washington de Barros Monteiro: “Destina-se a proteger posse apenas ameaçada. É a proteção preventiva da posse, na iminência ou sob ameaça de ser molestada. De natureza premonitória, visa a impedir a violação da posse. O interdito proibitório não se confunde, pois, com a manutenção ou

reintegração, que pressupõem violência à posse, já efetivada pela turbação, ou pelo esbulho. De conformidade com o estatuído nos arts. 927 e 932, do Código de Processo Civil, **o interdito proibitório pressupõe o concurso dos seguintes requisitos: a) a posse do autor; b) a ameaça de turbação ou de esbulho por parte do réu; c) justo receio de ser efetivada a ameaça.** Concorrendo esses vários requisitos, acrescenta o art. 932 do estatuto processual, pode o autor impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, com a cominação de pena pecuniária ao réu, no caso de transgressão do preceito.” (“Curso de Direito Civil Direito das Coisas”, com atualização por Carlos Alberto Dabus Maluf, vol. 3, 38ª ed., Saraiva, 2007, SP, p. 47).

3.2. Na espécie: (a) provada a posse do imóvel pelos autores e a ameaça de turbação da posse pelos réus e o justo receio de que essa ameaça se efetive, visto que demonstrado que os réus impediram os autores de dar prosseguimento de edificação no local, com realização de obras autorizadas pela Prefeitura Municipal e do DEPRN, válidas no dia da ocorrência desse evento, mediante intimidação do pessoal contratado pelos autores para a realização das obras, demolição de parte das edificações realizadas e destruição de material de material de construção, ainda mais na ausência de prova bastante de superveniente revogação das autorizações administrativas em data posterior à anterior turbação, de rigor, a confirmação da r. sentença, que acolheu o pedido de interdito proibitório, possessório, condenando os réus em prestação de fazer negativa, consistente em absterem-se da moléstia à posse dos autores, com cominação de multa aos réus; e (b) condenar os réus ao pagamento dos danos materiais causados aos autores decorrentes dos atos de turbação outrora praticados pelos réus.

3.3. Quanto a estas questões, ausente argumento hábil dos réus apelantes para demonstrar o desacerto do r. ato judicial recorrido e, para evitar inútil tautologia e como autoriza o art. 252, do RITJ, adota-se a seguinte fundamentação da r. sentença recorrida, muito bem lançada pela MM Juiz de Direito, Dr. Daniel Otero Pereira da Costa, como razão de decidir e que se transcreve:

“(…) A ação é procedente.

Na lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO “a

proteção possessória é assim defesa da paz geral, repulsa contra a realização da justiça pelas próprias mãos, fato que qualquer sociedade, medianamente organizada, não pode admitir nem tolerar”, portanto, aplicando-se à espécie” (Curso de Direito Civil, Direito das Coisas, Saraiva, 1961, página 41).

O contrato de comodato (fls. 15/16), o projeto aprovado (fls. 18/23), o alvará de construção (fls. 24), a autorização do DEPRN (fls. 25/26), as

fotografias de fls. 34/35, o boletim de ocorrência de fls. 30, bem como as provas testemunhais colhidas ao longo da instrução (fls. 214/234), são suficientes para atestar a posse da área pelos autores, notadamente com vistas à construção de um restaurante.

A turbação realizada pelos réus também restou comprovada. Senão vejamos.

A testemunha Rogério da Silva (fls. 214/216), um dos contratados pelos autores para a construção do restaurante, em juízo, disse que foi impedido pelos réus e outros moradores próximos do local de continuar as obras, tendo sido ainda ameaçado pelos réus, que teriam dito que: “... se a gente não parasse a obra, a gente ia se dar mal...”. Asseverou, ainda, que a ameaça começou logo no primeiro dia de serviço, bem como que nesta mesma oportunidade o alicerce do quiosque, que já havia sido construído, foi destruído pelos réus e os demais moradores da região.

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha José Otávio dos Santos, também empregado dos autores na obra (fls. 223/224).

O policial militar José Vicente disse ter presenciado a confusão envolvendo as partes (fls. 217/218).

A testemunha Silvio Costa (fls. 219/220), responsável pela entrega do material adquirido pelos autores para a construção do restaurante contou que: “... Eu só levei umas pedras lá e quando cheguei lá, estava tendo uma manifestação, aí não teve como descarregar (...) eles falaram que não podia descarregar, aí voltei.”

A testemunha esclareceu que foi embora sem entregar as pedras porque: “... eu tinha outro serviço, não podia ficar enrolado ali. Aí devolvi a pedra para o cara que eu tinha pegado e ele me pagou o frete ainda.”

A testemunha Milton César Ballio (fls. 221/222), responsável por limpar a área que os autores possuíam, afirmou que antes mesmo do fato ocorrido no dia 07 de novembro de 2006, objeto da presente ação, presenciou uma ameaça proferida por “umas oito ou nove pessoas”, que falavam de longe que se os autores construíssem algo na referida área eles derrubariam.

As testemunhas dos requeridos, a maioria delas moradoras próximas da área, de outro canto, confirmaram a existência de uma confusão envolvendo as partes no local, dizendo que o “tumulto” provocado pelos réus teria sido uma tentativa de proteger o meio ambiente, uma vez que o local estaria inserido em uma área de preservação permanente (APP).

Porém, a verdade é que, ainda que tal fato seja verdadeiro, ou seja, que a moléstia da posse dos autores levada a efeito pelos réus tenha sido motivada por esse cunho social, ligado a questão ambiental, o ordenamento jurídico repudia este tipo de comportamento, conforme se verifica pela própria

tipificação penal da conduta descrita no artigo 345 do CP.

**Assim, os réus ao invés de liderarem a manifestação dos moradores da região contra a construção do restaurante promovida pelos autores, deveriam ter levado ao conhecimento das autoridades locais a possível existência de uma prática daninha ao meio ambiente, questionando as autorizações dos órgãos públicos que os mesmos possuíam, se fosse o caso, na via judicial. Como os réus assim não fizeram, e diante dos elementos de convicção constantes dos autos, caracterizada o justo receio de turbação da posse”** (o destaque não consta do original).

Observa-se que: **(a)** nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça que estabelece: **“Nos recursos, em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quanto, suficientemente motivada, houver de mantê-la”**; e **(b)** **“É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum.”** (STJ-2ª Turma, REsp 662272/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 04/09/2007, DJ 27/09/2007 p. 248, o destaque não consta do original).

3.4. No mais, é de se ver que a juntada do documento de fls. 193, relativo a cancelamento de aprovação para realização de obra, fundamentada em “visto que se trata de APP”, não autoriza o reconhecimento da existência de superveniente revogação da autorização exibida uma vez que não há nenhuma referência nesse sentido.

De qualquer forma, é de se ver que o dever de defesa do meio ambiente pela coletividade não pode ser utilizado para legitimar ofensa a posse alheia, bem jurídico também protegido pela legislação, mediante autotutela, ou seja, a justiça pelas próprias mãos, em caso como o dos autos, porque não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, nem na legislação de qualquer Estado Democrático de Direito.

3.5. Quanto à alegação do réu Godofredo de se tratar de “movimento de vários moradores vizinhos ao local” (fls. 136 e 280) não exclui o dever de se abster de turbar a posse dos autores e de ressarcir-los dos danos materiais a eles causados.

Isto porque, na hipótese de haver mais de um causador do dano, o art. 942, do CC/2002, prevê a responsabilidade solidária de todos eles pelo ressarcimento integral dos danos, de sorte, que o lesado tem a faculdade de optar contra quem irá litigar, cabendo ao causador do dano demandado, apenas e tão-somente, em ação própria exigir dos demais a cota parte.

Neste sentido, a orientação das notas: **(a)** de Nelson Nery Junior e Rosa

Maria Andrade Nery: “**Responsabilidade solidária**. Em se tratando de ofensa ou violação de direito de outrem, desnecessária a detalhada apuração da parcela de responsabilidade de cada um dos demandados. Em ação regressiva entre os responsáveis, o grau de responsabilidade de cada um poderá ser apurado. (RT 784/292). **Solidariedade passiva entre os causadores do dano**. Se o violador do direito ou causador do prejuízo não é uma pessoa, mas um grupo de pessoas, estão todas e cada uma de per si obrigadas a reparar integralmente o dano. Nada obstante, aquele que pagar por inteiro a dívida comum poderá exigir do co-devedor a sua cota (CC 283) (RT 660/134).” (“Código Civil Comentado”, 6ª edição, RT, 2008, p. 762, parte da nota 5 ao art. 942, o sublinhado não consta do original); (b) Theotonio Negrão: “Há co-participação quando as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento, gerando responsabilidade solidária. Cada um dos co-agentes que concorre adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e obrigado a indenizar” (RF 378/314)”. (“Código Civil e Legislação Civil em Vigor”, 27ª ed., 2008, Saraiva, p. 270, nota 2 ao art. 942).

3.6. Isto é o quanto basta para o desprovimento dos recursos.

4. Em resumo, os recursos devem ser desprovidos.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007422-47.2009.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante AGRÍ PLÁSTIC ITAMIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. - EPP, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “deram provimento ao recurso, por outros fundamentos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 30.878**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

**Ementa: AÇÃO MONITORIA - Cobrança - Desconto de títulos - Instrução processual insuficiente a habilitar o uso da via - A ação monitoria de cobrança**

**de contrato de desconto bancário de títulos deve vir instruída além do “borderô”, assinado pelo devedor, com a prova do crédito do valor correspondente na conta corrente, e de cópias dos títulos que ficaram em aberto, ou de qualquer outra prova capaz de atestar que eles efetivamente não foram pagos pelos devedores sacados, de modo a justificar a cobrança do saldo apontado em demonstrativo - Embargos monitórios acolhidos, com extinção da ação - Recurso provido, por outros fundamentos.**

## VOTO

Trata-se de ação monitória embargada fundada em contrato de abertura de limite de desconto rotativo de títulos julgada parcialmente procedente pela decisão de fls. 617/624, de relatório adotado; recorrem os embargantes AGRI PLASTIC ITAMIM e Amin Haidar tecendo considerações sobre os fatos; reiteram preliminares de falta de interesse de agir e ilegitimidade dos avalistas; no mérito, insistem na configuração da prática de anatocismo ressaltando as conclusões do laudo pericial; sustentam a inaplicabilidade da Medida Provisória nº 2.170-36/2001; insurgem-se contra a condenação no ônus da sucumbência e pagamento de honorários periciais; pugnam pelo pagamento em dobro dos valores cobrados a maior, nos termos do art. 940 do Código Civil; prequestionam dispositivos constitucionais e legais; pretendem a reforma do julgado (fls. 632/648); recurso regularmente processado e respondido (fls. 657/679).

Relatório do essencial.

Cuida-se de ação de cobrança fundada em contrato denominado “Contrato de Abertura de Limite de Desconto Rotativo de Título”, o banco exige a importância de R\$ 277.401,39, afirmando que os requeridos usaram o crédito cedido e se recusam a pagar.

No tocante ao contrato de desconto de títulos, cumpre conferir o magistério de Maria Helena Diniz, que assim o define:

*“3. Direito bancário. A) Relação descrita de títulos para cobrança ou desconto, sendo designada neste último caso de “proposta para desconto”; b) nota que o banco fornece a cedente do título de crédito para cobrança ou desconto feitos.” (Dicionário Jurídico, Ed. Saraiva).*

Contudo, a instituição financeira não apresentou qualquer documento a justificar que os títulos descontados não foram pagos.

Ainda que se trate de procedimento monitório, a pretensão inicial fundada em contrato de desconto de títulos prescinde de justificativa da cobrança pretendida. É certo que a inicial trouxe o contrato e propostas de desconto

(fls. 10/47). A inicial, por sua vez, apresenta planilha de cálculos dos valores referentes a cada operação (fls. 48/129).

Entretanto, a prova produzida pelo banco não basta para demonstrar a cobrança decorrente dos descontos que ora se exige, porque comprova apenas o contrato; este serve apenas como ajuste “a lattere” dos acréscimos remuneratórios e moratórios.

Assim, se o banco permaneceu omissos neste particular, há razão para o inconformismo. Neste sentido:

*“PROCESSUAL - DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À*

*INSTRUÇÃO. É obrigação da parte e não do juiz instruir o processo com os documentos tidos como pressupostos da ação que, obrigatoriamente, devem acompanhar a inicial ou a resposta (art. 283 do CPC). Recurso improvido.” (Resp nº 21.962/AM, 1ª Tuma, Rel. Min. Garcia Vieira)*

Deste modo, porque a ação de cobrança não foi devidamente instruída, cogita-se outra solução, o banco deveria ter demonstrado eventuais títulos descontados, entregues por endosso translativo, com prova do crédito respectivo na conta bancária da empresa, bem como se levou os títulos descontados a protesto na qualidade de beneficiário; circunstância necessária para garantir o direito de regresso. Sem a demonstração destes fatos, os apelantes podem escusar-se ao pagamento.

Como resultado, os embargos monitórios são julgados procedentes; a monitória improcedente, invertidos os ônus da sucumbência.

Por tais razões, dão provimento ao recurso, por outros fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010464-66.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ALEXANDRE ROCHA DE ALMEIDA, é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25234)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente), IRINEU FAVA E AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

LUIZ SABBATO, Relator

**Ementa: Cobrança, secundada por reconvenção - Contrato de cartão de crédito internacional - Extinção da contraofensiva, nos termos do art. 267, VI do CPC - Pleitos, entretanto, de revisão e repetição do indébito - Anulação da decisão monocrática neste ponto - Juros remuneratórios de instituições financeiras - Inaplicabilidade do Decreto 22.626/33 - Juros moratórios limitados a 1% ao mês - Inteligência da Súmula 397 do STJ - Despesas no valor de R\$ 23.609,59 impugnadas pelo correntista - Inexistência de demonstração da origem pela financeira - Exclusão - Repetição do indébito - Devolução simples - Ausência de má-fé - Procedência parcial da ação principal e da reconvenção - Recurso provido em parte.**

## VOTO

Secundada por reconvenção, é ação de cobrança lastreada em contrato de emissão e utilização de cartão de crédito internacional, pautada a análise nos demonstrativos de despesas mensais referentes ao período de 26.05.2010 a 26.12.2010, com pleito de exclusão (ou suspensão) de anotações em órgãos de proteção ao crédito.

A respeitável sentença de f. 165/173, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ofensiva, reconhecendo a nulidade das cláusulas que preveem a capitalização mensal de juros e a cobrança de comissão de permanência, bem como fixando a multa moratória em 2%; julgou, ainda, extinta a contraofensiva, nos termos do art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Seguiu-se apelo do correntista, sustentado em: 1) ausência do contrato nos autos; 2) inexigibilidade da quantia de R\$ 23.609,59, referente a despesas não especificadas; 3) juros remuneratórios limitados a 12% ao ano; 4) juros de mora limitados a 1% ao ano; 5) nulidade do édito singular na parte que extinguiu a reconvenção, tendo em vista a existência de pleito de repetição do indébito. Esses, em resumida síntese, os substratos fáticos e jurídicos em que se lastreia a irresignação, regularmente processada, sem resposta.

É o relatório.

Passo ao deslinde da controvérsia que, por irrelevante e para dar encadeamento lógico às questões controvertidas, não obedecerá a ordem dos temas impugnados.

### **Da reconvenção.**

Citado apenas para defender-se, caso o réu pretenda efetuar pedido, como o de devolução em dobro dos valores pagos em excesso, deve fazê-lo através do ajuizamento de reconvenção, como no caso.

Anulo, pois, a extinção da ação reconvenicional, que será analisada em conjunto com a ação principal.

### **Da alegação de ausência do contrato.**

Em que pese a inexistência do pacto nos autos, verifico que a instituição de crédito apresentou as faturas mensais vencidas no período de 26.05.2010 a 26.12.2010 (f. 11/18), vez que o débito foi transferido para crédito em liquidação em 30.12.2010. É o que basta para o deslinde da controvérsia.

As taxas exigidas a cada vez que o usuário se vale da faculdade de financiar o débito ostentado em sua fatura de cartão de crédito são expressamente informadas nos demonstrativos mensais encaminhados.

Sem fomento, neste sentido, a alegação do autor quanto à ausência do contrato e de prévia informação a respeito das taxas de juros e tarifas praticadas.

Além dos demonstrativos de despesas com a descrição detalhada da utilização e dos encargos incidentes sobre cada operação enviados mensalmente ao endereço do autor, tais informações ainda poderiam ser acessadas pela internet ou por telefone.

### **Das despesas mensais desconhecidas.**

No cálculo de f. 19 constam os valores do saldo transferido (R\$ 22.702,90), despesas do mês (R\$ 23.609,59) e encargos (R\$ 90,81) que, atualizados até 25.03.2011 e acrescidos de multa de 2%, totalizam R\$ 49.395,46.

No entanto, como aduz o apelante, não há qualquer demonstração da procedência do valor de R\$ 23.609,59, referente às “despesas do mês”, ou qualquer esclarecimento por parte da instituição bancária, que se quedou inerte com relação a este tópico.

Nesta esteira, de rigor a exclusão deste montante da condenação.

### **Dos juros remuneratórios.**

Os juros remuneratórios dos estabelecimentos bancários, embora não raramente sobrecarregando o mutuário, são livres e não se subordinam ao Decreto 22.626/33. É outra orientação pacífica da jurisprudência pátria, consolidada na vetusta Súmula 596 do E. Supremo Tribunal Federal, até hoje não revogada.

### **Dos juros moratórios.**

Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês (Súmula n. 379 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), não havendo que se falar em limitação ao percentual de 1% ao ano, como pretendido pelo apelante.

Ademais, não há nos autos uma prova sequer indicando que os juros

moratórios foram exigidos em taxa superior ao limite fixado na Súmula acima mencionada.

### **Da repetição do indébito.**

A exceção “engano justificável” trazida pelo parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável à hipótese dos autos, pois, ao estipular a incidência de encargos abusivos, a instituição financeira o faz crendo na licitude da cobrança.

Bem por isso não se aplica ao caso a repetição em dobro do indébito, já que não houve má-fé da financeira que justificasse a pena. Houve certeza honesta de que cobrava o devido, no que se houve, efetivamente, com engano.

Sanado o engano cabe, nessas circunstâncias, a devolução simples, nos termos da parte final do disposto no art. 940 do Código Civil.

### **Da restrição ao crédito.**

Não há que se cogitar quanto ao cancelamento (ou abstenção) de registro em associação de proteção ao crédito, ante a regularidade da inscrição escorada em inadimplemento contratual, que persiste, mesmo diante das declarações de nulidade de algumas cláusulas contratuais.

Com essas considerações, mantenho a procedência parcial da demanda principal e JULGO PROCEDENTE EM PARTE a reconvenção, para excluir o valor de R\$ 24.639,19 (R\$ 23.609,59 atualizados até 25.03.2011), do cálculo de f. 19, bem como determinar à financeira a restituição simples dos valores cobrados à título de capitalização mensal de juros, comissão de permanência e multa moratória superior a 2%. Vencidas e reciprocamente vencedoras, suportarão as partes, proporcionalmente, com as custas, despesas processuais e honorários de seus patronos.

É como dou provimento em parte ao recurso.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011858-18.2011.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL CARLOS MELO DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado M. BIGUCCI COMÉRCIO & EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

**ACORDAM**, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “De ofício, decretaram a extinção da execução, restando prejudicado o recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Daniel Carlos Melo de Jesus.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.269)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LIGIA ARAÚJO BISOGNI E CARDOSO NETO.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

**Ementa: Embargos à Execução - Instrumento Particular de Confissão de Dívida - Execução ajuizada em novembro de 1993 - Oposição de embargos em novembro de 2011, pelos sucessores do executado falecido - Execução que permaneceu paralisada, por falta de regular movimentação pela exequente, até maio de 2011 - Hipótese de prescrição intercorrente configurada e que comporta ser reconhecida de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC - Incidência, no caso, do prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 206, § 5º, inc. I, do novo Código Civil, atento a regra do art. 2028 deste diploma legal - Extinção da execução decretada, de ofício, com fulcro no art. 269, inc. IV, do CPC, restando prejudicado o apelo interposto pelos embargantes.**

## VOTO

Trata-se de embargos à execução opostos por DANIEL CARLOS MELO DE JESUS, que pela r. sentença (fls. 116/118 destes autos), proferida pela douta Magistrada Ana Lucia Romanhole Martucci, cujo relatório se adota, foram julgados improcedentes.

Opostos embargos de declaração pelo ora apelante, restaram rejeitados (fls. 132).

Irresignado, apela o embargante sustentando que *o máximo que a decisão prolatada consegue fazer é prorrogar ainda mais a tramitação de um processo executivo fadado à extinção desde a gênese e que, mesmo assim, está próximo de completar inacreditáveis duas décadas de existência. Não há prova maior a comprovar a impossibilidade absoluta objetiva superveniente do que a concessão ao apelante dos benefícios da gratuidade processual (Justiça Gratuita), mesmo diante da oposição levantada pelos aguerridos causídicos a atuar em feito, há tantos anos, em nome da insaciável apelada. Ainda que não se reconheça, em sede preliminar, a nulidade do título executivo, o longo tempo de tramitação do processo executivo ora sob análise apenas reforçou a impossibilidade de pagamento do montante postulado pela apelante. Postula, por tais razões, a reforma da r. sentença.*

Recurso recebido e respondido. É o relatório.

Impõe-se, no caso, o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente, o que comporta ser reconhecido nesta sede recursal, atento ao disposto no art. 219, § 5º, do CPC.

Com efeito, importa destacar, neste aspecto, que cuida-se aqui a propósito de execução por título extrajudicial lastreada em notas promissórias e confissão de dívida, ajuizada pela ora recorrida nos idos de novembro de 1993, contra Paulo Augusto Arimatéia de Jesus e sua mulher Maria José Rodrigues Mello de Jesus, tendo sido proferido o respectivo despacho inicial, determinando a citação dos executados, nesta mesma ocasião (fls. 45/57 destes autos).

Pelo que se infere, contudo, da petição de fls. 58 destes autos, referido processo veio a ser arquivado e somente em julho de 2002 a exequente requereu o seu desarquivamento, e após isto, somente em outubro de 2007 a exequente tornou a manifestar-se nos autos, apresentando planilha de memória de cálculos (fls. 63/66). Em seguida, em maio de 2011, veio a requerer o prosseguimento da execução contra os filhos do executado falecido, vale dizer, Júlio Cesar Melo de Jesus e Daniel Carlos Melo de Jesus, exibindo novo cálculo de atualização da dívida (fls. 67/70). Sobreveio, então, o despacho de fls. 72, concedendo novo prazo de dez dias para o cumprimento do despacho de fls. 39, segundo parágrafo, tendo havido, posteriormente, a oposição dos presentes embargos, em novembro de 2011.

Atento a estas particularidades do andamento da execução em tela, é forçoso concluir e reconhecer que, a rigor, após o seu ajuizamento em novembro de 1993, esteve paralisada, por falta de regular movimentação por parte da exequente, no mínimo até maio de 2011, porquanto suas manifestações anteriores de julho de 2002 e de outubro de 2007 não tiveram o condão de impulsioná-la, referindo-se unicamente ao desarquivamento do feito e a apresentação de planilha de cálculo da dívida, sendo seguidas de novas paralisações.

A prescrição intercorrente pressupõe o abandono da causa, após o seu ajuizamento, por inércia do demandante, por período superior ao prazo prescricional previsto para cobrança do título, o que restou configurado no caso vertente.

Atento a regra do art. 2.028 do Código Civil de 2002, é de se verificar que passou a incidir, em relação à execução em tela, o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 206, § 5º, inc. I, de referido diploma legal, por estar referida ação lastreada, também, em confissão de dívida, a contar de sua vigência, qual seja, 11.01.2003. O termo final deste prazo deu-se, portanto, aos 11.01.2008, quando a presente execução ainda encontrava-se paralisada, configurando, assim, a ocorrência da prescrição intercorrente.

Ante o exposto, reconhece-se, de ofício, a ocorrência desta prescrição

relativamente à execução em tela, com a consequente extinção desta, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC. Caberá à recorrida, por isso, arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do apelante, arbitrados, por equidade, em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Observe-se que, em relação à verba honorária, restou vencido em parte o eminente Desembargador Cardoso Neto, por fixá-la em R\$10.000,00 (dez mil reais). Dá-se por prejudicado o conhecimento do apelo interposto pelos embargantes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020841-50.2008.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante JOSÉ NOEL CELESTRIM (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado FIRMA INDIVIDUAL IGOR MAURÍCIO OLIVEIRA DE JESUS.

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.700)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente), JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA E MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 29 de julho de 2013

RICARDO NEGRÃO, Relator

**Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Execução fundada em contrato de distrato de consignação de venda de veículos usados - Embargante afirma que à época do distrato não era mais proprietário do estabelecimento empresarial - Ilegitimidade passiva reconhecida em primeiro grau - Sentença reformada - Contrato realizado pelo exequente antes da data do trespasse - Contrato de cessão de estabelecimento não levado a registro - Inteligência do disposto nos arts. 1.144 e 1.145 do Código Civil - Apelo provido.**

**LEGITIMIDADE DE PARTE - Quadro descrito na petição inicial que indica a presença dessa condição da ação - Veracidade dos fatos ali expostos (contrato, datas e venda) não impugnados pelo embargante**

**- Teoria da asserção - Direito de ação corretamente exercido pelo exequente**

**Dispositivo: deram provimento ao recurso.**

## VOTO

Recurso de apelação interposto pelo Sr. **José Noel Celestrim**, dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Leornado Mazzilli Marcondes, MM. Juiz de Direito da E. 4ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente (fl. 108-113) que julgou procedente a “ação de embargos a execução fundada em título extrajudicial c/c pedido de suspensão da ação de execução” oposta por **Igor Maurício Oliveira de Jesus, empresário individual** (fl. 2-13).

Bem processado o feito, conforme relatório da r. sentença, ora adotado.

Sustenta a apelante em suas razões recursais, em síntese: (a) firmou contrato de consignação com a apelada para venda de um veículo caminhonete D-20, vendido e não foi repassado o valor do crédito; (b) o embargante é parte legítima para figurar no polo passivo da lide; (c) o embargado transferiu para o apelado o valor de R\$ 19.600,00 (fl. 76); (d) litigância de má-fé do apelado (fl. 115-122).

Preparo e porte de remessa e retorno ausentes em razão da gratuidade concedida por ocasião da r. sentença (fl. 112).

Recurso contra-arrazoado em fl. 126-129.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 11 de novembro de 2009 (fl. 114) e o recurso foi interposto no dia 26 de novembro de 2009 (fl. 115), dentro do quinquênio legal.

É o relatório.

### I. DA R. SENTENÇA

O recurso merece provimento.

A r. sentença apresenta os seguintes fundamentos ao julgar procedentes os embargos do devedor executado (fl. 109-112):

[..]

*“O ponto controvertido da demanda fulcra-se, por consequência, em se analisar a viabilidade ou não do pleito de cunho material lançado pelo embargante na exordial, e recebendo pelo embargado através da petição de fls. 67/73 dos autos.”*

*“Após uma atenta análise dos elementos carreados ao feito, outro caminho não resta a não ser o decreto de procedência dos presentes embargos do devedor; visto que, conforme abaixo será exposto, tem-se como inquestionável que, através de análise do próprio título executivo, a*

*embargante Firma Individual Igor Maurício Oliveira De Jesus não ostenta aptidão para figurar no polo passivo da execução ora embargada.”*

*“Há de se asseverar que os litigantes não produziram prova oral na audiência designada por este juízo.”*

*“Apesar do especificado no parágrafo anterior; tem-se como claro e cristalino que a embargante Firma Individual Igor Maurício Oliveira De Jesus não ostenta aptidão para o fim de figurar no polo passivo do feito da execução ora embargada, o que justifica a extinção do feito em tela.”*

*“Destaco que a legitimidade “ad causam” nada mais é do que a aptidão do sujeito processual em suportar os efeitos jurídicos da atividade jurisdicional do Estado em que buscará satisfazer o interesse de cunho material levado ao seu conhecimento.”*

*“Em sede de execução, mostra-se claro e manifesto que a definição da legitimidade “ad causam” decorre de análise do título executivo (judicial ou extrajudicial), que acabará por definir, na esfera passiva, o devedor e/ou responsável em cumprir a obrigação especificada no documento em tela.”*

*“Cabe ponderar que a análise em questão há de ser realizada não apenas com fulcro na análise literal de teor do título executivo mas também levando-se em consideração outros elementos essenciais e que se encontram a ele diretamente ligados.”*

*“Pois bem. Uma vez realizada a introdução em tela, tem-se como manifesto que, no caso em questão, a embargante Firma Individual Igor Maurício Oliveira De Jesus não ostenta aptidão para o fim de figurar no polo passivo da execução ora embargada, senão vejamos.”*

*“Conforme o teor da exordial e dos documentos de fls. 48/58 e 59/61 dos autos, a execução em tela foi proposta com fulcro em “contrato de distrato de consignação de venda de veículos usados”.”*

*“Note-se, portanto, que a execução de título extrajudicial em tela baseia-se justamente no teor do documento especificado no parágrafo anterior e que, por consequência, deve ser tomado como base para o exercício da atividade jurisdicional do Estado no caso em questão.”*

*“Por consequência, a análise da viabilidade ou não da execução em questão a desfavor do ora embargante deve considerar justamente o documento acima discriminado.”*

*“Verifica-se que o contrato em tela (“consignação de veículos usados”) foi celebrado na data de 03.12.2007 e acaba por apontar o vínculo negocial entre o exequente (ora embargado) José Noel Celestrim e a executada (ora embargante) Firma individual Igor Maurício Oliveira De Jesus (VF Multimarcas).”*

*“Dentro da questão em tela, tem-se que a executada (ora embargada) não mais ostentava aptidão jurídica para celebrar o contrato de distrato em tela, o que atesta a sua ilegitimidade para o fim de figurar no polo passivo da execução ora embargada.”*

*“Isto porque o documento carreado às fls. 17/21 dos autos atesta que, na data de 31.08.2007, o executado (ora embargante) Igor Maurício Oliveira De Jesus acabou por efetuar a venda do ponto comercial e fundo de comércio às pessoas de Oswaldo Foglia Júnior e Ubiracy Costa Vilela, de modo que não mais passou a figurar como titular da firma individual.”*  
*Ressalta-se que a alienação em questão foi celebrada antes da celebração do contrato de distrato que embasa a execução ora embargada, o que torna manifesto que o embargante não mais atuava em nome da sua firma individual à época de celebração do negócio jurídico apontado pelo credor José Noel Celestrim com título executivo extrajudicial.”*

*“Ou seja, tem-se como manifesto e cristalino que, à época da celebração do negócio jurídico de distrato, o embargante não mais ostentava aptidão para o fim de atuar em nome da sua firma individual, visto que realizara a venda do ponto comercial e fundo de comércio a terceiros, conforme acima detalhado.”*

*“Ratificando o especificado no parágrafo anterior, tem-se que o próprio embargante Igor Maurício Oliveira De Jesus não assinou o contrato de distrato em tela, o que pode ser atestado pelo teor do documento de fls. 25/27 dos autos.”*

*“Na realidade, a vença em tela, que embasa a execução ora embargada, foi assinada pela pessoa de Oswaldo Foglia Júnior; que, na realidade, foi um dos compradores da firma individual até então mantida pelo embargante.”*

*“Ao contrário do relatado no contrato de distrato em tela, tem-se que a pessoa de Oswaldo Foglia Júnior não figura como procurador do embargante Igor Maurício Oliveira De Jesus, tanto assim que não se tem a existência de documento apto em atestar o vínculo de mandato em questão.”*

*“Tem-se que, efetivamente, a pessoa de Oswaldo Foglia Júnior figurou como um dos compradores da firma individual mantida pelo ora embargante, de modo que acabaria por ostentar aptidão para celebrar o contrato de distrato que embasa a execução ora embargada, ao contrário do executado.”*

*“Reitero que a execução ora embargada fulcra-se justamente no teor do contrato de distrato acostado às fls. 25/27 e 59/61 dos autos, que acabou por ser celebrado em ocasião na qual o embargante Igor Maurício*

*Oliveira De Jesus não mais ostentava aptidão para contrair vínculo jurídico em nome da firma individual.”*

*“Desta maneira, mostra-se manifesta a inaptidão do embargante em figurar no polo passivo da execução ora embargada, visto que não ostenta aptidão para o fim de celebrar o negócio jurídico (contrato assinado por duas testemunhas) que embasa a execução ora embargada.”*

*“Observo que o embargado poderá pleitear direitos em relação ao embargante Igor Mauricio Oliveira De Jesus tão somente com fulcro em negócios jurídicos anteriores à alienação da firma individual, tais como o contrato de consignação para venda de veículos (fls. 22/23 dos autos), o que, todavia, não se verificou no tocante à execução ora embargada.”*

*“Desta forma, inquestionável a ilegitimidade da Firma Individual Igor Mauricio Oliveira De Jesus para o fim de figurar no polo passivo da execução ora embargada, o que justifica o decreto de procedência dos presentes embargos do devedor, com a conseqüente extinção do feito executivo, com fulcro no artigo 267, inciso VI, e 598, ambos do CPC.”*

Considerou o Magistrado que a venda do estabelecimento empresarial pelo empresário individual o isentaria da responsabilidade pelos negócios realizados debaixo de sua firma individual pelo novos adquirentes.

## II. DA LEGITIMIDADE

Observa-se inicialmente que o título executivo é o distrato contratual pelo qual a embargante (leia-se em fl. 16, no preâmbulo: *“Firma Mercantil Individual Igor Mauricio Oliveira de Jesus [...]”*) comprometeu-se a “entregar a autorização de transferência de veículo objeto do distrato no prazo de 120 (cento e vinte) dias da assinatura ...” (fl. 60). Trata-se de documento assinado em nome do embargante, contendo a assinatura de duas testemunhas.

O embargante pauta-se na afirmação de ter exercido atividade empresária em nome individual até 16 de agosto de 2007 (fl. 4, quinto parágrafo), trespassando em 31 de agosto seu estabelecimento a Oswaldo Floglia Jr e Ubiracy Costa Vilela (fl. 4, sexto parágrafo), por instrumento particular juntado aos autos em fl. 17-21.

Dessa compreensão resultaria que a responsabilidade pelo contrato de venda por consignação celebrado pelo exequente José Noel Celestrin aos 21 de agosto de 2007 (fl. 5, primeiro parágrafo e fl. 22-23) somente poderia ser imputada aos novos titulares daquele estabelecimento, por contrato de consignação.

Algumas considerações devem ser trazidas aos autos.

A primeira refere-se à data desse contrato (21 de agosto de 2007, fl. 23), anterior à suposta cessão do estabelecimento empresarial, documentada somente em 31 de agosto de 2007 (fl. 21).

A segunda é relativa à aparência: os supostos novos titulares continuaram a utilizar a expressão “VF Multimarcas”, utilizada pelo empresário individual no trato com sua clientela (fl. 17, cláusula primeira).

Terceira consideração: na ausência de registro, o contrato entre cedente e cessionário somente tem validade entre as partes celebrantes, não podendo alcançar terceiros desconhecedores da cessão.

Em quarto lugar, o embargante cedente no contrato de trespasse não tomou nenhuma das cautelas legais para evitar sua responsabilidade pelos débitos presentes e futuros, não apenas porque deixou de registrar a transferência (CC, art. 1.144) do estabelecimento no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial de São Paulo) mas também porque se olvidou em providenciar o pagamento dos credores existente ou, ao menos, em obter o consentimento destes (CC, art. 1.145).

Não há ilegitimidade de parte, portanto.

Aplica-se ao caso em exame a Teoria da Asserção, objeto de inúmeros precedentes nesta Câmara (veja-se o julgamento em 18 de fevereiro de 2013, no Voto n. 14.456, de relatoria do Des. Mário Carlos de Oliveira):

De fato, a legitimidade da parte, no caso, há de ser observada *in status assertionis*, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial. Isso porque “a teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema, dispõe que basta a simples afirmação da pertinência subjetiva com a lide para manter os corrêus na lide” (Ap. n.º 0074556-61.2009.8.26.0000, Rel. Des. Mauro Conti Machado, J. 10.11.2009).

No mesmo sentido, confira-se AgRg no REsp 1095276, Rel. Min. Humberto Martins, J. 25.05.2010, REsp 753512-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 16.03.2010 e REsp 1157383, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 14.08.2012.

E, finalmente, o embargante não impugna os fatos apresentados na inicial de execução, admitindo a existência do contrato de consignação, sua data, o valor da venda e o valor pleiteado pelo exequente.

Se confirmada a venda do estabelecimento empresarial ou, ainda, se constatado excesso por parte dos prepostos do embargante, ao assinar o título executivo (distrato em fl. 59-61) a questão deve ser enfrentada pelo titular da empresa perante seus prepostos, nos termos do que dispõem os arts. 1.172 e seguintes do Código Civil e não perante sua clientela.

Questões de fato, internas à organização empresarial não podem ser opostas à clientela, salvo quando presentes os requisitos dos arts. 1.144 e 1.145, acima indicados.

Afasta-se a pretensão da pena de litigância de má-fé manifestada nas razões de recurso porque o que se verifica é o legítimo discurso das partes quanto às razões de seu convencimento quanto à correta aplicação do direito positivo.

### III. DISPOSITIVO

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedentes os embargos apresentados pelo apelado, invertendo-se o ônus de sucumbência.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024961-75.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante CLÁUDIA PERES MONTEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.359)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente) e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

**Ementa: Apelação Cível - Plano de saúde - Medida Cautelar proposta com o objetivo de compelir a ré a autorizar a realização de procedimento cirúrgico necessário para a saúde da autora - Deferida a liminar - Ausência de propositura da ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da medida - Ajuizamento de ação alegadamente principal em Vara diversa e em data posterior ao término da contagem do prazo Suposta ação principal que, embora fundamentada nos mesmos fatos, formula pedido que não traz relação com aquele veiculado na presente medida cautelar - Perda da eficácia da medida liminar - Impossibilidade de prorrogação do prazo expressamente disposto no Código de Processo Civil - Impossibilidade de concessão de caráter satisfativo à cautelar, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal, em evidente prejuízo à defesa - Aplicação da Súmula nº 482 do Superior Tribunal de Justiça - Extinção do processo cautelar mantida - Nega-se provimento ao**

**recurso.****VOTO**

1. Trata-se de medida cautelar movida por Claudia Peres Monteiro em face de Sul América Serviços de Saúde S.A., alegando, em síntese, que é usuária de plano de saúde administrado pela ré, arcando regularmente com suas mensalidades. Diante do diagnóstico de malformação cardíaca congênita e comunicação interatrial - CIA, foi-lhe prescrita “cirurgia de oclusão percutânea de CIA” com implante de oclisor para fechamento e correção de defeito cardíaco. Diante da recusa da ré na cobertura do procedimento, requer sua condenação a emitir guia de autorização para realização da cirurgia, com fornecimento da prótese ou órtese respectiva, bem como arcar com as despesas médico-hospitalares necessárias para o tratamento da enfermidade.

A medida cautelar foi extinta, com fundamento no disposto no artigo 808, inciso I, do Código de Processo Civil, diante da não propositura da ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar. A autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor atribuído à causa, observada a gratuidade de justiça (fls. 126/127).

Inconformada, apela a autora postulando, em síntese, a reforma da sentença, com a procedência da medida cautelar, sob o fundamento de que foi ajuizada a ação principal no dia 27.07.2012, a qual, por equívoco, foi distribuída livremente a Vara diversa daquela na qual tramitou a presente medida cautelar. Assim, requer a manutenção da eficácia da medida cautelar enquanto pendente a ação principal que tramita perante a MM. 4ª Vara Cível da Comarca de Santo André (fls. 129/132).

Processado regularmente, houve a juntada das contrarrazões da ré (fls. 158/167).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

A autora ajuizou a presente cautelar objetivando a autorização da ré para realização de “cirurgia de oclusão percutânea de CIA” com implante de oclisor para fechamento e correção de defeito cardíaco, com fornecimento da prótese ou órtese respectiva, bem como a condenação da ré a arcar com as despesas médico-hospitalares necessárias para o tratamento da enfermidade e comprometeu-se a ajuizar a ação principal.

A liminar foi deferida para que “o réu autorize a realização de cirurgia de oclusão percutânea de CIA, com implante de um oclisor do fabricante LIFETECH SCIENTIFIC para fechamento e correção de problema cardíaco, fornecendo a prótese ou órtese respectiva, emitindo as guias ou o quanto foi

*necessário, no prazo de 02 (dois) dias, sob pena de multa diária” (fls. 77/78). Contudo, diante do não ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias, foi extinto o processo, cessados os efeitos da liminar anteriormente deferida.*

A ré tomou ciência da liminar deferida em 25.06.2012 (fls. 84) e, na mesma data, autorizou a realização do procedimento, como se verifica a fls. 168 dos autos.

Contudo, a alegada ação principal, distribuída livremente supostamente por equívoco, foi ajuizada em 27.07.2012, como se verifica a fls. 133, dois dias depois do decurso do prazo de trinta dias para ajuizamento da ação principal.

É de se anotar que referida ação principal, como se verifica a fls. 133/148, embora tenha sido ajuizada com base nos mesmos fatos versados na presente medida cautelar, veiculou pedido de reembolso da quantia de R\$ 2.000,00 a título de danos materiais consubstanciados nas despesas com advogado, bem como pedido de indenização por danos morais em valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos.

A medida cautelar, diga-se, visa assegurar a eficácia do provimento final da ação principal. No caso, contudo, não formulou a autora na alegada ação principal pedido relacionado ao ora formulado na presente medida cautelar, qual seja, a condenação da ré a emitir guia de autorização para realização da cirurgia, com fornecimento da prótese ou órtese respectiva, bem como a arcar com as despesas médico- hospitalares necessárias para o tratamento da enfermidade. Conclui-se, portanto, que referida ação principal, proposta intempestivamente, sequer revolveu pedido relacionado ao veiculado na presente medida cautelar.

É de se anotar, ainda, que, em verdade, o pedido formulado possuía a natureza jurídica de antecipação de tutela, e não de cautelar, devendo, em tese, ser formulado no próprio âmbito da ação principal.

Entretanto, considerada a “via de mão dupla” das tutelas de urgência, hoje pacífica na doutrina e na jurisprudência, não haveria irregularidade em sua apreciação em sede da cautelar ajuizada. Nesse ponto, e tão-somente nesse ponto, reside a chamada fungibilidade das medidas de urgência.

Entretanto, uma vez concedida a antecipação da tutela na ação cautelar proposta, obviamente fica a parte obrigada à propositura da ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de extinção do processo cautelar e perda da eficácia da medida, exatamente como bem asseverado pela R. Sentença apelada.

É de se ressaltar que a atribuição de caráter satisfativo à medida cautelar fere o devido processo legal, já que prejudicada fica a própria defesa, em face da exiguidade do prazo para resposta na ação cautelar (apenas cinco dias), sendo a ré surpreendida por tal transformação do processo cautelar em verdadeiro processo principal. Com a devida permissão de entendimento razoável em sentido contrário, não comungo da interpretação do princípio da instrumentalidade das

formas em tal extensão, sob pena de criação de grave precedente.

Assim, perfeitamente aplicável a Súmula nº 482 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça à espécie, que dispõe que:

*“A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.”*

E, diga-se, a extinção da cautelar não implicará em obrigatoriamente ser considerada regular a negativa da ré, já que esta será obrigada a cobrar a quantia que considera devida pela autora pela cirurgia já realizada, quando terá a autora plena oportunidade de se opor à cobrança pelas vias que considerar adequadas, já que o processo cautelar estará sendo extinto sem julgamento do mérito, meramente tornada sem efeito a “liminar” deferida, sem que haja aqui condenação da autora ao pagamento de qualquer quantia em favor da ré.

Dessa forma, correta a extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a inércia da autora, que não ajuizou a ação principal no prazo legal.

Assim, deve ser mantida a R. Sentença apelada.

**3.** À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043277-30.2010.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CETRAN CEARATRANSPORTES LTDA., são apelados IBTINDÚSTRIA BRASILEIRA DE TRANSFORMADORES LTDA. e ACE SEGURADORA S/A.

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES E JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

**Ementa: TRANSPORTE. REPARAÇÃO DE DANOS. Nulidade da citação. Inocorrência. Citação da empresa Apelante na sua sede, recebida por pessoa que se apresentou como seu representante.**

**Teoria da aparência. Validade do ato. Sentença válida. Legitimidade passiva da seguradora corré configurada. Possibilidade da vítima do dano demandar diretamente a seguradora do seu causador. Precedentes. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta por Cetran Ceara Transportes Ltda. (fls. 186/199) contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos, Dr. João Batista de Mello Paula Lima (fls. 162/163), que, em relação à Apelante, julgou procedente a ação de reparação de danos ajuizada pela Apelada IBT e, em relação à seguradora Apelada, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva.

Sustenta a Apelante a nulidade da citação, pois teria recebida por pessoa que não é seu representante legal ou empregado, mas sim um carreteiro autônomo que se encontrava em sua sede, não sendo aplicável a teoria da aparência. Alega que a seguradora Apelada, sua corré, seria parte legítima para figurar no polo passivo, pois a vítima do dano poderia demandar diretamente a seguradora do causador do dano por ela suportado. Pugna pela anulação ou pela reforma da r. sentença.

Contrarrazões pela seguradora Apelada às fls. 211/226 e pela Apelada Autora às fls. 236/237.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento. Não há que se falar em nulidade da citação.

A carta citatória foi endereçada à sede da Apelante e recebida por pessoa que se apresentou como seu representante legal (fls. 39), o que está de acordo com o disposto nos artigos 75, § 1º, do Código Civil e 215 do CPC.

Ademais, a doutrina e a jurisprudência, em razão da teoria da aparência, consideram válida a citação que se realiza na pessoa de quem, mesmo não tendo poderes expressos, recebe a citação no estabelecimento comercial sem qualquer ressalva.

A propósito, Theotonio Negrão:

“Em casos especiais, com fundamento na teoria da aparência, os tribunais admitem a citação de pessoa jurídica em pessoa sem representação legal para isso, como ocorre na citação: ‘recebida por quem se apresenta como sua representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto a inexistência de poderes de representação em juízo’ (STJ-Corte Especial, ED no Resp 205.275-PR-AgRg, rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.9.02, negaram provimento, v.u., DJU 28.10.02, p. 209).

Em geral, a jurisprudência considera válida a citação de pessoa jurídica feita na pessoa de gerente sem poderes de representação, quando a ação se refira a negócios da respectiva agência ou sucursal em que o mesmo exerce suas funções (RSTJ 97/219, STJ-RT 705/226), 'independentemente de sua recusa em assinar a contrafé do mandado' (STJ-3ª T.: RSTJ 173/276)." (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / 39. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, notas de rodapé nºs 3d e 3e do art. 215, páginas 322/323).

Esta Corte mantém o mesmo entendimento dos precedentes acima arrolados:

"CITAÇÃO - Pessoa jurídica - Pretensão de que seja reconhecida a nulidade da citação, recebida por funcionário sem poderes para tanto - Descabimento - Hipótese em que se aplica a teoria da aparência - Citação que recaiu sobre pessoa que se apresentou à Oficial de Justiça como representante legal do Banco réu - RECURSO DESPROVIDO" (Apelação nº 1.014.859-3, Rel. Des. Ana de Lourdes Pistilli, j. 21.9.06).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - NULIDADE DE CITAÇÃO - CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE - TEORIA DA APARÊNCIA PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - É válida a citação de Instituição Financeira, por meio de mandado judicial cumprido por oficial de justiça, quando efetivada no endereço onde se encontra uma de suas agências e, ainda mais, quando verificado que a cientificação ocorreu na pessoa do gerente da agência bancária, que, inclusive teve seu nome informado na referida certidão. Em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas, que determina a não vinculação às formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais ao processo, é de rigor a aplicação da teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada, na sua sede ou em uma de suas agências, mormente quando recebida por funcionário que não apresenta qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo. Ainda mais, ressalte-se que não é comum se dispor o diretor da instituição financeira, em especial do porte da ora recorrente, a receber os oficiais de justiça, sendo, por tal motivo, presumir-se que o empregado colocado nessa função, ainda mais, um gerente de agência, tenha total e inequívoca responsabilidade de promover o devido encaminhamento do mandado recebido. AUSÊNCIA DE NOTA DE CIENTE NO MANDADO DE CITAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. REQUISITO SECUNDÁRIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO SUBSCRITA POR OFICIAL DE JUSTIÇA QUE ASSEVERA A ENTREGA DE CONTRA-FÉ E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A VALIDADE DO ATO, INCLUSIVE REGISTRANDO O NOME DO GERENTE DA AGÊNCIA QUE RECEBEU O MANDADO DE CITAÇÃO. PRESUNÇÃO DE FÉ

PÚBLICA NÃO ELIDIDA. Recurso não provido.(Agravo de Instrumento nº 7.157.902-1, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 16.8.07).”

Ademais, não há qualquer prova de que a pessoa que recebeu a carta de citação seja um carreteiro autônomo, como afirma a Apelante, o que afasta definitivamente essa alegação.

Por outro lado, assiste razão à Apelante no que se refere a legitimidade passiva da seguradora Apelada, sua corré.

É possível que a vítima do dano, tendo conhecimento que o seu causador contratou seguro que cobre o sinistro ocorrido, demande diretamente a seguradora, ainda que não tenha com ela relação comercial direta.

Nesse sentido, a jurisprudência amplamente majoritária do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO FACULTATIVO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. LEGITIMIDADE DA SEGURADORA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO EM LITISCONSÓRCIO COM O SEGURADO.

1. Em ação de reparação de danos, a seguradora possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda em litisconsórcio com o segurado, apontado causador do dano.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp nº 1.076.138/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/05/2012)

“CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INCLUSÃO DO SEGURADO E DA SEGURADORA NO PÓLO PASSIVO DA LIDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DESTA.

I. A seguradora detém legitimidade passiva para, em conjunto com o segurado causador do dano, ser demandada diretamente pela vítima.

II. Precedente do Tribunal.

III. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp nº 943.440/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 12/04/2011)

“Seguro facultativo - Veículo automotor - Ação de indenização por danos materiais e morais - Demanda de terceiro envolvido em acidente de trânsito proposta diretamente contra a seguradora do outro veículo automotor - Decisão que acolheu preliminar e determinou a exclusão das seguradoras do pólo passivo da demanda - Reforma - Necessidade - Legitimidade ‘ad causam’ passiva das empresas réis - Existência - Vítima do acidente que pode manejar a ação em face da empresa seguradora da outra parte - Precedentes jurisprudenciais do STJ.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0187979- 91.2012.8.26.0000, Rel. Des. Marcos Ramos, 30ª Câmara de Dir. Privado, j. 10/04/2013)

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para reformar em parte a r. sentença e julgar procedente o pedido inicial também em face da

seguradora Apelada, que deve ser condenada solidariamente com a Apelante a ressarcir os danos sofridos pela Apelada Autora e ao pagamento das verbas de sucumbência imposta à Apelante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0043386-91.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E. L. T. (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados W. T. N. e A. P. L. N..

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 17.972**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU E CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

EGIDIO GIACOIA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO – Alimentos em Complementação - Neto em face dos avós paternos - 1) Necessidade comprovada – Valor de R\$ 2.500,00 que se adequa às reais condições socioeconômicas do alimentando – Regência do artigo 1.694, § 1º do Código Civil - Responsabilidade subsidiária e complementar dos avós – Regência do artigo. 1.698 do Código Civil – 2) Incidência da pensão que deve retroagir à partir da citação nos termos do artigo 13, parágrafo 2º, da Lei de Alimentos - Ação Parcialmente Procedente - Decisão Modificada em parte – Recurso Parcialmente Provido.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 912/919, proferida pela d. Magistrada Claudia Caputo Bevilacqua Vieira, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente a ação de alimentos ajuizada por E. L. T. contra seus avós paternos W. T. N e A. P. L. N., condenando os réus arcarem com pensão mensal de R\$ 2.500,00 em favor

do menor.

Irresignado, apela o alimentando (fls. 927/939), pugnando pela majoração da pensão alimentícia arbitrada, uma vez que referida quantia não atende, por completo, suas necessidades, fazendo expressa menção à excelente condição econômico-financeira dos avós paternos.

Recurso tempestivo, isento de preparo recebido no efeito devolutivo.

Contrarrazões dos alimentantes apresentada as fls. 946/962 perquirindo pela integral manutenção da r. sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 969/974).

### **É o relatório.**

Trata-se de ação de alimentos ajuizadas pelo menor E. L. T. em face de seu genitor, W. T. N. e de sua avó paterna, A. P. L. do N., objetivando pensão mensal no valor de R\$ 25.000,00, sendo esta o necessário para custear suas reais necessidades, passível de ser suportada pelos alimentantes, ante favorável situação econômico- financeira vivenciada por ambos.

A r. sentença, no entanto, em detida análise do binômio necessidade/ possibilidade, regida pelo artigo 1.694, § 1º do Código Civil, arbitrou os devidos alimentos ao menor no valor mensal de R\$ 2.500,00, motivo pelo qual recorre o alimentando pretendendo sua majoração.

*Concessa venia* do recorrente, cuidou a r. sentença apelada em bem analisar os critérios norteadores da concessão dos alimentos, assim regidas pelo artigo 1.694, § 1º do Código Civil: “(...) *Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*”.

Apesar de o alimentando apontar necessidade alimentar no valor de R\$ 25.000,00, fato é que os valores descritos as fls. 07/11 refogem à realidade fática permissiva ao menor.

Inegável ser dever pais pensionar os filhos na medida da necessidade, obrigação **extensiva a todos parentes da linha ascendente ou descendente, na forma da lei.**

Contudo, referida obrigação só será devida pelos avós quando os pais **não estiverem em condições de suportar totalmente o encargo** (CC. artigo 1.698), entendendo-se esta como obrigação de caráter complementar e subsidiário.

Esta a lição de MARIA BERENICE DIAS: “*Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os parentes de grau imediato (CC. 1.698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato mais próximo. A*

*possibilidade de pleitear alimentos complementares a parente de outra classe, se o mais próximo não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, vem se consolidando em sede jurisprudencial, que passou a admitir a propositura de ação de alimentos contra os avós. Para tal, basta a prova da incapacidade, ou a reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole. (...) Na instrução é que, comprovada a ausência de condições do genitor, evidenciada a impossibilidade de ele adimplir a obrigação, será reconhecida a responsabilidade dos avós” (Manual de Direito das Famílias, RT 2006, págs. 422/423).*

Com isso, deve o alimentante, em primeira ordem, ajustar suas necessidades às possibilidades intrínsecas ao *modus vivendi* dispendido por seus pais, e, somente se estes faltarem aos menores é que estarão os avós aptos, de forma subsidiária, suplementar referidos valores, caso tenham poder econômico para tanto.

Nesse sentido, deve o alimentante conformar-se com o padrão econômico possível ao pai, não sendo razoável aquilatar suas necessidades ao status quo vivenciado por seus avós paternos.

**“CIVIL - FAMÍLIA - ALIMENTOS - RESPONSABILIDADE DOS AVÓS.** Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem. Não há dúvida que o dever alimentar dos avós, além de sucessivo, é também complementar. Assim já era pelas disposições do Código Civil de 1916 (art. 397), como, mais explicitamente, no atual (art. 1.696). Contudo, quando da convocação dos avós para arcar com alimentos para os netos, não se pode perder de vista que a obrigação primária é dos pais, uma vez que sobre estes é que recaem as maiores responsabilidades pela criação dos filhos. Nesse contexto, não se pode atribuir aos avós, por óbvio, uma responsabilidade alimentícia maior daquela que teriam para com o filho, que seja pai dos netos vindicantes, devendo sempre ter-se em conta, ademais, que, na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus próprios filhos” Resp. 366.837/

*RJ. 4ª T. Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 19.12.2002.*

Por isso que prudente, justo e razoável depreender como correto a aferição das necessidades do menor pelo valor de R\$ 2.500,00, assim arbitrado pela r. sentença, compreendendo-se este como o necessário as reais condições que devem se ajustar ao padrão socioeconômico do menor, correlato a de seus pais, não podendo o status quo de seus avôs servirem como aspiração de suas expectativas.

Assim, considerando que o genitor do recorrente auferir tão somente vencimentos mensais de R\$ 1.500,00 (fls. 41/44, 59/62 e 859), na condição de funcionário da empresa de seus pais, arcando com pagamento de pensão no valor de R\$ 800,00, mais seguro saúde em prol do filho (fls. 85/87), devem os avós paternos complementarem a pensão alimentar pelo valor arbitrado pela r. sentença (R\$ 2.500,00), não se olvidando que os avós maternos já atuam, de forma espontânea, com custos envolvendo moradia e habitação do neto.

Destarte, deve a r. sentença, tocante à responsabilidade dos avós paternos e o quantum da pensão, ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Todavia, num único aspecto entendo que o recurso deva ser provido.

É que a r. sentença, prolatada pela ilustre Magistrada Claudia Caputo Bevilacqua Vieira, julgou a ação movida por ELT, menor representado por sua mãe, contra seus avós paternos WTN e APLN, parcialmente procedente, para condenar os réus ao pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 2.500,00, a partir da sentença, prolatada no dia 27/11/2012 (fls. 912/919).

Entretanto, na dicção do artigo 13, parágrafo 2º, da Lei de Alimentos: **“Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.”**

Assim, por conta do próprio texto expresso de lei, a decisão deve retroagir a data da citação dos recorridos, corrigindo-se a partir daí.

**Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento em parte ao recurso, para os fins e efeitos acima.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044433-58.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante DAIANA DE LIMA BEZERRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 13916)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES E CAUDURO PADIN.

São Paulo, 11 de julho de 2013.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

**Ementa: Ação de indenização por danos morais - Ação julgada improcedente - Alegação da autora no sentido de que seu nome foi indevidamente reinscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, pelo mesmo débito, possibilitando a manutenção da negativação pelo período superior a cinco (5) anos - Em que pese a relação consumerista existentes entre as partes, a ausência de verossimilhança das alegações da autora impede a aplicação da regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC, fazendo incidir a regra ordinária de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333, I, do CPC, da qual não se desincumbiu a autora - Prova documental indicando que a negativação da requerente se deu em decorrência do inadimplemento de dívida de cartão de crédito - Inexistência de prova de nova inscrição em banco de dados de inadimplentes, com base na mesma dívida - Negativação legítima (art. 43 do CDC), em regular exercício de direito da instituição financeira - Excludente do dever de indenizar - Sentença mantida - Recurso negado.**

## VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por **DAIANA DE LIMA BEZERRA** em face de **BANCO ITAU UNIBANCO S/A - ITAUCARD**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 74/75, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, §4º, do CPC, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Apela a autora, procurando reverter a r. sentença, sustentando, em síntese, que teve seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito em 26/10/2004 em razão de inadimplemento de dívida de cartão de crédito. Aduz que a negativação deveria permanecer pelo prazo legal de 5 (cinco) anos, expirando-se em 25/10/2009, porém em 15/04/2009 o Banco réu promoveu nova inclusão do

nome da requerente, com base na mesma dívida, sob o argumento de tratar-se de novação da dívida. A requerente nega ter renegociado sua dívida, postulando a condenação do Banco apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Recurso regularmente processado e respondido.

### **VOTO.**

Trata-se de ação de indenização por danos morais, por dívida de cartão de crédito, alegando a autora que seu nome foi indevidamente reinscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, pelo mesmo débito, possibilitando a manutenção da negativação pelo período superior a cinco (5) anos previsto no art. 43, § 1º, do CDC.

O recurso é desprovido.

Isso porque a bem lançada decisão monocrática apreciou de forma percuciente as questões submetidas à apreciação judicial, dando adequado desate à lide.

Narra a inicial que a autora era titular de cartão de crédito administrado pelo Banco réu, tornando-se inadimplente, razão pela qual em 26/10/2004 teve seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

Alega que referida inscrição deveria permanecer até 25/10/2009, de acordo com o prazo legal de 5 (cinco) anos previsto no art. 43, § 1º, do CDC, contudo, em 15/04/2009 o Banco apelado negativou novamente o nome da requerente, com base na mesma dívida (fls. 24).

Entende que ante o lapso temporal decorrido, não poderia o Banco réu efetuar nova cobrança dos valores devidos pela autora, postulando a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais em razão da indevida negativação.

O Banco réu, por sua vez, alegou em contestação que em razão da inadimplência, a autora teve seu cartão de crédito cancelado em 06/04/2005, restando um saldo devedor de R\$ 500,77.

Em consulta nos arquivos internos da instituição financeira apelada, verificou que em 07/06/2011 as partes firmaram renegociação de dívida, a ser paga em três parcelas de R\$ 766,53. Em decorrência do inadimplemento do referido acordo inscreveu o nome em banco de dados de inadimplentes.

Em que pese a relação de consumo na hipótese, não se evidencia no caso fundamento suficiente para o julgamento da causa com inversão do ônus da prova de acordo com o artigo 6º, VIII, do CDC.

A inversão do ônus da prova das relações de consumo justifica-se nos casos em que o fornecedor possui maior facilidade na obtenção das fontes de prova do caso questionado, de acordo com a regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC, somente se aplica quando verificada disparidade na possibilidade de obtenção

das fontes probatórias, gerando manifesta hipossuficiência do consumidor.

De mais a mais, as alegações da autora apelante não se mostram verossímeis, do que resulta o reconhecimento do regime ordinário da distribuição do ônus da prova, competindo à requerente demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado na inicial, nos termos do art. 333, I, CPC.

Na verdade, em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o artigo 6º, VIII, do Codecon.

Os documentos de fls. 42/47 dão conta da aprovação da conta corrente da autora em 26/10/2004, o seu respectivo cancelamento em abril/2005, bem como a solicitação de renegociação de dívida pela requerente em 07/06/2011.

No mesmo sentido, as consultas de fls. 48/55 indicam a existência de dívida da autora apelante com o Banco réu, no valor de R\$ 2.327,00, com vencimento em 15/04/2009, bem como a inscrição do nome da requerente nos órgãos de proteção ao crédito (Serasa) em 14/06/2011.

Ressalte-se que tais documentos não foram sequer impugnados de modo específico pela autora, que se limitou a alegar genericamente a inexistência de renegociação com o requerido.

Ademais, o conjunto probatório dos autos não demonstrou a efetiva inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito na data de 26/10/2004, como afirmado pela requerente na inicial, de modo que não há que se acolher a tese da apelante no sentido de que fora negativada por duas vezes, em razão da mesma dívida.

Tem-se, portanto, que a negativação do nome da autora em 14/06/2011 (fls. 48) se deu em decorrência do inadimplemento de dívida de cartão de crédito no valor de R\$ 2.327,00, fato este que restou incontroverso. Avulta, pois, inexistir a prática de ilícito do réu apelado.

Bem decidiu o d. Juiz de Direito ao anotar na r. sentença: ***“Inexistente nexo causal entre o ato do réu e o dano, de maneira a descaber indenização. A própria autora noticiou, já na inicial, dever para o réu que, por isso mesmo, promoveu a inscrição do nome dela em cadastro de devedores inadimplentes. Também asseverou a reiteração da inscrição posteriormente, de maneira a ultrapassar o limite de tempo previsto em lei para a manutenção da inscrição deletéria. Todavia, pacífica a jurisprudência a respeito de ino correr produção de dano moral em caso de lançamento desabonador fundado em dívida exigível, como sintetizado na Súmula 385 do C. Superior Tribunal de Justiça”*** (fls. 75).

Neste panorama, o registro em banco de dados decorre do inadimplemento da autora apelante e encontra base jurídica (art. 43 do CDC), por se tratar de

regular exercício de direito pelo réu, além de não demonstrada manutenção indevida da mesma dívida por prazo superior a 5 anos previsto no art. 43, § 1º, do CDC.

Desse modo, de todo descabida a pretensão da autora ao recebimento de indenização por danos morais.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047587-68.2006.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MARIA DARIA FERNANDES LIMA, são apelados CONSÓRCIO SÃO BERNARDO TRANSPORTES - SBCTRANS e SULAMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A 3ª DES., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO E ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA, Relatora

**Ementa: PRELIMINAR - CONVERSÃO DE JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - Pedido da autora de que o julgamento seja convertido em diligência, com a nomeação de peritos para a realização de novos laudos técnicos - Rejeição Hipótese em que os laudos periciais produzidos trazem esclarecimentos suficientes sobre a matéria discutida, não havendo vícios que maculem a qualidade e a imparcialidade dos trabalhos periciais realizados - PRELIMINAR REJEITADA.**

**DANO MORAL - ACIDENTE EM ÔNIBUS - Pretensão da autora de que seu pedido de indenização por danos morais seja julgado procedente em razão**

do sofrimento experimentado por conta de acidente automobilístico - Possibilidade - Hipótese em que, por força do contrato de transporte, está o transportador obrigado a conduzir o passageiro incólume do ponto inicial até o seu destino, sendo certo que a responsabilidade só poderia ser afastada em hipóteses específicas de excludentes, as quais não estão configuradas no presente caso - Prova produzida que permite concluir ter a autora enfrentado sofrimentos, dores e infortúnios por ocasião do acidente, de modo a configurar o alegado dano moral - Danos morais reclamados que, todavia, não se apresentam na extensão narrada na petição inicial, de modo que, tendo em conta as lesões causadas, bem como as circunstâncias do caso concreto e as partes nele envolvidas, fixa-se a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra adequado para compensar o sofrimento suportado pela autora e compatível com o patamar adotado em outros casos análogos, já julgados por esta Colenda 13ª Câmara - **RECURSO PROVIDO.**

**DENUNCIÇÃO À LIDE PROCEDÊNCIA -** Denunciada que não se opôs aos termos da denúncia da lide, reconhecendo o direito de regresso - Valor fixado a título de indenização que está aquém dos limites previstos na apólice (fls. 207-209) - Direito da denunciante de receber da seguradora denunciada o valor da indenização, nos termos do artigo 76 do Código de Processo Civil - **DENUNCIÇÃO DA LIDE JULGADA - PROCEDENTE.**

## VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença proferida (fls. 365-370), que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais, apela a autora (fls. 375-378).

Suscita, preliminarmente, a necessidade da conversão do julgamento em diligência, a fim de que seja nomeado perito judicial, pois os laudos produzidos seriam temerários e contraditórios.

No mérito, sustenta, em apertada síntese, que permanece incapacitada para as atividades laborais em virtude do acidente narrado na petição inicial.

Afirma que, antes do acidente de trânsito, não apresentava o quadro clínico atual, caracterizado por diversos problemas ortopédicos e psiquiátricos.

Alega que não há como negar a existência denexo causal entre o acidente e os problemas de saúde por ela enfrentados, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença de primeiro grau, a fim de condenar os réus ao pagamento de uma indenização por danos morais.

Contrarrazões da corrê Sul América Companhia Nacional de Seguros às fls. 384-389 e do corrêu Consórcio São Bernardo Transportes SBCTRANS às fls. 390-394.

Recurso bem processado. É o relatório.

Rejeita-se a preliminar arguida pela apelante.

Com efeito, não se vislumbra a necessidade de conversão do julgamento em diligência.

Os três laudos periciais produzidos por médicos do IMESC permitem o suficiente esclarecimento da matéria discutida, não havendo vícios que maculem a qualidade e a imparcialidade dos trabalhos periciais realizados.

O fato de os laudos terem sido desfavoráveis a uma das partes, por si só, não justifica a designação de nova perícia.

No mérito, o recurso de apelação merece provimento.

As circunstâncias do acidente sofrido pela apelante em veículo do réu constituem fatos incontroversos.

Tanto a autora quanto os réus apresentam versão idêntica ou extremamente semelhante dos fatos ocorridos, conforme se observa do boletim de ocorrência lavrado (fls. 18 a 20) e do relatório produzido pelo próprio réu (fls. 113).

Apenas quanto à extensão dos danos experimentados pela apelante divergem as partes em conflito.

A apelante estabelece nexode causalidade entre o acidente e diversos problemas de saúde que vem enfrentando até o momento, como constantes dores na coluna cervical, perda parcial dos movimentos, inchaços nos dedos, tonturas, desmaios súbitos e transtorno esquisoafetivo.

Os réus, por sua vez, afastam tal nexode, requisito para a configuração da sua responsabilidade civil.

A respeito do ponto controvertido, a perícia realizada pelo IMESC permite formar firme convicção quanto à inexistência de nexode causalidade entre o evento narrado e os problemas de saúde da apelante.

Apenas quanto à lesão no cotovelo direito, com boa evolução e sem sequelas, poder-se-ia estabelecer tal liame. Os demais problemas descritos pela recorrente possuem caráter degenerativo, que não poderiam ser produzidos especificamente pelo acidente automobilístico (fls. 319-323).

Tampouco entre o problema psiquiátrico e neurológico descrito e o acidente poder-se-ia estabelecer uma relação de causalidade, conforme se observa pela leitura da avaliação psiquiátrica (fls. 324-326).

Porém, ainda que afastado o nexa causal entre o acidente e as consequências descritas pela apelante, revela-se claramente demonstrado o dano moral por ela experimentado.

Com efeito, em razão do contrato de transporte, está o transportador obrigado a conduzir o passageiro incólume do ponto inicial até o seu destino, sendo certo que a responsabilidade só poderia ser afastada em hipóteses específicas de excludentes, as quais aqui não estão presentes.

Os danos, é certo, não se apresentam na extensão narrada na petição inicial e reafirmada no curso do processo; no entanto, a prova produzida permite concluir que a autora enfrentou sofrimentos, dores e infortúnios por ocasião do acidente.

As perícias, que apesar do decurso de longo lapso temporal ainda salientaram a ocorrência de lesão no cotovelo direito à época do acidente, e os documentos acostados à petição inicial (dentre os quais inúmeros receiptários, agendamentos médicos e a CAT - Comunicação de acidente de trabalho), permitem determinar a extensão do tormento pelo qual passou a autora.

Nesse contexto, é justo concluir pela configuração do reclamado dano moral, passível de indenização, diante de todo o sofrimento experimentado.

Nessa ordem de ideias, tendo em conta as lesões causadas, bem como as circunstâncias do caso concreto e as partes nele envolvidas, fixa-se a indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que se mostra adequado para compensar o sofrimento e exacerbado grau de transtorno suportados pela apelante, além de compatível com o patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara em outros casos análogos, já julgados.

Por fim, tendo em conta a reforma da respeitável sentença, faz-se necessário o exame da denunciação da lide, que merece ser julgada procedente.

Houve a denunciação da lide à seguradora (fls. 115-116), em razão de contrato de seguro firmado entre a denunciante e a denunciada.

Citada, a denunciada apresentou contestação, pretendendo a improcedência da ação principal e apenas esclarecendo os limites do direito de regresso da denunciante.

Assim, como não se opôs aos termos da denunciação da lide, reconhecendo o direito de regresso, e, uma vez que o valor fixado a título de indenização está aquém dos limites previstos na apólice (fls. 207-209), deve ser reconhecido o direito da denunciante frente à seguradora de receber o valor da indenização, nos termos do artigo 76 do Código de Processo Civil.

Diante de todo o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, para o fim de condenar a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por dano moral, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, que incidirão desde a citação, e de correção monetária, a partir da data deste arbitramento (Súmula 362, STJ), pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, bem como **julga-se procedente a denunciação da lide**, condenando a seguradora denunciada ao pagamento da indenização à denunciante.

Arcarão as rés com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Não houve resistência da seguradora à denunciação da lide, uma vez que esta apenas apontou os limites estabelecidos na apólice, e, por essa razão, não será ela condenada ao pagamento de honorários advocatícios à denunciante.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0074606-07.2007.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO CITIBANK S/A, é apelado ANDRE CASSEB ORSI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14861)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

JACOB VALENTE, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Cartão de crédito - Débitos não reconhecidos - Instituição financeira que já havia constatado possível atuação de estelionatários - Ocorrência de fraude não exclui a responsabilidade do banco réu - Aplicação da teoria do risco profissional - Ademais, correspondência enviada reconheceu inexistir débitos pendentes de pagamento - Lançamento do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito que se revelou indevido - Danos morais, contudo, inexistentes - Outras**

**anotações financeiras existentes em nome do autor - Incidência da Sumula 385 do STJ - Sucumbência recíproca - Sentença parcialmente reformada - Apelo parcialmente provido.**

## VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 72/78 que julgou **procedente** a ação declaratória de inexistência de débito c.c. pedido de indenização por danos morais, movida por **ANDRÉ CASSEB ORSI** em face do **BANCO CITIBANK S/A**, declarando a inexistência do débito em questão, no valor de R\$ 14.682,94, tornando definitiva a tutela anteriormente concedida, bem como condenando o réu a pagar ao autor a quantia de R\$ 7.000,00 pelos danos morais sofridos decorrentes da negativação indevida, além do pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Apela o réu (fls. 85/107), pugnando pela reforma do decisum, alegando que (i) não houve contestação formal por parte do autor relativa às despesas por ele não reconhecidas, (ii) que a fraude perpetrada por terceiros exclui sua responsabilidade pelo evento danoso, (iii) que é tão vítima da atuação de estelionatários quanto o autor, (iv) que inexistem danos morais passíveis de indenização, (v) que a indenização arbitrada foi fixada em patamar excessivo, cabendo ser reduzida e (vi) que os juros de mora devem incidir desde a data da sentença. Pede o provimento do apelo.

Recurso formalmente em ordem, anotados os recolhimentos do preparo e das custas de porte de remessa e retorno de autos (fls. 108/110), sobrevindo contrarrazões (fls.146/153).

É o relatório do essencial.

2. O recurso comporta parcial provimento, mas muito mais pela análise dos autos do que pelas razões nele apresentadas.

Tratam os autos de ação em que o autor pretendeu a declaração de inexigibilidade dos débitos lançados em seu cartão de crédito administrado pelo réu os quais alega desconhecer, pretendendo ainda a declaração de inexigibilidade de tais débitos e a exclusão definitiva de seu nome dos órgãos de proteção ao crédito.

O documento de fls. 27/28 demonstra que o réu já havia constatado uma possível ocorrência de fraude perpetrada por terceiros, tanto que solicitou que o autor desconsiderasse a correspondência enviada anteriormente por empresa mantenedora de cadastros de inadimplentes, informando, ainda, inexistirem débitos pendentes de pagamento relativos aos cartões de crédito por ele administrados.

Não obstante, o autor recebeu diversas correspondências para renegociação dos débitos supostamente existentes (fls. 30/41), bem como teve seu nome foi lançado nos órgãos de proteção ao crédito em razão daqueles débitos (fls. 57).

O réu, devidamente citado (fls. 69) deixou de apresentar defesa, conforme certificado às fls. 70, mas insurge-se em sede de recurso de apelação argumentando que não possui qualquer responsabilidade pelo evento, porque é tão vítima quanto o autor, não podendo ser responsabilizado pela fraude perpetrada por terceiros.

Todavia, mesmo diante da existência de fraude, tem o réu responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, porque, tanto na doutrina como na jurisprudência, em matéria de responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, aplica-se a teoria do risco profissional, devendo esta responder pelos danos causados a terceiros no desenvolvimento de sua atividade.

Por esta teoria, sujeita-se o fornecedor de serviços às consequências de eventual fraude ou qualquer outro delito praticado por terceiro, mormente porque as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor lhe impõem cautelas no sentido de resguardar o patrimônio e a moral dos consumidores, respondendo objetivamente pelos danos causados.

Se assim é, indiscutível sua responsabilidade do banco réu pela negativação indevida, entendendo a jurisprudência que a caracterização do dano moral prescinde de prova objetiva do dano, sendo suficiente para gerar o dever de indenizar a demonstração da existência do apontamento.

Contudo, no presente caso, o apontamento financeiro lançado não foi capaz de lhe causar transtornos de ordem moral, porque o documento de fls. 57, corroborado pelas informações constantes do documento de fls. 58/59 demonstram a existência de outras pendências financeiras o que depõe contra a afirmação de ser o autor pessoa cumpridora de suas obrigações e a quem a manutenção da anotação aqui discutida poderia ocasionar algum dano ou justificar o pagamento de indenização por dano moral.

Também não pode deixar de ser mencionado que o entendimento de que a existência de outras anotações desabonadoras inibe a ocorrência do dano moral indenizável já se encontra sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, que por ter a função de uniformização da jurisprudência, e, por isso, não deve ser contrariado.

Confira-se o seu teor:

**“Súmula 385/STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.**

Ou seja, nos casos em que preexiste legítima inscrição do nome do devedor, o dano moral não é presumido, como ocorre nas hipóteses de negativação indevida de pessoa de reputação ilibada, devendo ser provado, o

que não ocorreu *in casu*.

Aliás, importante destacar que o autor não demonstrou que as inscrições preexistentes estão sendo discutidas judicialmente, presumindo-se, até o momento, verídicas as anotações constantes nos órgãos de proteção ao crédito.

Assim, deve a r. sentença ser parcialmente reformada para se afastar o arbitramento de indenização por danos morais, pois não tinha a conduta do réu potencial para causar danos ao autor, mantendo-se, contudo, a declaração de inexigibilidade dos débitos em razão da constatação de fraude perpetrada por terceiros.

Por fim, em face da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das custas e despesas do processo, cabendo a cada um deles os honorários de seus patronos, nos termos dos artigos 20 e 21 do Código de Processo Civil.

**3. Dá-se**, pois, parcial provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0105911-05.2008.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L. H. H. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado G. S. H. (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

**ACORDAM**, em 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 13283)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

VIVIANI NICOLAU, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação negatória de paternidade c/c pedido de exoneração de alimentos - Pretensão fundada em exame de DNA, com resultado negativo para paternidade biológica - Sentença de improcedência - Inconformismo do autor - Não acolhimento - A análise pura e simples de critérios biológicos definidores de vínculo de parentesco não deve ser a única perspectiva adotada para constatação**

**da paternidade, fenômeno que deve ser apreciado também sob o prisma do estabelecimento de relação sócio-afetiva - Decurso de anos sem a tomada de qualquer providência para contestar a paternidade, vínculo cuja inexistência era do conhecimento de toda a família do autor a teor de prova testemunhal colhida no feito - Demais circunstâncias do caso concreto que apontam para a existência de paternidade sócio-afetiva - Sentença ratificada nos moldes do art. 252 do RITJSP - Negado provimento ao recurso.**

## VOTO

Trata-se de ação negatória de paternidade c.c. pedido de exoneração de pensão alimentícia ajuizada por **LHH** em face de **GSH**, menor impúbere representada em juízo por sua mãe **MCAS**, julgada improcedente nos termos da r. sentença de fls. 294/296.

Bate-se o autor pela inversão do julgado repisando, em síntese, a tese de que fora levado a erro ao registrar a demandada como sua filha (fls. 300/307).

Ausente recolhimento de preparo por litigar o autor sob o pálio da gratuidade da justiça (fls. 31), o recurso, tempestivo, foi recebido (fls. 308) e respondido (fls. 311/323).

Parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça a fls. 330/333 pela ratificação do julgado.

### É O RELATÓRIO.

**LHH** ajuizou a presente ação negatória de paternidade c.c. pedido de exoneração de pensão alimentícia em face de **GSH**, nascida em 28/11/99 (fls. 17), representada em juízo por sua mãe **MCAS**, alegando a teor da sentença, que “... *iniciou relacionamento amoroso com a genitora da ré em 1998 e que após dois meses de namoro a requerida lhe comunicou que estava grávida. Durante a gestação M continuou a residir com a irmã em São Caetano e que somente no início de 2000, após o nascimento da ré é que passaram a viver sob o mesmo teto. Em maio de 2004 se casou com M e que nesse mesmo ano descobriu envolvimento extra-conjugal da mãe da requerida, o que o levou a ter dúvidas quanto à paternidade da menor. Que extrajudicialmente fez exame de DNA, comprovando que ele não é pai da ré. Como não vive mais com a genitora da ré, por ter sido por ela enganado, requer a exclusão de seu nome no registro da menor com a exoneração da pensão que paga à ré.*” (fls. 294).

Dando ensejo ao presente recurso, sobreveio o decreto de improcedência que, data vênua do inconformismo do apelante, merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno

do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

*“Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, 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 99404080827-0, 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 nº 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.

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. de 17.12.2004 e REsp nº 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 ministradas 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”.

A teor da bem lançada sentença, prolatada pelo ilustre Magistrado **Evandro Takeshi Kato**, *“Embora o laudo tenha excluído a paternidade biológica, a anulação não comporta deferimento. O autor espontaneamente reconheceu a paternidade em relação à requerida. Não logrou demonstrar nenhum vício de consentimento, sendo válido o ato de reconhecimento por ele praticado. O autor tinha pleno conhecimento de que poderia não ser o pai biológico da requerida, mas optou por assumir a paternidade. Posteriormente, quer por meio da ação contestar a paternidade com o único intuito de exonerar-se da obrigação alimentar. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável. Foi realizado de maneira válida, não cabendo ‘arrependimento posterior’. A mãe da criança comunicou a gravidez apenas dois meses após o início do relacionamento e durante a gestação não conviveu com o autor. O relacionamento dos pais da requerida estava no seu início por ocasião de sua gestação. E o autor tinha conhecimento que a mãe da requerida vinha de outro relacionamento anterior.”* (fls. 295, 9º § e seguintes).

Destacou o nobre Magistrado sentenciante, por oportuno, que a teor do depoimento prestado pela testemunha M, que havia namorado o irmão do autor, *“... toda a família do requerente sabia que a requerida não era filha dele, confirmando o depoimento pessoal da mãe da requerida.”* (fls. 295, último parágrafo).

Na medida, portanto, em que: *“O autor tinha pleno conhecimento de que poderia não ser o pai biológico e ainda assim optou por reconhecer a requerida como sua filha. Não há como, após treze anos assumindo o papel de pai, alegar vício de consentimento e desconhecimento dos fatos. O fim de seu relacionamento com a mãe da requerida não autoriza a dissolução da paternidade por arrependimento posterior para exonerá-lo da obrigação alimentar.”* (fls. 296, 2º §).

Confirmada, em síntese, *“... a existência de vínculo afetivo da criança com o autor, reconhecendo-o como seu pai”* (fls. 296, 3º §), o decreto de improcedência era medida de rigor.

Como cediço, a moderna orientação jurisprudencial e doutrinária tem se inclinado ao prestígio das relações sócio-afetivas nas questões relativas ao estado de filiação, mitigando, com isso, a preponderância do vínculo biológico de parentesco.

Dessa forma, o reconhecimento da paternidade, nada obstante a comprovação da inexistência de vínculo biológico por exame de DNA, pode prevalecer quando, tal na espécie, presentes circunstâncias a revelar vínculo

sócio-afetivo entre pais e filhos.

No julgamento do REsp nº 878.941 pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a Ministra **NANCY ANDRIGHI** efetuou pertinentes ponderações sobre a questão: *“A doutrina de Luiz Edson Fachin com muita acuidade observa, nesse sentido, que “a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social” (FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 169). Onde há dissociação entre as verdades biológica e sócio-efetiva, o direito haverá de optar por uma ou outra. Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica (...) Não se pode olvidar que a relação construída ao longo dos anos entre pais e filhos permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar. Na esfera social, são os amores, dissabores e experiências diariamente compartilhados que constroem a família e a filiação. Na família sócio-afetiva o homem realiza-se com dignidade e plenamente. Por isso, se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato. Tomar como falsa a declaração de paternidade que não coincide com testes biológicos, sem maiores ponderações, é ver a realidade sob o prisma estritamente tecnicista, voltando-se as costas ao que interessa de fato para que as pessoas existam dignamente.”*

Como se vê, a análise pura e simples de critérios biológicos definidores de vínculo de parentesco não deve ser a única perspectiva adotada para constatação da paternidade, fenômeno que deve ser apreciado também sob o prisma do estabelecimento de relação sócio-afetiva.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0108418-77.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado ROSANGELA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U. Declara voto o revisor, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.433)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO E CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 4 de julho de 2013

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

**Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. SAQUES INDEVIDOS EFETUADOS POR TERCEIRO FRAUDADOR. DANO MORAL CONFIGURADO. MONTANTE QUE COMPORTA REPARAÇÃO.**

**O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança legitimamente esperada pela autora é evidente. Trata-se de dano *in re ipsa*, sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso. O montante da reparação fixado na r. sentença (R\$15.000,00) mostra-se exacerbado, comportando redução para R\$5.000,00, à luz da razoabilidade. Apelação provida.**

## VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 148/166, que julgou procedente o pedido formulado na inicial dessa ação de reparação de danos que ROSÂNGELA DE SOUZA move em face de BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

Inconformado, o réu apela às fls. 169/176. Alega, em suma, que: (a) a autora não sofreu o propalado dano moral; e (b) subsidiariamente, o montante

da reparação deve ser reduzido. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

A autora ofertou contrarrazões (fls. 180/182).

É o relatório do essencial.

2. A autora narra na inicial que celebrou com o réu contratos de abertura de contas corrente e poupança. Ocorre que, por falha na prestação do serviço, terceiro desconhecido efetuou saques de suas contas no valor total de R\$6.057,53, o que a impediu de cumprir seus compromissos e quitar suas dívidas, culminando na inscrição de seu nome no rol dos inadimplentes. Aduz que, além do abalo de crédito e do dano moral, teve gastos com extração de certidões, perdas de dias de trabalho, transporte etc. Pede a condenação do réu à reparação do dano moral que alega ter sofrido (R\$60.000,00). Em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, requereu a exclusão de seu nome do rol dos devedores contumazes, o que restou indeferido (fl. 23).

Em contestação, o réu alega que a autora não demonstrou a irregularidade dos saques, pois apenas o titular do cartão magnético poderia realizá-los. No mais, impugna a existência e a extensão do dano.

O julgamento do feito dispensou a abertura da fase instrutória, e o nobre magistrado a quo, sob o argumento de que o réu não comprovou a liceidade dos saques, julgou procedente o pedido formulado na inicial, e condenou o réu a pagar à autora R\$15.000,00, a título de reparação do dano moral sofrido.

À minguia de manifestação de inconformismo em suas razões recursais, a responsabilidade do réu tornou-se tema indiscutível, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada material. Resta apurar apenas a existência e a extensão do apregoadado dano moral.

O abalo moral decorrente do defeito na prestação de serviço pela falta da segurança legitimamente esperada pela autora é evidente. Trata-se de dano in re ipsa, sendo despiciendo perquirir a respeito da prova do prejuízo moral, que decorre do próprio fato danoso.

O dever de reparar dispensa a demonstração objetiva do abalo psíquico sofrido. Exige-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa do réu. Em suma, a exigência de prova do dano moral, no caso concreto, se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. E tais sentimentos são inegáveis, uma vez que a autora, cuja boa-fé é presumida, teve subtraídos ativos financeiros de sua conta bancária, compareceu perante a autoridade policial para narrar o ocorrido, dispendeu idas e vindas à agência do réu para solução do problema (solução esta que não foi possível senão após bater às portas do Judiciário), e deixou de honrar os compromissos assumidos, não sendo possível considerar como sendo meros dissabores os transtornos por ela sofridos.

Enfim, o dano moral pode ser considerado a dor, a tristeza, que se impõe a terceiro, de forma que não tenha repercussão alguma no patrimônio.

O valor da reparação, porém, não é tarifado, e os critérios de fixação são propostos pela doutrina e jurisprudência. A propósito do tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça: “Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e a de compensar o sofrimento indevidamente imposto, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa” (AI nº 163.571/MG, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 9.2.99, DJU nº 35-E, de 23.21.99, p. 71). A condenação

ao pagamento de reparação do dano moral deve se atrelar a valor que inspire ao réu a tomada de providências no sentido de que o fato não volte a se repetir, sem que configure enriquecimento sem causa do autor.

Com base nesses critérios, o valor fixado na r. sentença (R\$15.000,00) mostra-se exacerbado, porque a reparação do dano moral deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, não deve ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva (RT 742/320; RJTJESP 137/187; JTJ-LEX 174/49). À luz da razoabilidade, aquele montante comporta redução para R\$5.000,00, valor que bem atende aos anseios reparatório e punitivo, e ao caráter profilático e pedagógico.

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de reduzir o montante da reparação do dano moral de R\$15.000,00 para R\$5.000,00.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

#### **(Voto nº 14529)**

Ouso divergir da eminente relatora para dar provimento ao recurso em maior extensão.

O exame dos autos revela que houve apenas a impugnação de saques feitos por meio eletrônico em conta de poupança e em conta corrente mantida pela autora na instituição financeira ré.

A autora, curiosamente não reclamou a reposição das quantias que foram sacadas de sua conta corrente e da caderneta de poupança, mas alega que estes saques lhe causaram dano moral na medida em que interferiram na solvência de

seus compromissos ordinários e celebrar negócios comerciais.

O MM. Juiz entendeu que bastam os saques para a caracterização do dano moral.

Mas o banco, embora de forma não enfática alegou a absoluta falta de prova para a caracterização do dano moral reclamado.

Com isto torna-se necessário o exame do quadro probatório e a conclusão é a de que ele é nenhum.

O Boletim de Ocorrência lavrado por iniciativa da autora se limita a apontar o fato dos saques. Nada mais.

Não fez prova de qualquer restrição comercial ou desabono.

Em se tratando de documento unilateralmente elaborado não pode ser admitido como prova cabal da alegação especialmente ante a circunstância de ter sido alegado na contestação que os saques por meio eletrônico dependem da posse do cartão magnético e do conhecimento da senha, fato não contrariado pela autora.

Acrescente-se que, curiosamente, houve o resgate do saldo integral do depósito de poupança ( R\$ 1.066,53 -fls.18/19) e o saque de R\$ 4.988,00 da conta corrente, deixando folga para um débito de R\$ 3,00 para cobrir mensalidade de seguro, e um saldo positivo de R\$ 1,27 – fls. 20/21.

E a pretensão de danos materiais (R\$ 465,00) para cobertura de despesas a título de perda de dia de trabalho e levantamento de dados junto aos dados de proteção ao crédito (fls.5) foi abandonada, tanto que se limitou a formular pedido de indenização por dano moral.

A autora se limitou a postular a indenização por dano moral na ordem de R\$ 60.000,00 sem maior justificação.

Não fez prova de qualquer restrição ou desabono consistente em negatificação em virtude desses saques.

E a ela incumbia, pelo menos, um início de prova da injuridicidade dos saques (art. 333, I do CPC).

Por estes motivos é que, pelo meu voto dá-se provimento ao recurso para reformar a r. sentença, julgando improcedente a ação com inversão da sucumbência, ressalvada a suspensão da exigibilidade dessas verbas em razão do disposto no artigo 12 da Lei 1060/50.

JOSÉ REYNALDO, Revisor

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0123136-60.2007.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BEL COOK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, é apelado THAIS VAZ DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 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 14.744)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), ALEXANDRE LAZZARINI E ARALDO TELLES.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

**Ementa: APELAÇÃO – FRANQUIA- RESCISÃO DE CONTRATO - Consignação no contrato de franquia do local da unidade franqueada - Franqueadora se incumbiu das tratativas do ponto comercial diretamente com a concessionária pública - Criação de expectativas à franqueada que não correspondiam à realidade - Inexistência no contrato de qualquer ressalva acerca da possibilidade de alteração do local da unidade franqueada - Diante do avençado, a franqueada não está obrigada a aceitar outro ponto indicado pela franqueadora - Procedência dos pedidos de rescisão contratual e devolução de valores pagos pela franqueada à franqueadora - R. sentença mantida - Recurso não provido.**

### VOTO

Trata-se de recurso de **apelação** interposto pela ré em face do teor da r. sentença de fls. 228/232, que, afastando a pretensão indenizatória,  julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, declarando rescindido o contrato de franquia celebrado pelas partes e determinando a restituição dos valores pagos pela autora (franqueada).

Em suas razões, a ré (franqueadora) sustenta, em síntese, que a instalação da unidade franqueada foi inviabilizada pela inércia da autora em relação à

escolha de novo local e ao fornecimento da documentação necessária. Aduz que não deve ser imposta a restituição de valores quando não houve culpa da franqueadora. Afirma que a franqueada deu causa ao inadimplemento contratual, perdurando o direito de exigir o pagamento de cada uma das obrigações avençadas. Alega que a indisponibilidade do local acordado não se deu por culpa da apelante. Por último, requer o provimento do recurso.

Guias de preparo juntadas às fls. 252/253.

Em contrarrazões recursais, a autora sustenta que “o fracasso do empreendimento se deu por total culpa da apelante, conforme fartamente provado, pois na verdade o Apelante lhe ofereceu um determinado ponto, pretendendo, no entanto entregar outro” (fls. 260). Requer, ao final, a manutenção da r. sentença recorrida.

Recurso regularmente processado e respondido.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença, ora recorrida.

Com o devido respeito às razões dispostas no recurso de apelação interposto pela ré, a r. sentença recorrida deve ser mantida na íntegra.

Nesse sentido, importante destacar que o Contrato de Franquia celebrado pelos litigantes (fls. 12/23) dispôs, sobre o local de instalação da unidade franqueada, que:

**“2.1. FRANQUEADO e FRANQUEADORA definiram, de comum acordo, que a Unidade estará localizada no Terminal CPTM Barra Funda (interno)”** (fls. 13).

Contudo, conforme depoimento de testemunha arrolada pela própria franqueadora/apelante (fls. 220/221), **“a concessionária cede o espaço a vários franqueadores e fica com ele aquele que lograr êxito em apresentar, dentro de um prazo que a concessionária estabelece, a apresentação de toda a documentação e validação dos cheques”**. Mais ainda, no caso em apreço, o espaço foi cedido a outro franqueador porque **“não houve a apresentação da documentação e validação dos cheques a tempo”**.

Desse modo, de rigor concluir que a franqueadora, ao consignar no contrato o local da franquia sem qualquer ressalva, bem como ao se incumbir das tratativas diretamente com a concessionária, criou expectativas à franqueada que não correspondiam à realidade.

De fato, nos termos avençados pelas partes litigantes infere-se a certeza do local da unidade franqueada, ainda mais diante da inexistência de qualquer ressalva acerca de eventual alteração do local consignado.

Todavia, inexistiu a certeza apresentada pela franqueadora em relação ao local de instalação da unidade, mesmo porque havia a dependência da cessão da

concessionária e a concorrência de outras franqueadoras.

A notificação enviada à franqueadora (fls. 25) demonstra a frustração da franqueada, estando consignado que: **“(...) passados mais de 90 (noventa) dias, a Franqueadora não cumpriu e não tomou nenhuma iniciativa para que o contrato fosse cumprido, CONSIDERO O CONTRATO RESCINDIDO, uma vez que, não obstante meus inúmeros telefones, que jamais eram retornados, e sempre ignorados, além de várias reuniões solicitadas, algumas realizadas e sempre com a mesma promessa, de que era preciso aguardar um contato da Franqueadora, que estava tudo certo, que o ponto da Barra Funda, o qual consta da CLÁUSULA 2 LOCALIZAÇÃO DA UNIDADE, estava dependendo somente da CPTM, alias foram feitas várias solicitações para que me mostrassem o contrato entre a Franqueadora e a CPTM, isto nunca foi feito, será que existe o contrato especifica este ponto!”**.

Na verdade, nos termos constantes do contrato de franquia (fls. 12/23), a franqueada não está obrigada a aceitar outro ponto indicado pela franqueadora, o que impõe, com o devido respeito, a devolução dos valores pagos.

Em caso análogo, importante destacar o seguinte precedente, que, “mutatis mutandis”, assim decidiu, a saber:

**“ORDINÁRIA - Contrato de franquia - Avença que não chegou a termo em virtude de dificuldades na locação de imóvel para sediar a loja franqueada - Franqueadora que assumira obrigação em contribuir na busca do imóvel - Desentendimentos comerciais - Fatos que, a despeito de indicarem descumprimento de obrigações, não configuram responsabilidade exclusiva de qualquer das partes - Restituição de valores - Necessidade - Pagamento realizado para quitação da loja que não foi instalada - Decisão mantida.”** Apelação nº 990.10.485375-3, 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Sebastião Alves Junqueira, j. 14/12/2010. (os grifos não constam do original)

Por oportuno, diante da ausência de instalação da unidade pelas razões acima especificadas, premente a devolução dos valores pagos pela franqueada à franqueadora, conforme precisamente destacado na r. sentença recorrida:

**“E, não havendo previsão contratual de retenção de valores, sequer estipulação de cláusula penal, quer em caso de desistência, quer em hipótese de inadimplemento, de rigor que as partes retornem ao “status” que tinham antes da negociação” (fls. 232)**

Desse modo, em conclusão, adotando os fundamentos da r. sentença recorrida e considerando que foi previsto expressamente no contrato de franquia o ponto da unidade franqueada; considerando que não houve qualquer ressalva no contrato de franquia em relação à possibilidade de alteração do

local da unidade franqueada; e, considerando que a franqueadora se incumbiu das tratativas com a concessionária pública atinentes ao mencionado ponto comercial, de rigor a manutenção na íntegra da r. sentença recorrida, que julgou parcialmente procedente a ação, declarando rescindindo o contrato de franquia e determinando a restituição dos valores pagos pela apelada.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0123702-08.2008.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante LOURDES BAEZA GORAYEB, são apelados AUTO POSTO VOTUPORANGA GORAYEB LTDA, NELSON GORAYEB, NANCY GORAYB FORNASIARI e TEREZA BRASILINA GARCIA GORAYB.

**ACORDAM**, em 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 8462)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

**Ementa: SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - APURAÇÃO DE HAVERES E DISSOLUÇÃO PARCIAL DA EMPRESA - CÔNJUGE QUE ADQUIRIU COTAS EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DE SEU CASAMENTO COM UM DOS SÓCIOS - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO A TORNA SÓCIA DE SOCIEDADE INTUITO PERSONAE CUJO ELEMENTO É O AFFECTIO SOCIETATIS - CARÊNCIA DA AÇÃO BEM DECRETADA - DIREITO DE PERCEPÇÃO DOS LUCROS E DIVIDENDOS DEVE SER PERSEGUIDA EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**

**MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.****VOTO**

Vistos.

Trata-se de ação de dissolução parcial de sociedade, ajuizada por Lourdes Baeza Gorayeb contra Auto Posto Votuporanga Gorayeb Ltda. e outros, que a respeitável sentença de fls. 148/152, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou a autora carecedora da ação e extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Irresignada apela autora sustentando que foi casada com o corréu Nelson Gorayeb, sob o regime de comunhão de bens e que ele era proprietário do Auto Posto Votuporanga Gorayeb em sociedade com suas irmãs. Afirma que, por ocasião da separação, passou a ser titular de metade das quotas pertencentes ao ex-marido e que não está recebendo sua parte sobre os lucros da empresa. Pugna pela procedência da ação para determinar a sua retirada da sociedade, com a apuração dos haveres e respectivo pagamento de sua quota parte.

O recurso foi recebido, preparado e respondido.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Conforme se infere do contrato social da empresa ré, cláusula décima sexta, a admissão de novos sócios depende da anuência de todos os demais (fls. 100), haja vista tratar-se de empresa constituída sob a forma de sociedade limitada, possuindo caráter contratual e *intuitu personae*, tendo como principal elemento o *affectio societatis*, ou seja, a vontade dos sócios para juntos desenvolverem um objeto social comum, circunstâncias que não estão presentes entre a autora e a sociedade empresária.

Pois bem, em que pese, por conta da dissolução do seu casamento com o corréu, a autora tenha se tornado titular de 50% dos direitos societários que ele detém na empresa Auto Posto Votuporanga e, por consequência, faça jus à participação nos lucros correspondentes à sua meação, tal circunstância não atinge a sociedade empresária, que não pode ser compelida a admitir um terceiro em seu quadro societário por força de relação jurídica alheia às atividades empresariais.

Com efeito, não se trata de perda do *affectio societatis* como sustenta a autora e justificaria o pedido de dissolução parcial da sociedade empresária, pois, conforme exposto, o elemento subjetivo entre ela e os demais sócios jamais existiu.

A apuração de haveres decorre do disposto no caput artigo 1.031 do

Código Civil o qual assim dispõe:

**“Art. 1.031.** *Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.”*

Conforme se depreende da leitura do dispositivo legal antes transcrito, o procedimento de apuração de haveres destina-se a dissolver parcialmente a sociedade empresária em relação a um ou mais sócios, de modo que não sendo a autora sócia, carece esta de legitimidade para requerer a apuração de haveres, sendo a extinção da ação sem resolução do mérito medida que se impunha.

Importa destacar ainda, que a sociedade empresária não detém legitimidade para responder à autora sobre eventuais direitos que ela detenha sobre a participação nos lucros e resultados na qualidade de meeira do corréu.

Nessa conformidade, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos supra.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0127361-21.2005.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MARCO AURELIO PINTAUDI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A ( SUCESSOR DO BANCO ABN AMRO REAL S/A, SUCESSOR DO BANCO SUDAMERIS BRASIL S/A).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso do autor e não conheceram o recurso do réu. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ E PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

IRINEU FAVA, Relator

**Ementa: Ação Revisional de financiamento imobiliário - Recurso tirado por ambas as partes - Deserção do recurso do réu por falta de preparo - Sistema Financeiro**

**da Habitação - Reajustamento das prestações com base no Plano de Comprometimento de Renda - PCR - Sentença que limita o reajustamento das prestações em 30% do salário do mutuário – Legalidade - Tabela Price - Não configuração de capitalização de juros - Legalidade reconhecida - Redução da taxa de juros remuneratórios - Impossibilidade - Contrato não atrelado a variação do salário mínimo - Pretendida cobertura do saldo residual pelo FCVS Contrato entabulado que não possui essa garantia Questão já decidida na Justiça Federal - Sentença mantida Recurso do autor desprovido e não conhecido do requerido.**

## VOTO

São recursos de apelação tirados contra sentença de fls. 865/872, proferida pelo MM. Juiz de Direito Luiz Fernando Pinto Arcuri, cujo relatório fica adotado, que julgou parcialmente procedente ação de revisão ajuizada por Marcos Aurélio Pintaudi.

Sustenta o autor, em síntese, que no caso deve ser afastada a aplicação da Tabela Price já que implica em capitalização de juros, devendo o contrato ser recalculado a juros simples. Prosseguindo, aduz que a cobrança da taxa de juros no percentual de 12% a.a se mostra elevada, pelo que deve ser aplicada a taxa efetiva

de 7,67% a.a., conforme demonstrado no laudo pericial.

Assevera que na primeira prestação comprometeu 11,14% do seu salário e diante disso todas as demais prestações devem obedecer ao mesmo percentual, não sendo admitido o comprometimento de até 30% do salário. Depois de alegar que o saldo residual deve ser coberto pelo FCVS, conclui pugnando pelo provimento do recurso (fls. 875/881).

Já o requerido, por seu turno, alega, em resumo que as prestações do financiamento eram fixas. Aduz que as obrigações emanadas do contrato gozam da mais perfeita litude, configurando verdadeira e legítima fonte do direito em nosso ordenamento. Conclui pleiteando a improcedência da ação (fls. 883/888).

Recursos tempestivos e respondidos (fls. 896/912 e 913/915), anotado que o requerido foi intimado a recolher a diferença de porte de remessa e retorno (fls. 919), quedando-se inerte (fls. 920).

O autor é beneficiário da assistência judiciária (fls. 291).

## É O RELATÓRIO.

O recurso do réu Banco Santander S/A não deve ser reconhecido por falta

de complementação das custas de preparo, em desatendimento ao despacho de fls. 919.

Como se sabe, o preparo constitui pressuposto de admissibilidade recursal, conforme artigo

511 do CPC, importando em deserção o seu descumprimento. Como a parte não efetuou a complementação devida do porte de remessa e retorno dos autos como determinado, tem-se

que o recurso é deserto, não podendo assim ser conhecido.

Já o recurso do autor, apesar da aparente relevância dos argumentos, não merece provimento.

Inferre-se dos autos que as partes firmaram Contrato Particular de Venda e Compra de Imóvel Residencial e de Mútuo, Com Pacto Adjeto de Primeira Hipoteca e Outras Avenças, cuja cópia se acha acostada a fls.17/29.

Visando a revisão do contrato sob argumento de existirem irregularidades, o autor ajuizou a presente ação que foi julgada parcialmente procedente pela decisão ora guerreada.

Ficou expressamente entabulado no contrato no item 7.4 (fls. 19) que o sistema de amortização se daria pela Tabela Price.

Contrariamente, ao que alegado pelo autor, nada de irregular há na utilização da Tabela Price, tendo em vista que na aplicação desse sistema não se vislumbra capitalização, eis que o valor das prestações, com os encargos, é calculado mês a mês com base no saldo devedor.

No caso a amortização é feita mediante a subtração do valor da prestação com os juros. Vale dizer, é amortizado exatamente aquilo que é pago, o que parece bastante razoável.

Assim é o precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis n. 4.380/64 e n. 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.”** (RESP 587639/SC, j. 22/06/2004, Rel. Min. Franciulli Netto).

Como se percebe a irrelevante discutir sobre a legalidade da capitalização.

Também não há como prevalecer a redução dos juros convencionais para 7,67% ao ano.

A taxa de juros contratada de 12% a.a. não contém nenhuma ilegalidade.

Note-se que as normas básicas aplicáveis à presente relação estão

estabelecidas pela Lei 4.380/64, e de acordo com a referida lei a taxa de juros é de 10% somente nos casos em que o financiamento obtido está sujeito à correção através do salário mínimo, o que não é o caso dos autos.

Saliente-se, por oportuno, que o requerido é uma instituição financeira regularmente constituída e integrante do Sistema Financeiro Nacional, sujeito a normatização da Lei 4595 de 1964. No Brasil não há tarifação da taxa de juros praticada pelas respectivas instituições financeiras, que assim cobram conforme variação desse respectivo mercado ou seguimento econômico.

Não há previsão legal que estabeleça limite na taxa de juros. Esta segue a lei do mercado, não só a nível nacional, mas a disponibilidade de dinheiro no mercado mundial.

Ademais, os juros contratados (12% a.a.) não são considerados abusivos e nem se afastam das taxas praticadas pelo mercado.

No que tange ao limite de comprometimento de renda, observa-se que inexistente qualquer recomendação ou determinação legal no sentido de que as prestações dos financiamentos, regidos pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação, sejam reajustadas com base no chamado Plano de Equivalência Salarial, também conhecido como PES/CP.

Convém ressaltar, por oportuno, que em determinado momento o autor confunde Plano de Comprometimento de Renda com o chamado Plano de Equivalência Salarial, quando afirma que a prestação subiu mais do que seus ganhos salariais. Em momento algum o contrato limita o reajuste à variação salarial do autor.

De acordo com o contrato, o reajustamento das prestações tem como base o denominado “Plano de Comprometimento de Renda” PCR (fls. 19, item 7.5).

O chamado “PCR” foi instituído pela Lei 8692/93, vigente à época da contratação. O artigo 2º e seus parágrafos dessa legislação limita o reajustamento a 30% da renda bruta do mutuário, sendo que o parágrafo 3º do artigo 2º da legislação citada, de forma clara e indubitável, estabelece que prevalece a limitação de 30% da renda bruta quando verificada a redução da renda do mutuário.

O item 10 do contrato (fls. 19), também não deixa dúvida de que o percentual máximo de comprometimento de renda bruta é de 30%.

Essa limitação se justifica exatamente para evitar que as prestações ao longo dos anos não se tornem maiores que o salário do mutuante e assim fique impossibilitado do cumprimento da obrigação. Frise-se que em nenhum momento ficou estipulado que o percentual comprometido na primeira prestação (11,14%) fosse aplicado a todas as demais prestações até o final do contrato.

Apesar da perícia ter constatado que existem prestações que extrapolaram o parâmetro de 30%, a sentença ora, guerreada já determinou o recálculo para

adequar ao percentual contratado, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade ou abusividade a ser reparada pelo recurso em tela.

Por fim, tem-se, que a questão referente ao saldo residual, já foi decidida pela Justiça Federal, que concluiu que o contrato entabulado entre as partes foi firmado sob as regras da carteira hipotecária e, portanto, não tem garantia de liquidação do saldo devedor pelo FCVC (fls. 208/209).

Na esteira desse entendimento tem-se que a sentença deu justa e adequada solução ao litígio, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso do autor e **NÃO SE CONHECE** o recurso do requerido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0144640-10.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EURICO FURTADO MESQUITA (ESPÓLIO) e LILIA PASINI JUDICE MESQUITA, são apelados GILBERTI GIL DE SOUZA e CONSTRUTORA DADO LTDA.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para anular a sentença. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.780)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente sem voto), ALEXANDRE LAZZARINI E PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 25 de julho de 2013

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

**Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATOS JURÍDICOS. Outorga de procuração à ré, pelo cônjuge falecido, com quem era casada pelo regime da separação obrigatória de bens, com poderes para alienar imóveis deste. Ajuizamento de ação pelo espólio objetivando o reconhecimento da nulidade da procuração e dos atos subsequentes. Extinção do feito sob o fundamento de ausência de legitimidade ativa para a causa. Inadmissibilidade. Legitimidade concorrente dos herdeiros e do espólio para o ajuizamento da ação. Espólio que nada mais é do que**

**o conjunto de herdeiros, com capacidade processual para pleitear em juízo Não faz sentido o ajuizamento de uma nova ação em nome individual dos herdeiros - Recurso provido, para que seja anulada a sentença e prossiga o feito em seus ulteriores atos.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 184/187 dos autos, que julgou extinta, sem resolução do mérito, a ação anulatória ajuizada pelo ESPÓLIO DE EURICO FURTADO MESQUITA em face de GILBERTI GIL DE SOUZA E CONSTRUTORA DADO LTDA.

Fê-lo a r. sentença para reconhecer a ilegitimidade ativa do espólio para pleitear a declaração de nulidade da procuração outorgada pelo falecido a sua segunda esposa. Entendeu o

D. Magistrado a quo que o interesse seria dos herdeiros do de cujus, visto que o espólio nada mais é que o conjunto de bens por ele deixados.

Apela o espólio, alegando, em síntese, que a procuração outorgada é nula em razão do fato de o falecido estar acometido do mal de Alzheimer por ocasião de sua outorga.

Afirma que a nulidade também advém da tentativa de fraudar a lei, já que com a procuração a ré vendeu imóvel de propriedade do de cujus e, com o produto da venda, comprou em nome próprio outro imóvel, objetivando burlar o regime jurídico cogente que regia o casamento desta e do falecido, qual seja, o da separação obrigatória de bens.

Por fim, assevera que a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado, sendo que, no caso presente, o maior interessado é o espólio, que terá dele subtraído o imóvel alienado pela ré com respaldo em procuração nula.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 221/232, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 239/254 e 256/263). É o relatório.

1. O recurso comporta provimento, para que seja anulada a sentença.

A matéria devolvida a este Tribunal circunscreve-se à legitimidade do espólio para pleitear o reconhecimento da nulidade da procuração outorgada pelo de cujus à ré e, conseqüentemente, do ato de alienação do imóvel pertencente ao falecido.

A questão da legitimidade ativa ad causam se encontra intimamente ligada à titularidade do direito material. A regra é que, na medida em que alguém afirme ser titular de determinado bem da vida, este é legitimado para a causa. Coisa diversa, contudo, é a legitimidade processual, que diz respeito a saber

quem pode estar em juízo para tutelar aquele mesmo bem. **(Cassio Scarpinella Bueno, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 2012, p. 409).**

É sabido que o espólio nada mais é do que a massa patrimonial deixada pelo autor da herança, uma universalidade de bens, a quem o Código de Processo Civil confere capacidade processual, ou judiciária, para ser parte formal no processo **(Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Inventários e Partilhas, 17ª. Edição LEUD, p. 32).**

Com efeito, o art. 12 do CPC atribui capacidade de ser parte a entes desprovidos de personalidade jurídica de direito material, como o condomínio, a massa falida e também o espólio, que será representado pelo inventariante.

Há, no caso presente, legitimidade concorrente entre os herdeiros e o espólio para o ajuizamento da ação. É indiferente que este ou aqueles, em nome próprio, ajuízem ação com o objetivo de defender a herança, já que os efeitos práticos da sentença serão rigorosamente os mesmos.

Claro que o espólio tem capacidade judiciária, para postular em juízo direitos materiais de titularidade da comunidade de herdeiros. Não me impressiona o argumento, utilizado na sentença, de que o espólio é também integrado pela viúva, ré nesta demanda.

Isso porque no plano jurídico formal, a massa patrimonial deixada pelo autor da herança denomina-se espólio e é representado pela inventariante, até que sobrevenha a partilha. Homologada a partilha no curso da demanda, óbvio que será o espólio substituído pelos herdeiros.

Diante disso, não parece adequada a solução a extinção da ação sem resolução do mérito e, em apreço aos princípios da celeridade e economia processual, é de rigor a anulação da sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Não faria o menor sentido manter a extinção do processo sem resolução de mérito, para que ato contínuo os herdeiros, em nome próprio ajuizassem ação idêntica e renovassem todos os atos processuais.

Não há como aplicar ao caso a regra do art. 515, parágrafo 3º. do Código de Processo Civil, e adentrar desde logo o mérito da demanda, uma vez que a causa não se encontra madura para receber julgamento, pois depende da produção de provas da incapacidade do falecido, na qualidade de outorgante da procuração.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para anular a sentença e afastar a extinção do processo sem resolução de mérito.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0163265-29.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAÚDE ABC SERVIÇOS MÉDICO HOSPITALARES LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado BANCO ITAÚ S/A.

**ACORDAM**, em 20ª 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 25205)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBELLO PINHO (Presidente sem voto), CORREIA LIMA E LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 1º de julho de 2013.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Assinatura Eletrônica

**Ementa: MONITÓRIA - Contrato bancário - Conta corrente - Extinção do crédito por novação, em razão da aprovação do plano em recuperação judicial da ré Inadmissibilidade - A novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005, como consequência da concessão da recuperação judicial à empresa-devedora, não tem a mesma natureza jurídica do instituto regrado pelo art. 360 do Código Civil - Novação prevista como efeito da aprovação do plano de recuperação judicial, no que diz respeito ao devedor em recuperação, tem natureza jurídica parecida, mas não idêntica à da novação regulada pelo Código Civil, que lhe atribui o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa recuperanda, ficando subordinada à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação (cumprimento que não se tem notícia aqui, ao menos quanto ao crédito objeto desta ação monitória) - Embargos ao mandado monitório rejeitados.**

**HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Ação monitória - Fixação em 15% sobre o valor da causa: 15% sobre R\$ 1.592.008,50 - Redução - Admissibilidade**

**- Apreciação equitativa do juiz - Fixação em R\$ 50.000,00 - Viabilidade.**

**Recurso provido em parte.**

## VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que rejeitou os embargos ao mandado monitório e constituiu de pleno direito o título executivo judicial. Sustenta a ré-apelante estar extinta a dívida, bem como a falta de interesse de agir do autor (em razão de superveniente aprovação do plano de recuperação judicial). Alega a ocorrência de novação, ante a habilitação do crédito, além de ser cabível a suspensão da ação. Entende ser excessiva a verba honorária arbitrada em 15% sobre o valor da causa.

Apelo tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. É ação monitória visando a cobrança de dívida fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, como se vê a fls. 15-26.

A ré alegou, em impugnação aos embargos ao mandado monitório, que obteve em 24-3-2009 o deferimento do pedido de recuperação judicial, quase dois anos após a contratação da abertura de crédito. E o plano de recuperação foi homologado em 5-10-2010 (cf. fl. 51).

Não é o caso de se reconhecer a extinção da obrigação por novação, não assistindo razão à recorrente.

O instituto da novação previsto na recuperação judicial, nos termos da disciplina que lhe foi dada pela Lei nº 11.101/2005, não extinguiu a dívida da apelante.

O revogado Decreto-lei nº 7.661/1945, no art. 148, estabelecia que “a concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso”.

Em tal regime, a concessão da concordata ao empresário ou sociedade empresária não implicava novação e, especialmente, não produzia qualquer efeito em relação à obrigação dos coobrigados, fiadores ou avalistas, que continuavam a responder perante o credor, nos termos originalmente contratados e de forma integral.

A recuperação judicial sucedeu a antiga concordata em nosso ordenamento positivo, sob o enfoque da Lei nº 11.101/2005.

Os dispositivos que tratam da novação e da responsabilidade dos coobrigados do devedor na recuperação judicial são os seguintes:

“Art. 49 Estão sujeitos à recuperação todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus

direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

“Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º desta Lei”.

“Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no “caput” deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

Tais dispositivos têm de ser interpretados em conjunto, a fim de se aferir se a novação aludida na Lei nº 11.101/2005 tem a mesma natureza jurídica da novação prevista nos arts. 360 e seguintes do Código Civil, bem como para se aquilatar sobre os efeitos da novação da Lei de Recuperações e Falência, em relação aos coobrigados, fiadores, avalistas e obrigados de regresso.

A novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005 (como consequência da concessão da recuperação judicial à empresa-devedora) não tem a mesma natureza jurídica do instituto regido pelo art. 360 do Código Civil (ou art. 999 e seguintes do CC/1916), que acarreta a extinção das dívidas novadas.

O art. 999 do CCC/1916 assim disciplinava o instituto: “Dá-se a novação:

Quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior.

Quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor.

Quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este”.

Tal enunciado foi mantido pelo disposto no art. 360 do CC/2002. Pertinente, pois, a doutrina sobre a legislação anterior:

“Novação é a conversão de uma obrigação em outra. “Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio” (D.46, 2, fr. I). É um modo de extinção do vínculo obrigatório, pela criação de outro, que absorve o primeiro.” (cf. Clóvis Bevilacqua, Direito das Obrigações, Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, 3ª edição, RJ, p. 133, comentário ao art. 999).

Caio Mário da Silva Pereira, em obra atualizada de acordo com o atual Código Civil, afirma:

“Os efeitos da novação aparecem como um consectário lógico de sua própria estrutura. Sua função precípua é extinguir automaticamente a obrigação antiga, libertando o devedor daquele vínculo. Daí constituir um acordo liberatório, muito embora não chegue a ser um contrato em sentido técnico. Matando a obrigação pelo surgimento de nova, logo de plano outras conseqüências advêm.

Em primeiro lugar, extingue os acessórios e as garantias da dívida (Código Civil de 2002, art. 364). O fiador, por exemplo, fica exonerado, a não ser que dê o seu consento (Código Civil de 2002, art. 366). Nem seria, na verdade, de boa dedução jurídica que prevalecessem os acessórios como tais, depois de premissa a obrigação principal. Admite-se, contudo, a derrogação convencional desses efeitos da novação, por não condizerem com a ordem pública, mas serem de interesse privado. A estipulação terá de receber a placitação de todos aqueles a quem possa opor-se, sob pena de não prevalecer e, uma vez realizada, aderirão à nova obrigação e passarão a garantias e acessórios dela. Vale, contudo, frisar que ao credor não aproveitará ressaltar a hipoteca, anticrese ou penhor que acompanhavam a obrigação novada, se os bens dados em garantia forem pertencentes a terceiro, a não ser que participe este da operação novatória ou expressamente outorgue a mesma garantia à obrigação nova. Em preceito resumido pode-se assentar que os privilégios e as garantias da obrigação primitiva podem subsistir na nova, mediante ajuste expresse; mas os que provenham de terceiros dependem da sua participação no ato novatório. A delegação pode ter efeito novatório quando se cumpre com a extinção da antiga obligatio (delegação perfeita). Caso contrário (delegação imperfeita) a obrigação subsiste, e não há novação.

Em síntese, o que ocorre aqui é uma aplicação da regra ‘accessorium sequitur principale’. Extinta a obrigação novada, com ela extinguem-se os seus acessórios e garantias.” (cf. Instituições de Direito Civil, atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes, Ed. Forense, RJ, 2005, v. II, p. 252-253).

A Lei nº 11.101/2005, ao contrário do que ocorria com o Decreto-lei nº 7.661/45, quando este regulava a concordata, estabelece expressamente que a concessão (aprovação) do plano de recuperação judicial acarreta a novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias.

Segundo estatui o art. 61 da Lei nº 11.101/2005, concedida a recuperação judicial, o devedor permanecerá em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem, até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. Outrossim, descumprida qualquer obrigação prevista no plano, haverá a convocação da recuperação em falência (art. 61, §1º, c.c. o art. 73). E, decretada a quebra, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos (§ 2º do artigo 61).

Diante de tal norma, a novação prevista na Lei nº 11.101/2005 acarreta a extinção da obrigação do devedor em recuperação, desde que ele cumpra com as obrigações previstas no plano no prazo de supervisão judicial, isto é, as que se vencerem até 2 (dois) anos a partir da concessão da recuperação. Ou seja: ela fica subordinada à condição resolutiva. Logo, descumprida qualquer obrigação prevista no plano (inadimplido o plano), a novação se resolve, com a conseqüente resolução da extinção da obrigação primitiva, surgindo uma obrigação nova, exatamente igual à anteriormente extinta, mas nova.

De se concluir, portanto, que a novação prevista como efeito da aprovação do plano de recuperação judicial, no que diz respeito ao devedor em recuperação, tem natureza jurídica parecida, mas não idêntica à da novação regulada pelo Código Civil, que lhe atribui o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa recuperanda, ficando subordinada à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação cumprimento que não se tem notícia aqui, ao menos quanto ao crédito objeto desta ação monitória.

De mais a mais, esta 20ª Câmara de Direito Privado reconheceu que, decorridos os 6 meses do deferimento da recuperação judicial da empresa, a execução contra ela movida retoma o seu curso, como se vê do acórdão proferido pelo Des. Francisco Giaquinto, no A. I. A. I. 7.384.688-7, entendimento que não se concilia com a idéia de ocorrência novação pela simples concessão daquele benefício:

“(…)

Preservado o entendimento da d. Juíza de Direito a quo, o recurso comporta provimento.

Com efeito, reza o artigo 6º, caput da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falências e de Recuperação de Empresas): ‘A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário’.

Contudo, a suspensão da execução se dá pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta dias), restabelecendo-se, automaticamente, após o decurso do referido prazo, o direito do credor de continuar com a ação ou execução, independente de pronunciamento judicial.

É o que dispõe o § 4º, do art. 6 da Lei 11.101/05: ‘Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial’.

Comentando o artigo mencionado retro, Manoel Justino Bezerra Filho leciona que: ‘Esta regra visa aproveitar os atos processuais já praticados nas ações e execuções em curso contra a empresa em recuperação. Com efeito, mostra-se mais interessante ao credor que se aproveitem os atos processuais já praticados nas ações e execuções individuais, em função do não recebimento nos autos da recuperação judicial no prazo estipulado de 180 dias. Na forma do caput do art. 6º, a suspensão se inicia com o deferimento do processamento da recuperação judicial, previsto no artigo 58. Dessa forma, concedida ou não a recuperação em 180 dias, todas as ações e execuções contra o devedor que pediu a recuperação voltarão a correr normalmente, pois o prazo máximo de suspensão é este ora estabelecido no § 4º do art. 6º. No entanto, se a recuperação já foi concedida na forma do art. 58, o crédito que a ela estiver submetido será pago nos próprios autos da recuperação, não havendo assim interesse no prosseguimento de ações ou execuções. O parágrafo entende que o credor tem o direito de receber o que lhe é devido. Entendeu a lei que, nesse caso, já estaria formado em favor do autor da ação o direito ao recebimento e que, portanto, diante do não recebimento dos créditos no prazo estipulado, a empresa em recuperação deve ser penalizada com a continuidade das referidas ações’ (in Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada, 4ª Edição. Ano 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 65/66).

Nessa esteira é a jurisprudência desta Corte:

**EXECUÇÃO - SUSPENSÃO - Recuperação Judicial - Decurso do prazo do art. 6º, § 4º da Lei nº 11.101/05, sem notícia de aprovação ou homologação do plano - Retomada do processo individual - Recurso Improvido. (Agravado de Instrumento nº 7.298.462-0, Comarca de Diadema, 22ª Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. Matheus Fontes, j. 18/03/2009).**

**RECUPERAÇÃO DE EMPRESA - Judicial - Efeitos - Suspensão de ações e execuções movidas contra o devedor, mas pelo prazo máximo e improrrogável de 180 dias - Aplicação do art. 6º, §4º da Lei nº 11.101/05 - Hipótese em que, transcorrido o prazo, restabeleceu-se o direito da agravada de iniciar a execução - Interesse processual da exequente reconhecido - Descabimento da pretensão da agravante, de habilitação do crédito da agravada no quadro geral de credores - Recurso não provido (Agravado de Instrumento nº 7.140.202-5, Comarca de Salto 12ª Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. José Reynaldo, j. 01.08.2007)**

No caso vertente denota-se que o pedido de processamento de recuperação judicial da ré foi deferido em 24-3-2009, portanto, de há muito transcorrido o prazo de 180 dias previsto na lei de recuperação judicial para suspensão das ações e execuções. Deste modo, a partir do transcurso do prazo de 180 dias não se justifica manter-se a suspensão da ação monitória em detrimento do credor que possui o direito de prosseguir com a ação.

Neste diapasão, era mesmo o caso de rejeição dos embargos ao mandado monitorio.

2.2. A ré foi condenada a pagar custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa (cf. fl. 164).

Nos casos em que não haja condenação, o § 4º do art. 20 do CPC determina apreciação eqüitativa do juiz, “atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior”, entre os quais, “o grau de zelo do profissional” e “a natureza e importância da causa”.

Ora, na presente ação, atribuiu-se à causa o valor de R\$ 1.592.008,50, sendo derrotada a ré mercê da alegação de extinção da dívida em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa devedora. O trabalho foi de pouca complexidade, de modo que a fixação da verba honorária em 15% sobre o valor da causa não é razoável.

“CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCLUSÃO DA LIDE. HONORÁRIOS. VALOR. EXAGERO NA

FIXAÇÃO. ACOLHIMENTO. I. O arbitramento da verba sucumbencial não escapa do controle do STJ, quando feito em dissonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. II. Situação em que os honorários merecem redução, em face da singeleza da tese jurídica de defesa” (cf. AgRg no REsp 513042/AL, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 24-5-2010).

Mas a eqüidade não autoriza se fixem em valor aviltante os honorários por sucumbência (cf. REsp. 18.647-RJ, rel. Humberto Gomes de Barros).

Sendo assim, ante o grau de zelo do profissional, o trabalho realizado, o tempo consumido para a realização do mister, o conteúdo econômico da causa (elevado), bem como a sua natureza jurídica (sem maior complexidade), melhor será arbitrar os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00, atualizados monetariamente pela tabela prática deste Tribunal a partir da data deste acórdão.

3. Deram parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0166582-35.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado L'OCCITANE DO BRASIL S/A, é apelado/apelante COMERCIAL MARTINS OLIVEIRA LTDA e Apelado ANTONIO CARLOS DIAS DE OLIVEIRA.

**ACORDAM**, em 8ª 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 25.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA E SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 3 de julho de 2013.

SALLES ROSSI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Decreto de parcial procedência - Causa de pedir descrita na inicial, a qual é responsável por definir a competência em grau de recurso para fins de partilha da atividade judicante entre as seções do Tribunal de Justiça (art. 100 do Regimento Interno), fundada na existência de pré-contrato de franquia firmado entre as partes, atribuída a inexecução à franqueadora, o que justificaria a reparação pretendida (art. 4º e parágrafo único, da Lei nº 8.955/94) - Matéria afeta à competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça, consoante o artigo 1º da Resolução nº 538, de 02 de fevereiro de 2.011, combinado com artigos 1º e 2º da Resolução nº 558, de 01 de dezembro de 2.011, ambas do Órgão Especial - Remessa dos autos ao órgão colegiado judicante competente - Recurso não conhecido.**

## VOTO

Cuidam-se de Apelações interpostas contra a respeitável sentença (fls. 393/408) proferida em autos de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, que a julgou parcialmente procedente, para condenar a ré no pagamento das importâncias de R\$ 15.000,00, R\$ 77.004,00 e R\$ 87.954,00, a título de reparação material, afastado o pleito de indenização por dano moral, imposta a sucumbência recíproca das partes.

Inconformada, apela a ré (fls. 454/468), sustentando não ter praticado qualquer ato ilícito, sendo previsível e provável que, ao final, o contrato de franquia não chegasse a ser concretizado. Argumenta que as tratativas entre as partes ficaram restritas à fase pré-contratual, havendo apenas a prestação de informações prévias, o que não gera o dever de indenizar reclamado pelos

apelados. Invoca a boa-fé presente na relação e que nunca deu certeza da formalização do contrato de franquia.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja julgada improcedente a ação.

A coautora Comercial Martins Oliveira Ltda., recorre adesivamente (fls. 482/488), sustentando que o valor da indenização por danos materiais deve ser majorado, conforme prova documental encartada aos autos, e que à parte ré deve competir o pagamento exclusivo dos encargos da sucumbência, por ter decaído de parte mínima da pretensão.

Os recursos foram regularmente recebidos e processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 493/501 e 544/552.

É o conciso relatório.

O recurso não merece ser, aqui, conhecido.

A matéria controvertida versa sobre a existência de pré-contrato de franquia firmado entre as partes, gerador de deveres e obrigações, daí decorrendo o pedido de indenização por danos materiais e morais imputando o descumprimento à parte ré das condições estabelecidas.

Frise-se que a petição inicial responsável por definir a competência em grau de recurso para fins de partilha da atividade judicante entre as seções do Tribunal de Justiça (art. 100 do Regimento Interno), bate-se pela existência do pré-contrato de franquia e a inexecução culposa pela franqueadora, o que ensejaria a reparação pretendida (art. 4º e parágrafo único da Lei nº 8.955/94).

Nesse sentido, tem decidido o Órgão Especial:

*“cuidando-se de competência a definir-se ratione materiae, a causa petendi deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, ainda que ‘o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que pudessem modificá-la.”* (Dúvida de Competência nº 47.020.0/4, rel. **DES. MARCO CÉSAR**; Dúvida de Competência nº 161.581-0/6-00, rel. designado **DES. PALMA BISSON**, j 23.04.08).

Nessa conformidade, consoante o artigo 1º da Resolução nº 538, de 02 de fevereiro de 2.011, combinado com artigos 1º e 2º da Resolução nº 558, de 01 de dezembro de 2.011, ambas do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ao cuidar da composição dos feitos, distribuiu atribuição preferencial da seguinte forma:

*“... Art. 1º - Criar a **‘Câmara Reservada de Direito Empresarial’**, integrada à Seção de Direito Privado, Subseção I, **com competência para as ações**, principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (artigos 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/76 (Sociedades Anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência*

*desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/96, e a franquia (Lei n. 8.955/94)...”*

*“...Art. 1º - Fica unificada a competência da Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial e da Câmara Reservada de Direito Empresarial, as quais passarão a designar-se, respectivamente, 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, formando, ambas, o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.*

*Art. 2º - Excluídos os feitos de natureza penal, **as duas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial terão competência para julgar os recursos e ações originárias relativos à 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 6.404/76 (Sociedades Anônimas), as que envolvam a propriedade industrial e a concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/96, e a franquia (Lei nº 8.955/94)...”** (grifos nossos).*

Nesse sentido, atribuindo a competência às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial quando a discussão envolve a existência de contrato de franquia, confirmam-se os seguintes julgados:

0232989-61.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento

**Relator(a):** Maria Lúcia Pizzotti

**Comarca:** São Paulo

**Órgão julgador:** 20ª Câmara de Direito Privado

**Data do julgamento:** 18/03/2013

**Data de registro:** 01/04/2013

**Outros números:** 2329896120128260000

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROVA PERICIAL HONORÁRIOS PROVISÓRIOS IMPUGNAÇÃO DO VALOR ÔNUS FINANCEIRO DA PROVA CONTRATO DE FRANQUIA Cuidando-se de recurso extraído de ação que envolve discussão sobre franquia, esta Câmara de Direito Privado não é competente para seu conhecimento e julgamento, devendo os autos ser remetidos para a Câmara de Direito Empresarial, nos termos da Resolução 538/2011. RECURSO NÃO CONHECIDO.

**Relator(a):** Ribeiro dos Santos

**Comarca:** São Paulo

**Órgão julgador:** Órgão Especial

**Data do julgamento:** 06/03/2013

**Data de registro:** 20/03/2013

**Outros números:** 02355661220128260000

**Ementa:** CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Conflito negativo - Ação de manutenção de posse com base em contrato de franquia empresarial firmado entre empresas privadas - Pretensão da demandante, com base nesse contrato de franquia, de manter-se em espaços destinados ao comércio dentro de Terminal Metropolitano - Empresa de economia mista sequer participante da ação - Conflito precedente - Competência da Seção de Direito Privado, mais especificamente, de umas das C. Câmaras Empresariais

À vista de tudo o quanto fora exposto, pelo meu voto, não conheço o recurso e determino a remessa dos autos para distribuição dentre as duas Colendas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0167946-42.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARTHUR CAPELHUCHNIK, é apelada CRISTINA ROBERTA NAHRA.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao apelo do réu. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.735)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 23 de julho de 2013

DONEGÁ MORANDINI, Presidente e Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DE CIRURGIÃO DENTISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.**

**I- Alegação da incapacidade civil da autora. Submissão a tratamento psiquiátrico, no entanto, que não induz, per si, à sua incapacidade. Demanda, ademais, calcada erro de tratamento odontológico, sendo irrelevante a eventual incapacidade civil da autora.**

**II- Alegação de sentença ultra petita e de violação**

do princípio da congruência. Valor postulado na inicial, principalmente a título de danos morais, que é meramente estimativo, não vinculado o Magistrado. Ausência de condenação além do pedido. Sentença, outrossim, calcada no erro de tratamento da paciente e não na forma de contratação do réu. Alegações rejeitadas.

III- Prova oral. Ausência de transcrição dos depoimentos gravados em CD. Pese a ausência da providência reclamada pelo art. 417, par.1º, do CPC, dispensável a análise da prova oral à vista da resolução da querela com lastro na prova documental existente nos autos, notadamente aquela de cunho técnico.

IV- Tratamento odontológico. Natureza estética. Resultado não obtido, conforme o Relatório Odontolegal do Instituto Médico Legal. Obrigação de resultado. Inobservância, na espécie, do dever acessório de informação por parte do réu (art. 422 do CC). Dever de indenizar reconhecido.

V- Dano material. Restituição daquilo que foi pago pelo tratamento, evitando-se enriquecimento sem causa por parte do réu. Incidência do disposto no art. 884 do CC. Devolução da quantia de R\$-7.000,00 (sete mil reais), corretamente estabelecida.

VI- Danos morais. Sentida frustração vivenciada pela autora pelo insucesso no resultado embelezador prometido. Sentimento inerente ao próprio inadimplemento, que é comum à média das pessoas, dispensando-se, em consequência, maiores comprovações a respeito. Lesão moral presente. Valor da reparação (R\$-51.000,00). Excesso reconhecido. Redução para a quantia de R\$-21.000,00, na diretriz traçada pelo art. 944 do CC e na orientação adotada por esta Câmara em casos parelhos.

VII- Sucumbência. Condenação em valor abaixo daquele postulado na petição inicial. Circunstância que, à luz da Súmula 326 do STJ, não implica em sucumbência recíproca. Verba honorária: fixação em 20% da condenação. Grau máximo reservado apenas à excepcionalidade, reduzindo-se a honorária para

**15% da condenação. Litigância de má-fé do réu: provimento, em parte, do recurso que denota que a insurgência não ostentava feição protelatória.**

**APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

1.- A r. sentença de fls. 139/143, de relatório adotado, condenou o réu ao pagamento da importância de R\$-7.000,00 (sete mil reais), a título de danos materiais, e R\$-51.000,00 (cinquenta e um mil reais), a título de danos morais, tudo com os acréscimos especificados às fls. 142v. e 143. Opostos embargos de declaração às fls. 153/154, foram eles rejeitados às fls. 155, à vista da natureza infringente.

Apela o réu. Alega que a autora está submetida a tratamento psiquiátrico e que a demanda é fruto dos transtornos por ela vivenciados; pretende, a respeito, a realização de perícia médica. Diz que a sentença é ultra petita e que violou o princípio da congruência. Insiste na improcedência da demanda e que nada se demonstrou sobre a presença de dano moral. Reclama do excesso que envolveu o arbitramento da indenização, bem como a fixação da verba honorária, que deve ser reduzida para 10% (fls. 160/174).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 215/217, com pleito de imposição da penalidade por litigância por má-fé ao réu (fls. 216).

### É o RELATÓRIO.

2- A eventual submissão da autora a tratamento de natureza psiquiátrica (fls. 162), per si, não a torna incapaz. Além disso, a querela está deitada em alegado erro perpetrado por cirurgião dentista, pouco importando a condição psíquica da paciente. Não é o caso, portanto, da realização da perícia reclamada às fls. 162.

A r. sentença de fls. 139/143, por outro lado, não padece dos vícios alegados. O valor postulado a título de danos morais, como é cediço, é meramente estimativo, não vinculando o Magistrado. Não há, neste particular, julgamento ultra petita. Tampouco o princípio da congruência foi violado: a condenação está assentada no tratamento inadequado dispensado à autora (fls. 141v.) e não, conforme se imaginou às fls.163, na forma em que o serviço foi contratado.

Dispensável, outrossim, a transcrição dos depoimentos colhidos em audiência (CD anexo ao feito). Pese o disposto no art. 417, par.1º, do CPC, que determina a providência na hipótese de recurso, o tema tratado nos autos encontra equacionamento apenas nas provas documentais produzidas, à vista da feição técnica da controvérsia, tornando prescindível o exame da prova oral, que sequer será considerada na apreciação do apelo intentado pelo réu.

Quanto ao mais, assiste parcial razão ao apelante.

Incontroverso, de saída, a contratação de tratamento odontológico entre as partes, que visava, conforme admitido na contestação, resultado estético” (fls. 57). Esse resultado, no entanto, não foi alcançado, conferindo-se, a propósito, a conclusão do isento Relatório Odontolegal, realizado pelo Instituto Médico Legal, às fls. 69: “...constatou-se tratamento protético, de caráter provisório e insatisfatório”. Nem se diga que o resultado esperado pelo tratamento não foi obtido pela conduta da própria autora que exigiu, em razão de compromisso social (fls. 57), a aceleração dos trabalhos, vez que cumpria ao apelante, no mínimo, a exibição do planejamento dos seus serviços, com o cronograma das fases. Sem a apresentação desse planejamento, remanesce a assertiva do insucesso do tratamento estético, não se exigindo que a paciente ficasse indefinidamente à espera do resultado prometido. Tampouco cabe invocar a condição pessoal da paciente, portadora de periodontite, a comprometer o tratamento estético contratado; nada indica que houve por parte do réu qualquer alerta à paciente a respeito, violando-se, sob esse prisma, o dever acessório de informação previsto no art. 422 do Código Civil: **“A boa-fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissis, em decorrência de um imperativo de eticidade”** (STJ, REsp 830.526, Min. Nancy Andrighi). Sobre a responsabilidade dos cirurgiões-dentistas, na doutrina de **ARNALDO RIZZARDO**, **“...domina a obrigação de resultado, com alto teor de fundo estético, comportando a indenização por dano material e moral sempre que deficientemente feito o trabalho, ou acarretar um processo demasiado doloroso desnecessariamente, por falta de aptidão ou competência funcional”** (Responsabilidade Civil, 3ª Edição, Editora Forense, p. 339). A obrigação, na espécie, era de resultado (estética embelezadora, fls. 57), que não foi alcançada (fls. 69); latente, dessa forma, a obrigação de reparar o dano por parte do autor: **“Na obrigação de resultado, se o profissional não atinge o fim a que se propõe, não terá cumprido sua obrigação. Ou alcança o resultado, ou terá que arcar com as consequências”** (MIGUEL KFOURI NETO, Responsabilidade Civil do Médico, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 214).

Se, como visto, o tratamento não alcançou o resultado esperado, o valor despendido pela paciente deve ser restituído (R\$-7.000,00), evitando-se, em decorrência, o enriquecimento sem causa por parte do apelante, que receberia por trabalho sem êxito. É a exata aplicação do disposto no art. 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Devida, também, a indenização por danos morais. Sentida a frustração

experimentada pela autora em razão do insucesso do tratamento odontológico realizado pelo réu, notadamente quando a expectativa embelezadora prometida não adveio. Esse sentimento é inerente ao próprio inadimplemento, comum à média das pessoas, dispensando-se maiores comprovações. O montante da indenização arbitrado pela r. sentença (R\$-51.000,00, fls. 142), no entanto, aflora excessivo, reclamando mitigação. A lesão, pelo que se extrai dos autos, ficou restrita ao episódio narrado na inicial (fls. 09), sem maiores desdobramentos, anotando-se, inclusive, a falta de comprovação dos danos estéticos postulados às fls. 12 que, em diversas vezes, foi incorporado à indenização por danos morais. Além disso, o valor de R\$-51.000,00 (fls. 142) extrapola aos parâmetros normalmente utilizados por esta Câmara em casos parelhos. Reduz-se, assim, a indenização por danos morais para a quantia de R\$-21.000,00 (vinte e um mil reais), na diretriz do disposto no art. 944 do Código Civil, obedecendo-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com atualização monetária desde o presente julgamento, mantida a incidência dos juros de mora desde a citação (fls. 142v.). Esse montante compõe o dano experimentado pela autora e, ao mesmo tempo, pune o réu para que não reincida na conduta. A condenação em valor inferior ao postulado na inicial, por seu lado, não importa em sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ); injustificável, no entanto, a fixação da honorária no grau máximo (20% da condenação, fls. 143), reservada apenas aos casos excepcionais, impondo-se o seu estabelecimento em 15% da condenação. Fica, portanto, quanto ao valor da indenização por danos morais e em relação à verba honorária, provido, em parte, o apelo do réu.

E o parcial provimento do recurso do réu denota que o apelo por ele intentado não teve objetivo protelatório. Afasta-se a penalidade pretendida pela autora às fls. 216.

ISTO POSTO, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0211412-57.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FORTENGE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., é apelado/apelante ALEXANDRE CRISTOVÃO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso da requerida e parcial provimento ao recurso do requerente, por V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.450)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES

ROSSI (Presidente) e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

CAETANO LAGRASTA, Relator

**Ementa: Ação cominatória c.c. indenização por danos morais e materiais. Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da obra. Impossibilidade de correção do saldo devedor. Culpa da compromitente-vendedora. Sentença parcialmente procedente. Correção que consiste em mera reposição do poder de compra da moeda. Juros incidentes a partir da expedição do Habite-se. Apelo da requerida provido. Validade da cláusula de tolerância de 180 dias. Precedentes. Atraso configurado, mesmo após a prorrogação. Incidência de multa. 1% sobre o valor do contrato. Princípio do equilíbrio contratual. Devida restituição de quantias pagas a título de despesas condominiais e de IPTU anteriores à entrega das chaves. Precedentes. Dano moral e material afastado. Atraso inferior a um mês. Não comprovada a propaganda enganosa. Eventual desvalorização que não permite redução do preço. Devida restituição de comissão de corretagem. Imposição ilegal e abusiva da construtora. Violação ao dever de informação. Devolução de forma simples, não em dobro. Improcedência da cautelar. Mantida a sucumbência recíproca. Apelo do requerente parcialmente provido.**

## VOTO

### Vistos.

Trata-se de ação cominatória c.c. indenização por danos morais e materiais movida por Alexandre Cristovão da Silva em face de Fortenge Construções e Empreendimentos Ltda.

A r. sentença de fls. 354/358, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação, confirmando a decisão da medida cautelar a fim de declarar inexigíveis os encargos moratórios após expirado o prazo de conclusão das obras. Deixou de determinar a devolução das verbas pagas a título de comissão de corretagem e a alteração da multa contratual pelo atraso, bem como de condenar à reparação de danos morais e materiais.

Irresignada apela a requerida (fls. 372/380), aduzindo que a correção monetária no período é devida, bem como a incidência de juros após a expedição do habite-se.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 381) e respondido (fls. 401/404).

Apela também o requerente (fls. 384/398), sustentando que a cláusula que estabelece a prorrogação da entrega em 180 dias é abusiva e inaplicável. Requer a incidência de multa pelo atraso computada à razão de 1% sobre o valor do contrato atualizado ao mês ou sobre os valores pagos, a teor de disposição contratual. Pleiteia a devolução das quantias pagas a título de impostos e despesas condominiais anteriores à entrega das chaves e da comissão de corretagem. Pede indenização por danos materiais equivalente aos aluguéis pagos enquanto perdurou o atraso, danos morais fixados em 50 salários mínimos, abatimento no preço em razão da desvalorização do imóvel e atribuição dos encargos de sucumbência somente à requerida.

Recurso tempestivo, isento de preparo (fls. 137) e respondido (fls. 412/425).

### **É o relatório.**

Atento à determinação do CNJ, tendo cumprido as metas programadas, inicio a apreciação dos processos originariamente distribuídos a este Relator e daqueles redistribuídos em virtude do Expediente n. 177/2011. Este processo veio distribuído por prevenção.

O recurso da requerida comporta provimento e o recurso do requerente comporta parcial provimento.

As partes firmaram compromisso de compra e venda de unidade imobiliária em 29/08/2007 (fls. 29/40), com previsão de entrega em 31/12/2007. A expedição do Habite-se ocorreu somente em 18/07/2008 (fls. 67)

A cláusula 5.8 estabelece um prazo incondicional de tolerância de 180 dias, mera liberalidade, que não se sujeita à ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Esta C. Câmara adota entendimento de que não é abusiva a previsão contratual de prorrogação de prazo. Aliás, tal previsão é praxe em contratos desta espécie, e sua existência não se mostra despida de razão, diante da possibilidade de imprevistos durante a realização das obras. Ou seja, o promitente comprador, ao planejar seu futuro, ainda que almeje o encerramento das obras no prazo previsto pelo contrato, deve levar em consideração a possibilidade de utilização, pela promitente vendedora, do prazo de tolerância.

Tampouco há falar em prorrogação unilateral do prazo, já que a cláusula da avença é clara e definiu um prazo certo (180 dias).

Nesse sentido, precedentes desta C. Câmara: *Apelação Cível nº 0166559-55.2011.8.26.0100, d.j. 06/02/2013; Apelação Cível nº 0036345-45.2011.8.26.0562, d.j. 10/04/2013; Apelação Cível nº 0075638-87.2010.8.26.0002, d.j. 10/04/2013; Apelação Cível nº 0019866-78.2011.8.26.0011, d.j. 17/10/2012; dentre outros.*

Assim, forçoso concluir que o vencimento se deu em 28/06/2008 e o atraso foi de 19 dias, eis que a contagem foi estipulada em dias, não em meses.

Assiste razão ao requerente no tocante à imposição de multa, visto que a previsão contratual estabelecendo sanção para os consumidores em caso de atraso no pagamento impõe sua aplicação também para o fornecedor que atrasa no cumprimento de sua obrigação, em obediência aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Assim, considerando que o prazo de entrega do imóvel ultrapassou o limite previsto contratualmente inclusive somado ao tempo de tolerância, é devida a indenização buscada pelo autor, não havendo que se falar em ausência dos requisitos da responsabilidade civil e ausência de previsão contratual, mesmo porque se trata de contrato de adesão.

A indenização deve ser fixada em 1% do valor atualizado do contrato, conquanto se trate de inadimplemento sobre a entrega total do imóvel, a teor dos precedentes desta C. Câmara (Apelação Cível nº 0005023-50.2012.8.26.0019, d.j. 08/05/2013; Apelação Cível nº 0023899-32.2011.8.26.0005, d.j. 13/03/2013, entre outros), a despeito de constar previsão contratual (cláusula 4.4, fls. 36) de que a multa, nesse mesmo patamar, seria calculada sobre os valores pagos. O termo inicial conta-se do vencimento do prazo estabelecido na cláusula de tolerância, considerada válida.

Por outro lado, assiste razão à requerida quanto à incidência de correção monetária sobre o saldo devedor em todo o período e juros a partir da expedição do “Habite-se”.

A controvérsia acerca do saldo se desdobra na possibilidade de incidência de juros e/ou correção monetária e seus termos. Quanto a esta, consagrado o entendimento de que se trata de mera reposição do poder de compra da moeda, este desgastado constantemente pela inflação.

Assim, reputa-se devida, eis que não representa acréscimo, trazendo o valor de ontem ao preço de hoje “(...) a correção monetária nada mais representa senão simples recomposição de valores. Isto é, através dela devolve-se o capital de ontem pelo valor de hoje, de modo exatamente igual. Diferentemente dos juros, que representam acréscimo ao capital (ao principal), correção monetária representa o próprio principal, o capital de ontem atualizado pelo valor de hoje.” (TJSP, Des. LUIZ AMBRA, Apel. Cível nº 380.138-4/7-00, 04/03/09); dentre outros precedentes desta C. Câmara, dos quais se destacam a Apelação

Cível nº 0005720-84.2009.8.26.0566, Rel. Des. SALLES ROSSI, d.j. 15/05/2013; Apelação Cível nº 0092063-30.2012.8.26.0000, Rel. Des. SALLES ROSSI, d.j. 01/08/2012; Apelação Cível nº 0017322-16.2011.8.26.0562, Rel. Des. HELIO FARIA, d.j. 09/05/2012.

Não há que se falar em congelamento do saldo devedor, eis que a correção é devida conforme fartamente demonstrado e os juros aplicáveis a partir do momento em que evidenciada a mora dos compromissários- adquirentes.

Indevida, porém, a indenização decorrente dos aluguéis de outro imóvel. O alegado dano material está compreendido no prazo prorrogado de entrega, de modo que é descabido.

Do mesmo modo, não se sustenta a tese de desvalorização do imóvel. A alegada diferença de metragem nas áreas comuns foi solucionada anteriormente à assinatura do compromisso pelo requerente. No mais, o laudo técnico apresentado indicou que a área adquirida e integrada à construção não oferece riscos ambientais, tanto que houve a expedição do “Habite-se”.

Eventual desvalorização de imóveis no decorrer do cumprimento do contrato não legitima o autor a pedir abatimento no preço, assim como eventual valorização não legitimaria a demandada a pleitear o aumento das parcelas.

Não se há de imputar responsabilidade a qualquer dos contratantes pelo percentual de valorização do imóvel, depois de convencionada sua venda. Nem haverão os compradores de reclamar restituição de parte do preço caso a valorização não atinja o esperado, tampouco haverá o vendedor de reclamar pagamento a maior, para a hipótese de o preço de mercado do imóvel elevar-se sobremaneira. Isso porque não restou demonstrada a disparidade entre o que foi contratado e o que foi entregue, em razão do caráter genérico das alegações nesse sentido.

Por outro lado, considera-se devida a restituição das quantias pagas a título de despesas condominiais e IPTU, em razão do posicionamento assentado de que só são devidas a partir da efetiva imissão na posse, sendo abusiva - e, portanto, nula de pleno direito - a disposição contratual que impõe tal ônus aos compromissários-compradores. Nesse sentido, o posicionamento desta C. Câmara e do E. Superior Tribunal de Justiça: “*Por outro lado, não tem o menor cabimento a dedução das quantias pagas pelo autor de despesas de condomínio e IPTUs pelo simples motivo de que em nenhum momento teve a posse do apartamento, para arcar com tais parcelas que implicam em necessária contraprestação do uso do imóvel comprado.*” (Apelação Cível nº 0065253-80.2010.8.26.0002, d.j. 10/04/2013); “*A efetiva*

*posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas*

*condominiais.*” (STJ Segunda Seção - EREsp 489647 / RJ Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO d.j. 25/11/2009).

Igualmente devida a restituição das despesas com corretagem. Não se ignora a possibilidade das partes pactuarem a quem compete o pagamento destas verbas, ao mesmo tempo em que não se desconhece que as incorporadoras constantemente impõem a cobrança ao consumidor, que se vê obrigado a usufruir um serviço a fim de que possa adquirir o bem imóvel. Tal prática é vedada em nosso ordenamento, ainda mais ao se considerar que o contrato firmado é de adesão e que em nenhum momento é esclarecida a destinação desta verba.

Nesse sentido, *“tornou-se usual nos dias atuais embora nitidamente abusiva a prática de empurrar para o comprador o pagamento de comissão de corretagem de imóvel a ser ainda construído, pelo valor total do negócio como se pronto já estivesse. Quer dizer, não só o comprador paga a comissão que deveria ser paga pelo vendedor este é que contratou a empresa corretora, para ele é que a empresa trabalha -, como igualmente paga sobre o todo, que ainda nem existe. Paga sobre o que efetivamente tenha desembolsado e, de quebra, sobre fumaça no que diz respeito ao restante. Tal prática como se disse é abusiva. Mas se o adquirente com ela não concordar, simplesmente a transação não será concretizada, assim o incorporador se livrando, desde logo, de pesado encargo. Forma nítida de coação indireta, convenha-se. Privilegiadíssima a situação do corretor, que ganha até sobre o que ainda nem existe. Não se nega que a obrigação do corretor não é de meio e sim de resultado. De modo que, tanto que concretizado o negócio, terá direito à paga respectiva. Contudo, de responsabilidade do vendedor.”* (Apelação Cível nº 0014153-42.2012.8.26.0576, Rel. Des. LUIZ AMBRA, d.j. 10/04/2013).

A imposição acaba por violar o disposto nos arts. 6º, II, III e IV, 39, I e IV e 46 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao dano moral, não se verifica a sua caracterização. SÉRGIO CAVALIERI FILHO (“Programa de Responsabilidade Civil”, Malheiros, 2ª ed., n.19.4) ensina que *“só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia 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 de nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos”*.

Isso porque, no caso concreto, ainda que tenha acarretado contratemplos,

não ultrapassou a fronteira daquilo que pode ser considerado mero inadimplemento contratual. Vale dizer, para casos como o dos autos, com lapso de atraso relativamente curto, seria necessária a descrição de excepcionalidade outra, além dos percalços inerentes à situação, para que se pudesse reconhecer abalo moral indenizável.

Por fim, diante do que ora se decide, resta mantida a sucumbência recíproca.

Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso da requerida e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do autor, nos termos ora alvitrados.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0331400-47.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VERA CECILIA MATTOS VIEIRA DE MORAES, é apelado EMPRESA FOLHA DA MANHA S A.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Mônica Filgueiras da Silva Galvão.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14653)** O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS E GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

**Ementa: Apelação - Indenização - Dano moral - Alegação de que a apelada veiculou, em jornal por ela editado, fatos que não eram verdadeiros, causando profundo constrangimento à apelante na medida em que foi associada a investigação da Polícia Federal conhecida como “Operação Anaconda” - Abuso no direito de informar - Inocorrência - Ausência de violação à intimidade da apelante - Apelada que se limitou a divulgar informações obtidas junto a suas fontes, com veiculação de dados obtidos junto à autoridade policial responsável pelas investigações - Fatos relatados pelo jornalista da apelada não**

**evidenciaram qualquer indício de alteração quanto à veracidade, mas apenas o exercício de seu dever de informação - Organograma que ilustra a reportagem somente reproduziu, de forma resumida, as informações contidas no corpo do texto, sem emitir qualquer juízo de valor - Apelante que teve o direito de resposta oportunizado através da publicação de carta de sua autoria no jornal editado pela apelada, em coluna denominada “Painel do Leitor” - Inexistência de dano moral indenizável - Sentença mantida - Recurso improvido.**

## VOTO

Cuida-se de ação de indenização por dano moral ajuizada por Vera Cecília Mattos Vieira de Moraes em face de Empresa Folha da Manhã S/A julgada improcedente pela r. sentença de fls. 348/371, cujo relatório se adota.

Inconformada, apela a autora, buscando a reforma do julgado. Sustenta, em síntese, que teve sua reputação atacada pela ré, que vinculou seu nome a esquema criminoso em publicação jornalística e em livro de autoria de jornalista de seu quadro profissional.

Alega que sua residência passou a ser vigiada pela Polícia Federal em decorrência de investigação que pairava exclusivamente sobre seu irmão, em período em que ele e seu filho menor de idade passaram a residir com a autora. Afirma que jamais foi investigada pela Polícia Federal e que a vinculação de seu nome a organização criminosa pela matéria jornalística publicada pela ré se deu de forma absurda e irresponsável, desprovida de qualquer fundamento fático. Aduz que era funcionária da Receita Federal à época da veiculação da matéria e que a ré publicou texto intitulado “Esquema tinha ramificação na Receita”, afirmando que a autora mantinha relações de amizade com sua ex-cunhada, também investigada na operação policial.

Sustenta a autora que sempre manteve conduta ilibada tanto em seu convívio social quanto profissional e ocupou relevantes cargos no Ministério da Fazenda, de modo que as publicações da ré lhe causaram abalo e profunda depressão, ensejando atendimentos psiquiátricos que até hoje perduram. Afirma que os eventos narrados tiveram grande repercussão no âmbito nacional e também no ambiente de trabalho da apelante, acabando por denegrir sua excelente reputação construída ao longo dos anos e obstando seu retorno à prática da advocacia para a qual a autora vinha se preparando à época dos fatos. Alega que os danos morais restaram bem delineados pelo depoimento das testemunhas, que narraram a repercussão das notícias dentro do âmbito profissional e social

da autora. Entende que as reportagens foram produzidas com base em meras suposições e invenções decorrentes de impressões dos jornalistas, na medida em que o relatório da Polícia Federal é sigiloso, e que o próprio autor dos textos e do livro “Juizes no banco dos réus”, em seu relato como informante na audiência de instrução e julgamento, afirmou que não havia qualquer investigação em relação à autora. Conclui que a presente demanda versa sobre a proteção à dignidade e honra do indivíduo, não havendo que se falar em tentativa de obstaculizar o livre, porém não irrestrito, direito de expressão (fls. 377/406).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 453/476).

É o relatório.

Versam os autos sobre pretensão indenizatória formulada pela apelante Vera Cecília Mattos Vieira de Moraes em face da apelada Empresa Folha da Manhã S/A, pleiteando a condenação desta ao pagamento de indenização a título de dano moral, bem como à publicação em destaque da sentença, sob pena de multa diária.

Narrou a apelante que abrigou em sua residência o irmão João Carlos da Rocha Mattos, então Juiz Federal da 3ª Região, e o filho dele, menor de idade, após a apreensão de bens e objetos variados do irmão e da prisão de sua cunhada Norma Regina Emílio, à época Auditora Fiscal da Receita Federal, em razão de operação policial que ficou conhecida como “Operação Anaconda”.

Diante de tais fatos, a apelada publicou na edição de 05 de dezembro de 2003, matéria assinada pelo jornalista Mário César Carvalho, contendo ilustração com foto de sua residência, informando que o imóvel teria sido utilizado pelo Juiz Rocha Mattos como esconderijo de provas documentais e computador cinco horas de sua prisão ocorrida no dia 07 de novembro de 2003.

Allegando que os fatos veiculados em jornal editado pela apelada não eram verdadeiros e que a publicação lhe causou profundo constrangimento, na medida em que vinculava a apelante e seu marido aos delitos investigados pela Polícia Federal, foi ajuizada a presente ação.

A r. sentença julgou improcedente a ação, concluindo que não houve contra a apelante, por conduta da apelada, difamação, injúria ou calúnia, e que as publicações não constituíram abuso do direito de informar, não havendo prova capaz de autorizar o reconhecimento de dano moral indenizável.

Em que pese a irresignação da apelante, merece mantida a r. sentença.

Inicialmente, cumpre analisar a ocorrência de falta de cautela atribuída à empresa apelada, e se o fato implica em violação ao direito de imagem capaz de causar constrangimentos de modo a autorizar a reparação pecuniária pretendida.

O entendimento desta Corte é no sentido de que “(...) o uso indevido da imagem enseja condenação por dano moral se verificada sua utilização de forma humilhante ou vexatória, capaz de causar constrangimentos, vergonha

*e sofrimento ao seu titular. O direito à inviolabilidade da vida privada e à imagem vem assegurado como garantia fundamental na Carta Magna (art. 5º, X, da CF). O direito protegido, no entanto, e entra em conflito com a norma prevista nos incisos IX e XIX do próprio art. 5º, e art. 220, § 1º da CF, que garantem a todos o acesso à informação, assim entendido “o direito de informar e de receber livremente informações, agora sobre fatos, acontecimentos, dados objetivamente apurados”. Pois bem, a tarefa de se conciliar a garantia de inviolabilidade da privacidade da imagem e do direito de informação, é árdua e reclama verificar, no caso em tela, se no exercício da atividade jornalística houve extrapolação dos limites de modo a expor a figura do apelante em situação constrangedora ou vexatória. A imagem serve como individualização da pessoa e é afirmada como direito indisponível, constitui o sinal, a forma da personalidade do indivíduo, e está “indissociavelmente relacionada a seu titular com idêntica força atrativa”. (Durval Amaral Santos Pace, “O Direito de Imagem e o Código Civil de 2002”, apud Propriedade Imaterial, org. Eliane Y. Abraão, São Paulo, ed. Senac, 2006, p. 249)” (Apelação Cível nº 413.161.4/5-00 São Vicente, 6ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Percival Nogueira, j. 17.09.2009)*

Todavia, em que pesem os argumentos da apelante, nenhum reparo merece a r. decisão do douto Juízo de 1º grau que entendeu pela total improcedência do feito.

Não se verifica, no caso em exame, a alegada violação à intimidade da apelante, uma vez que a matéria jornalística veiculada se deu dentro dos limites do exercício do direito de informar e noticiar.

Da análise do conjunto probatório coligido nos autos, verifica-se que a apelada se limitou a divulgar informações obtidas junto a suas fontes, com veiculação de dados obtidos junto à autoridade policial responsável pelas investigações, relatando o que por ela lhe foi repassado, de modo a exercer seu dever de informação.

Com efeito, limitou-se o jornalista da empresa apelada a informar que, de acordo com relatório elaborado por um agente policial, o investigado se dirigiu à casa de sua irmã, ora apelante, onde descarregou caixas contendo documentos e um microcomputador (fls. 35/36), não se percebendo aí nenhum indício de alteração quanto à veracidade dos fatos, mas apenas o exercício de seu direito de informar.

Da mesma maneira se apresenta a matéria acostada a fl. 38, que denuncia a ramificação da organização criminosa no âmbito da Receita Federal, apontando que a investigação da Polícia Federal havia atribuído ao investigado a conduta de ocultar seus pertences na casa da apelante antes de ser preso.

E conquanto o nome da apelada tenha constado do organograma que

ilustra a aludida reportagem, o texto contido no balão não emitiu qualquer juízo de valor, mas somente reproduziu, de forma resumida, as informações contidas no corpo do texto.

Assim, no que tange à proteção ao direito de personalidade, a honra e a imagem havidos pela Carta Magna em seu artigo 5º, inciso X, não se vislumbra tal agressão ocasionada pela apelada, sendo certo que somente a violação a tais direitos daria o direito a reparação de danos pretendida.

Vale dizer, não houve, por parte da empresa apelada, ofensa moral à honra e imagem da apelante, nem responsabilidade objetiva pela veiculação da matéria, não existindo afronta aos seus direitos de personalidade.

Nesse sentido tem entendido este egrégio Tribunal de Justiça:

*“DANO MORAL - Lei de imprensa - Descabimento, se a empresa jornalística limitou-se à divulgação de fatos que não eram inverídicos ou falsos - Notícia, outrossim, de interesse público, dada a necessidade modificações legais ou regulamentares para procedimento de concessão de licença médica - Fato jornalístico puro - Inexistência de ofensa à pessoa da autora - Ação improcedente - Recurso não provido”* (Apelação Cível nº. 57.675-4, 3ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Alfredo Migliore, j. 03.11.98).

Por outro lado, ressalte-se que o jornal editado pela apelada publicou carta de autoria da apelante em sua coluna denominada “Painel do Leitor”, no dia 27 de dezembro de 2003, de modo a oportunizar o direito de resposta dela (fl. 44).

Assim, não se vislumbrando abuso do direito de informar, que foi exercido dentro dos limites estabelecidos pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal, nenhum reparo, merece a r. sentença da lavra da digna juíza Daise Fajardo Nogueira Jacot, cujos fundamentos merecem aqui repetidos:

*“Ao que se colhe da documentação que instrui os autos e dos depoimentos supracitados, a ré, no exercício de sua atividade, efetivamente acompanhou as investigações levadas a efeito na época pela Polícia Federal em São Paulo na denominada “Operação Anaconda” e publicou reportagens a propósito, servindo-se de relatórios da própria Polícia Federal e também de material colhido durante esse acompanhamento. A própria autora confirma que seu irmão, o então Juiz Federal Rocha Mattos, e a esposa dele, Norma Cunha, Auditora da Receita Federal, foram presos em decorrência dessas investigações. A própria autora também admite expressamente na inicial que abrigou o irmão e o filho do casa, na época com doze (12) anos de idade, em sua residência, que estavam abalados psicologicamente em razão da prisão de Norma, mantendo o sobrinho sob sua guarda após a prisão do irmão, ocorrida no dia 07 de novembro de 2003. No auge das investigações e já nas vésperas da prisão, o irmão da autora, segundo noticiado, guardou na casa dela várias pastas de documentação e um computador, fato que provocou o interesse policial naquela*

*residência e nas pessoas que ocupavam, principalmente a autora pelo grau próximo de parentesco”*

(...)

*“Há no caso dos autos, que envolve tão-somente a autora e a ré, um aparente conflito entre direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, especialmente nos incisos IV, V, IX e X, do artigo 5º e no artigo 220. A Lei nº. 5.250/67, conhecida como “Lei de Imprensa”, assegura o direito de crítica, desde que ausente o ânimo de injuriar, caluniar ou difamar (v. artigo 27). Aliás, o direito de crítica é inerente à atividade jornalística e deve ser exercido de forma vigilante e construtiva, como recomendado por LAURO LIMBORÇO em “O Direito de Crítica e a Lei de Imprensa” (v. RT 606/454 e JTJ 182/81-83). Malgrado o padecimento da autora, o exame detido nos autos, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, não revela a ocorrência de abuso da informação e da crítica por parte da Empresa ré, seja nas matérias jornalísticas, seja no Livro publicado. Decorre daí a ausência de dano moral indenizável, resolvendo-se o aparente conflito entre os direitos e as garantias fundamentais assegurados a ambas as partes com a conclusão de que o Comentarista produziu a obra em questão nos limites de seus direitos Constitucionais” (fls. 364/367).*

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000011-92.2008.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante JOSE NORBERTO HILARIO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SANTA CASA DE MISERICORDIA DE JACAREI.

**ACORDAM**, em 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 23.107)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 18 de julho de 2013

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

**Ementa: Indenização por danos morais. Agravo retido não comporta provimento, pois o prontuário**

**médico já consta dos autos. Paciente que sofreu queda da maca em hospital. Inobservância do cuidado necessário em relação à enferma é notória. Irrelevante se a ‘causa mortis’ teve alguma influência com a queda em referência. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Ocorrido ocasionou a ampliação da dor da paciente, aumentando a aflição psicológica. Danos morais configurados, ante o sofrimento atroz da enferma e de seus entes queridos. Verba reparatória fixada em R\$40.000,00 apresenta-se compatível com as peculiaridades da demanda, tendo finalidade didática, além de afastar o enriquecimento sem causa. Correção monetária a contar do julgamento e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Apelo provido em parte.**

## VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de fls. 528/531, que julgou improcedente ação de indenização por danos morais envolvendo queda de paciente que se encontrava em maca de hospital, que posteriormente viera a óbito.

Inicialmente, o apelante reitera agravo retido, pois o prontuário médico não foi apresentado pela apelada, pleiteando, assim, a decretação da revelia, ante a inversão do ônus da prova. Em sequência fez referência sobre a utilização de macas, destacando que mesmo que a paciente não tivesse falecido por traumatismo craniano em decorrência da queda da maca, é fato incontroverso que ela caíra e teve lesão grave pela ausência de grades de proteção, o que ocasionara dores e piora do quadro de saúde. A seguir mencionou a *Teoria da perda de uma chance*, ressaltando que a responsabilidade da ré está configurada, haja vista que praticara ato ilícito que causara agravamento na condição de saúde da paciente que veio a falecer, o que dá suporte à indenização. Por último prequestionou textos legais, requerendo o provimento do apelo.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão do apelante, fls. 636/643.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma em parte.

Preliminarmente, quanto ao agravo retido, não se vislumbra suporte para o provimento, pois o prontuário médico da paciente se encontra em reprografia, conforme se verifica a fls. 40/131.

Destaque-se que o próprio polo ativo já tivera acesso à documentação em

referência, a qual inclusive foi juntada por ocasião da propositura da ação, sendo que no lugar que constava quarto estava preenchido como maca, fls. 41/42, e o caso já demonstrava que o médico era neurologista.

3. Quanto à matéria fática, no caso em exame a queda da paciente da maca é incontroversa, portanto, a inobservância do cuidado necessário em relação à enferma é notória, havendo descaso no que se refere à segurança da pessoa internada, logo, a *Teoria da perda de uma chance* deve ser aplicada à hipótese em testilha, porquanto não se sabe o desfecho em relação ao imponderável.

Oportuna a transcrição jurisprudencial:

*“É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdivido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.*

*Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.*

*Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007).*

*A doutrina da perda de uma chance tem lugar propício em caso de responsabilidade do advogado e do médico, ambas decorrentes de uma obrigação de meio (salvo no caso de cirurgia estética embelezadora), mas que, em razão de conduta desidiosa por parte do contratado, o contratante perde a oportunidade de ver satisfeito aquele anseio buscado pela avença.” (RESP nº 1.190.180/RS. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 16-11-2010 trecho do acórdão).*

Assim, é irrelevante se a *causa mortis* teve alguma influência com a queda em referência, já que o laudo necroscópico, fls. 498 vº, concluiu que a morte ocorrida fora em consequência de hemorragia subdural laminar fronto parietal direita, no entanto, existe ressalva da ausência de elementos para afirmar ou infirmar se a morte fora em decorrência do trauma ou do acidente vascular cerebral, além do que, não foram identificadas lesões de interesse médico legal, constando que a calota craniana se encontrava íntegra.

Desta forma, em decorrência da queda, a paciente veio a ter ampliação da dor, conseqüentemente, a aflição psicológica também se expandiu, fazendo

com a situação desfavorável aumentasse, tudo isso contribuindo para que a adversidade fosse majorada.

Com efeito, os danos morais estão configurados, ante o sofrimento atroz da enferma e de seus entes queridos, no caso o autor, o que dá suporte para a indenização correspondente.

Em caso análogo, assim decidiu este Egrégio Tribunal: *“Direito Processual Civil. Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Queda de paciente em maca. Negligência evidenciada. Responsabilidade das empresas que prestam serviços médicos que é inerente à atividade em que atuam. ‘Quantum’ alterado. Redução que se revela condizente com caso análogo julgado por esta Corte. Indenização reduzida para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Recursos parcialmente providos.”* (Apelação Cível n.º 9.168.882-88.2008.8.26.0000. Relator Luiz Antonio Costa. Sétima Câmara de Direito Privado. J. 04-04-2012).

4. A verba reparatória deve ser compatível com as peculiaridades da demanda, ressaltando-se que a *causa mortis* não ficou de forma efetiva vinculada à queda da pessoa internada, ao passo que o requerente é beneficiário de gratuidade de justiça, de acordo com a interlocutória de fls. 178, logo, devem ser levados em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destarte, está apta a sobressair a indenização fixada em R\$40.000,00, acrescida de correção monetária a contar do julgamento e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, não se aplicando a Súmula 54 do STJ no caso em exame, uma vez que ausente requisito determinante de que a morte teve alguma vinculação com a queda da enferma, devendo ser observado então o artigo 405 do Código Civil.

Deste modo, a indenização ora arbitrada se mostra condizente, pois afasta o enriquecimento sem causa em relação ao recorrente, bem como tem finalidade didática para que a recorrida não reitere no comportamento irregular.

A respeito do tema, este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes.”* (REsp n.º 1.139.997/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 15-02-2011).

*“A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima. Recurso especial parcialmente provido.”* (REsp n.º 521.434/TO. Relatora Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. J. 04-04-2006).

5. Em decorrência do desfecho da demanda, condena-se o polo passivo no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, montante que remunera adequadamente o titular da capacidade postulatória que representa o polo ativo.

6. Por último, no que tange ao prequestionamento, é interessante destacar que o julgador não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.

O STJ também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp n°s 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP). Isto porque a decisão deve conter fundamento jurídico e não necessariamente fundamentação legal.

7. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento em parte ao apelo.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n° 9000145-79.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OTORRINOLARINGOLOGIA E CIRURGIA CERVICO FACIAL (ABORL - CCF), é apelado/apelante MALU LOSSO RELAÇÕES PÚBLICAS E EVENTOS LTDA e Apelado PAULO AUGUSTO DE LIMA PONTES.

**ACORDAM**, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso da ré e deram provimento ao recurso da autora. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 33894t)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente) e LIGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

MELO COLOMBI, Relator

**Ementa: CONTRATO. ORGANIZAÇÃO DE EVENTO. PREPARAÇÃO DE CANDIDATURA**

**PARA SEDIAR EVENTO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. CONTRATO DE RISCO. JULGAMENTO “ULTRA PETITA”.**

**1. A autora requereu expressamente que houvesse apenas declaração de dever de reparar dano moral, sendo seu arbitramento perseguido a posteriori em ação própria. Configura, então, julgamento “ultra petita” o arbitramento desde logo da indenização. Sentença adequada aos limites da lide.**

**2. O risco do contrato da autora limitar-se-ia ao caso de insucesso da candidatura do país para sediar o evento. Todo o serviço prestado deve ser remunerado.**

**3. O negócio da autora consistia em organizar eventos e obter a candidatura do Brasil para sediá-lo. Gastos com a filiação da ré ao ICCA, na cidade do Cabo, na África do Sul, desbordam dos gastos ínsitos à sua atividade, devendo ser ressarcidos.**

**4. A autora, após três anos de trabalho e justa expectativa de que organizaria o evento, foi substituída por outra empresa para organização. Essa substituição causou danos à sua imagem no seu meio de atuação. Dever de reparar dano moral configurado.**

**5. Recurso da ré parcialmente provido e recurso da autora provido.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 645/649, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Malu Losso Relações Públicas e Eventos Ltda. contra Associação Brasileira de Otorrinolaringologia e Cirurgia Cervico Facial (Aborl ccf), para condenar a ré ao pagamento de R\$ 30.000,00 como contraprestação pelos serviços de captação prestados, bem como à importância de R\$ 200.000,00, a título de danos morais. Tendo em vista o reconhecimento da ilegitimidade passiva do réu Paulo Augusto de Lima Pontes, condenou a autora ao pagamento de ônus de sucumbência em relação a ele.

Inconformadas, apelam a autora e a ré condenada.

A Associação Brasileira de Otorrinolaringologia sustenta haver julgamento “extra e ultra petita”, pois concedeu à autora indenização por dano moral, pedido não realizado pela autora, que se limitou ao reconhecimento do

dano, para pedido posterior de indenização em feito próprio. Aduz inexistir dano moral; não caber pagamento de serviços de captação do evento; tratar-se de contrato de risco; haver inadimplemento contratual a justificar a escolha de outra empresa. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para improcedência do feito.

A autora, por seu turno, em recurso adesivo, pretende a total procedência do feito, para condenação da ré ao pagamento do valor de R\$ 51.930,30, relativo ao ressarcimento das despesas que teve com o trabalho de captação.

Recursos bem processados e respondidos. É o relatório.

Houve sentença de parcial procedência anterior (fls. 419/425), anulada pelo Desembargador Relator José Tarciso Beraldo, por cerceamento de defesa (465/468), para permitir às partes dilação probatória, especialmente oral, requerida pela ré (apelação nº 990.10.335015-4).

De se anotar que, apesar do acolhimento do recurso da ré para produção de oitiva de testemunhas, esta não se preocupou em produzir a prova oral, que se limitou aos depoimentos pessoais das partes e oitiva de cinco testemunhas arroladas pela autora.

A autora narrou ter sido contratada pela ré apelante para preparar a candidatura do país para sediar evento internacional de grandes proporções, que seria presidida pela ré. Para a candidatura do país, a ré precisaria filiar-se a uma entidade (ICCA-Internacional Congress and Convention Association), o que demandou gastos à autora para consecução dessa filiação, que se deu na cidade do Cabo, na África do Sul. Precisou elaborar estudos, demonstrando a viabilidade da cidade de São Paulo para sediar o evento; avaliação de viabilidade financeira do evento; interação com autoridades brasileiras; elaboração de projeto. A pré-candidatura foi acolhida, e a aprovação da candidatura deu-se no XVII congresso Mundial, realizado na cidade do Cairo, no Egito. Para apresentação da candidatura do Brasil no Egito, a autora teria desenvolvido todos os materiais necessários. O Brasil, ao final, venceu o certame para sediar o congresso mundial que ocorreu em 2009. Teriam sido três anos de trabalho da requerente, mas, ao final, a ré teria deflagrado um processo seletivo para a contratação de uma organizadora do evento, preterindo a autora, apesar de seus esforços.

Quanto aos danos morais, a autora foi explícita, em seu pedido, para que o juízo apenas os declarasse, deixando claro que **“reconhecidos os danos à ora requerente, quanto à obrigação de indenizar, estes pleitearão, em feito próprio, a efetivação do julgado”**(fls. 17). Prosseguiu pedindo expressamente os valores relativos aos danos materiais (R\$ 30.000,00 e R\$ 51.930,30), dando ao valor da causa exatamente a soma dessas quantias, e pleiteou que o juízo reconhecesse que a *requerente* **“sofreu danos, por aviltamento de imagem no**

*mercado a partir das atitudes dos ora requeridos, ao apresentarem seguidamente a ora requerente ao mercado como organizadora do Congresso Internacional e, depois, desautorizar a requerente, com o ato de confiar a terceiro o trabalho de organização e divulgação originalmente atribuído à requerente, naturalmente ressalvada a pretensão de posterior novo acionamento do Poder Judiciário, na busca da fixação do valor indenizatório e da indenização (fls. 18).*

Forçoso reconhecer, então, que o juízo não poderia, mesmo reconhecendo o dano moral, arbitrar qualquer valor. Afinal, a autora pleiteou expressamente que houvesse apenas a declaração de sua ocorrência, porque posteriormente buscaria o arbitramento da indenização. Com isso, evitou que o valor da causa fosse muito alto. Desse modo, reconhece-se a ocorrência de julgamento “ultra petita”, para adequar a sentença aos limites da lide, com afastamento da indenização por dano moral.

O dever de reparar (declaração de seu cabimento ou não) ainda será objeto de análise. Por ora, só se afasta o julgamento “ultra petita”.

No mais, a prestação de serviços de captação pela autora é incontroversa.

É certo que o contrato poderia ser considerado de risco para a autora no sentido de que, embora trabalhasse para conseguir que o Brasil sediasse o Congresso, em caso de o país não ser escolhido, não poder ela exigir a promessa de ser a organizadora do evento. Não se poderia considerar contrato de risco no sentido de ela sequer receber pelo trabalho realizado.

Nem mesmo se a autora desse causa, como alegou a ré, à escolha de outra empresa para organizar o evento, poderia deixar de receber pelos trabalhos já realizados.

Como a ré não impugnou o valor exigido pela autora relativo aos custos da captação, deve ele prevalecer.

Quanto aos gastos despendidos pela autora para conseguir filiação da ré ao ICCA, também devem ser pagos à autora. Os riscos do negócio da autora limitam-se à elaboração de materiais para realização de seu trabalho. A ida a outros países para filiação da ré ao ICCA desbordou dos limites usuais de suas obrigações. E, como a ré também não impugnou os valores requeridos, eles são integralmente devidos.

De se analisar, então, se existe o dever de indenizar o dano moral (limitada à mera declaração da existência ou não desse dever).

Como bem salientou o juízo sentenciante, *“ao contrário do alegado pela requerida, houve sim de sua parte a promessa concreta de futura contratação da autora para organização do congresso almejado, conforme se pode observar do quanto expresso no documento de fls. 150/159 (Ata da Assembleia Geral Ordinária da ré), em cujo item 9 (fls. 153/154) constou a aceitação por unanimidade dos nomes sugeridos para composição da Comissão de Organização, como, aliás,*

*corroborado pela prova testemunhal (fls. 572/582), criando na autora legítima expectativa de ser contratada pela ré para organização do congresso.” (juiz Fabiano da Silva Moreno)*

A ré alegou que a autora se recusou a comparecer no evento do Egito, o mais importante, para prestar assessoria e assistência, e por isso não a manteve na organização do congresso no Brasil. Isso, porém, não poderia afastar a expectativa da autora na organização, porque ela teria desenvolvido e obtido para a ré todos os meios e modos para apresentação da candidatura do Brasil nesse país (fls. 5), fato não impugnado. E o simples fato de ela não ter comparecido pessoalmente não afetou a candidatura do Brasil, que acabou sendo vencedor, o que afasta a alegação de inadimplemento da autora e lesão à ré.

Não havendo, então, inadimplemento relevante por parte da autora, sua expectativa de organizar o evento foi frustrada.

Mas não só. Ao não organizar o evento, embora houvesse expectativa não só dela, mas de pessoas ligadas ao ramo e ao próprio evento, passou a ser mal vista no seu meio de atuação. Testemunha relatou que surgiram boatos de que a autora não estaria “bem das pernas” e que por isso teria sido substituída no último momento (testemunho de Maria Suely Cavalcante fls. 575/576, corroborado pelo depoimento de Áurea Maria da Franca, Robson Spadoni e Firmino Mauro Custódio fls. 572/574 e 578/581).

Assim, configurado o dano moral e o dever de reparar. O valor indenizatório, no entanto, de acordo com pedido da própria autora, será requerido em autos próprios.

Com o resultado ora preconizado, os ônus de sucumbência continuam a encargo da ré, mantidos honorários de 15% sobre o valor da condenação.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso da ré, para adequar a sentença aos limites da lide e, assim, afastar o arbitramento relativo a danos morais; e dá-se provimento ao recurso da autora, para condenar a ré ao pagamento do reembolso dos custos despendidos para filiação da ré junto ao ICCA. Correção monetária do desembolso; juros de mora a partir da citação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 9176127-87.2007.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante AMPRAFÉ - ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DA PRAIA DO FÉLIX, é apelado HELIA ZANATTA PAVELKIEVITZ (OU HELIA ZANATA) (JUSTIÇA GRATUITA), **ACORDAM**, em 19ª 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 20309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA E RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

**Ementa: MANUTENÇÃO DE POSSE. Acesso a loteamento particular. Hipótese em que a autora não postula proteção possessória, mas imposição à ré de obrigação de fazer consistente em desobstrução de via que dá acesso à praia. Inexistência de posse da autora. Servidão de passagem não configurada. Área que não é de domínio público, mas integra propriedade particular. Existência de alternativas de acesso à praia, algumas delas criadas pelo loteador à época da constituição do loteamento. Carência de ação reconhecida, ante a falta de interesse de agir na modalidade de adequação. Indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Preliminar acolhida. Sentença reformada. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 121/123 e 130/131, que, em ação de manutenção de posse, julgou procedente o pedido inicial.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a ação foi nominada de reintegração de posse, sendo, posteriormente, alterada para ação de manutenção de posse, mas a autora jamais exerceu a posse sobre a área litigiosa, não podendo o seu direito de ir e vir ser amparado pela via processual eleita, tanto é que a fungibilidade das ações possessórias está restrita aos casos elencados no artigo 920, do Código de Processo Civil. Pondera que houve perda do objeto desta ação, eis que a autora já deixou de exercer o comércio ambulante na praia há mais de um ano, aduzindo que não foi observado o disposto nos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil, ou seja, a comprovação de posse, turbação ou esbulho, bem assim a data da perda total ou parcial da posse, o que

evidência que a autora jamais foi possuidora. Salienta que o portão de acesso, cuja desobstrução é almejada, existe há mais de vinte e três anos, muito tempo antes do exercício da atividade comercial pela autora no local. Realça, por fim, que teve acesso a documento novo, emitido pelo Prefeito, que comprova que o acesso do Loteamento Aldeias do Cachoeiro do Sobrado, não consta na lista de logradouros públicos do Município.

O recurso é tempestivo, foi preparado e foi respondido.

### **É o relatório.**

Trata-se de ação de manutenção de posse que foi julgada procedente para o fim de condenar a ré no cumprimento de obrigação de fazer, consistente na desobstrução da via de acesso à praia do Félix, mediante a imediata remoção do seu portão, de molde a permitir o livre trânsito da autora pelo local, sob pena de multa diária de um mil reais.

No entanto, a preliminar de carência de ação, consubstanciada na falta de interesse de agir, sob a modalidade de adequação, resultante da opção feita pela autora por via procedimental inadequada, está a comporta guarida, prejudicada a análise do mérito recursal.

E isto porque, na hipótese vertente, a causa de pedir não se coaduna com o pleito de manutenção de posse, na forma preconizada pelos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o pedido deduzido pela autora não objetiva a concessão de proteção possessória, mas, de forma bem diversa, obrigação de fazer consubstanciada em permissão de passagem por loteamento particular, em cuja entrada foi instalada há muitos anos um portão que, alegadamente, impediria o livre acesso da autora à praia, obstando o exercício de sua atividade de vendedora ambulante credenciada pela municipalidade.

Todavia, não era a autora detentora de posse a ser protegida, sendo oportuno destacar, neste passo, que não se cuida aqui de servidão de passagem [ou, mesmo, de área de domínio público], mas de via de acesso a loteamento particular (propriedade privada), existindo alternativas para o acesso do público à praia, algumas delas até cedidas pelo loteador à época da instalação do loteamento.

Ao cuidar da ação de manutenção de posse, preleciona Pinto Ferreira que “esta ação é também denominada pela designação de ação de força turbativa, resultante da evolução histórica do interdito retinendae possessionis. A finalidade da ação é garantir sobretudo a posse de imóveis e a quase-posse das servidões. Tal ação só tem realmente cabimento se o possuidor for molestado em sua posse mas sem perdê-la, já que para o esbulho existe a ação de reintegração de posse.” (Posse, Ação Possessória e Usucapião, Editora Saraiva, 1980, página 105).

E porque não produziu a autora prova cabal de que exercia a posse sobre o bem litigioso, ou, mesmo, da existência de servidão no local, faz-se

inadmissível o acolhimento do pleito na forma aqui deduzida, pois, como assinalado, constitui requisito indispensável para o êxito da ação de manutenção a existência de prova inequívoca de que o postulante detinha a posse do bem e sofreu ameaça por ato do turbador, situação não verificada nestes e que não poderia acarretar a imposição à ré da obrigação de fazer em cotejo, nesta ação de cunho possessório.

Com efeito, está realmente evidenciada nestes autos a carência de ação, por falta de interesse de agir, na modalidade de adequação, valendo anotar que, ao tratar do assunto, ensina Luiz Guilherme Marinoni que “... segundo a doutrina, as condições da ação constituem requisitos para o julgamento do pedido do demandante e devem ser analisadas, a princípio, depois dos pressupostos processuais e antes do mérito da causa. Nosso Código de Processo Civil considera como condições da ação a legitimidade para agir (pertinência subjetiva, ativa e passiva, da ação, o interesse processual (necessidade e utilidade da tutela jurisdicional pedida pelo demandante) e a possibilidade jurídica do pedido (admissibilidade em abstrato, pelo ordenamento jurídico, do pedido do autor, art. 267, VI, CPC). O acolhimento de qualquer das condições da ação in status assertionis impede a apreciação do mérito da causa (algo neste sentido, STJ, 1ª Turma, RMS 19.923/MG, rel. Min. Teori Zavaschi, j. em 29.06.2006), DJ 03.08.2006, p. 202). (Código de Processo Civil, Comentado artigo por artigo, Editora Revista dos Tribunais, página 261).

Deveras, “... para a configuração do interesse processual, impõe-se a presença de utilidade do provimento, aferida pela necessidade da atividade jurisdicional e pela adequação do procedimento e do provimento desejados” (STJ, AGRESP 721358/CE, j. 19/04/2005. Rel. Min. Gilson Dipp), cumprindo realçar que “adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.” (A. C. de Araújo Cintra, A. Pellegrini Grinover e

C. Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 23ª edição, Malheiros Editores, 2007, pág. 275).

É que o interesse de agir, no direito processual brasileiro, está fundado na existência de uma relação de utilidade entre a lesão ao direito e o provimento invocado, consubstanciadas então a necessidade concreta do exercício da jurisdição, bem assim a adequação do pronunciamento judicial colimado e do procedimento eleito.

Logo, reconhecida a falta de interesse de agir da autora, na modalidade adequação, é de rigor indeferir a petição inicial, com fundamento no artigo 295, III, do Código de Processo Civil e, em consequência, julgar extinto o processo,

sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do mesmo codex, condenada a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados, por apreciação equitativa, em R\$ 1.500,00, observada a disposição contida no artigo 12, da Lei n. 1.060/50, prejudicado o exame das demais matérias arguidas no recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9236480-59.2008.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é apelante JOSÉ JOSIMAR MACEDO, são apelados ANTONIO ONOFRE PADRÃO, JOSÉ CARLOS PADRÃO e FRANCISCO CONSTANTINO PADRÃO.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIL COELHO E MARINO NETO.

São Paulo, 4 de julho de 2013

WALTER FONSECA, Relator

**Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTA PROMISSÓRIA - RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO, UMA VEZ QUE A CÁRTULA FOI ASSINADA EM BRANCO - REFORMA - O título cambial não é nulo pelo só fato de ser emitido em branco, para posterior preenchimento do credor, ressalvada a hipótese de preenchimento abusivo Caso em que os devedores reconhecem que o título foi preenchido na forma pactuada, o que o torna hábil a ser cobrado pela via executiva Extinção da execução afastada. Recurso provido, nessa parte.**

**EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTA PROMISSÓRIA - ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO,**

**NA MEDIDA EM QUE ENTRE O VENCIMENTO DA DÍVIDA E O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO TERIAM DECORRIDOS MAIS DE TRÊS ANOS - INOCORRÊNCIA - Se a nota promissória exequenda está atrelada a contrato de mútuo pessoal, onde ficou estabelecido que haveria renovação da cambial dada em garantia a cada três meses, não tendo ficado comprovado que o título teria sido preenchido tardiamente, conta-se a prescrição da data de seu vencimento Ação ajuizada dentro do prazo de três anos - Prescrição não ocorrida - Embargos improcedentes, nessa parte.**

**EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTA PROMISSÓRIA-VINCULAÇÃO À CONTRATO DE MÚTUA ENTRE PARTICULARES - ALEGAÇÃO DE COBRANÇA DE JUROS USURÁRIOS E DE PAGAMENTO PARCIAL - DESCABIMENTO Se o valor do título executivo é o mesmo do capital que os próprios devedores reconhecem ter tomado emprestado, e não há cobrança de juros superiores ao legalmente permitidos para particulares na inicial da execução, não há que se falar na prática de usura Caso em que a existência de cheques compensados em favor do credor, isoladamente, não comprova o pagamento parcial da dívida, à míngua de prova da imputação ao pagamento - Embargos improcedentes, nessa parte.**

## VOTO

Vistos...

Embargos à execução de título extrajudicial (nota promissória) julgados procedentes, para reconhecer a “invalidade do título” (sic), na medida em que a ficou comprovado, através de perícia técnica, que o preenchimento da cambial é posterior à sua subscrição, em ordem a indicar sua emissão em branco, extraindo a literalidade sobre a real data de emissão, para efeito de aferir eventual prescrição, e também sobre a idoneidade da própria obrigação, o que resulta em sua “invalidade” como título de crédito, senão como mera prova escrita sem força executiva (fls. 354/358).

Inconformado, o embargado interpôs apelação, suscitando a nulidade da r. sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, na medida

em que a juíza prolatora da sentença é distinta do magistrado que conduziu a fase instrutória do processo. No mérito, sustenta que a perícia realizada não é conclusiva, sendo que não poderia ter sido invertido os ônus da prova sem autorização legal, ofendendo a literalidade da nota promissória exequenda, que se mantém hígida em face do que ficou estabelecido entre as partes, sem prova de pagamento (fls. 360/392).

Tempestivo, preparado e respondido, o recurso está pronto para julgamento.

É o relatório.

Fica afastada a preliminar de nulidade de sentença, a pretexto de ofensa ao princípio da identidade física do magistrado, uma vez que a juíza prolatora da sentença não presidiu a instrução processual.

Isso porque, o princípio da identidade física do juiz, instituído no art. 132 do Código de Processo Civil não é absoluto, pois visa um julgamento mais justo por aquele que colheu as provas orais necessárias à compreensão dos fatos.

Como no caso presente não houve a produção de prova oral, até porque os devedores não negam o contrato do qual originou a emissão da cártula representativa da dívida, limitando-se a aduzir questões de direito, não há se falar em nulidade de sentença. Nesse sentido, confira-se:

*“PROCESSUAL CIVIL - JUIZ - VINCULAÇÃO - A vinculação do juiz tem, como pressuposto, haver colhida prova em audiência. Se nenhuma prova oral foi recolhida, não incide o princípio da identidade física do juiz.”* (STJ; REsp 70536/PE ; DJ 16/09/1996, p. 33800)

*“Rejeição de argüição de nulidades, por ausência de prejuízo. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.”* (STF; 1ª Turma; RE 65.815/GO; Rel. Min. Eloy da Rocha).

Além do mais, a legislação processual estabelece que não se aplica o princípio da identidade física do magistrado, quando este houver sido *“convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”* (CPC, art. 132).

Superada a questão preliminar, no mérito o recurso procede.

Os embargantes alegam, em suma, que a nota promissória exequenda é nula, na medida em teria sido assinada em branco, para garantir um contrato de mútuo onde houve a cobrança de juros usurários e ilegalmente capitalizados, e que foi preenchida posteriormente, de modo a verificar até mesmo a prescrição do título.

A MM. juíza sentenciante acolheu apenas a alegação de nulidade do título, reconhecendo o preenchimento posterior à assinatura do devedor e dos avalistas, o que subtrairia seus essenciais requisitos cambiais, e não poderia ser

executado judicialmente, mas apenas utilizado como prova para um eventual processo de conhecimento. Com esse reconhecimento, ficou prejudicada a análise de eventual prescrição, pois não haveria certeza da data de vencimento da obrigação.

Pois bem, já é de longa data que a jurisprudência admite a higidez das cártulas assinadas em branco pelo devedor, e posteriormente preenchidas pelo credor, o que constitui em outorga de poderes para que aquele regularize o título.

Assim, a nulidade do título preenchido posteriormente à subscrição somente seria admitida se o preenchimento por parte do credor for comprovadamente abusivo, pois nessa hipótese se configuraria o excesso de mandato.

Pois bem, os devedores admitem na inicial dos embargos, que o contrato existente entre as partes é de mútuo de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos), convertidos para a moeda pátria, perfazendo o montante de R\$ 100.000,00, pois celebrado logo no início do Plano Real, quando a paridade das moedas era de US\$ 1,00 para R\$ 1,00.

Em que pese a alegação da cobrança de juros superiores ao legalmente permitido em avença entre particulares, os devedores reconhecem que o capital mutuado foi mesmo de US\$ 100.000,00, de modo que não se poderia verificar abuso no preenchimento da cambial pelo valor do capital efetivamente emprestado, o que torna irrelevante que o contrato alegado vinculante da cambial tenha estabelecido a incidência da taxa de juros de 2% ao mês, o que não foi considerado pelo credor no momento do preenchimento do título.

Por outro lado, se o capital emprestado era de valor inferior, competia aos embargantes terem indicado e comprovado o real valor correto da dívida, o que não apresenta grande dificuldade probatória, na medida em que não se pode crer numa negociação dessa monta sem que houvesse um lastro bancário.

Da forma como agiram, os embargantes acabaram por impossibilitar a aferição da alegada prática de agiotagem, sem a qual deve ser reputado como regularmente preenchida a cártula.

Também é de se observar que o exame documentoscópico de fls. 150/155, não certifica de maneira inequívoca ter havido o preenchimento posterior da cártula, senão o mero indício disso, caracterizado pela impressão dos campos preenchidos à máquina por sobre as assinaturas do emitente e dos avalistas, e pelo desalinhamento do local e data da emissão em relação ao restante.

Esses fatos, por si só, também não implicam em qualquer abuso no preenchimento da cártula, especialmente para efeito da verificação de eventual ocorrência de prescrição executiva, pois o contrato alegado vinculante do título foi juntado pelos próprios devedores às fls. 34, e nele se estabeleceu no item 4.1, que a garantia cartular seria renovada a cada três meses.

Em outras palavras, a avença vinculadora do título já havia estabelecido

a renegociação a cada três meses, o que é razoável e não resulta em qualquer ilegalidade, sendo certo que se o título foi emitido para uma das renovações posteriores, não é possível se aferir a prescrição senão a contar da data de vencimento constante literalmente do título.

Conforme se infere de fls. 151, a data de vencimento do título foi em 19/10/1996, e a ação foi ajuizada em 13/05/1999, antes de transcorrido o triênio prescricional, que fica afastado.

Por fim, os embargantes alegam o pagamento parcial da dívida, e pretendem comprová-lo através da juntada de microfilmagens dos cheques de fls. 87/110, que teriam sido compensados para amortizar a obrigação.

Acerca disso, o credor embargado alega que aludidos cheques foram utilizados para o pagamento de outro empréstimo, cuja nota promissória representativa da dívida teria sido devolvida aos devedores.

Pois bem, se por um lado não é possível se concluir pela existência ou não de outros contratos entre as partes, o relevante é que a compensação de cheque, isoladamente, não comprova o pagamento de outra obrigação, ressalvada as hipóteses de imputação ao pagamento, que poderia ter sido feita por simples anotação no verso de cada cheque, revelando a que se tratava o pagamento; ou por notificação feita na pessoa do credor, com a menção do que se referiu o pagamento daquele cheque; ou ainda, respeitando-se os princípios cambiais, através da substituição da nota promissória exequenda por outra no valor amortizado.

Não se olvide que os cheques até podem ter sido compensados para amortização da dívida em causa, mas da forma como foi feito, sem menção que desse ao credor ciência inequívoca de sua imputação, acaba por se tornar impossível aferir o eventual pagamento parcial da dívida.

E também é de se observar, que os devedores se qualificam como empresários, o que denota conhecimento contábil e jurídico meridiano suficiente para proceder ao pagamento de suas dívidas formalmente, em ordem a receber inequívoca quitação do que houvera sido pago, e comprová-la quando fosse necessário.

Dessa forma, a dívida exequenda é devida integralmente.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso**, para reconhecer a higidez do título executivo extrajudicial, e **julgam-se improcedentes os embargos à execução**.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000460-33.2012.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante PAULO CESAR LUCENTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado EMBRASA EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO AMBIENTAL.

**ACORDAM**, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.049/2013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

**Ementa: RECURSO APELAÇÃO - BEM MÓVEL AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA - REPARAÇÃO DE DANOS. Transmissão de posse de veículo alienado fiduciariamente pelo devedor fiduciário a terceiro, mediante promessa de assunção da dívida relativa ao financiamento, sem ciência, porém, da instituição financeira credora. Inadimplemento contratual da requerida, que assumiu a dívida, configurada. Pretensões de resolução contratual e de reparação de danos acolhida, para que a requerida restitua a posse do bem ao requerente, caso ainda não apreendido pela instituição financeira, e arque com todos os débitos que recaíram sobre o veículo durante o período em que permaneceu em sua posse. Procedência em parte. Sentença reformada. Recurso de apelação provido em parte, com observação.**

## VOTO

*Vistos.*

*Cuida-se de ação de resolução contratual cumulada com reparação de danos e obrigação de fazer movida por **PAULO CÉSAR LUCENTE** contra **EMBRASA EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO AMBIENTAL**, sustentando o primeiro nomeado que, em 15 de fevereiro de 2009, sem comunicar a instituição financeira com quem havia firmado contrato de mútuo garantido*

*por pacto adjeto de alienação fiduciária, cuja garantia era determinado veículo automotor ( descrito à folha 02 da petição inicial ), transferiu a posse do bem à requerida, que se obrigou a saldar todas as 62 ( sessenta e duas ) parcelas mensais e sucessivas relativas ao financiamento junto à instituição financeira no tempo e modo oportuno, ademais de transferir a propriedade do veículo para o seu nome no prazo de 90 ( noventa ) dias, ou após a quitação da última parcela. Explica que a requerida inadimpliu o contrato, pois não regularizou a questão da propriedade e, também, não cumpriu com sua obrigação de pagar as parcelas contratuais relativas ao financiamento, fazendo com que se tornasse devedor junto à instituição financeira de R\$ 14.000,00 ( quatorze mil reais ). Alega ainda que a requerida deu causa à suspensão do seu direito de dirigir veículo automotor, na medida em que cometeu várias infrações de trânsito, mas deixou de quitar as multas e de indicar o condutor responsável pelas infrações às autoridades de trânsito. Destaca que, nesse contexto, dizendo- se extremamente prejudicado pela atitude da requerida por figurar como devedor junto à instituição financeira e, outrossim, por estar impedido de exercer sua profissão de taxista, pede a anulação do negócio jurídica por erro ou dolo, com a condenação da requerida ao pagamento de todos os débitos que recaíam sobre o veículo até a data em que recuperar a posse do bem, ademais de se impor à requerida o dever de transferir a propriedade do bem para o seu nome ( “sic” ).*

*A requerida, não localizada para responder aos termos da ação, foi citada por edital e foi- lhe nomeado Curador Especial.*

*A respeitável sentença de folhas 71 usque 76, cujo relatório se adota, julgou improcedente a demanda. Sucumbente, carreou ao requerente as despesas processuais, sem condenação de honorários por força da revelia da requerida.*

*Inconformado, recorre o requerente pretendendo a reforma do julgado ( folhas 78/86). Alega, em breve suma, que o negócio jurídico firmado com a parte adversa é nulo, porque eivado de dolo, na medida em que firmado pela requerida com a falsa promessa de que transferiria o veículo para o seu nome. Em decorrência, não deve ser responsabilizado pelos débitos de qualquer natureza que recaem sobre o veículo. Além disso, deve ser a recorrida obrigada a transferir a propriedade do bem para o seu próprio nome, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 ( cem reais ) por dia de incumprimento.*

*Recurso tempestivo, devidamente processado, sem contrarrazões ( certidão de folha 88 ), subiram os autos.*

### **Este é o relatório.**

*Narra o requerente que, em determinada data, firmou contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária com o BANCO ITAUCAR SOCIEDADE ANÔNIMA, cuja garantia fiduciária correspondeu a um veículo automotor da*

*Marca Chevrolet, Modelo Celta, Ano 2006/2007, Placas HFG-0832.*

*Assevera que, na ocasião, obrigou-se ao pagamento de 72 ( setenta e duas ) parcelas mensais e sucessivas no importe de R\$ 474,00 ( quatrocentos e setenta e quatro reais ) cada.*

*Afirma ter quitado 10 ( dez ) parcelas contratuais, até que, em, 15 de fevereiro de 2009, não conseguindo mais adimplir o contrato, cedeu sua posição contratual à requerida, que se obrigou a quitar os débitos junto à instituição financeira e a transferir a propriedade do bem para o seu nome em 90 ( noventa ) dias da assinatura do instrumento contratual, ou, então, logo após a quitação do contrato de mútuo.*

*Segue sua narrativa dizendo que além de a requerida não ter adimplido o contrato, praticou diversas infrações de trânsito, dando causa à suspensão de sua Carteira Nacional de Habilitação, o que lhe prejudica sobremaneira, pois está impedido de exercer sua atividade profissional de taxista.*

*Nesse compasso, dizendo-se enganado dolosamente pelos representantes legais da requerida, que teriam se aproveitado de seu baixo grau educacional, pede o reconhecimento de nulidade do negócio jurídico por dolo, e, ao mesmo tempo, a imposição de obrigação de fazer à requerida, para que transfira a propriedade do veículo para o seu próprio nome.*

*À evidência, os pedidos*

*formulados pelo requerente são contraditórios e*

*incompatíveis entre si, pois, ao mesmo tempo em que pede o*

*reconhecimento de nulidade do contrato por dolo ? ( “rectius” anulabilidade; Código Civil, artigo 145 ) ?, para que o bem lhe seja devolvido e a requerida seja condenada ao pagamento de todos os débitos que recaem sobre o veículo, pede, também, que a requerida seja obrigada a transferir a propriedade do bem para o seu próprio nome, providência além de incompatível com o outro pedido, impossível juridicamente, uma vez que o bem foi dado em garantia fiduciária à instituição financeira mencionada alhures.*

*E, foi por conta da deficiência da petição inicial, repetida nas demais peças, inclusive nas razões de recurso, que os pedidos foram julgados improcedentes; como se pode ver das razões da respeitável sentença atacada.*

*Pois bem!*

*Não obstante as falhas e imperfeições das peças processuais, dos fatos narrados na petição inicial ? inadimplência contratual da requerida ?, que delimitam objetivamente a demanda e servem para identificar a ação ( teoria da substanciação ), é possível se alterar a qualificação jurídica a eles empregada para acolher o pedido de resolução contratual formulado na petição inicial sob o nome de “rescisão contratual”, sem que isso, porém, implique em julgamento*

“*extra petita*”, à luz do princípio “*jura novit cùria*” ( Código de Processo Civil, artigos 128 e 460 ).

*De feito, extrai-se do instrumento contratual de folhas 16/17 que a requerida se obrigou para com o requerente a cumprir fielmente o contrato de mútuo que havia firmado com a mencionada instituição financeira.*

*Todavia, a requerida inadimpliu sua parte na obrigação ao deixar de quitar as 62 ( sessenta e duas ) parcelas mensais e sucessivas relativa ao contrato de financiamento ? questão incontroversa nos autos ( Código de Processo Civil, artigo 334, inciso II ).*

*Logo, havendo pedido de resolução contratual cumulado com perdas e danos, é caso de ser acolhido para determinar à requerida que restitua a posse do bem ao requerente ? caso ainda não apreendido pelo credor fiduciário ? e, outrossim, para que lhe reembolse as perdas e danos efetivamente suportadas, mediante comprovação de desembolso em regular fase de liquidação ( Código Civil, artigos 474 e 475 ).*

*A obrigação da requerida tocante às perdas e danos se refere a todos os prejuízos suportados pelo requerente durante o período em que o esteve despojado da posse do bem, ou seja, desde o momento em que o entregou à requerida até aquele que vier a recuperá-lo, abrangendo as quantias relativas às parcelas dos financiamentos e todos os tributos que recaiam sobre o bem, inclusive no que diz respeito a multas por infrações de trânsito.*

*O acolhimento do pedido, contudo, não tem o condão de exonerar o requerente das obrigações que assumiu diretamente e em seu próprio nome com a instituição financeira que lhe concedeu crédito para a aquisição do veículo, uma vez que o contrato de “Compra e Venda de Veículo Usado” firmado com a requerida, na verdade de assunção de posição contratual, como visto, não surte efeitos com relação a ela, sequer cientificada da negociação havida entre as partes ( “res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet” ).*

*Reconhecido que o requerente já não estava mais na posse do bem móvel desde 15 de fevereiro de 2009, quando firmou o malfadado negócio jurídico de “compra e venda” com a requerida, é caso de se determinar a expedição de ofício aos órgãos de trânsito que retirem de seu prontuário as pontuações por infrações de trânsito pertinentes ao veículo em questão, Chevrolet Celta Placas HFG0832, posteriores a essa data, quando já estava na posse da requerida.*

*O acolhimento da parte viável do pedido importa em sucumbência da requerida, que, assim, deve arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios em favor da patrona do requerente no importe de R\$ 500,00 ( Código de Processo Civil, artigo 20, parágrafo 4º ).*

***Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação,***

*com observação de que o ofício mencionado deve ser expedido a partir da publicação deste, nos moldes desta decisão.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000574-06.2011.8.26.0562, da Comarca de Peruíbe, em que são apelantes ANTONIO CARLOS AMBRUST e FERNANDO DIAS MOREIRA SOBRINHO, é apelado MARIA ELENA FABRIS PERUIBE ME.

**ACORDAM**, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente sem voto), LUIZ EURICO E CARLOS NUNES.

São Paulo, 15 de julho de 2013.

SÁ DUARTE, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Corretagem - Ação monitória - Cabimento quando fundada em prova escrita, ainda que não emanada do devedor, mas que goze de valor probante, revelando o conhecimento plausível da obrigação, conforme orientação jurisprudencial consolidada no Superior Tribunal de Justiça - Inteligência do artigo 1.102, do Código de Processo - Inexistência de prova do alegado pagamento - Alcance pelos corretores do resultado previsto no contrato de mediação incontroverso nos autos - A falta de inscrição do corretor no CRECI não obsta, por si, o direito de remuneração, conforme entendimento consolidado nas cortes superiores - Remuneração devida, a termo do disposto no artigo 725, do Código Civil - Embargos improcedentes - Cerceamento de defesa não reconhecido - Recurso provido.**

## VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de procedência dos

embargos em ação monitória, onde é exigido o pagamento de R\$ 15.000,00, a título de corretagem.

Inconformados, os autores inicialmente suscitam preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa decorrente do julgamento da lide no estado, ao argumento de que protestaram expressamente na inicial pela produção de prova oral, que foi indeferida sob o fundamento de que a prova requerida, por exclusiva, está limitada ao décuplo do salário mínimo vigente ao tempo do negócio discutido, anotando que o valor do negócio em questão não atinge, entretanto, o teto que dispõe a norma do artigo 227, do Código Civil, aplicada em primeiro grau. No tocante ao mérito, insistem na procedência da pretensão monitória, alegando que o juízo singular levou em consideração no julgamento apenas o contrato de compra e venda do ponto comercial, reconhecendo que ele nada dispõe sobre os fatos, olvidando, entretanto, que as provas tinham de ser sopesadas em conjunto, inclusive com a declaração da empresa WS UNION, atestando que de fato intermediaram o negócio. Referem que, ao contrário do que consta da sentença, o contrato de compra e venda, aliado à declaração do comprador de que houve a intermediação do negócio (fls. 25/26), é o bastante para demonstrar a obrigação da ré de pagar a comissão e para dar suporte ao ajuizamento da ação monitória. Destacam ainda que é irrelevante o fato de não serem credenciados no CRECI, pois o simples fato de haver comprovação da intermediação na venda do ponto comercial autoriza a cobrança do percentual praticado no mercado imobiliário. Colacionam precedentes desta Corte em abono de sua posição. Subsidiariamente, postulam a conversão da ação monitória em ação de cobrança, caso reconhecida a inadequação, em atenção aos princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade e da economia processual, remetendo-se os autos à instância de origem para regular processamento.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

De cerceamento de defesa não há se falar na espécie. A uma, porque a prova coligida nos autos é suficiente ao julgamento seguro da controvérsia. E, a duas, porque embora os apelantes tenham de fato protestado pela produção de prova oral, quando instados a especificar eventuais provas que pretendiam produzir, simplesmente manifestaram desinteresse na dilação probatória (fl. 64).

Logo, não podem agora vir alegar que tiveram sua defesa cerceada com o julgamento antecipado da lide, pois se isso ocorreu, foi por obra de que pediram.

O apelo, entretanto, comporta provimento.

Os apelantes alegam que intermediaram a venda de um ponto comercial da apelada. No entanto, o pagamento pela corretagem não foi realizado, razão pela qual propuseram esta ação monitória fundada na declaração da compradora de que a mediação existiu, bem assim no contrato de compra e venda do imóvel

(fls. 10/14 e 26).

Nos embargos, a apelada alegou que não há prova escrita da existência da obrigação exigida e que a falta de registro dos apelantes no CRECI impede a cobrança de crédito decorrente do exercício de profissão para a qual não estão devidamente habilitados. Em seguida, alegou que o serviço prestado pelos apelantes foi devidamente pago com os aparelhos de ar condicionado que guarneciam o imóvel negociado, inexistindo, portanto, crédito em favor deles.

A questão formal envolvendo a pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto diz com as condições da ação.

Dispõe o artigo 1.102.A, do Código de Processo Civil, que **“a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”**

Pois bem, a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o conceito de prova escrita a que alude este dispositivo revela que aquela Corte vem consolidando a orientação de que este documento, ainda que não emane do devedor, mas que goze de valor probante, revelando o conhecimento plausível da obrigação, é título hábil a viabilizar o processamento da ação monitória, conforme se infere dos arestos pioneiros abaixo transcritos:

**No contrato de abertura de crédito, os demonstrativos de débito, mesmo unilaterais, servem para o ajuizamento da ação monitória. (STJ - REsp 188375, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 16/08/1999)**

**Ação monitória. Assinatura do devedor. Prova. Precedentes da Corte. A Corte já decidiu que não é imprescindível a assinatura do devedor no documento que apóia a inicial nem, tampouco, é inviável a realização de prova nesse tipo de ação.**

**(STJ - REsp 218595, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 22/02/2000)**

**A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, nos termos do art. 1.102a, CPC, ao credor que possuir prova escrita do débito, grafada, documento sem força de título executivo mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade. Se guias de recolhimento de contribuição e a notificação ao devedor demonstram a presença da relação jurídica entre credor e devedor e denotam a existência do débito, mostram-se elas hábeis a instruir a ação monitória.**

**(STJ - REsp 245659, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO**

**TEIXEIRA, QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 28/03/2000)**

Nesse sentido: STJ - REsp 244491, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 10/04/2001).

Dentre os julgados mais recentes, oportuno destacar a judiciosa consideração feita no julgamento do REsp 1025377, no sentido de que *“uma das características marcantes da ação monitória é o baixo formalismo predominante na aceitação dos mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos. O que interessa, na monitória, é a possibilidade de formação da convicção do julgador a respeito de um crédito, e não a adequação formal da prova apresentada a um modelo pré-definido, modelo este muitas vezes adotado mais pela tradição judiciária do que por exigência legal”* (STJ - REsp 1025377, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, v.u., Data do Julgamento: 03/03/2009).

E mais recentemente, a Quarta Turma, igualmente por votação unânime, confirmando essa tendência, assentou que *“a prova hábil a instruir a ação monitória, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado. Destarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor.”* (STJ - REsp 925584, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, v.u., Data do Julgamento: 09/10/2012).

Diante de tão judiciosas considerações, incontornável a conclusão de que a declaração emitida pela empresa adquirente do ponto comercial objeto da mediação, dando conta de que os apelantes efetivamente intermediaram a venda, realizaram a aproximação entre as partes e providenciaram os atos necessários à conclusão do negócio (fl. 26), acompanhada do respectivo contrato de compra e venda (fls. 10/14), além da praxe comercial existente, autorizam a admissão da via monitória eleita, na forma do artigo 1.102, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, embora nos embargos a apelada tenha alegado que pagou o serviço de corretagem mediante dação de aparelhos de ar condicionado, disto não há prova nos autos, lembrando-se que a prova do pagamento se faz com a exibição do recibo respectivo.

Depois, os apelantes negaram preempitoriamente tenham recebido tais equipamentos, havendo documento escrito nos autos dando conta de que foram vendidos pela apelada juntamente com o ponto onde estavam instalados (fl. 10).

De resto, a desnecessidade da inscrição profissional para a cobrança da remuneração pelo corretor há muito já foi reconhecida pelo plenário da Suprema Corte (STF-Pleno, RE 70.563, Min. THOMPSON FLORES, j. 18.3.71)

Este também é o entendimento cristalizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de como é exemplo o seguinte aresto:

**A despeito de não inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis, o intermediador faz jus ao recebimento da comissão de corretagem.**

**(STJ 4ª T., REsp 87.918, Min. BARROS MONTEIRO, j. 20.2.01)**

No mesmo sentido: STJ-3ª T., AI 747.023-AgRg, Min. GOMES BARROS, j. 14.11.07); JTJ 317/92: AP 1.068.576-0/5.

Sendo incontroverso nos autos que os apelantes conseguiram o resultado previsto no contrato de mediação firmado com a apelada, e inexistente a prova do alegado pagamento, tem eles direito, portanto, à respectiva remuneração pela corretagem, a teor do disposto no artigo 725, do Código Civil.

Isto posto, voto pelo provimento do recurso para julgar improcedentes os embargos e declarar constituído o título executivo judicial em favor dos apelantes, na quantia de R\$ 15.000,00 (6% de R\$ 250.000,00), quantia essa que deverá ser corrigida pela tabela prática desta Corte a partir da propositura da ação, acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, mais as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da dívida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000637-52.2007.8.26.0374, da Comarca de Morro Agudo, em que é apelante OSVALDO LIMA RUCINATO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UNIBANCO AIG SEGUROS & PEVIDENCIA.

**ACORDAM**, em 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 6.624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), WALTER CESAR EXNER E EDGARD ROSA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

HUGO CREPALDI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA E INVALIDEZ PERMANENTE – DEVER DE PAGAR - Laudo pericial que, analisando a extensão da invalidez, classifica o periciando como incapaz permanentemente para suas funções habituais, já que rurícola impedido de exercer atividades que demandem esforço físico intenso Inconteste o dever da seguradora de indenizar seu segurado - Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **OSVALDO LIMA RUCINATO**, nos autos da Ação de Cobrança proposta contra **UNIBANCO AIG SEGUROS & PREVIDÊNCIA**, objetivando a reforma da r. sentença (fls. 187/188) proferida pelo MM. Juíza da Vara Única da Comarca de Morro Agudo, Dra. Roberta de Moraes Prado, que julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que não estaria o autor acometido de incapacidade total e permanente, condenando-o ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00, observadas as disposições da Lei nº 1.060/50.

Sustenta o apelante (fls. 194/202) que a sentença não pode ser mantida, uma vez que incontroverso ser ele portador de doença incapacitante de caráter total e definitivo, o que restou evidenciado pela prova pericial realizada.

Recebido o apelo nos seus regulares efeitos (fls. 203), as contrarrazões foram ofertadas às fls. 207/229.

### É o relatório.

Trata-se de Ação de Cobrança ajuizada pelo segurado, objetivando o recebimento da indenização prevista no contrato de seguro de vida e invalidez permanente firmado com a requerida, em razão da invalidez de que padeceu.

Narra que, em razão do surgimento dos problemas de saúde que lhe impossibilitaram continuar exercendo suas habituais funções, ingressou com a presente demanda, objetivando o recebimento da indenização securitária, já que, por conta de sua invalidez, não pode mais exercer sua profissão de cortador de cana.

A MM. Magistrada *a quo*, julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que não faria jus o demandante ao recebimento da indenização, já que, nos termos do laudo pericial realizado, estaria inválido parcial e

permanentemente, não se enquadrando, assim, na condição prevista na apólice contratada, que exigia invalidez total e permanente por doença.

Como bem pontuado pelo apelante, a decisão atacada não pode ser mantida, porquanto, com a devida vênia, não se caracteriza como a melhor solução ao presente caso.

Consoante se verifica, o laudo pericial (fls. 160/163) foi expresso ao concluir que, em razão da patologia que o acomete, o autor pode ser classificado como definitivamente incapaz, já que não apresenta qualquer possibilidade de cura, sendo considerado, no entanto, parcialmente inválido, já que “pode exercer atividades braçais mais leves ou outras de menor complexidade”.

Como se verifica, sua incapacidade o impossibilita de realizar atividades que acarretem “esforço físico intenso ou sobrecarga para a coluna vertebral”, as quais devem ser evitadas. Se o exercício da atividade de lavrador, mais especificamente “safrista de cana” - função predominantemente registrada em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social -, exige sobrecarga à região afetada, é óbvia a incapacidade do segurado de exercê-la, fato que exigiria do autor que buscasse atividade distinta daquela exercida, desígnio que, considerando-se suas condições de saúde e instrução, seria improvável o sucesso.

Desta feita, diante da evidente incapacidade total e permanente do segurado, inequívoco o dever da seguradora de indenizar, em consonância com a Jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“Seguro de vida em grupo. Incapacidade total e permanente. Ação julgada improcedente. Análise das condições pessoais do segurado e das circunstâncias da atividade laboral que ele exercia. Autor portador de cardiopatia grave. Condições pessoais e circunstâncias da atividade laboral que permitem concluir pela incapacidade total e permanente para a função de motorista. A invalidez necessária para determinar a indenização securitária por invalidez total e permanente é a que impede o trabalho, não havendo necessidade de o segurado ter tamanha incapacitação que viva vegetativamente. Possibilidades remotas de desempenho de atividades diversas, em face da idade e das implicações decorrentes da patologia que acomete o segurado. Sentença reformada. Recurso provido.” (TJSP, Apelação nº 0335615-32.2010.8.26.0000 Rel. Julio Vidal 28ª Câmara de Direito Privado d.j. 16.10.2012)

“Seguro de vida em grupo - Ação de cobrança - Improcedência Incapacidade total e permanente. Caracterização. Análise das condições pessoais do segurado e das circunstâncias da atividade laboral que ele exercia. Considera-se caracterizada a invalidez total e permanente se o segurado é portador de moléstia que impede o exercício laboral em atividades que exijam esforços físicos e trabalhava na função de mecânico de manutenção, em que se afigura evidente a necessidade de plena higidez física, tendo em vista as possibilidades remotas de

desempenho de atividades diversas, em face da idade e do grau de instrução, bem como das implicações decorrentes da patologia que o acomete, aspectos que tornam improvável sua recolocação profissional. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido.” (TJSP, Apelação nº 0040988-41.2009.8.26.0554 Rel. César Lacerda 28ª Câmara de Direito Privado d.j. 07.08.2012)

Seguro de vida e acidentes pessoais. Invalidez por doença. Ação de cobrança.

1. Prescrição. A ação de segurado contra seguradora expõe-se à prescrição anual (art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil de 2002 e Súmula 101/STJ), de modo que o termo inicial deve ser contado a partir da data em que o segurado teve ciência inequívoca de sua enfermidade, podendo ser considerado para tanto o relatório médico trazido pelo próprio autor, datado de 05/12/2005. Ação que não está prescrita, já que a ação indenizatória foi proposta em 12/07/2006.

Preliminar rejeitada.

2. Firmada a incapacidade laboral do segurado pelo laudo pericial, faz jus o contratante à indenização prevista.

3. Ademais, não restou comprovada a existência de má-fé do segurado, nem tampouco a alegada doença preexistente, cujo ônus incumbia à seguradora, a teor da regra do artigo 333, II do Código de Processo Civil.

4. Sucumbência recíproca. Procedência parcial da demanda que, no caso, acarreta a condenação de ambas as partes nos consectários perdimentais. Autor que sucumbiu em grau considerável que justifique a repartição em igualdade das custas, despesas e honorários.

5. Rejeitaram a preliminar de prescrição e negaram provimento aos recursos. (TJSP, Apelação nº 9076227-63.2009.8.26.0000 Rel. Vanderci Álvares 25ª Câmara de Direito Privado d.j. 18.07.2012)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial, condenando a seguradora ré ao pagamento da indenização por invalidez permanente e total por doença prevista na apólice, corrigida monetariamente desde o vencimento, de acordo com a Tabela Prática deste Tribunal, e acrescida de juros desde a citação; em razão da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0001671-28.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante CONCEIÇÃO APARECIDA DE PAULA TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA),

é apelado TELEFONICA BRASIL S/A,

**ACORDAM**, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente), MORAIS PUCCI E CLAUDIO HAMILTON. São Paulo, 3 de setembro de 2013.

GILBERTO LEME, Relator

**Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA CUMULADA COM PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PLANO DE EXPANSÃO DE TELEFONIA. AÇÕES DA TELESP. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE IMEDIATA. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação automática, mesmo nas relações de consumo.**

**Tem que haver um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa decidir para definir seu cabimento de ser deliberada a inversão de forma a facilitar a defesa do consumidor.**

**Sem um indício mínimo que seja das alegações da parte requerente, não é possível a aplicação da inversão do ônus da prova.**

**Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 76 que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação de indenização c.c. obrigação de fazer decorrente de contrato de participação acionária proveniente de compra e venda de telefone em plano de expansão da TELESP, condenando a vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, observando-se o art. 12 da lei n.º 1.060/50.

Recorre a autora para buscar a reforma integral da sentença. Afirma que ficou devidamente comprovada ser titular de terminal telefônico na área de prestação de serviços telefônicos da acionada, o que em princípio se afigura suficiente para a propositura da presente demanda, sendo ônus da concessionária

exibir os termos da contratação. Assevera que requereu exibição incidental dos documentos nos termos do art. 130 do CPC, a fim de ter dados para solucionar a lide. Invoca inversão dos ônus da prova (art. 6.º, inc. VIII, do CDC), a fim de que a ré exiba incidentalmente cópia do contrato de telefonia e demais registros acessórios e subscrição das ações indicadas na peça vestibular.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e com resposta.

É o relatório.

Narra a autora ser titular de linha telefônica adquirida em plano de expansão na época em que a Telesp Telecomunicações de São Paulo S/A, atual Telefônica Brasil S/A Vivo. Afirma que a ré ao emitir as ações fez uso de critérios e dispositivos administrativos diversos da legislação de regência vigente à época e em prejuízo dos consumidores, de tal forma que as ações somente foram emitidas muito tempo após. Com a privatização do sistema, não teria sido paga corretamente a referida participação acionária, fazendo jus a autora a indenização.

Requereu, como forma de instruir a ação, cópia do contrato havido à época pela assinante.

Indiscutível a aplicação do Código do Consumidor ao caso sub judice por tratar-se de relação de consumo, nos termos do art. 2.º e 3.º nele previstos.

Não se pode olvidar, contudo, que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I), ainda que seja aplicada a regra especial do inciso VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor.

Insta observar que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação automática, ficando a observância do dispositivo destinada à decisão do Juiz, segundo seu critério e sempre que se verifique a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Somente nas hipóteses do art. 38 do CDC (correção da informação ou comunicação publicitária) é que a inversão é automática.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR explica que “para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-se do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6.º, VIII, do CDC). Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou

da hipossuficiência da parte para prová-lo, sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, n.º 422-c, págs. 423/424, Forense, 2009)

Portanto, o que se verifica é que as regras do Código de Processo Civil não foram alteradas pelo Código do Consumidor, devendo ser observado o disposto no art. 333 do CPC, ainda que se trate de relação de consumo.

Quer dizer que o Código do Consumidor não pode ser aplicado a todas as situações indistintamente. A facilitação da defesa do consumidor deve ser entendida quando necessária e não de maneira simplista, de forma a implicar desequilíbrio na relação jurídica entre fornecedor e consumidor. A aplicação imediata do CDC exige a ocorrência de prejuízo real ao consumidor, prejuízo esse não hipotético, mas real.

Ademais, para que haja inversão dos ônus da prova se mostra necessário um início de prova das alegações, não presente no caso em tela, na medida em que inexistente nos autos qualquer comprovação de que realmente tenha a autora estabelecido contrato de participação financeira com a ré. O fato de ser detentora da linha telefônica não é início de prova, caso contrário, milhões de pessoas na mesma situação poderiam requerer igual pleito feito pela autora e sem qualquer direito.

Por outro lado, não cabe à ré fazer prova de fato negativo, ou seja, de que a autora realmente não celebrou o contrato que alega ter firmado. O simples extrato por ele fornecido com a pesquisa pelo nome e CPF da autora (fl. 47) já é mais que suficiente para a comprovação contrária das sustenções contidas na petição inicial. Mais que isso estaria impossibilitada de fazê-lo.

Assim, não tendo a autora se desincumbido de seu ônus de provar a mínima existência de seu direito (art. 333, inc. I, do CPC), de rigor a manutenção do decreto de improcedência da ação.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002462-69.2009.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante PATRÍCIA MARIA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados LILIAN REGINA RODRIGUES e SANTANDER SEGUROS S/A.

**ACORDAM**, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso,

nos termos que constarão do acórdão. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.651)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ARMANDO TOLEDO E ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 3 de setembro de 2013.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

**Ementa: SEGURO DE VIDA. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÚVIDA SOBRE A QUALIDADE DE CREDOR. SEGURADO QUE NÃO CONSTITUIU BENEFICIÁRIO. SINISTRO OCORRIDO EM ÉPOCA POSTERIOR À SEPARAÇÃO DE FATO. DIREITO DA COMPANHEIRA QUE SE RECONHECE, EM DETRIMENTO DO CÔNJUGE. RECURSO PROVIDO. 1. O segurado não indicou beneficiário, o que ensejou a propositura da ação de consignação em pagamento por parte da seguradora, ante a fundada dúvida sobre a pessoa beneficiária. 2. Estabelecida a disputa entre o cônjuge e a companheira, conclui-se que esta faz jus ao levantamento. 3. A norma do artigo 792 do Código Civil deve ser interpretada no sentido de que se faz necessária a equiparação do companheiro ao cônjuge como beneficiário. A lei objetiva proteger a família e, no caso, já constituída a entidade familiar após a separação de fato, inegável é o direito da convivente ao recebimento do valor.**

## VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de consignação em pagamento proposta por SANTANDER SEGUROS S/A em face de LILIAN REGINA RODRIGUES e PATRÍCIA MARIA DE OLIVEIRA.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido e, assim, declarou extinta a obrigação da autora, correspondente à apólice 2230, em nome de Miguel Ângelo Gomes, determinando que o pagamento da indenização seja efetuado à ré LILIAN REGINA RODRIGUES. Condenou a ré Patrícia ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios da autora, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a apela a ré Patrícia alegando a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi dada a oportunidade produzir prova oral, o que constitui ofensa ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Além disso, pleiteia seja reconhecido o seu direito ao levantamento do valor, pois efetivamente mantinha convivência com o segurado. A apelada estava separada de fato há mais de dois anos e sequer tomou conhecimento do acidente de trânsito em que ele se envolveu, nem compareceu ao hospital onde ficou internado por vários dias e ao velório.

Recurso tempestivo e bem processado, com oportuna resposta por parte da corrê. Há isenção de preparo.

### **É o relatório.**

2. O pleito de consignação em pagamento foi formulado diante da existência de dúvida quanto à pessoa beneficiária do seguro, considerando-se a inexistência de designação específica por parte do segurado e a notícia de que, embora ainda casado com a corrê Lilian, com quem litigava em processo de separação judicial, mantinha convivência com a ora apelante Patrícia.

A sentença partiu do pressuposto de que, tendo o sinistro ocorrido quando ainda pendente o casamento, tem incidência na hipótese a norma do artigo 792, “caput”, do Código Civil, que determina o pagamento de metade da indenização ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do segurado, segundo a ordem de vocação hereditária. Como o segurado não deixou filhos, foi reconhecido o direito de recebimento integral pelo cônjuge.

Inicialmente, impõe-se afastar a alegação de cerceamento de defesa, pois os elementos constantes dos autos são plenamente suficientes para o esclarecimento dos fatos, não comportando a necessidade de qualquer dilação.

A documentação trazida aos autos permite alcançar a conclusão de que o segurado chegou a propor ação cautelar de separação de corpos e, a seguir, de separação judicial, processos que foram extintos sem resolução do mérito.

E tempos depois, já durante a separação de fato, veio a se estabelecer a convivência entre ele e a apelante, que assim prevaleceu até a data do falecimento.

A apelante emitiu declaração. constante de documento público, no sentido de que passou a conviver com o segurado a partir de 1º de junho de 2005, situação que perdurou até a data do seu falecimento, ocorrido em 28 de janeiro de 2006 (fl. 27). Essa declaração acabou por ser confirmada por outros documentos, especialmente a sentença proferida em outro processo de ação consignação, em que se discutiu matéria assemelhada. Vale a observação de que o mesmo convencimento consta do acórdão que confirmou a sentença, proferido no julgamento da apelação nº 1.252.660-0/1 (28ª Câmara, Rel. Des. Celso Pimentel).

O segurado chegou a contratar outro seguro de vida e indicou a apelante

como beneficiária, ato que foi considerado válido e eficaz nesse julgamento. Essa iniciativa do segurado, aliás, constitui evidência segura da constituição da união estável.

Tem-se, portanto, a certeza quanto à ocorrência da separação de fato em janeiro de 2003 e a posterior constituição da união estável, que perdurou até a época do falecimento.

Fixada essa premissa, é preciso observar que a norma artigo 792 do Código Civil não se reporta ao companheiro e nem à separação de fato. Mas é certo, que admite a possibilidade de o companheiro vir a ser constituído beneficiário, desde que o segurado, ao fazê-lo, já se encontrasse separado de fato (CC, artigo 793).

A interpretação do artigo 792, portanto, não pode ser feita de modo a negar a proteção à união estável, até mesmo como forma de atender ao disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Assim sendo, deve-se equiparar o companheiro ao cônjuge para a finalidade de aplicação dessa norma, como forma de atender exatamente à finalidade que se buscou alcançar. A finalidade da previsão legal, no caso, é de beneficiar a família, e no caso, já estava configurada a entidade familiar no instante em que ocorreu o sinistro.

Nessa linha de pensamento é a lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

*“Omite-se, contudo, o artigo em pauta sobre a situação do separado de fato. Veja-se que tal não se deu nem mesmo quando se tratou da situação hereditária do cônjuge, cuja vocação sucessória se condicionou à não ocorrência, ao instante da morte, inclusive de separação de fato há mais de dois anos, a não ser que sem culpa do sobrevivente. Da mesma forma, no art. 1.642, V, do atual Código, quando se regrou a reivindicação de bem comum doado por cônjuge casado a seu concubino, ressaltou-se a separação de fato já existente, porém há mais de cinco anos. Pois também na hipótese do dispositivo em discussão, ao quês e entende, deve-se ressaltar a separação de fato. Observe-se que a instituição, por lei, de beneficiários subsidiários, atende a um imperativo de solidariedade familiar. É por isso que, além dos herdeiros, hoje o cônjuge é elencado como tal. Mas, se havida, comprovadamente, separação de fato, rompido está o laço de afetividade que constitui, atualmente, o conteúdo material do casamento. Não por outro motivo é que se permitiu, depois de dois anos dessa separação, o divórcio direto. Não se vê sentido, destarte, em destinar metade do capital segurado a quem, no instante da morte, já estava separado de fato do segurado, mesmo que então já lhe fosse dado estabelecer, como beneficiário, eventual companheiro (art. 793)”*.<sup>1</sup>

Segundo essa linha de interpretação da norma do artigo 792 do Código

1 “Código civil comentado”, coord Min. Cezar Peluso, art 792, p. 812, 4ª ed., Manole.

Civil, portanto, à falta de expressa indicação por parte do segurado, deve-se entender que a sua companheira faz jus ao recebimento do valor do seguro, pois se apresenta como a única beneficiária, porque integrante da entidade familiar constituída após a separação de fato.

Enfim, comporta acolhimento o inconformismo para a finalidade de se deferir à apelante o levantamento do depósito, atribuindo-se à apelada a responsabilidade pelos encargos de sucumbência já estabelecidos na sentença.

3. Ante o exposto, e nesses termos, dou provimento ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002598-66.2010.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante/apelado EDUARDO MORAES PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante SUPER MERCADO SÃO ROQUE LTDA.

**ACORDAM**, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso adesivo do réu, prejudicado o exame do apelo interposto pelo autor. VU.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.256)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 18 de julho de 2013.

ROCHA DE SOUZA, Relator

**Ementa: Bem móvel. Compra e venda. Produtos perecíveis. Consumidor que adquiriu pacotes de pães. Constatação de bolor nos produtos, após o consumo de alguns. Produtos que estavam dentro do prazo de validade e na posse do autor há 04 dias. Imputação de culpa à ré pelo evento. Impossibilidade. Prova dos fatos constitutivos do direito do autor. Inexistência de elementos de convicção sobre a culpa da ré. Fato do produto. Inaplicabilidade do artigo 12, do CDC. Necessidade de aferição de culpa, uma vez que dos fatos narrados não se conclui indubitavelmente pelo defeito no produto. Dano moral. Inexistência. Reparação indevida. Sentença reformada para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso do autor.**

## **Recurso adesivo do réu provido, prejudicado o exame do apelo do autor.**

### **VOTO**

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 112/116, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação e condenou o réu no pagamento do valor de R\$500,00, a título de indenização por danos morais, corrigido desde a publicação da decisão e acrescido de juros de mora desde 04.01.2010. Pela sucumbência foi o réu condenado no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Recorrem ambas as partes.

Argumenta o autor que a procedência da ação era medida de rigor mas o valor fixado para reparação moral se mostrou ínfimo, diante do documento juntado aos autos. Nesse sentido, argumenta que referido documento nada mais é do que o contrato social da empresa, no qual se percebe o aporte do capital social, merecendo justa indenização em percentual sobre esse valor entre 2 e 1. Discorre sobre o instituto da indenização por dano moral apontando doutrina e jurisprudência. Pugna, enfim, pela justa indenização.

De seu lado, adesivamente, o réu apela argumentando que não há prova nos autos sobre o estado de bolor dos produtos no momento da compra. Aponta, ainda, que consta nos autos que os produtos foram adquiridos em 31 de dezembro de 2009 mas consumidos em 04 de janeiro de 2010, não se sabendo como os produtos foram armazenados. Acrescenta, ainda, que não há no BO lavrado sobre o ocorrido a informação de que o autor teria tido dores abdominais após o consumo dos produtos, como o fez na petição inicial. Observa o exagero nas declarações de uma das testemunhas arroladas pelo autor, que foram além do que consta na petição inicial. Sobre as dores, lembra que não há prova sobre o nexo de causalidade com o respectivo consumo dos produtos.

Aduz que é dos autos que o autor participava de uma confraternização e não há provas de que ele consumiu apenas aqueles produtos. Colaciona jurisprudência sobre danos morais, argumentando sua inoportunidade. Pugna pela improcedência do pleito inicial.

Processados os apelos, os autos vieram ter a este Tribunal.

É o relatório.

A insurgência recursal do réu tem razão de ser, prejudicado o pleito do autor.

Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrente de contrato de venda e compra de produtos perecíveis.

Relata a inicial que o autor, em 31/12/09, comprou no supermercado réu 04 pacotes de pães de hambúrgueres de fabricação própria. Cada pacote continha 04 pães, sendo que três deles tinha data de validade para 07/01/10 e o outro para 08/01/10. No dia

04.01.10 conta o autor que durante a madrugada resolveu abrir um dos pacotes e não percebeu que os pães estavam embolorados e os consumiu, de modo que, mais tarde os colegas observaram que os demais pacotes também continham produtos embolorados.

Por consequência, no dia seguinte ao do consumo, teria sofrido dores abdominais em razão do produto impróprio para consumo.

Em defesa, o réu argumentou com a ausência de prova dos fatos constitutivos do direito alegado, acenando com a não comprovação de que o pacote consumido continha pão embolorado. A tanto acrescentou também ausência de prova de dor abdominal em função do consumo relatado na inicial, consequentemente, ausência denexo de causalidade. Aduziu, ainda, que não há prova de que os produtos tenham sido adquiridos já embolorados, lembrando que eles ficaram em poder do autor por 04 dias antes de serem consumidos, ainda dentro do prazo de validade. Bem por isso, nega qualquer responsabilidade e, consequentemente, a obrigação de indenizar.

Preservado o entendimento do juízo *a quo* comporta reforma a r. sentença.

Conquanto seja a hipótese em apreço de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é bem de se ver que cabia ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Nesse sentido, não há prova indubitosa de que o pão consumido pelo autor estava embolorado. É da inicial que foi consumido um pacote inteiro para somente após ter sido notado o bolor nos produtos dos demais pacotes. Bem por isso, não é o caso de aplicação do artigo 12, do CDC, pois não há prova indubitosa sobre ter sido defeito do produto e não má conservação.

Em última análise, não se sabe como os alimentos estavam armazenados na residência do autor. É de conhecimento geral que pães devem ser mantidos em local arejado e seco, e, bem por isso, não há como imputar culpa exclusiva à ré sobre o evento. Isso é de curial importância, pois também é de conhecimento geral que o bolor pode surgir nos alimentos ainda que eles estejam no prazo de validade, pois tudo depende de como são armazenados. Logo, não se pode imputar culpa exclusiva à ré.

Se tanto não bastasse, também não há nenhuma prova de que o autor tivesse tido dores abdominais em função exclusivamente desse fato. É dos autos que o autor e colegas estavam em uma confraternização, de modo que o consumo de outros produtos pode ter gerado o desconforto mencionado na inicial.

A prova oral (fls. 77/81), de seu turno, confirmou que os outros pacotes de

pães apresentavam bolor, mas nenhuma das testemunhas ouvidas pode afirmar que aqueles consumidos pelo autor estavam da mesma forma. Aliás, também não é crível que os pães estivesse tomados pelo bolor, pois certamente o autor teria notado antes de consumi-los, ainda que de madrugada, como relatado. A testemunha de fls. 77 até mesmo relatou fatos que não constam sequer da petição inicial. Igualmente, pode-se seguramente concluir que não foram comprados estragados e não se olvide que nos meses de dezembro e janeiro o calor é intenso, o que requer cuidado dobrado com os alimentos, para não estraga-los. E isso também é de conhecimento geral.

Acresça-se ainda o fato de que, francamente, não é crível que o autor tenha sido ofendido em sua honra, imagem e boa fama por conta desse episódio. Definitivamente, não há nada nos autos que leve à conclusão de que o autor teve sua psique abalada emocionalmente, a ponto de necessitar a reparação moral.

O instituto da indenização por dano moral não se presta à reparação de qualquer fato da vida em sociedade. Há certa banalização na aplicação dessa teoria, de modo que alguns julgadores entendem que qualquer fato que traga determinado desconforto ou aborrecimento deva ser reparado em pecúnia. Mas a vida não é assim. Frustrações, aborrecimentos, alegrias, contentamentos, dúvidas, angústias, todos esses sentimentos fazem parte dela e cabe ao julgador, prudentemente, filtrar aqueles que realmente necessitam ser compensados sob outra forma, qual seja, a pecuniária, até como desestímulo ao ofensor. Esse filtro é importante e necessário, para que não haja a já mencionada banalização do instituto da reparação moral.

De todo o exposto, resta patente que o autor não provou os fatos constitutivos de seu direito, não sendo seguros os elementos existentes nos autos para um decreto condenatório.

Improcedente a ação, fica o autor condenado no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R\$2.000,00, observada a gratuidade judiciária concedida initio litis.

Em tais condições, dá-se provimento ao recurso adesivo do réu, prejudicado o exame do apelo do autor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002881-87.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDREA CARVALHO DE SOUZA, é apelado HEITOR VIEIRA DE SOUZA JUNIOR (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 14433)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 4 de setembro de 2013

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - Incerteza sobre a natureza da relação jurídica, se comodato ou locação - Alegação de posse a título gratuito - Recebimento de notificação para pagamento de aluguéis vencidos e vincendos - Litígio familiar - Possibilidade jurídica do pedido de declaração - Artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil - Declaração que jamais seria obtida com efeito de coisa julgada nos autos de eventual ação de despejo ou cobrança de aluguéis pela demandada - Interesse processual configurado - Presença das condições da ação - Sentença reformada em parte - Pedido de arbitramento de locação e valor de aluguel de imóvel comercial urbano - Impossibilidade jurídica do pedido - Liberdade em contratar - Sem obrigação de eleição de sujeito certo para locação e adoção de valor de mercado como aluguel - Negada a relação locatícia, ausente contrato escrito, não há espaço para renovatória ou revisão contratual - Nesse ponto, extinção mantida.**

**Apelação parcialmente provida.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ANDREA CARVALHO DE SOUZA (fls. 54/67) contra r. sentença de fls. 40/41, proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara da Comarca desta Capital, Dra. Ana Luiza Villa Nova, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, movido em face de HEITOR VIEIRA DE SOUZA JÚNIOR, representado por sua curadora Maria Dolores Domenici de Souza, por entender impossível o pedido de declaração da existência da relação de comodato fora dos autos de eventual despejo por falta de pagamento e de obrigação de aluguel do imóvel no valor de mercado.

A apelante esclarece ser filha do apelado. Aponta a relação de proximidade e intimidade mantida entre eles. Diz que graves fatos transformaram a vida do apelado, deixando-o à mercê de sua curadora. Notícia ser o apelado o único proprietário do imóvel descrito às fls. 56, cedido a título gratuito para uso da apelante há dez anos. Narra o roubo do qual o apelado foi vítima, o que o incapacitou e exigiu a respectiva interdição, com nomeação da esposa como curadora. Pontua a pouca relação entre a apelante e a curadora. Faz menção a ações propostas, inclusive de regulamentação de visitas para ter acesso e convívio com o apelado e para o recebimento de “pro labore” e falta de repasse de lucro declarado. Indica a cobrança pela curadora de alugueres vencidos nos últimos dez anos. Argumenta arbitrária a notificação para pagamento de aluguel mensal no valor de R\$ 4.5000,00. Recusa representar a notificação a vontade do apelado. Registra não se negar ao pagamento de aluguel no valor de mercado a partir da notificação. Assevera ter fundamento o direito invocado, não se tratando de mera pretensão preventiva. Reitera a inequívoca relação de comodato mantida entre as partes até a resistência. Nega haja motivo para se negar jurisdição, pois da narração dos fatos decorre logicamente o pedido. Destaca sua boa-fé com o pedido de arbitramento do aluguel a ser pago, consequência lógica da tutela dos direitos envolvidos. Transcreve precedentes. Postula o provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Em que pese o entendimento do MM. Juízo ‘a quo’, há possibilidade jurídica para o pedido de declaração da existência do contrato de comodato.

Nos termos do artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, “*o interesse do autor pode limitar-se à declaração: I da existência ou da inexistência de relação jurídica*”.

O ordenamento autoriza a apelante a ver declarada a existência da relação de comodato de modo autônomo, sem limitação da questão como matéria exclusivamente de defesa.

Aliás, reforça o cabimento do pedido declaratório o fato de que a apelante jamais obteria a declaração jurídica de existência ou inexistência do comodato, com eficácia de coisa julgada, como demandada nos autos de eventual ação de cobrança ou de despejo.

É o que permite conclusão o disposto no artigo 5º do Código de Processo Civil, que diz: “*se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença*”, indicando a indispensabilidade da propositura da ação declaratória incidental para obter a declaração.

Ora, a apelante diz que o imóvel descrito às fls. 3 foi cedido a ela pelo

apelado, justificando a sua posse a título gratuito até a notificação no contrato de comodato.

Em que pese a notificação de fls. 32, com determinação de pagamento de aluguel vincendos no valor de R\$ 4.500,00 a partir de novembro de 2012 e, ainda, dos aluguéis vencidos no período compreendido entre abril de 2002 até outubro de 2012 no valor total de R\$ 567.000,00, de fato, o apelado teve sua interdição declarada em fevereiro de 2004, conforme sentença de fls. 15/18.

Os documentos de fls. 22/27 atestam o litígio familiar, especialmente entre a apelante e a curadora do apelado, tendo sido necessária a propositura de ação de regulamentação de visitas.

Diante da incerteza sobre a natureza da relação jurídica mantida entre as partes, se comodato ou locação, a apelante tem interesse em obter o provimento jurisdicional de declaração. Então, cabe seja anulada a r. sentença, pois presentes as condições da ação.

Todavia, não há razão para o pedido de arbitramento de aluguéis no valor de mercado.

Diferentemente do argumentado pela apelante, a obrigação de pagamento de aluguéis a partir da notificação não é decorrência do pedido declaratório formulado.

Na esfera privada e tratando-se de bem disponível, a celebração do negócio é sustentada no livre exercício da vontade pelas partes, seja para eleição do sujeito com quem contratar, seja para eleição do conteúdo/valor da prestação.

Nesse contexto, não há fundamento legal para sustentar a pretensão da apelante em ver o apelado obrigado a celebrar contrato de locação e por valor vigente no mercado, pois é impossível o *“pedido de arbitramento de locação e valor de aluguel de imóvel comercial urbano”*.

Negada a relação de locação pelo período anterior à locação, sem a existência de contrato escrito, não tem a apelante interesse para requerer eventual renovação contratual e muito menos revisão, na medida em que inaplicável o regime jurídico prescrito pela Lei nº 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de que seja anulado estritamente o capítulo da r. sentença de extinção, sem resolução do mérito, do pedido de declaração de existência ou inexistência de relação de comodato; recebida a petição inicial neste ponto, seguindo-se o devido processamento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004100-81.2012.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante EDSON PEDRO MANOLIO GUIMARÃES, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

**ACORDAM**, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Não Conheceram do recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15523)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI E FABIO TABOSA.

São Paulo, 15 de agosto de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

**Ementa: APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Apelante que não instrui o feito com as peças relevantes após o desapensamento do processo executivo. Descumprimento de tal ônus que impede o exame da controvérsia pelo Tribunal “ad quem”. Recurso não conhecido.**

## VOTO

Irresignado com o teor da r. sentença proferida às fls. 70/74 dos autos, que julgou parcialmente procedente os embargos à execução para impedir a cobrança cumulada de comissão de permanência com correção monetária, insurge-se o embargante, ora apelante, alegando, em suma, a prática de juros sobre juros, a abusividade da taxa de juros, a cobrança de encargos indevidos, a ocorrência de capitalização de juros e, por fim, pleiteia o provimento do recurso.

O Banco apelado apresentou contrarrazões (fls. 88/125).

Recurso processado e respondido.

É o relatório.

Com o devido respeito, apesar do esmero do recurso de apelação de fls. 77/85, verifica-se que o apelante deixou de instruir os presentes embargos à execução com as peças principais que compõe a demanda executiva.

O artigo 736, parágrafo único, do Código de Processo Civil é claro ao dispor que os embargos à execução deverão ser instruídos com cópias das peças processuais relevantes.

Na verdade, se o demandante impugna cláusulas de contrato ou de título

executivo, compete a ele apresentar tais peças para que o Tribunal “ad quem” promova sua adequada apreciação, não cumprindo com tal ônus sujeita-se à sorte de impedir a prelibação do seu recurso.

Nesse sentido, esta Colenda Câmara Julgadora, com precisão, já decidiu que:

**“APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DE EMBARGOS DE DEVEDOR. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO COM CÓPIAS DAS PEÇAS PROCESSUAIS RELEVANTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 736, PARÁGRAFO ÚNICO, DO C.P.C. IMPOSSIBILIDADE DE EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.”** (TJSP Apelação nº 0077753-60.2011.8.26.0224 - Relator(a): Campos Mello - Comarca: Guarulhos - Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 21/03/2013)

**“EMBARGOS DO DEVEDOR - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL–ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E AUSÊNCIA DE OUTORGAUXÓRIA EM FIANÇA-NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO COM PEÇAS PROCESSUAIS RELEVANTES - CPC, ART. 736, PARÁGRAFO ÚNICO - EMBARGOS NÃO INSTRUÍDOS COM CÓPIA DO TÍTULO E DOCUMENTOS QUE O ACOMPANHARAM - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA CONTROVÉRSIA - JUSTIÇA GRATUITA - QUESTÃO NÃO APRECIADA - DEVOLUÇÃO NÃO OPERADA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.”** (TJSP Apelação nº 0005038-78.2012.8.26.0161 - Relator(a): Matheus Fontes - Comarca: Diadema - Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 31/01/2013)

E, ainda, no bojo do v. Acórdão acima referenciado, o Douto e Nobre Desembargador Matheus Fontes leciona que:

**“As questões relacionadas ao título executivo foram decididas pelo juiz de olhos postos nas peças do processo de execução, cuja falta impede exame da controvérsia pelo tribunal, pois os embargantes não instruíram, como dito, adequadamente os embargos, nada obstante expressa disposição legislativa no tema, justamente para evitar os percalços decorrentes da autuação em apartado ou de desapensamento na subida ao 2º grau de jurisdição.”**

No mesmo sentido:

**“EMBARGOS À EXECUÇÃO. Improcedência da demanda. Insurgência. Descabimento. Hipótese em que o recurso de apelação não foi regularmente instruído com os documentos necessários à**

**intelecção dos pedidos formulados. Ausência da petição inicial da execução. Falta do contrato objeto do litígio (Confissão de Dívida) e dos títulos de crédito. Exegese do art. 736, parágrafo único, CPC. Ônus da apelante de instruir adequadamente o recurso quando os autos dos embargos são desamparados da execução. Precedentes jurisprudenciais. Recurso não conhecido.** (TJSP Apelação nº 0015534-11.2010.8.26.0009 - Relator(a): Rubens Cury - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 17/07/2013)

**“Locação. Imóvel. Execução. Embargos do devedor. Ação julgada improcedente. Recurso não instruído com as peças necessárias à compreensão da matéria debatida. Não conhecimento. Deixando o embargante de juntar as peças principais do processo de execução e que impedem o perfeito entendimento da matéria debatida, não há como formar a convicção necessária, o que leva ao não conhecimento do recurso.”** (TJSP Apelação nº 0047229-20.2012.8.26.0071 -

Relator(a): Kioitsi Chicuta - Comarca: Bauru - Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 18/07/2013)

**“APELAÇÃO. FALTA DE PEÇAS. Embargos à execução interpostos após a vigência da Lei 11.382/06, processando-se em apenso aos autos da execução. Apelação remetida à instância recursal sem as peças relevantes do feito principal, o qual foi desamparado. Ausência de cópia da petição inicial da ação de execução ajuizada, e do título executivo sobre o qual debatem as partes (art. 736, p. único do CPC). Impossibilidade de conhecer do recurso. Sentença mantida. Recurso não conhecido.”** (TJSP Apelação nº 0003370-90.2007.8.26.0438 - Relator(a): Mario de Oliveira - Comarca: Penápolis - Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 24/06/2013)

**“EMBARGOS À EXECUÇÃO Contrato bancário Oposição na vigência da Lei nº 11.382/2006 Embargantes não instruíram a petição inicial com peça relevante dos autos principais (notadamente a cópia do título executivo extrajudicial) Desatendimento do art. 736 do CPC - A falta dessa peça acarreta a impossibilidade do exato conhecimento, pelo Tribunal, da matéria impugnada pela via recursal Indeferimento a petição inicial dos embargos à execução Recurso não conhecido.”** (TJSP Apelação nº 0028857-13.2010.8.26.0000 - Relator(a): Álvaro Torres Júnior - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 04/02/2013)

Portanto, após o desamparamento, remetidos os embargos à execução à instância recursal sem as peças relevantes do feito principal, fica impedido o

conhecimento do mérito pelo Tribunal “ad quem”.

Ante o exposto, não se conhece do recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004428-62.2010.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante TIAGO PEREIRA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SERGIO VILLA NOVA DE FREITAS e AYMORÉ CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

**ACORDAM**, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.719/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), SEBASTIÃO FLÁVIO E MARCONDES D’ANGELO.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

**Ementa: Compra e venda. Reparação de danos. Gastos com veículo arrematado em leilão. Improcedência decretada em face da proprietária do bem, afastado do polo passivo da lide o leiloeiro.**

**1. “O leiloeiro figura como mero intermediador, não podendo ser a ele atribuída a responsabilidade pela regularidade do bem do qual não é proprietário”. Precedentes desta Corte.**

**2. Bem esclarecidas as condições do leilão, indicando defeitos no veículo arrematado e colocando os bens previamente à disposição dos interessados para vistoria, não há se falar em prejuízo decorrente de consertos efetivados no motor do veículo, sobretudo quando o lance acolhido tenha alcançado valor inferior à metade do preço de mercado do bem.**

**3. Negaram provimento ao recurso.**

## VOTO

## 1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

### **Inicial** (fls. 2/7)

**Síntese do pedido e da causa de pedir:** afirma o autor haver sofrido prejuízo com veículo adquirido em leilão, apregoado pelo corréu Sergio Villa Nova de Freitas, em favor de Aymoré S/A, certo que dito bem, um Fiat Marea SX, 1999, placa ALO 4608, fora arrematado pelo preço de R\$ 5.600,00, com a promessa de que apenas apresentava defeitos na tubagem do filtro de ar e vazamento de óleo do motor. Mas, para surpresa do autor, quando do conserto dos defeitos referidos, descobriu-se que na realidade o motor do veículo estava fundido, sendo necessária sua retífica, o que exigiu do autor gastos além do previsto, almejando, agora, ressarcimento.

### **Sentença** (fls. 160/166)

**Resumo do comando sentencial:** o douto magistrado sentenciante julgou improcedente a ação. Excluiu do polo passivo da lide o leiloeiro, corréu Sérgio, reconhecendo-o parte ilegítima passiva, por se tratar de mero intermediário da venda ocorrida entre o autor e a corré Aymoré. Quanto a esta última, entendeu ausente sua responsabilidade pelos prejuízos suportados pelo autor, ante as especificações contidas na cartilha de leilão, lá esclarecido que o bem seria ofertado no estado em que se encontrava, sem garantias, além de trazer o alerta de que o veículo adquirido apresentava “tubagem do filtro de ar danif/motor com vazamento de óleo (...) mecânica sem teste” (fls. 164). Demais, o valor pago pelo bem seria inferior à metade de seu valor de mercado, certo que os reparos somados ao preço pago não atingiram esse valor total, não havendo se cogitar em prejuízo. Extinguiu o feito com relação ao leiloeiro, julgando improcedente a ação em face de Aymoré S/A, fixando verba honorária de R\$1.000,00 em favor de cada um dos réus.

### **Razões de apelação** (fls. 168/171)

**Objetivo do recurso:** inconformado, apelou o autor, insistindo em seu pedido inicial. Afirmou da legitimidade passiva do corréu Sérgio, citando julgados nesse sentido, onde reconhecida a responsabilidade solidária do leiloeiro em casos semelhantes. Diz haver sido ludibriado por ambos os réus, que se omitiram sobre o real estado do veículo.

**É o sucinto relatório.**

### **2. Voto.**

A respeitável sentença merece ser mantida.

De início, consigne-se do acerto na exclusão do leiloeiro do polo passivo da lide, por se tratar de mero intermediário na transação comercial havida entre o autor e a financeira proprietária do veículo arrematado, certo que sua função

se limita, mesmo, a ofertar o produto que lhe é apresentado.

Assim já se pronunciou o eminente Desembargador Hugo Crepaldi, no julgamento da apelação nº 0112889-78.2006.8.26.0003, julgada em 13/6/2013:

**“O leiloeiro figura como mero intermediador, não podendo ser a ele atribuída a responsabilidade pela regularidade do bem do qual não é proprietário. Extinção do feito, sem julgamento do mérito, em relação ao leiloeiro, com fulcro no art. 267, inc. VI, do CPC”.**

Quanto ao mérito, também se mostrou adequada a decisão.

O autor sabia dos riscos na aquisição de produtos em leilão, tanto que advertido dos termos dessa transação na cartilha por ele mesmo ofertada em fls. 10, onde resta expressamente avençado que não respondem **“o Comitente Vendedor, nem o Leiloeiro, por sinistros ou consertos que o veículo tenha sofrido anteriormente, ou que já tenha pertencido e vendido por seguradoras, não respondendo inclusive, quanto a eventuais e quaisquer problemas relacionados a MOTOR, CÂMBIO E CHASSI...”**.

Demais, o bem, como todos os outros praceados, foram colocados à disposição dos interessados para verificação, informação constante das “condições de venda em leilão” (fls. 10), assim como afirmada pelo leiloeiro em sua defesa, especificamente em fls. 40, o que não foi impugnado pelo autor, quando de sua réplica (fls. 129/131).

E, bem observado pelo douto sentenciante, conhecedor do real valor de mercado do bem, sabia o autor, ou deveria saber, que a arrematação por valor inferior à metade do preço de mercado já englobaria despesas além daquelas elencadas no edital, com tubulação dos filtros de ar e vazamento de óleo.

Não vejo, pois, desacerto no decisório guerreado, que resta mantido pelos seus próprios fundamentos.

**3. Itis positis, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004691-86.2009.8.26.0634, da Comarca de Tremembé, em que são apelantes JAIRO MARCONDES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e EMPRESA DE ÔNIBUS PÁSSARO MARROM LTDA, é apelado MARIA TEREZA VILA NOVA (JUSTIÇA GRATUITA) E OUTROS.

**ACORDAM**, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. M. V., VENCIDO EM PARTE O EXMO. REVISOR COM

DECLARAÇÃO DE VOTO.”, de conformidade com o voto do (a) Relator (a), que integra este acórdão. (Voto nº 9.505)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente sem voto), CAMPOS PETRONI E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 18 de junho 2013.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

**Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Acidente de trânsito. Versões antagônicas emanadas pelos autores e pelos réus. Ônus da demonstração da realidade dos fatos, segundo a versão declinada, não superado pelos autores. Prova testemunhal produzida que, por si só, mostra-se insuficiente para a plena explicitação da dinâmica do acidente e de seu efetivo causador. Inteligência do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Recursos providos.**

## VOTO

Tratam-se de apelações interpostas por **JAIRO MARCONDES DOS SANTOS e EMPRESA DE ÔNIBUS PÁSSARO MARRON LTDA** nos autos da ação de indenização que lhes movem **MARIA TEREZA VILA NOVA e ALFREDO ALBERTI**, este, em razão do falecimento, substituído por **JORGE LUIZ ALBERTI, DARLENE CRISTINA ALBERTI MONTEIRO, ANTONIO JÚLIO ALBERTI, LILIAN APARECIDA ALBERTI, ALFREDO ALBERTI JÚNIOR e RENATA CRISTINA SILVA ALBERTI**, com pedido julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 468/475, que condenou, solidariamente, os réus ao pagamento do valor de cem (100) salários mínimos a cada um dos autores (**MARIA TEREZA VILA NOVA e HERDEIROS HABILITADOS DE ALFREDO ALBERTI**), atualizados monetariamente de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a contar da data do arbitramento, com juros de mora de um por cento (1%) ao mês, a contar do evento.

Sustentou o réu Jairo Marcondes dos Santos, em síntese, que está explícita a culpa da filha dos autores ao colocar um veículo com problemas mecânicos em uma via de alto movimento; que o Juiz *a quo* aduziu que o veículo da vítima foi batido na parte traseira, apenas com base no depoimento de uma testemunha, e que o abaloamento ocorreu, pois a vítima saiu do acostamento repentinamente.

Alegou, em síntese, a empresa de ônibus Pássaro Marron Ltda, que os apelados não foram capazes de comprovar os fatos constitutivos de seu direito;

que a testemunha Adelaide sequer se lembrava dos fatos; que a testemunha José Roberto sequer esteve no local dos fatos; que a testemunha presencial Deyla Figueiredo Rodrigues mentiu em seu depoimento ao afirmar que não morava junto com a vítima; que o inquérito policial referente ao caso foi arquivado, uma vez que não foi demonstrada a culpa do preposto; que como pode ser observado no croqui (fls. 30) a vítima é que entrou repentinamente na pista, sem atentar ao trânsito local; que o dano moral é direito personalíssimo, sendo impossível a sua transmissão aos herdeiros.

Foram oferecidas contrarrazões com arguição preliminar de intempestividade do recurso interposto pela Empresa de ônibus Pássaro Marron Ltda e, no mérito, pleito de total desprovimento dos recursos.

É o relatório.

De se observar, inicialmente, que por meio do despacho de fls. 465 foi deferida a substituição de Alfredo Alberti no polo ativo, em virtude de seu falecimento.

A preliminar de intempestividade da apelação da ré Empresa de ônibus Pássaro Marron Ltda não merece prosperar, uma vez que em se tratando de demanda com litisconsortes com procuradores diversos, conta-se em dobro o prazo, consoante o disposto no art. 191 do CPC.

Feitas tais considerações, de se passar à análise do mérito.

A condutora do veículo EGGLE DENISE ALBERTI afirmou que seu veículo apresentou problemas mecânicos e estava parado no acostamento, devidamente sinalizado, no momento em que foi colidido, conforme consta no boletim de ocorrência de fls. 27, expedido em 15 de outubro de 2009.

Já o condutor do veículo da apelante JAIRO MARCONDES DOS SANTOS, ora também apelante, alegou que transitava normalmente e que o veículo da condutora acima referida encontrava-se parado no acostamento, sem a devida sinalização, quando entrou repentinamente na rodovia, novamente sem a devida sinalização, de forma que não foi possível evitar a colisão (fls. 28).

Acrescente-se, ainda, que no Boletim de Ocorrência (fls. 25) no tópico referente à circunstância do veículo colidido, constam as informações: “parado no acostamento” e “saída de pista? Não.”. Já às fls. 26 consta a seguinte informação para o coletivo: “seguiu fluxo” e “saída de pista? Não.”. Ao que se tem, tais informações sustentam as versões de cada um dos condutores.

As provas produzidas foram os laudos periciais, os depoimentos testemunhais, além dos depoimentos do condutor do coletivo e da acompanhante da motorista do veículo colidido, que repetiram as mesmas informações prestadas quando ouvidos em sede de inquérito policial, reiterando as versões apresentadas na inicial e em contestações.

Os depoimentos testemunhais não explicitaram, com o rigor que a lei

exige, a dinâmica dos fatos, realçando-se que a segunda testemunha arrolada pelos autores ADELAIDE MARIA BERNARDES GOMES não se recordava do acidente (fls. 307).

A quarta testemunha arrolada pelos autores JOSÉ ROBERTO ZAGATTO apenas esclareceu que a morte de Egle Denise Alberti decorreu do acidente de trânsito (fls. 306).

A primeira testemunha arrolada pelos corréus, BENEDITO GONÇALVES DE CARVALHO, asseverou que estava cochilando no momento do acidente (fls. 322/323 e 428/429).

A segunda testemunha arrolada pela ré, FABIO DE MELO OLIVEIRA, passageiro do coletivo, conquanto tenha afirmado que a batida foi na traseira, nada esclarece sobre a dinâmica do acidente, conforme: “...*Não vi onde estava o carro no momento do acidente. No local cheguei a ouvir pessoas falarem que o motorista do ônibus estava errado, também que o motorista do carro acidentado estava errado ...*” (fls. 373).

A testemunha comum, arrolada pelos autores e pela ré, FERNANDO CEZAR TEIXEIRA MARQUES, policial rodoviário federal, também não se recordava do acidente (fls. 399).

Alinhe-se que dispõe o art. 333, I, do Código de Processo Civil que “*O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito*”, assim, não tendo os autores, ora apelados, se desincumbido deste ônus, a improcedência do pedido era medida que se impunha.

O conjunto probatório não traz elementos suficientes para se estabelecer quem deu causa ao acidente, urna vez que o Boletim elaborado, tão só, registra a versão de cada condutor quanto aos fatos, bem como o relato da ocupante do veículo colidido.

As fotos de fls. 43/44 e os laudos periciais do veículo (fls. 42) e do local (fls. 237/239), nada esclarecem acerca da dinâmica do acidente.

Outrossim, o condutor do coletivo apresentou versão crível, compatível com a foto de fls. 249 e com o laudo pericial de fls. 229, sendo que tal versão não foi infirmada pelas demais provas, sendo de se ressaltar que a acompanhante da motorista, embora estivesse no interior do veículo acidentado, foi ouvida meramente como testemunha do Juízo (fls. 343/344).

Como dito alhures, em sendo possíveis as versões declinadas pelas partes, a demonstração do fato constitutivo do direito fica a cargo dos apelados, a qual deve ser indene de dúvidas quanto ao que efetivamente ocorreu, ônus este não superado pelos autores.

Não se perde de vista a sensibilidade quantos às consequências da tragédia ocorridas, todavia o regramento processual impõe garantias que não podem ser superadas pelo lado da emoção.

Ante ao exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos para julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral.

Arcarão os autores com as despesas processuais e honorários advocatícios, para cada patrono, que fixo em R\$500, 00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, no que couber.

### DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 21.140)

**Ementa: Acidente fatal de trânsito, em rodovia. Ônibus que colidiu com a traseira de automóvel Fiat, dirigido pela falecida. R. Sentença de parcial procedência, concedendo danos morais e afastando os materiais. Art. 29, § 2º do CTB, sobre veículos de maior porte, que devem zelar pela segurança dos menores. Apelos só dos dois acionados, que aio a empresa de transportes e seu motorista. Culpa concorrente, pois a motorista do Fiat Ingressou na movimentada via Dutra, sabendo que seu veículo estava com problema mecânico. Sucumbência recíproca.**

Trata-se de colisão de ônibus da empresa rodoviária, contra automóvel Fiat dirigido pela vítima fatal, tendo sido de parcial procedência a r. sentença. Apela os dois acionados, que são o motorista do coletivo, e a empresa acionada, adotando-se o relatório de fls. 468/469, e no mais, o do voto 9.505, do Exmo. Rel. Sorteado.

#### **É o relatório.**

A r. sentença da Douta Juíza monocrática não é de ser descartada, pois fundamentou de forma razoável a responsabilidade do motorista Jairo, que dirigia o ônibus da empresa. Mas, o signatário deste vislumbra que a culpa concorrente, pois a falecida Sra. Egle sabia que seu Fiat estava com problema na bomba d'água, mas mesmo assim, levando como passageira a amiga Sra. Deyla, aventurou-se na tão movimentada via Dutra, onde as notícias indicam frequentes sinistros.

E não consta tivesse parado bem à direita de seu acostamento.

Por outro lado, o motorista Jairo, que é veterano profissional do volante, ao ver o Fiat à direita, deveria ter redobrado a atenção, diminuído a velocidade,

preparado o pé no freio, buzinado, piscado faróis e tentado desviar pelo menos um pouco para a esquerda. O impacto foi violento.

De qualquer modo, quem mais prejudica os pais da falecida Sra. Egle é a própria passageira e amiga Deyla, informando sobre o problema mecânico no pequeno Fiat, não se podendo olvidar, por outro lado, do art. 29, § 2º do CTB, no sentido de que os veículos de maior porte devem cuidar da segurança dos menores.

A culpa é concorrente, cortando-se os danos morais pela metade, com sucumbência recíproca.

**Dou parcial provimento aos apelos dos réus.**

CAMPOS PETRONI, Desembargador

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005270-92.2009.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante MARCOS ROGÉRIO DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado APPARECIDA REBOLO BERTÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), WALTER CESAR EXNER E VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 29 de agosto de 2013.

EDGARD ROSA, Relator

**Ementa: AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS - DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL SUB-ROGAÇÃO LEGAL NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DA COMPANHEIRA QUE PERMANECEU NO IMÓVEL COMUNICAÇÃO POR ESCRITO À LOCADORA INEXISTÊNCIA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO ENTRE AS PARTES ORIGINÁRIAS INTELIGÊNCIA DO ART. 12, § 1º DA LEI N.º 8.245/91.**

**- Apelação desprovida.**

## VOTO

Trata-se de tempestiva apelação (fls. 46/57), isenta de preparo, interposta contra a r. sentença de fls. 38/41, que julgou procedente ação de despejo c/c cobrança de aluguéis, condenando o réu ao pagamento dos locativos e encargos indicados na inicial, além dos que se vencerem no curso da lide, até a efetiva desocupação.

Irresignado, o réu recorre alegando que o julgamento antecipado da lide acarretou cerceamento de defesa, pois pretendia comprovar por meio de prova oral que desde a dissolução da união estável, comunicada verbalmente à locadora, apenas sua ex-companheira reside no imóvel, em nome de quem a locação prosseguiu, inclusive com a celebração de um novo contrato. Alega que a ciência da locadora sobre sua saída do imóvel alugado é inequívoca, tanto que declinou na inicial seu novo endereço para que fosse realizada a citação.

Houve resposta (fls. 62/69).

### É o relatório.

Não há cerceamento de defesa, pois o julgamento antecipado na lide era mister no caso em exame. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão relatado pelo eminente Ministro ATHOS CARNEIRO assim decidiu: “*Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente descrição do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização da prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório*” (REsp 3.047-ES, DJU de 17/9/90, p. 9514).

E de fato era desnecessária produção de prova em audiência, na medida em que o deslinde da demanda depende exclusivamente de prova documental.

A Lei n.º 8.245/90, no art. 12, trata da sub-rogação legal do cônjuge que permanece no imóvel após a dissolução conjugal. A propósito: “*Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel*”

Nesses casos, a sub-rogação não depende da anuência do locador, mas só gera efeitos se cumprido o disposto no §1º do mesmo dispositivo legal, isto é, se for promovida a comunicação por escrito ao locador e ao fiador. Inobservada tal diligência, persiste o vínculo locatício entre as partes originárias.

Nesse sentido, destaca-se decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

**“LOCAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO. DISSOLUÇÃO CONJUGAL. EXTENSÃO DOS EFEITOS. COMUNICAÇÃO AO LOCADOR. AUSÊNCIA. PERSISTÊNCIA DO VÍNCULO LOCATÍCIO ENTRE OS CONTRATANTES.**

*I - Nas hipóteses de separação de fato, separação judicial, divórcio ou*

*dissolução da sociedade concubinária, o contrato de locação prorroga-se automaticamente, transferindo-se ao cônjuge que permanecer no imóvel todos os deveres relativos ao contrato, bastando para tanto a notificação ao locador. II - Ausente tal comunicação ou prova, o vínculo locatício persistirá entre as partes originárias, tendo em vista os princípios que regem os contratos em geral. (Doutrina e jurisprudência.).*

*Recurso Especial desprovido.”*

(REsp 660.076/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 351)

Também nesse sentido já se pronunciou este E. Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO OCORRÊNCIA RECURSO NÃO PROVIDO. Presente o*

*requisito do art. 330, I, do CPC, de rigor o julgamento antecipado da lide, não constituindo este fato a nulidade de cerceamento de defesa ante a não designação de audiência de instrução para a oitiva de testemunha, posto que dispensável. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA DISSOLUÇÃO CONJUGAL ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.245/91 AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO LOCADOR VÍNCULO LOCATÍCIO ENTRE OS CONTRATANTES PERSISTÊNCIA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. Inexistindo comunicação, por escrito, da separação do casal ao locador, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 8.245/91, não há que se falar em sub-rogação ao cônjuge que permanece no imóvel locado após a ruptura da união do casal.*

(TJ/SP Ap. n.º 9245184-61.2008.8.26.0000 - 31ª Câmara de Direito Privado Rel. Paulo Ayrosa D.J. 15/03/2011).

*“Apelação Cível. Locação de imóvel. Despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis e encargos. Separação de fato do locatário não comunicada ao locador. Na hipótese de separação de fato ou judicial, divórcio ou de dissolução da sociedade concubinária do inquilino, deverá o locador ser comunicado de tal fato por escrito e da permanência no imóvel do cônjuge ou convivente do locatário (Lei 8.245/91, art. 12, par. único), sob pena de continuar ele responsável perante o locador pela locação. Recurso improvido.*

(TJ/SP Ap. n.º 9093761-88.2007.8.26.0000 - 27ª Câmara de Direito Privado Rel. Moraes Pucci D.J. 24/07/2012).

*LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA. CASAL SEPARADO. PERMANÊNCIA*

*DO CÔNJUGE-VARÃO NO IMÓVEL. COMUNICAÇÃO INEQUÍVOCA AO LOCADOR. OBRIGATORIEDADE. EXEGESE DO*

*ART.12 DA LEI Nº 8.245/91. A falta de comunicação válida e eficaz ao locador sobre a separação do casal e a permanência de um dos cônjuges no imóvel locado não exonera a locatária, contratante originária, de sua responsabilidade pelo adimplemento dos aluguéis e acessórios. Recurso desprovido.*

(TJ/SP Ap. n.º 9188943-04.2007.8.26.0000 - 27ª Câmara de Direito Privado Rel. Gilberto Leme D.J. 22/11/2011).

Em contestação o réu se limitou a afirmar que comunicou verbalmente a locadora a respeito da dissolução da união estável, fato não reconhecido pela autora.

Não fosse isso, a mera indicação, na inicial, do endereço em que atualmente reside o réu, o mesmo que consta do contrato de locação, não faz presumir que a autora tinha ciência da separação do casal, prova esta que precisa ser feita por meio idôneo.

Nesse contexto, confirma-se-se a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005672-45.2010.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que é apelante/apelado JOSÉ APARECIDO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante ÓTICA PRISMA SANDRA MARA MORENO GARCIA M E.

**ACORDAM**, em 24ª Câmara de Direito Privado 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 3251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ERSON DE OLIVEIRA E SALLES VIEIRA.

São Paulo, 8 de agosto de 2013

CESAR MECCHI MORALES, Relator

**Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos morais - Anotação em Cartório de Protesto - Pretensão do autor de**

**majorar a indenização fixada em R\$ 3.000,00 - Alegação de anotação indevida - Descabimento - Existência de dívida que acarretou protesto de título e anotações em órgãos de proteção ao crédito - Quitação tardia - Cancelamento do protesto que cabia ao devedor - Dano moral indevido - Sentença reformada. RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.**

**INDENIZAÇÃO - Danos morais - Anotação em Cartório de Protesto - Pretensão de reforma da sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização - Licitude do protesto diante da quitação tardia - Cabimento - Existência de dívida que acarretou protesto de título e anotações em órgãos de proteção ao crédito - Cancelamento do protesto que cabia ao devedor - Dano moral indevido - Sentença reformada.**

**RECURSO DA RÉ PROVIDO.**

## VOTO

1. Irresignados com o teor da r. sentença de fls. 50-53, que julgou procedente ação indenizatória por danos morais, ajuizada por José Aparecido da Silva em face de Ótica Prisma Sandra Mara Moreno Garcia ME, apelam o autor e a ré (fls. 57-60 e 61-70).

Sustenta o autor que o valor fixado a título de danos morais não atende à finalidade da indenização, que é ressarcir aquele que sofreu o dano e desestimular a prática de atos semelhantes pelo condenado. Pleiteia a reforma da r. sentença para majorar o valor da indenização e dos honorários advocatícios.

A requerida, por sua vez, afirma que o protesto foi legítimo diante da quitação tardia do título. Sustenta que o ônus de providenciar a baixa do título é do devedor. Pede a reforma da r. sentença para que seja afastada a condenação que lhe foi imposta.

Os recursos são adequados e tempestivos.

É o relatório.

2. É o caso de conceder provimento ao recurso da ré, prejudicado o recurso do autor.

3. Depreende-se da análise dos autos que o autor adquiriu mercadoria da requerente no valor de R\$340,00 a serem pagos em 5 parcelas iguais. A última parcela foi quitada com atraso, o que gerou o protesto do título a ela referente. Procurada pelo devedor, a requerida entregou de carta de anuência para que fosse providenciada a baixa do protesto (fls. 13). Diante desses fatos, o magistrado

singular julgou parcialmente o pedido de indenização e condenou a requerida ao pagamento de R\$ 3.000,00 a título de indenização por danos morais.

4. Não havia desde o início controvérsia sobre a quitação da dívida, ainda que com atraso. Por outro lado, as anotações derivadas do protesto eram lícitas na origem, visto que houve atraso no pagamento, cabendo, nessa hipótese, ao devedor promover o respectivo cancelamento, depois da quitação.

Além do mais, quando as anotações derivam da coleta de dados de fontes públicas, como os cartórios de protestos, distribuidores forenses etc., não dependendo da prévia comunicação formal do credor, cabe ao devedor, depois da quitação, providenciar o cancelamento levando os documentos necessários diretamente ao cartório de protestos e aos órgãos mantenedores dos cadastros.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“[...] a Lei nº. 9492/97, de aplicação especial in casu, não impõe ao credor o dever de proceder ao cancelamento do registro. O artigo 26 da Lei nº. 9492/97 apenas indica o rol de legitimados a requerer o cancelamento (“qualquer interessado”). Desta norma não se pode concluir, com evidência, que o credor esteja juridicamente obrigado a promover o cancelamento do protesto. E, se não há dever jurídico na espécie, não se pode inferir, por consequência, tenha o credor, ora recorrido, agido com culpa, o que afasta a procedência do pedido deduzido pela ora recorrente. Essa é, inclusive, a solução adotada pelo Novo Código Civil, ao estatuir em seu art. 325 que as despesas com o pagamento e a quitação do débito presumem-se a cargo do devedor” (REsp 442.641/PB, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.8.2003).

O mesmo entendimento já foi adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça, como se extrai dos seguintes precedentes:

“INDENIZATÓRIA - CONTRATO BANCÁRIO - DESCONTO DE TÍTULOS - DANO MORAL - DEVEDOR INADIMPLENTE - PROTESTO DE DUPLICATA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL - DEVER DO DEVEDOR EM DILIGÊNCIA A BAIXA DO PROTESTO. Havendo determinação legal no sentido de que o próprio devedor, liquidado o título, diligencie o seu cancelamento no Cartório de Protesto (art 26 da Lei 9.492/97), não pode o autor pretender o recebimento de indenização por supostos danos morais advindos da sua própria omissão.” (Apelação n. 9191465-72.2005.8.26.0000, 24ª. Câmara de Direito Privado, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 31.5.2007).

5. Tem-se que a requerida agiu de forma legítima, não podendo ser-lhe imposta a obrigação de indenizar.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença para julgar improcedente o

pedido de indenização por danos morais.

Ausente o dever de indenizar, fica prejudicada a análise do pedido do autor para majorar o valor da indenização.

Sucumbente, arcará o autor com as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios, ora fixados em R\$ 700,00.

6. Diante do exposto, pelo meu voto **dou provimento** ao recurso da ré e julgo **prejudicado** o recurso do autor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009680-44.2011.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante FLORA PARK ESTACIONAMENTOS LTDA, é apelado MECÂNICA E FUNDIÇÃO IRMÃOS GAZZOLA S/A.

**ACORDAM**, em 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 21.498**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 19 de agosto de 2013.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou procedente ação de indenização por danos materiais. Roubo de dinheiro dentro de estacionamento. Contrato de depósito que compreende a obrigação acessória de segurança do depositante. Responsabilidade da apelante demonstrada. Dano material comprovado. Indenização devida. Sentença mantida.**

**Apelação não provida.**

## VOTO

Trata-se de apelação (fls. 212/220) interposta por Flora Park Estacionamentos Ltda. contra a sentença (fls. 194/200) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Itu, que julgou procedente ação

de indenização por danos materiais ajuizada por Mecânica e Fundação Irmãos Gazzola S/A contra ele. Em síntese, sustenta que a responsabilidade em contrato de depósito recai apenas sobre o veículo e seus acessórios, sendo errônea a ampliação dessa responsabilidade ao roubo de dinheiro ocorrido no local, tratando-se de caso fortuito. Assevera inexistência do dever de indenizar, diante da falta denexo de causalidade, vez que o local é de livre acesso aos transeuntes. Postula o provimento do recurso para que seja reformada a sentença.

As contrarrazões foram apresentadas por Mecânica e Fundação Irmãos Gazzola S/A (fls. 227/235). Manifesta-se pela manutenção da sentença.

É a essência do relatório.

A responsabilidade da apelante em indenizar está devidamente comprovada.

Restou incontroverso nos autos que, em 03 de março de 2010, funcionário da empresa apelada, a fim de realizar saque em agência bancária, parou seu veículo no estacionamento administrado pela apelante. Ao retornar ao estacionamento, o funcionário foi abordado por indivíduo armado que lhe subtraiu a quantia de R\$ 18.000,00.

O roubo realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que mantém o veículo.

A responsabilidade, no presente caso, decorre da relação jurídica formada entre as partes. Embora a atividade da apelante seja zelar pela guarda e segurança dos veículos que lhe são entregues, o contrato de depósito compreende a obrigação acessória de segurança em relação ao depositante.

Nesse sentido, já se posicionou esta 33ª Câmara de Direito Privado: *Prestação de serviços. Ação de indenização por danos materiais e morais procedente. Roubo de dinheiro em estacionamento de veículos. Responsabilidade objetiva da depositária. Sentença mantida. Apelação não provida* (Apelação nº 0016011- 97.2009.8.26.0161, Rel. Luiz Eurico, j. 21.11.2011, V.U.).

Ademais, o estacionamento não agiu com a diligência necessária para impedir a atuação criminosa. Os depoimentos testemunhais presentes aos autos revelam que o estacionamento não possui câmaras de vigilância ou seguranças e que transeuntes passam livremente pelo local (fls. 162/163, 187).

O funcionário da empresa apelada, Luiz Ricardo Volpato, afirmou: *Quando cheguei no estacionamento aconteceu um problema por que um veículo tinha entrado no estacionamento e saído em seguida sem parar* (fls. 156). *O supervisor do estacionamento, Denilson José Alves, também assegurou: Os funcionários não chegaram a ver o assalto, mas confirmaram que uma motocicleta entrou pela saída (...). Não tem segurança trabalhando no estacionamento. Acredito que*

*outras duas pessoas já tenham reclamado de assalto dentro do estacionamento (fls. 162/163).*

Pelo exposto, diante da prestação deficiente do serviço pelo estacionamento, restou caracterizado o dever de indenizar. Portanto, correta sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais no valor da quantia roubada (R\$ 18.000,00).

Destarte, o apelo não merece ser provido, devendo a sentença ser mantida conforme proferida, por encontrar-se correta.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014011-77.2000.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes LATASA-LATAS DE ALUMINIO S/A e ESCANHOELA ADVOGADOS ASSOCIADOS, é apelado/apelante REFRIGERANTES VEDETE LTDA.

**ACORDAM**, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 19510)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e PLÍNIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 13 de junho de 2013.

Salles Vieira RELATOR

**Ementa:** “**HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO APRECIÇÃO EQUITATIVA - Tratando-se de causa onde não há condenação, a fixação dos honorários deve ser feita por apreciação equitativa - Art. 20, §4º, do CPC - Honorários fixados em R\$10.000,00 que se mostram adequados a remunerar os patronos da ré de forma justa, dada a média complexidade da causa - Apelo improvido**”

### VOTO

Apelo da ré em face da r. sentença de improcedência proferida em Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Cambiária e Ação Cautelar de Sustação de Protesto em apenso.

Sustenta que a verba honorária, fixada em R\$10.000,00, não condiz com o trabalho desenvolvido pelos patronos da apelante. A hipótese dos autos é de clássica aplicação do parágrafo terceiro do art. 20 do CPC. O valor atualizado da causa corresponde à R\$1.407.615,19 e a ação demandou centenas de horas de trabalho, no decorrer dos nove anos de tramitação do processo. O valor fixado a título de honorários corresponde a menos de 1% do valor da causa. Requer o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença para o fim de majorar a verba honorária.

É o relatório.

Trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Obrigação Cambiária e Ação Cautelar de Sustação de Protesto em apenso, ajuizadas pela ora apelada, tendo por objeto diversas duplicatas mercantis, no valor total de R\$795.402,03.

A r. sentença de improcedência proferida nos autos, dirimiu o litígio com fundamento no fato de as duplicatas terem sido regularmente emitidas, não havendo prova de defeito na mercadoria fornecida, condenando a autora a arcar com os ônus de sucumbência, fixada a verba honorária em R\$10.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Ambas as partes apresentaram recursos de apelação (fls. 1534/1541 e 1545/1570), porém apenas o da ré foi recebido, vez que não foi recolhido o preparo do recurso da autora, à qual foi negado o benefício da assistência judiciária (fls. 1592 e 1632).

Sendo esta a breve síntese do necessário, passa-se à apreciação do recurso da ré.

Tratando-se de causa onde não há condenação, correta a fixação dos honorários advocatícios com fulcro no art. 20, §4º, do CPC, exatamente como constou da r. sentença.

Veja-se:

“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa”.

Ensina Yussef Said Cahali, in “Honorários Advocatícios”, à fl. 236, a respeito “das causas em que não há condenação”, que: “É exatamente nos casos de improcedência da demanda, ou de carência da ação em julgamento antecipado, que o dispositivo tem encontrado maior aplicação. Em casos tais, é perfeitamente legítima a fixação dos honorários em percentual sobre o valor da causa, à forma de apreciação equitativa do juiz, aquém do limite de 10%”.

Neste sentido:

“0027308-49.2011.8.26.0576 Apelação Relator(a): Matheus Fontes Comarca: São José do Rio Preto Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 15/03/2012 Data de registro: 04/04/2012 Outros números: 00273084920118260576 Ementa: **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBENCIA - FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS - VEDAÇÃO - ARBITRAMENTO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA - CPC, ART. 20, § 4º - ADSTRIÇÃO AOS CRITÉRIOS E, NÃO, AOS LIMITES PERCENTUAIS DO § 3º DESSE DISPOSITIVO LEGAL - ELEVAÇÃO DO VALOR - APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.**”

No tocante ao valor, a verba honorária fixada em R\$10.000,00 mostra-se justa a remunerar os patronos da ré de forma adequada, dada a média complexidade da causa.

Neste sentido, veja-se julgado do Colendo STJ onde, em causa de alta complexidade, fixou-se a verba honorária em valor equivalente a 1% do valor da causa:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.267.621 - DF (2011/0184360-4) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : EDSON QUEIROZ BARCELOS ADVOGADOS : GUILHERME MENEZES NAVES E OUTRO(S) EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S) EDSON QUEIROZ BARCELOS JÚNIOR E OUTRO(S) RECORRENTE : BANCO DO BRASIL S/A ADVOGADOS : GIOVANNI SIMÃO DA SILVA E OUTRO(S) SÉRGIO MURILO DE SOUZA E OUTRO(S) RECORRIDO : OS MESMOS EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS** ARBITRADOS EM PROCESSO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE A DIFERENÇA DO VALOR EXECUTADO E O RECONHECIDO COMO EFETIVAMENTE DEVIDO. MOMENTO DE AFERIÇÃO DOS VALORES. DATADO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. **HONORÁRIOS** EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REVISÃO DE **VALORES** IRRISÓRIOS.

1. Em liquidações de sentença cujo comando não se revela infenso a duplo sentido ou ambiguidade, deve o magistrado adotar como interpretação, entre as possíveis, a que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico, seja no aspecto processual, seja no substancial. Portanto, no caso não se há falar em ofensa à coisa julgada, uma vez que a mera interpretação do título nada acrescenta a ele e nada é dele retirado. 2. Com efeito, havendo mais de uma interpretação a ser extraída do título executivo, a única que deve ser aceita é aquela que parte da premissa de que a sentença não quis promover a iniquidade, concedendo ao advogado do devedor honorários que correspondem a quase quarenta vezes o valor do crédito da parte contrária. 3. Portanto, para

efeito de cômputo do percentual relativo a honorários de sucumbência, quando sua incidência recair sobre a diferença do valor pleiteado na execução e o efetivamente devido (parte imutável da sentença, ainda que em confronto com a jurisprudência da Corte), há de se considerar aquele montante da execução na data de sua propositura, e o valor efetivamente devido também nessa data, descabendo a atualização com os mesmos encargos do contrato subjacente à execução. 4. Em relação aos novos honorários da impugnação, **considerando que a causa é de complexidade relativamente alta, e que foram realizadas diversas perícias**, resolvidas várias impugnações, sendo elevado o valor que se conseguiu reduzir do pedido da parte adversa, **e, ademais, que o cumprimento de sentença se estende por cerca de 6 (seis) anos**, que foi evidentemente temerária a pretensão deduzida no cumprimento da sentença, no sentido de se buscar a execução de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) a título de sucumbência contra o verdadeiro credor do processo principal, **circunstância que exigiu grande combatividade dos advogados da parte contrária**, afigura-se ínfimo o valor arbitrado pelo acórdão recorrido (R\$ 1.000,00). **Com base nas diretrizes do art. 20, §º 4, do CPC, mostra-se razoável o arbitramento da verba no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que gira próximo a 1,0% (um por cento) do que foi decotado da execução (R\$ 19.797.343,61), com as consequentes atualizações a contar desta data.** 5. Recurso especial de Edson Queiroz Barcelos não provido e recurso especial de Banco do Brasil S/A provido”

Nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018994-27.2010.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ TADEU CALÚCIO (JUSTIÇA GRATUITA) e VANUSA DOS REIS SANTOS CALÚCIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VOTORANTIM CIMENTOS BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em 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 16672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA E SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

**Ementa:** DECADÊNCIA - CONTRATO DE CONCRETAGEM - PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS RESULTANTES DA MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - HIPÓTESE QUE NÃO SE SUJEITA AOS PRAZOS DECADENCIAIS DO ARTIGO 26 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, MAS SIM AO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS, PREVISTO NO ARTIGO 27 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL - DECADÊNCIA AFASTADA - AÇÃO AJUIZADA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL - NÃO APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CAUSA NÃO MADURA PARA JULGAMENTO - SENTENÇA ANULADA, COM DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS PARA A VARA DE ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO - RECURSO PROVIDO.

## VOTO

Apelação interposta para reformar sentença que declarou a decadência do direito dos autores em pleitear o ressarcimento dos prejuízos sofridos por vício na prestação de serviços.

Os autores defendem que não ocorreu a decadência do direito postulado em juízo, uma vez que a hipótese dos autos cuida de pedido de reparação dos danos resultantes da má prestação de serviços pela ré, sujeita, portanto, ao prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Requerem a anulação da sentença, com o retorno dos autos ao juízo de origem para a abertura da instrução processual.

Recurso processado nos termos da lei.

É o relatório.

A pretensão merece acolhida.

Cuida-se de ação que tem por objeto a reparação dos danos sofridos pelos autores em razão de suposta falha na prestação de serviços de concretagem contratados com a empresa ré.

Afirmam os autores que, após a realização da concretagem, surgiram

inúmeras trincas e rachaduras profundas ocasionando infiltrações e constantes vazamentos no imóvel, razão pela qual requerem indenização pelos prejuízos materiais e morais sofridos.

Ora, não era o caso de se reconhecer a decadência do direito postulado em juízo.

De fato, tratando-se de ação em que o consumidor pretende o recebimento de indenização por danos decorrentes da falha na prestação dos serviços contratados, aplica-se ao caso dos autos o prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não os prazos de decadência enumerados no artigo 26 do referido Diploma Legal.

Nesse sentido, posiciona-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.*

*DANOS MORAIS E MATERIAIS. INDENIZAÇÃO POR MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. LEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO. MULTA. ART. 557, § 2º, DO CPC. CABIMENTO.*

*1. O prazo decadencial previsto no art. 26, II, do CDC, somente atinge parte da pretensão autoral, ou seja, aquela estritamente vinculada ao vício apresentado no bem, nada influenciando na reparação pelos danos materiais e morais pretendidos. Precedentes.”* (AgRg no AREsp 52038/SP. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. DJ 25.10.2011).

Na hipótese em exame, o autor teve conhecimento dos danos logo após a prestação dos serviços, ocorrida em fevereiro de 2007. Logo, a ação foi ajuizada dentro do prazo legal, em março de 2010.

Assim sendo, fica afastada a decadência do direito do autor.

Ressalte-se, por último, que não é possível a aplicação por analogia do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, e julgar nesta oportunidade o mérito da lide. Isso porque a causa ainda não está madura para julgamento, sendo necessária a completa instrução processual, nos termos em que pleiteada pelas partes.

Nestas condições, anula-se a sentença e determina-se o retorno dos autos à vara de origem para o seu regular processamento.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020678-44.2011.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS DA INDÚSTRIA EXODUS I, são apelados ESTETO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA (NÃO CITADO) e ALGE TRANSFORMADORES LTDA (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), DIMAS CARNEIRO E JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 6 de agosto de 2013

PEDRO KODAMA, Relator

**Ementa: Apelação - Embargos de Terceiro - Extinção liminar Esbulho de bem, sob posse ou de titularidade, inexistente - Legitimidade não configurada - Pagamento que deve ser pleiteado por via própria - Decisão mantida - Recurso não provido.**

### VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 39, alvo de embargos de declaração rejeitados (fls. 43/47 e 48/49), cujo relatório adoto em complemento, que rejeitou liminarmente os embargos de terceiro, nos termos do art. 267, VI c/c 295, III, todos do CPC.

Inconformado, apela o Fundo de Investimento em Direitos Creditórios da Indústria Exodus I (autor).

Sustenta, em apertada síntese, que é titular, por cessão, dos direitos emergentes da duplicata mercantil nº 234B, no valor de R\$28.000,00 e há prova nos autos que os valores referentes ao título foram depositados nos autos da ‘Ação Declaratória de Inexigibilidade de Título’ ajuizada por Esteto Engenharia e Comércio Ltda em desfavor da cedente Alge Transformadores Ltda (fls. 70/83). Demonstrada a constrição e tratando-se, os direitos creditórios, de bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CPC), entende que possui interesse para o manejo dos embargos de terceiro. Requer, por fim, o provimento do recurso,

com o regular processamento do feito.

O recurso é tempestivo.

Os comprovantes de recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno foram juntados a fls. 61/63.

Tendo em vista a rejeição liminar, os réus não foram citados.

É o relatório.

Versa o feito sobre embargos de terceiro opostos por Fundo de Investimento em Direitos Creditórios da Indústria Exodus I em face de Esteto Engenharia e Comércio Ltda e Alge Transformadores Ltda.

Narra o embargante, em síntese, ser o legítimo titular dos direitos creditórios emergentes da duplicata mercantil nº 234B, no valor de R\$ 28.000,00, porquanto adquiridos em ‘Contrato de Cessão e Aquisição de Direitos de Crédito e Outras Avenças’ (fls. 20/34), de modo que deveria ter recebido o pagamento da quantia que foi depositada judicialmente. Pretende, com os presentes autos, obter o levantamento dos valores postos à disposição do juízo.

A r. sentença merece manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cabe acrescentar ao *decisum*, todavia, algumas considerações.

Em primeiro lugar, não se ignora que a duplicata levada a protesto por Esteto Engenharia e Comércio Ltda foi cedida à embargante Fundo de Investimento em Direitos Creditórios da Indústria Exodus I. E dinheiro, bem móvel, é passível de proteção possessória.

Ocorre, no entanto, que o disposto no art. 1.046 do CPC é claro ao dispor que somente em caso de turbação ou esbulho na posse de bens por ato de apreensão judicial a parte pode pleitear, por meio de embargos de terceiro, a manutenção ou restituição de bens.

Segundo os ensinamentos de VICENTE GRECO FILHO, em sua obra *Direito Processual Civil Brasileiro*, v.3. São Paulo: Saraiva, 21ª edição, página 307, são pressupostos dos embargos de terceiro:

*‘a) uma apreensão judicial; b) a condição de senhor ou possuidor do bem; c) a qualidade de terceiro em relação ao feito de que emanou a ordem de apreensão; d) a interposição dos embargos no prazo do art. 1.078.*

*A apreensão judicial é uma das acima enumeradas ou outra prevista na lei, por exemplo, a busca e apreensão. A condição de senhor ou possuidor é a qualidade que fundamenta a pretensão de exclusão. Essa qualidade não é objeto da ação, mas parte de seu fundamento jurídico. Quem não for senhor nem possuidor não tem interesse processual nem legitimidade para os embargos de terceiro (art. 1.046, §1º).’*

Ora, o embargante, no caso, jamais pleiteou ou obteve o pagamento dos R\$ 28.000,00, e os valores em questão foram voluntariamente depositados em ação declaratória de inexigibilidade de duplicata (portanto jamais houve constrição judicial) e o embargante nunca foi senhor ou possuidor dos valores colocados à disposição do juízo por Esteto Engenharia e Comércio Ltda, ou seja, não possui legitimidade para opor os embargos.

E nem se alegue que o devedor depositou em juízo a quantia que lhe cabe e, por este motivo, pode pleitear o levantamento.

Se a parte entende que possui direito ao pagamento, incumbe-lhe ajuizar a demanda cabível para a satisfação de seu crédito. E se crê tratar-se de parte legítima para figurar no polo passivo da ação declaratória, deve pleitear o seu ingresso naqueles autos.

Nunca é demais lembrar, por fim, que o depósito judicial para obtenção da sustação de protesto não é pagamento e eventual liberação da suposta constrição somente autorizaria o retorno da quantia ao depositante, no caso, Esteto Engenharia e Comércio Ltda.

Por qualquer ângulo que se examine a questão, a extinção liminar dos embargos mostrou-se adequada e a r. sentença merece manutenção.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021515-78.2011.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MONTE CASTELO PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA - ME, é apelado YARA CRISTINA MICELI.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.364)**

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

São Paulo, 11 de setembro de 2013

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO COM REVISÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE**

**COBRANÇA - MULTA CONTRATUAL INDEVIDA - INADIMPLEMENTO INVOLUNTÁRIO DA OBRIGAÇÃO DA CONTRATANTE (CASO FORTUITO).** Diante do falecimento do noivo da contratante (caso fortuito), o contrato é resolvido por inexecução involuntária da obrigação, de sorte que não há se falar em incidência da cláusula penal, ainda que contratualmente prevista (Cód. Civil, artigos 393 e 408). **ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - INVERSÃO – DESCABIMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO.** A autora deu causa à propositura da demanda, haja vista que era sabedora da ocorrência do caso fortuito e, ainda assim, ajuizou a demanda de cobrança. Verba honorária reduzida, a fim de se adequar ao que preceitua o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 77/79 **julgou improcedente a ação de cobrança** ajuizada por **Monte Castelo Promoções e Eventos Ltda** contra **Yara Cristina Miceli**, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas do processo, além de honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor atualizado da causa.

Inconformada com o provimento de primeiro grau, a empresa autora interpôs, a fls. 86, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 87/90. Alega que somente ingressou com a demanda em razão da demora da requerida em encaminhar o atestado de óbito de seu noivo, de modo que presumiu ser o caso de mero inadimplemento contratual. Aduz que deve ser afastada sua condenação em relação aos ônus da sucumbência, haja vista que foi a autora quem deu causa à propositura da demanda.

Recurso recebido e bem processado. Contrarrazões a fls. 113/122.

### **É o relatório.**

Cuidam os autos de **ação de cobrança** decorrente de contrato de prestação de serviços, por meio do qual a autora exige a quantia estabelecida na cláusula penal, diante do inadimplemento contratual da requerida.

Ao contrário do que sustenta a autora, não é caso de incidência da cláusula penal.

A requerida comprovou nos autos a ocorrência do caso fortuito morte de seu noivo (fls. 49) , típica hipótese de inexecução involuntária da obrigação, consoante preceitua o art. 393 do Cód. Civil. Trata-se, portanto, de hipótese de

resolução do contrato, e não de mera rescisão por inadimplemento contratual.

Confira-se, nesse sentido, a seguinte ementa:

*“Contrato - Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores pagos - Prestação de serviços artísticos - Apresentação musical de cantor e banda - Contratação com a finalidade exclusiva de brindar os sessenta anos de casamento dos pais dos representantes legais da contratante - Falecimento de um dos homenageados - Manifestação do propósito de resilição do contrato não impugnado pela contratada - Verificação de caso fortuito, a elidir a responsabilidade da contratante - Hipótese em que a multa contratual é indevida e que as parcelas do preço antecipadamente quitadas devem ser restituídas à contratante - Inexistência de prejuízo à contratada, porquanto o evento foi cancelado com cerca de cento e vinte dias de antecedência, a possibilitar o agendamento de nova apresentação na mesma data - Pedido inicial julgado procedente - Sentença mantida - Recurso improvido”.*<sup>1</sup>

Com a resolução do contrato - vale dizer, perdida sua eficácia -, resolve-se também a cláusula penal, haja vista se tratar de obrigação acessória.

E ainda que assim não fosse, reza o art. 408 do Cód. Civil<sup>2</sup> que o devedor somente incorrerá na cláusula penal se agir culposamente para o descumprimento de sua obrigação, o que deveras não ocorreu.

A requerida sustenta, em suas razões de apelação, que a propositura da demanda somente ocorreu em decorrência da demora da contratante em apresentar o atestado de óbito de seu noivo. Ocorre que, ciente do motivo da resolução do contrato, deveria ter aguardado a providência por parte da contratante, mormente pelo fato de se tratar de documento expedido por órgão de Estado estrangeiro, sendo de ciência notória os entraves burocráticos que envolvem a questão.

Assim, com base no princípio da causalidade, e diante da sucumbência integral, de rigor a condenação da apelante ao pagamento das custas e despesas dessa demanda, além dos honorários advocatícios da parte adversa.

Em apenas um ponto comporta provimento o recurso da autora.

No que concerne à fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, o magistrado pode se pautar pela apreciação equitativa estatuída no art. 20, § 4º, do CPC, consoante as diretrizes gizadas no § 3º do art. 20 da lei de ritos. Dessa maneira, observados o grau de zelo do profissional, a complexidade da causa e o tempo despendido com a demanda, arbitra-se a verba honorária em R\$

1 TJSP - 19ª Câmara de Direito Privado - Apelação Com Revisão nº 9149604-14.2002.8.26.0000 J. 05/06/2007.

2 Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

5.000,00, quantia que atende adequadamente às peculiaridades da controvérsia, às exigências dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Postas essas premissas, dá-se parcial provimento ao recurso, para os fins acima anunciados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023465-83.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO DE ALMEIDA SILVA, é apelado INSTITUTO EDUCACIONAL SEMINARIO PAULOPOLITANO.

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8094)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

**Ementa: COBRANÇA - MENSALIDADE ESCOLAR - CURSO DE DESENHO INDUSTRIAL - Dívida paga - Cobrança da primeira mensalidade, vencida em janeiro de 2007 - Cláusula contratual dispondo que a primeira parcela corresponde à matrícula Recibo apresentado com a defesa, comprovando a quitação do valor cobrado - Sentença reformada para julgar improcedente a ação de cobrança, com inversão do ônus da sucumbência, fixada a verba honorária nesta instância em R\$ 1.000,00 - Inaplicabilidade do art. 940 do Código Civil, tendo em vista que a ação não ostenta caráter dúplice, o que exige a apresentação de reconvenção por parte do réu - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de ação proposta pelo INSTITUTO EDUCACIONAL

SEMINÁRIO PAULOPOLITANO contra RICARDO DE ALMEIDA SILVA, objetivando o recebimento da quantia de R\$ 902,13, originada do contrato de prestação de serviços educacionais.

Sobreveio sentença de procedência, cujo relatório se adota, para condenar o réu ao pagamento de R\$ 2.624,22, com base na ausência de prova da quitação da dívida cobrada, condenando o réu, ainda, na verba honorária fixada em 20% do valor da condenação (fls. 65/66).

Inconformado, o réu vem recorrer, sustentando, em resumo, que não foi observado o aditamento à inicial, que reduziu o período e o valor cobrado; que houve pagamento antecipado da mensalidade cobrada; e que o réu deve ser condenado no dobro do valor cobrado indevidamente (fls. 81/84).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 92/95). **É o relatório.**

Consta da petição inicial que o autor pretende a condenação do réu nas mensalidades escolares vencidas em janeiro, maio e junho de 2007, referente ao curso de desenho industrial (fls. 02/07).

Antes da citação, o autor apelado apresentou aditamento à inicial, requerendo a cobrança apenas da mensalidade de janeiro de 2007, no valor original de R\$ 520,00 (fls. 23/24).

Depreende-se do contrato de prestação de serviços educacionais, firmado em 21/12/2006 (fls. 10/11), que a semestralidade “será dividida em seis parcelas mensais e iguais, sendo a primeira parcela a título de matrícula, para os alunos ingressantes” (cláusula 3ª) (g/n).

O recibo apresentado pelo réu apelante a fl. 63 comprova o pagamento da matrícula de janeiro de 2007, feito no mesmo dia da assinatura do contrato.

Nesse contexto, é inquestionável o pagamento da mensalidade de janeiro/2007. Cabe registrar que o recibo menciona expressamente que o pagamento da 2ª parcela da semestralidade deverá ser efetuado até fevereiro de 2007, significando com isso que o pagamento feito em 21/12/2006 (fl. 63) corresponde à matrícula juntamente com a 1ª parcela de 2007, que é objeto da presente ação.

Assim, imperiosa a reforma da sentença para que a ação seja julgada improcedente, condenando o autor apelado nas custas e despesas processuais, além da verba honorária fixada nesta instância em R\$ 1.000,00.

O pedido de devolução em dobro, com base no art. 940 do Código Civil, não pode ser acolhido, considerando que a ação não ostenta caráter dúplice, o que exige a apresentação de reconvenção por parte do réu; quer dizer, sem pedido expresso do réu, não há falar-se em condenação em dobro do autor.

Do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do réu.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026578-70.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante LEONIDES CAVALCANTE CENTENO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSE ANTONIO SOMERA.

**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 21.183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

CESAR LACERDA, Relator

**Ementa: Locação residencial. Embargos à execução. Improcedência. Pretensão de compensação de débito com benfeitorias. Impossibilidade. Existência de cláusula contratual afastando o direito de indenização por benfeitorias. Recurso desprovido.**

## VOTO

Ar. sentença de fls. 70/verso, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos opostos por Leonides Cavalcante Centeno à execução que lhe move José Antonio Somera, com fundamento no art. 269, I, do CPC.

Inconformado, apela o réu (fls. 79/82). Sustenta o abatimento dos valores devidos a título de locação e encargos dos valores gastos por ele com os reparos indispensáveis à segurança do imóvel locado. Requer a indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, mediante a compensação do débito locatício, uma vez que o imóvel já foi entregue ao locador.

Recurso regularmente processado, com resposta (fls. 86/91).

### **É o relatório.**

A irresignação da apelante desmerece acolhida, eis que a respeitável sentença recorrida conferiu adequada solução à lide.

A Lei n. 8.245/91 estabelece, em seu art. 35, que “salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito

de retenção”. Como se observa, o locador deve indenizar o locatário pelas benfeitorias necessárias e úteis, desde que o contrato de locação não disponha de modo diverso.

Compulsando o instrumento celebrado entre as partes, verifica-se que a cláusula 11 dispõe que “O Locatário não poderá fazer modificações ou transformações no imóvel locado, nem introduzir quaisquer benfeitorias no mesmo, sem que haja prévio aviso e consentimento por escrito do Locador. Ditas benfeitorias, desde que realizadas com o consentimento expresso do Locador, ficarão incorporadas ao imóvel, sem qualquer direito, ao Locatário, de retenção ou indenização, ao término da locação.” (fls. 34/35).

Sendo assim, inoportuna e descabida a pretendida compensação dos valores supostamente gastos, ante os termos da referida cláusula, cuja validade é reconhecida, demais, pela Súmula 335 do STJ: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção”.

Em suma, houve expressa renúncia do locatário de perseguir qualquer compensação por eventuais obras realizadas no imóvel.

A propósito, pede-se vênia para transcrever a seguinte ementa:

“Processual Civil. Locação. Direito de retenção e indenização de benfeitorias. Cláusula de renúncia. Validade. Produção de prova pericial. Cerceamento de defesa. Inexistência. Ainda que a nova Lei do Inquilinato assegure ao locatário, em seu art. 35, o direito de indenização e retenção pelas benfeitorias, é válida a cláusula inserida nos contratos de locação urbana de renúncia aos benefícios assegurados. - A existência de cláusula contratual em que o locatário renuncia ao direito de retenção ou indenização torna desnecessária a realização de prova pericial das benfeitorias realizadas no imóvel locado. - Recurso especial não conhecido” (STJ - REsp. 265.136 - MG - 6ª T. - Rel. Min. Vicente leal - DJU 19.02.2001 - p. 00259)”, in Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Código Civil Anotado, Porto Alegre: Síntese, 2004, pág. 344.

Ademais, as benfeitorias úteis, que têm por finalidade dar maior conforto ou comodidade ao inquilino somente são indenizáveis se tiverem sido autorizadas de modo expresso pelo locador, o que não ocorreu na hipótese dos autos (fls. 51).

Em conclusão, os argumentos desenvolvidos no recurso não se mostram aptos a infirmar as conclusões da decisão recorrida, sendo esta mantida na esteira de seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0046374-91.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S/A, é apelado FOX SUL AGENCIAMENTO DE CARGAS E DESPACHOS INTERNACIONAIS LTDA.

**ACORDAM**, em 24ª 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 10.432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), SALLES VIEIRA E PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 29 de agosto de 2013

WALTER CESAR EXNER, Relator

**Ementa: Cobrança. Transporte marítimo. Sobrestadia. Obrigação pactuada em moeda estrangeira. Conversão para a moeda nacional na data do efetivo pagamento. Majoração dos honorários advocatícios. Admissibilidade. Exegese do artigo 20, §4º, do CPC. Recurso provido.**

### VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança movida pela apelante em face da apelada que a r. sentença de fls. 117/119, de relatório adotado, julgou procedente em parte para condenar a ré apelada ao pagamento do equivalente a US\$ 1.407,06, convertidos ao câmbio oficial na data de ajuizamento da demanda, com correção monetária desde a distribuição, além de juros de mora a contar da citação, incluídas custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Irresignada, apela a autora pleiteando, em suma, a adoção do câmbio do dólar vigente à época do efetivo pagamento, bem como a majoração da verba honorária, tendo em vista o seu valor irrisório, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC.

O recurso foi recebido no duplo efeito e a parte contrária não apresentou resposta, tendo em vista a sua revelia.

### É o relatório.

Nos autos, restou incontroverso, ante a revelia da empresa-ré, a celebração de contrato de transporte marítimo entre as partes, tendo havido, contudo, a devolução tardia dos contêineres que foram disponibilizados a esta, restando igualmente incontestado que os valores decorrentes de tal conduta, acertados a título de sobrestadia, totalizaram a quantia de US\$ 1.407,06.

Nesse passo, de rigor o acolhimento do recurso, pois, *“em se tratando de obrigação constituída em moeda estrangeira, a sua conversão em moeda nacional deve ocorrer na data do efetivo pagamento, incidindo os juros de mora e a atualização monetária a partir do vencimento de dada fatura”* (STJ, REsp 1212847/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 21/02/2011).

De outro lado, tendo em vista o disposto no artigo 20, §4º, do CPC, bem como o baixo valor da condenação, fixo a verba honorária em R\$ 700,00, compatível com a baixa complexidade da demanda e trabalho realizado pelo causídico da parte autora.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0089042-40.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado CELIAAZEVEDO DE CASTRO (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 24ª 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 10463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), SEBASTIÃO FLÁVIO E SALLES VIEIRA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

ERSON DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: Apelação. Monitória. Determinação para o autor promover a juntada de documento, no prazo de emenda, não atendida. Extinção com fulcro nos artigos 267, I e IV do CPC. Inconformismo. Cabimento. Ausência de intimação pessoal. Inadmissibilidade.**

**Inteligência do art. 267, inciso III e § 1º do CPC.  
Precedentes do STJ. Extinção afastada. Recurso  
provido.**

## VOTO

Trata-se de ação monitória, fundada em contrato de financiamento de veículo movida pelo recorrente.

A r. decisão de fl. 14 determinou que o autor providenciasse a juntada do contrato firmado entre as partes, no prazo de dez dias, sob pena de extinção. Considerando que não houve manifestação (fls. 16), a r. sentença de fl. 17, com fundamento nos artigos 267, I e IV, do CPC, julgou extinta a ação sem conhecimento do mérito.

Inconformado, o autor apelou, com escopo de reforma da r. sentença, a princípio solicitando juízo de retratação do magistrado, com base no artigo 296 do CPC. No mérito, aduz que, para a extinção da ação por abandono, segundo o artigo 267, § 1º do CPC é necessária a intimação pessoal do autor.

O recurso foi regularmente processado, com preparo.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Primeiro, cumpre observar que embora conste na sentença que a extinção se deu nos termos do art. 267, incisos I e IV, do CPC, na verdade, o processo foi extinto porque o autor não deu andamento ao processo, providenciando a juntada do contrato objeto da demanda, como determinado na decisão de fl. 14.

Desta forma, a extinção está fundada no inciso III (abandono de causa) e não no inciso IV (ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento regular do processo) do art. 267 do CPC.

Ocorre que para que extinção por abandono de causa fosse regular, a intimação deveria ter sido pessoal e específica para a movimentação do feito, em consonância com o art. 267, inciso III e § 1º do CPC. Neste sentido:

**“PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR MAIS DE TRINTA DIAS PELO ART. 267, III, § 1º, DO CPC. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE. NECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.**

**1.- Nos termos do art. 267, III, do CPC, o abandono da causa pelo autor pressupõe a demonstração inequívoca do ânimo de abandonar o processo exteriorizado pela inércia manifesto situação que, processualmente, apenas, se configura quando, intimado pessoalmente, permanece o autor silente quanto ao intento de prosseguir no feito, circunstância que não se revela na espécie dos**

**autos, visto que não intimada pessoalmente a autora, não sendo possível presumir o desinteresse ante o fato de haver antes requerido a suspensão do processo para informar o endereço do réu. Precedentes do STJ.**

2.- Recurso Especial provido”. (REsp 1137125/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI,

TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 27/10/2011).

Desta forma, como a intimação para dar andamento não foi pessoal, a ação não poderia ser extinta por abandono de causa.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para anular a r. sentença e determinar que o feito retome seu regular trâmite, com intimação pessoal do representante legal do autor, para dar andamento ao feito, com juntada do documento determinado pelo magistrado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0103900-26.2005.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MANUEL ANTÔNIO DO VALE RODRIGUES e MARIA DE JESUS JOÃO ALVES, é apelado ALDO BRUGNERA JUNIOR.

**ACORDAM**, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Deferido o prazo de 48h para juntada do substabelecimento.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13204)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e ROCHA DE SOUZA.

São Paulo, 4 de julho de 2013.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

**Locação de imóveis. Ação de exoneração de fiança. Cláusula de renúncia ao benefício da exoneração. Fiadores que se responsabilizaram, solidariamente, até a data da efetiva entrega das chaves do imóvel locado. Ação julgada improcedente. Apelação dos autores. Renovação dos argumentos anteriores. Pretensão à exoneração da fiança desde a data do término de contrato. Impossibilidade. Súmula 214 do C. STJ. Inaplicabilidade. Prorrogação do contrato de**

**locação por prazo indeterminado: presunção (art. 46, parágrafo primeiro, da Lei de Locação). Fiança que é pacto acessório à locação e, portanto, segue a sorte do principal. Cláusula contratual de renúncia ao direito de exoneração. Irrelevância. Fiança prestada sob a égide do Código Civil de 1916. Exoneração do encargo: previsão legal. Norma de ordem pública que prevalece sobre disposição contratual. Ação de natureza declaratória. Citação do locador que cumpre o requisito do art. 835 do CC. Exoneração ocorrida com a citação do apelado. Responsabilidade dos fiadores que perdura por 120 dias contados da data da citação. Art. 40, X, da Lei nº 8.245/91. Precedentes. Sentença reformada, para julgar a ação parcialmente procedente. Sucumbência recíproca reconhecida. Recurso provido em parte.**

## VOTO

Cuida-se de apelação (fls. 74/82) interposta por Manuel Antônio do Vale Rodrigues e outra contra a r. sentença de fls. 68/71, que julgou improcedente a ação de extinção de fiança ajuizada em face de Aldo Brugnera Júnior. No mesmo fôlego, condenou os autores, ora apelantes, ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado do débito.

Renovam, em síntese, os mesmos argumentos trazidos na petição inicial. Afirmam que a fiança é obrigação acessória e que deve ser interpretada restritivamente. Alegam que não anuíram com a prorrogação do contrato, de modo que não podem ser responsabilizados pelos aluguéis vencidos. Aduzem que a cláusula que prevê a responsabilidade deles fiadores até a entrega das chaves do imóvel é ilegal e abusiva, já que a fiança não admite interpretação extensiva. Sustentam que a renúncia ao direito de exoneração da fiança ofende ao princípio da boa-fé e que não podem ficar indefinitivamente vinculados ao contrato de locação. Pretendem a concessão de liminar para impedir que seus bens sejam expropriados. Postulam a reforma da r. sentença.

Contrarrazões a fls. 88/95.

### **É o relatório do necessário.**

Respeitado entendimento em sentido diverso, o recurso comporta parcial provimento.

Trata-se de ação declaratória de exoneração de fiança ajuizada por Manuel Antonio do Vale Rodrigues e outra, visando a sua exoneração da fiança

prestada no contrato de locação firmado entre Aldo Brugnera Júnior, locador, e Jaques Krauss e Nilze Sampaio Krauss, locatários, cujo contrato vigia por prazo indeterminado.

Por primeiro, anoto não ser aplicável o disposto na Súmula 214 do C. STJ à hipótese colocada nos autos, como sustentado pelos apelantes. Na verdade, a prorrogação do contrato de locação, que passou a vigor por prazo indeterminado, não se trata de aditamento. Assim, desnecessária a anuência do fiador.

Ademais, o contrato de locação objeto da ação de execução (cópia a fls. 11/21) reveste-se dos requisitos legais. Quanto ao valor principal, o certo é que os fiadores assinaram o contrato e assumiram solidariamente todas as obrigações atinentes aos locatários até a efetiva entrega das chaves.

Não obstante a previsão de que o contrato fora firmado por prazo determinado, qual seja, trinta meses a partir de 15.12.1999 (cfr. cláusula segunda, fl. 11), há previsão da possibilidade de prorrogação do contrato, conforme se infere da análise da Cláusula Vigésima Terceira do contrato (fl. 20)

Portanto, permanecendo os locatários no imóvel, presume-se prorrogada a locação por prazo indeterminado.

Essa presunção é extraída da análise do parágrafo primeiro do art. 46 da Lei nº 8245/91, que trata da prorrogação da locação residencial, e assim dispõe: *“Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato”*.

Ora, não há dúvida de que o contrato de locação firmado estava vigendo por prazo indeterminado. E, ainda, a teor do disposto no art. 39 da mesma Lei, a garantia da locação se estende até a **efetiva devolução do imóvel**. O certo é que os fiadores assinaram o contrato e assumiram solidariamente todas as obrigações atinentes aos locatários, anuindo, inclusive, que tais responsabilidades se estendam “até a efetiva entrega das chaves e aceitação destas pelo LOCADOR, mediante recibo, **mesmo depois de findo o prazo contratual**” (grifei, conforme Cláusula Décima Sétima, a fl. 40).

Esse o entendimento já pacificado na jurisprudência desta E. Corte, conforme se denota dos seguintes julgados:

*“APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou procedente ação de cobrança. Contrato de locação. Fiança. Cláusula que prevê a responsabilidade dos fiadores até a efetiva entrega das chaves. Solidariedade de fiadores e locatário. Existência de laudo de vistoria de entrada no imóvel, firmado pelas partes. Laudo de vistoria, após a emissão da posse judicial, que guarda relação de credibilidade. Sentença mantida. Apelação não provida”*. (Apelação nº 0010074-70.2011.8.26.0506, Rel. Des. MARIO A. SILVEIRA,

33ª Câmara de Direito Privado, j. 26/11/2012);

**“LOCAÇÃO. Fiança. Embargos de devedor. Improcedência. Eficácia da fiança outorgada sem a outorga uxória. Responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, sem que se fale em extinção automática da fiança com o só vencimento do prazo estabelecido no contrato. Recurso denegado.”** (grifei, Apelação nº 992.08.050909-5, Rel. Des. SEBASTIÃO FLÁVIO, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 09/03/2010);

E,

**“Prorrogada a locação, prorroga-se também a fiança até a devolução do bem, a refletir responsabilidade dos fiadores que não cuidaram de se exonerar do encargo”.** (Apelação 992.09.070047-2, Rel. Des. CELSO PIMENTEL, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 01/09/2009).

E, da mesma forma, o posicionamento do C. STJ:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA.**

**PRORROGAÇÃO. ENTREGA DAS CHAVES. 1. Havendo ‘cláusula expressa no contrato de aluguel prevendo que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado’. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”.** (AgRg no REsp 1218734/DF, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, j. 18/12/2012);

E,

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. PRECEDENTES. NOVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 566.633/CE, firmou o entendimento de que, havendo, como no caso vertente, cláusula expressa no contrato de aluguel de que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. 2. A falta de prequestionamento inviabiliza a análise do recurso quanto à matéria relativa à novação do contrato locatício. Súmulas 282 e 356/STF. 3. Embargos recebidos como agravo regimental a que se nega provimento”.** (grifei, EDcl no Ag 1168224/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma do C. STJ, j. 09/02/2010).

Contudo, na hipótese dos autos, no tocante à possibilidade de exoneração dos fiadores, algumas considerações devem ser feitas.

Importante consignar que a cláusula contratual em que consta a renúncia

do fiador ao benefício previsto no art. 1.500 do CC/16 - atual 835 do CC/02 - (parágrafo primeiro, item a, da Cláusula Décima Sétima do contrato juntado a fls. 11/21) **não** subsiste após o decurso do prazo inicialmente previsto para a duração da locação. Tal cláusula é válida tão somente enquanto vigor o prazo da locação, não se aplicando quando o contrato passou a vigorar por prazo indeterminado.

Ora, se assim não fosse, estaríamos diante de uma obrigação eterna, sem que o fiador, que se obriga pessoalmente pela dívida do locatário, pudesse exonerar-se de tal ônus. O direito não se compraz com relação jurídica eterna e permanente, especialmente no campo dos direitos pessoais, como é o caso do contrato de fiança. E o Novo Código Civil permite, ainda, a exoneração da fiança mediante simples notificação extrajudicial do credor, ao qual a lei assegurou prazo suficiente (sessenta dias) para exigir do afiançado uma nova garantia.

Portanto, trata-se a norma de ordem pública aquela prevista no art. 835 do CC/02 (art. 1.500 do CC/16) e que assegura ao fiador o direito de se exonerar da fiança, de modo que não se admite transação a seu respeito, como sustentado pelo locador-apelado. Dessa forma, a renúncia manifestada na referida cláusula contratual deixa de produzir qualquer efeito jurídico a partir da vigência por prazo indeterminado da locação.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

*“(...) Pretensão do fiador de se exonerar da fiança a que se obrigou. Possibilidade. Ausência de incompatibilidade entre o art. 835 do CC 2002 e o art. 39 da Lei n. 8.245/91. Renúncia ao direito de exoneração que não mais produz efeitos após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado. Precedentes. Valor dos honorários fixados de maneira excessiva em Primeiro Grau. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO”.* (grifei, Apelação nº 9168145-61.2003.8.26.0000, Rel. Des. HUGO CREPALDI, 25<sup>a</sup>

Câmara de Direito Privado, j. 31/08/2011);

E,

*“Locação de imóvel - Fiança - Término do prazo contratual - Renúncia do fiador à exoneração - Insubsistência - Notificação operada para os fins do disposto no artigo 835 do Código Civil - Garantia extinta - Admissibilidade. A renúncia à exoneração estabelecida contratualmente constitui cláusula inoperante após vigorar a locação por prazo indeterminado, sendo lícito ao fiador reclamar sua liberação consoante previsão do artigo 835 do Código Civil. Recurso improvido”.* (grifei, Apelação nº 0017410-14.2005.8.26.0320, Rel. Des. ORLANDO PISTORESINI, 30<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, j. 29/06/2011).

E inexistente incompatibilidade do benefício previsto no artigo 835 da lei civil com as regras contidas na Lei de Locação (Lei nº 8.245/91). Muito ao contrário, já que estão em perfeita consonância.

Pois bem. Na hipótese dos autos, não há dúvida de que, quando o contrato de locação passou a vigor por prazo indeterminado (a partir de 14.06.2002, cfr. Cláusula Segunda, a fl. 11), houve a prorrogação da fiança. A exoneração da fiança somente é possível quando manifestada expressamente, pelos fiadores, nos termos do que dispõe o art. 835 do CC/02 (art. 1.500 do CC/16).

Contudo, a intenção de os fiadores, ora apelantes, de colocarem fim à fiança somente fora externada quando do ajuizamento da presente ação, de modo que, até esse momento, eram eles responsáveis solidariamente pelos encargos locatícios. Se pretendiam os apelantes a exoneração da fiança após o término do contrato por prazo determinado, deveriam ter providenciado a notificação (ainda que extrajudicialmente) do locador e dos locatários, o que não foi feito (art. 835 do CC/02, antigo art. 1.500 do CC/16).

Por sua vez, com o ajuizamento da ação de exoneração pelos apelantes, a citação do locador cumpre o requisito da cientificação exigida pelo art. 835 do diploma civil. Nesse sentido:

*“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CLÁUSULA QUE PREVÊ A OBRIGAÇÃO ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL REALIZADA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. EXONERAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CITAÇÃO EM AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE FIANÇA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO LOCADOR. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 835 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E*

*PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Havendo cláusula expressa no contrato de aluguel por meio da qual o fiador assume a responsabilidade pelos débitos locatícios até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, como ocorrido na espécie, não há falar em desobrigação deste, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. Precedentes do STJ.*

*2. Os efeitos da fiança locatícia se protraem no tempo, razão pela qual, não obstante o contrato afiançado, a notificação extrajudicial encaminhada pela fiadora, em que comunicava sua intenção de se exonerar da fiança, e o ajuizamento da ação de exoneração de fiança datem de período anterior à vigência do atual Código Civil, deve a questão ser examinada à luz de suas disposições. Inteligência do art. 2.035, caput, do Código Civil de 2002. 3. A simples notificação extrajudicial realizada pelo fiador, realizada quando vigia a regra do art. 1.500 do Código Civil de 1916, não o exonera da fiança prestada, uma vez que a exoneração somente poderia se dar por ato amigável ou por sentença judicial. 4. A citação do locador na ação de exoneração de fiança contra ele ajuizada importou em sua inequívoca cientificação a respeito da intenção do fiador de se exonerar, incidindo na espécie, por conseguinte,*

*a regra do art. 835 do novo Código Civil. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.*” (grifei, Resp nº 1.090.298/SP, Quinta Turma do STJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j.19/02/2009);

E,

“(…) Possibilidade de exoneração após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado. Necessidade, porém, de notificação escrita do locador sobre o não interesse do fiador em continuar garantindo a locação, não bastando a tanto a comunicação verbal desse desinteresse. **Citação do locador para a ação de exoneração da fiança que supriu a ausência de sua prévia notificação escrita.** Responsabilidade dos fiadores que perdurou até sessenta dias após a citação. Aplicação do art. 835 do CC. (…)” (grifei, Apelação nº 9190123-55.2007.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado desta E. Corte, Rel. Des. MORAIS PUCCI, j.31/07/2012).

Assim, tendo o locador sido citado em 13.09.2007 (conforme AR de fl. 29) e por se tratar de ação declaratória, que produz efeitos a partir do início da relação jurídica processual, é desta data que se deve dar por encerrada a fiança prestada, persistindo a responsabilidade dos fiadores durante 120 dias, consoante alteração inserida pelo inciso X, do artigo 40, da Lei nº 82.45/91, *in verbis*: “*Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos: (...) X - prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.*”

Esse o entendimento do C. STJ:

*“LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO LOCATÍCIO E PRORROGAÇÕES FIRMADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRORROGAÇÃO TÁCITA SEM ANUÊNCIA DOS FIADORES. CLÁUSULA QUE PREVÊ A OBRIGAÇÃO DOS FIADORES ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXONERAÇÃO DO FIADOR AJUIZADA POSTERIORMENTE À AÇÃO DE DESPEJO. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. EFEITOS DA SENTENÇA QUE DESONERA OS FIADORES. RETROAÇÃO ATÉ A CITAÇÃO DO LOCADOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS.*

*1. O regime jurídico aplicável ao contrato de locação é aquele vigente à época de sua assinatura. Precedentes. 2. Na ação declaratória proposta para a exoneração dos fiadores, o interesse de agir persiste até a efetiva entrega das chaves, independentemente da anterior propositura da ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis atrasados. 3. A cláusula que prevê a responsabilidades dos garantes até a entrega das chaves não deve ser levada ao extremo de se reconhecer a renúncia do fiador ao seu direito de exonerar-se*

da garantia ofertada fora do prazo de validade do contrato originário. 4. **Os efeitos da sentença que exonera os fiadores da garantia fidejussória devem retroagir à data da citação válida do Locador. Precedentes.** 5. Não havendo recurso da parte contrária e, em respeito ao princípio do non reformatio in pejus, é de ser mantido incólume o acórdão recorrido que fixou o termo inicial da exoneração a partir da sentença proferida na ação de despejo por falta de pagamento.

6. *Recurso especial conhecido e desprovido.*” (STJ, REsp 900214/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. 21.09.2012).

Assim, de rigor o parcial provimento do apelo para julgar a ação parcialmente procedente, declarada a exoneração dos fiadores a partir da citação do locador (dia 13.09.2007), persistindo a responsabilidade dos apelantes durante 120 dias a contar desta data (art. 40, X, da Lei nº 82.45/91). Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais e com os honorários advocatícios de seus advogados.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento ao apelo, nos termos acima alinhavados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0104287-25.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROBERTO LUIZ FIGUEIREDO HADDAD e RICARDO LUIZ FIGUEIREDO, é apelado JOSE DE SOUZA.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.999)**

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

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

VIANNA COTRIM, Relator

**Ementa: Embargos de terceiro – Penhora de imóvel comprometido à venda – Ausência de registro - Prova cabal do exercício de posse anterior ao ajuizamento da ação – Levantamento – Procedência da ação - Verba honorária – Isenção, diante da boa-fé**

**do credor – Provimento parcial.****VOTO**

A r. sentença de fls. 76/78, cujo relatório é ora adotado, julgou improcedentes embargos de terceiro em execução de crédito decorrente de alugueres, daí o apelo dos embargantes, a fls. 83/95, pretendendo a reforma e sustentando, em síntese, que são legítimos possuidores desde 22 de setembro de 2.004 e que a escritura só não foi lavrada por desídia da executada; alegou que o registro é mera formalidade e que sendo adquirentes de boa fé possível é o provimento do recurso.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões a fls. 123/141, subiram os autos.

**É o relatório.**

Preservado o entendimento do i. juiz sentenciante, tenho que prospera em parte o recurso.

Os embargos de terceiro foram interpostos

porque em execução decorrente de crédito de alugueres o recorrido postulou e obteve a penhora de determinado imóvel, compromissado à venda e efetivamente vendido aos ora recorrentes.

Os documentos juntados a fls. 16/18, com firma reconhecida contemporânea a respectiva assinatura, ratificam o compromisso de compra e venda, bem como a posse exercida pelos embargantes sobre o imóvel, de modo que superada toda e qualquer discussão sobre a autenticidade do documento apresentado com a inicial e da legitimidade para a propositura destes embargos de terceiro.

E, como cediço, pronunciou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça editando a Súmula n. 84, segundo a qual:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”.

Observa-se que os embargos foram opostos pelos possuidores, demonstrada quantum satis a posse deles, muitos anos antes da propositura da ação principal, ou seja da própria origem do débito, sem oposições.

A posse dos embargantes, deveras, decorre de direito e de fato anterior, muito anterior à assunção de dívida pela devedora e não pode agora ser turbada nem esbulhada por qualquer constrição em nome alheio.

Sobre o tema:

**“EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DA CONSTRIÇÃO**

JUDICIAL - OUTORGA DA ESCRITURA EM DATA POSTERIOR - IRRELEVÂNCIA - PROVAS INEQUÍVOCAS QUE A AQUISIÇÃO FOI REALIZADA ANTERIORMENTE AO INGRESSO DA EXECUÇÃO - FRAUDE NÃO CARACTERIZADA.” (Segundo Tribunal de Alçada Civil - Apelação c/ Revisão nº 550.364-0/6, Rel. atual Des. ANDREATTA RIZZO)

“Independente de transcrição que opera a transmissão do bem, é inegável que o compromisso de compra e venda é negócio jurídico de direito das coisas, que gera direito para o promitente comprador, que não pode ser preterido pela pretensão executiva oriunda de dívida contraída pelo promitente vendedor. A validade da transação imobiliária, realizada anteriormente ao ingresso da execução, dispensa a transcrição do contrato de compra e venda’ (Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Forense, vol. VI, pg. 19, nota 11.653).” (citação no v. Acórdão supra mencionado)

EMENTA: DESPESAS DE CONDOMÍNIO. COBRANÇA. EMBARGOS DE TERCEIRO. 1. “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.” (Súmula 84, do STJ). 2. Procedem os embargos de terceiro, se a alienação do bem comprovadamente ocorreu antes da constituição da dívida. Sentença mantida. Recurso improvido. (Relator FELIPE FERREIRA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO 26ª CÂMARA - APELAÇÃO Nº 990.10.202.878-0)

Por fim, saliento que a ausência de registro do contrato particular demonstra a boa-fé por parte do credor, isentando-o dos encargos sucumbenciais, em obediência ao princípio da causalidade, na medida em que não teria dado causa ao ajuizamento da demanda.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para julgar procedentes os embargos interpostos, nos termos da inicial, isento o recorrido das verbas de sucumbência.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0106336-53.2008.8.26.0000, da Comarca de Paraibuna, em que são apelantes ADELAIDE PALACIO LYRA (JUSTIÇA GRATUITA) e WATUSI ELIS DO PRADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OS MESMOS.

**ACORDAM**, em 22ª 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 30.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

MATHEUS FONTES, Relator

**Ementa: POSSESSÓRIA - INTERDITO PROIBITÓRIO E AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - JUSTO RECEIO E EFETIVA AMEAÇA NÃO DEMONSTRADOS POSSE, ADEMAIS, ORIUNDA DE COMODATO INVERSÃO DO TÍTULO DA POSSE INADMISSÍVEL - INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS - ÁREA SITA EM PORÇÃO ALIENADA A TERCEIRO - IMPOSSIBILIDADE DE PLEITEAR DIREITO ALHEIO EM NOME PRÓPRIO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTRAPOSTO - RECURSOS IMPROVIDOS.**

## VOTO

Ação de interdito proibitório e reintegração de posse deduzida em pedido contraposto foram pela sentença julgadas improcedentes, repartindo-se a sucumbência.

Rejeitados embargos de declaração, as partes apelaram. Diz a ré que a área **sub judice** está inserida na do sítio São Benedito, de sua propriedade e posse. A área do comodato foi excluída da que alienou, merecendo acolhimento o pedido de reintegração. Já a autora diz estar na posse da terra há mais de trinta anos, por si e seu antecessor, onde fez benfeitorias que devem ser indenizadas.

Recursos tempestivos, respondidos, com nota de justiça gratuita. O processo foi redistribuído.

### É o Relatório.

A minuciosa e muito bem fundamentada sentença de primeiro grau merece subsistir pelos próprios fundamentos, que passam a integrar o voto (Regimento Interno, art. 252), por haver sido proferida em perfeita harmonia com o conjunto probatório.

Não provou a autora o justo receio e efetiva ameaça de agressão à posse,

nem o inculca mera notificação para desocupar o imóvel, no exercício de resilição unilateral mediante denúncia, pois a área se identifica com a cedida em comodato autêntico pela perícia - ao avô da postulante, a quem não é lícito mudar por exclusiva deliberação o título ou causa da posse. Ademais, deixando de formular pedido para que benfeitorias fossem indenizadas, quer na ação ou em resposta ao pedido contraposto, inviável ampliá-lo, contra o disposto nos arts. 264 e 460, ambos do CPC.

Ficou, outrossim, bem demonstrado na perícia de levantamento do local que a ré não era mais proprietária ou possuidora do espaço ocupado pela autora, porque antes mesmo da citação o alienara a Valdir Martins Pinto dentro de área maior de condomínio pro diviso, em cuja área se insere a do comodato (fls. 287), tendo sido assim bem negada a proteção possessória, por não se permitir postular em nome próprio direito alheio (CPC, art. 6º).

Sobre a escritura de declaração posterior à sentença (fls. 381), diga-se que o documento público faz prova dos fatos que o funcionário declarou que ocorreram na sua presença. Assim, tratando-se de declarações de um particular, tem-se como certo, em princípio, que foram efetivamente prestadas. Não, entretanto, que o seu conteúdo corresponda à verdade (Theotônio Negrão, CPCLPV, art. 364:3, pág. 482, Saraiva, 45a. ed.).

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0117540-17.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado MARIA BONITA DE GUARULHOS TRANSPORTE E TURISMO LTDA.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.522)** O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.  
São Paulo, 11 de setembro de 2013.  
RENATO SARTORELLI, Relator

**Ementa: “AÇÃO MONITÓRIA - PROVA ESCRITA SUFICIENTE PARA APARELHAR A PRETENSÃO**

**- RECURSO IMPROVIDO.**

**Havendo prova escrita hábil, através da qual o devedor reconhece a existência do débito, é de rigor a procedência da ação monitória”.**

**VOTO**

Embargos à ação monitória fundada em contrato de locação de bens móveis julgada improcedente pela r. sentença de fls. 115/116, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a embargante insistindo na reforma. Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que não existe nos autos documento que demonstre a origem de parte do débito reclamado, no valor de R\$ 3.167,82. No mais, alega que a embargada não detinha título hábil a ensejar o protesto, circunstância suficiente para justificar o pleito atinente ao ressarcimento de danos morais.

Recurso respondido e preparado.

Submetida a embargante ao regime de recuperação judicial, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 172/175. O administrador judicial, embora intimado (fl. 170), quedou-se inerte (fl. 171).

É o relatório.

A r. sentença combatida dirimiu acertadamente o conflito e merece subsistir por seus próprios fundamentos.

Extraio dela o seguinte excerto que adoto, como razão de decidir, para evitar repetições, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, *verbis*:

**“... a defesa apresentada é meramente protelatória e não nega a existência do crédito reclamado, confirmado pelas notas fiscais (fl. 19/55) e pelos e-mails (fl. 60/61) que instruem os autos.**

**Caberia à embargante esclarecer, de forma precisa, a razão pela qual parte das notas fiscais apresentadas não seria devida. Do contrário, a indicação parece ser aleatória e sem qualquer credibilidade, como ocorreu no presente caso.**

**Finalmente, os protestos levados a efeito não constituem, por si só, ato ilícito apto a causar danos ao embargante, ficando desde já afastada qualquer pretensão reparatória. Trata-se de exercício regular de direito” (cf. fl. 116).**

Com efeito, a embargante, em momento algum, nega a existência da dívida; pelo contrário, reconhece-a afirmando apenas que o débito reclamado é superior ao devido.

Sucedo que a documentação exibida mostra-se suficiente à demonstração da dívida (fls. 19/55 e 60), isso sem falar que a apelante não logrou infirmar a idoneidade das notas fiscais apresentadas, limitando-se a alegar que “... *inexistem nos autos prova de que os serviços -*

*e seu valor - tenham sido efetivamente prestados...*” (cf. fl. 124).

Vale dizer, a impugnação aos valores é genérica, não chegando a abalar a credibilidade do cálculo oferecido pela autora (fl. 08).

No mais, a Lei nº 9.492/97, em seu art. 1º, define o protesto como o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

“*Títulos*” são os cambiários, disciplinados em legislação específica que regula cada cártula; e “outros documentos de dívida” não são catalogados em nenhuma norma.

Se a apelante reputava indevido o protesto deveria ter buscado, a seu tempo, a sustação do ato notarial, lançando mão da medida judicial cabível, o que não ocorreu.

No caso, o crédito é representado pelas notas fiscais acostadas às fls. 19/55, que demonstram a locação dos veículos e o *quantum* devido, mostrando-se, portanto, a via monitória adequada para a cobrança dos valores.

Logo, o resultado emprestado ao litígio não poderia ser diverso daquele alvitado em primeiro grau, não havendo que se cogitar de indenização por danos morais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0129398-45.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA MARIA LEMES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDENCIA S/A.

**ACORDAM**, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que negava provimento, com declaração de voto. Redigirá o acórdão o Revisor.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.334)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO, vencedor, ORLANDO PISTORESI, vencido e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

LINO MACHADO, Relator designado

**Ementa: Execução de contrato de seguro de vida em grupo - Morte do segurado - Agravamento do risco decorrente de ingestão de cocaína – Não reconhecimento - Improcedência dos embargos à execução - Indenização devida.**

**Quem morre pela ingestão excessiva de cocaína não o faz, inexistentes provas do oposto, para agravar o risco de sua morte ou muito menos para morrer. Aliás, o viciado é doente e não tem o livre arbítrio para deixar de ingerir a substância da qual é dependente - O contrato foi firmado pela Bradesco, a qual, na falta de dispositivo expresso em sentido contrário, é quem o administra, representando as demais cosseguradoras. Logo, tem ela legitimidade pra responder pela indenização total perante a beneficiária do seguro.**

**Apelação provida.**

## VOTO

Vistos.

Relatório à fl. 302.

O agravamento do risco objeto do contrato há de ser “intencional”, isto é, há de visar ao resultado pactuado entre as partes como suficiente para o pagamento do seguro (art. 768 do CC).

Quem morre pela ingestão excessiva de cocaína não o faz, inexistentes provas do oposto, para agravar o risco de sua morte ou muito menos para morrer. Aliás, o viciado é doente e não tem o livre arbítrio para deixar de ingerir a substância da qual é dependente.

O contrato foi firmado pela Bradesco, a qual, na falta de dispositivo expresso em sentido contrário, é quem o administra, representando as demais cosseguradoras (art. 761 do CC). Logo, tem ela legitimidade para responder pela indenização total perante a beneficiária do seguro.

Por conseguinte, dou provimento à apelação para julgar improcedentes os embargos à execução, e condenar a executada a pagar à exequente a quantia de noventa e sete mil duzentos e oitenta e três reais e cinquenta e dois centavos, corrigidos em sua expressão monetária desde a data do sinistro, uma vez que mera atualização do débito, acrescida de juros moratórios de um por cento ao

mês desde a data da citação. Sucumbente, arcará a executada com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários de advogado à parte contrária, estes, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC, arbitrados em quinze por cento sobre o valor atualizado da condenação.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

**(Voto nº 25.074)**

**Ementa: Seguro de vida - Morte do segurado - Agravamento do risco - Perda do direito à indenização por morte decorrente do consumo de substância tóxica.**

**Demonstrado nos autos que o consumo de substância tóxica pelo segurado foi condição essencial para a eclosão do sinistro, fator determinante da exacerbação do risco, a qual ocorreu a partir do momento em que houve a quebra do dever de abstenção de praticar atos que aumentassem o risco de morte, forçoso reconhecer a perda do direito à indenização securitária pleiteada. Recurso improvido.**

### **VOTO**

Trata-se de embargos à execução ajuizados por Bradesco Vida e Previdência S/A em face de Ana Maria Lemes da Silva, decorrente de execução de contrato de seguro de vida em grupo, objetivando o reconhecimento do agravamento do risco pelo segurado, afastando-se, em consequência, o seu dever de indenizar, sustentando, ainda, o excesso de execução, com fundamento na inaplicabilidade de correção monetária e juros de mora a partir de trinta dias contados da data do sinistro, bem como na existência de contrato de cosseguro, pelo qual responde a embargante pelo percentual de 50% do valor do capital segurado, sendo o restante de responsabilidade da Tokio Marine Brasil Seguradora S/A, Marítima Seguros S/A e Chubb do Brasil Cia. de Seguros.

Pela sentença de fls. 155/158, os embargos foram julgados procedentes, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, em razão do reconhecimento do agravamento do risco pelo segurado, extinguindo-se a execução, condenada a embargada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como aos honorários de advogado, estes fixados no valor de R\$ 12.700,00, corrigidos desde a propositura da demanda e acrescidos de juros de mora a partir do trânsito em julgado, observado o disposto no artigo 11,

parágrafo 12, ambos da Lei nº 1.060/50.

Apelou a vencida, aduzindo que a perda do direito à indenização deve derivar de ato ilícito e intencional, o que não restou comprovado nos autos; a apelada deveria ter provado que o segurado fez uso de cocaína para fraudar o seguro, certo que o simples fato de consumir droga não configura dolo capaz de caracterizar a hipótese de exclusão da cobertura securitária; o contrato de seguro caracteriza relação de consumo, sendo da seguradora o ônus de provar o descumprimento de cláusula contratual; não tendo a seguradora comprovado a má-fé do segurado, a autora faz jus ao recebimento da indenização securitária, tudo a justificar o provimento do recurso, decretando-se a improcedência dos embargos à execução (fls.161/183).

Recurso processado regularmente, tendo a recorrida apresentado resposta às fls. 286/294.

É o relatório.

Ousei divergir da douta maioria.

O recurso descomporta provimento.

Infere-se da inicial que Welton Lemes da Silva, filho da embargada, contratou junto à embargante seguro de vida em grupo (Seguro Coletivo de Pessoas Bradesco), por meio da estipulante Daimler Chrysler do Brasil Ltda., com cobertura para morte natural e acidental e capital segurado fixado em trinta e quatro vezes o salário, tendo como limite o valor de R\$220.000,00.

Em 25.06.2008 o segurado foi a óbito em razão de “hemorragia pulmonar + edema cerebral + cardiomiopatia isquêmica por intoxicação exógena por cocaína” (fls. 51), fato que ensejou o pedido de indenização securitária por sua beneficiária.

A embargante, por seu turno, pretende isentar-se da obrigação de pagar a indenização por morte ao argumento de que houve agravamento do risco por parte do segurado, caracterizado pelo consumo de substância tóxica.

Os embargos à execução foram julgados procedentes em razão do reconhecimento do agravamento do risco pelo segurado, disposição que, por escoreita, não suscita reparo.

Com efeito, segundo consta das Cláusulas Complementares do contrato de seguro, constituem riscos excluídos e não aceitos pela seguradora o “ato reconhecidamente perigoso, que não seja motivado por necessidade justificada, exceto a prática de esporte e a utilização de meio de transporte mais arriscado” (fls. 27).

E apurou-se nos autos que o segurado concorreu diretamente para a ocorrência do evento, na medida em que consumiu alta quantidade de cocaína, provocando grave intoxicação, que culminou nas lesões descritas pelo Laudo de

Exame de Corpo de Delito Necroscópico, ensejando, assim, sua morte.

Conforme bem anotado pelo douto magistrado, “Analisando-se as características do caso, não há como negar o nexos de causalidade entre o sinistro e a conduta agravante (consumo de entorpecente) (...)”.

Na lição de J. M. Carvalho Santos, “O segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, isto é, da prática de qualquer ato ou fato que importe modificação agravante do estado de perigo, previsto ao tempo da estipulação. O que se justifica, precisamente porque, de outra forma, estaria destruída a equivalência objetiva da prestação, que deveria subsistir pelo prazo integral da duração do contrato, não se tornando nunca que possa estar no arbítrio de uma parte contratante agravar a situação da outra” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIX, p. 340, Freitas Bastos, 1951).

Assim, demonstrado nos autos que o consumo de substância tóxica pelo segurado foi condição essencial para a eclosão do sinistro, fator determinante da exacerbação do risco, a qual ocorreu a partir do momento em que houve a quebra do dever de abstenção de praticar atos que aumentassem o risco de morte, forçoso reconhecer a perda do direito à indenização securitária pleiteada.

Por isso que, não se abstendo o segurado de tudo quanto possa aumentar os riscos, enquanto vigorar o contrato, perde o direito ao recebimento da indenização securitária, no caso, a referente à cobertura de indenização por morte, nos termos do disposto no artigo 1.454 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 768 do Código atual.

Em tais condições, nada havendo a ser alterado, resta integralmente mantida a sentença recorrida, inclusive por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Pelo exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ORLANDO PISTORESI, Relator sorteado vencido

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0158865-40.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FÁBIO JOSÉ FIORAVANTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FABIANO DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

**ACORDAM**, em 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 16.561)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente sem voto), MARIO A. SILVEIRA E EROS PICELI.

São Paulo, 20 de maio de 2013.

CARLOS NUNES, Relator

**Ementa: BEM MÓVEL - Ação de obrigação de fazer - Veículo adquirido em nome do autor para uso do réu, por meio de financiamento - Réu que teria se responsabilizado pelo pagamento das parcelas junto à instituição financeira - Descumprimento obrigacional que teria acarretado a negativação do nome do autor Pretensão de compelir o requerido a transferir o automóvel para o seu nome Descabimento, ante a inexistência de contrato entre as partes ou de lei que obrigue o requerido a tanto Quem “empresta seu nome” para que outrem realize financiamento bancário deve arcar com os riscos do inadimplemento do terceiro, visto que concordou em contratar em seu nome com a instituição financeira - Ausência de pedido inicial de indenização, eis que a exordial só contém pedido de obrigação de fazer, para compelir o réu a transferir o bem para o seu nome - É vedado ao juiz proferir decisão fora dos limites em que foi proposta a ação, conforme os artigos 128 e 460, do CPC, em respeito ao princípio da adstrição do juiz ao pedido - Recurso improvido, sentença mantida.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **FABIO JOSÉ FIORAVANTE**, junto aos autos da ação de obrigação de fazer, que promove contra o apelado **FABIO DOS SANTOS**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 142/146, cujo relatório fica adotado.

Sustenta o autor, em suas razões, que adquiriu o veículo em seu nome, mas o bem se destinava a uso do réu, pois ele tinha restrições creditícias que o impossibilitavam de efetuar a compra do automóvel junto à instituição financeira. Diz que o requerido se comprometeu a realizar os pagamentos das prestações do financiamento, mas deixou de quitar os débitos e por isso o nome do demandante foi incluído junto aos órgãos de proteção ao crédito. Salienta que seu nome também foi incluído no CADIN estadual, por atraso no pagamento do

IPVA. Assim, entende devida indenização pelo ato ilícito perpetrado pela parte adversa, nos moldes dos artigos 186 e 927 do CC. Afirma que o réu confessou a dívida e também sua obrigação de transferência do automotor para o seu nome, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, de forma que devem ser aplicados os artigos 334 e 349 do CPC. Pelo exposto, pugna pelo provimento do seu recurso, para o fim de reformar a r. sentença, julgando-se procedente a ação, e invertendo-se os ônus sucumbenciais (fls. 153/159).

Recurso regularmente processado, sem preparo, ante a gratuidade de justiça concedida ao autor e respondido a fls. 162/172.

### **É o Relatório.**

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, relativa a bem móvel, julgada improcedente, por entender o ilustre magistrado, que não há prova que o réu tivesse se obrigado a transferir o contrato para o seu nome.

Pois bem.

Observa-se que o autor “emprestou seu nome” para o réu adquirir o veículo descrito na inicial, tendo em vista que o requerido apresentava restrições creditícias que o impediam de contratar financiamento junto à instituição financeira.

Ao que tudo indica, o réu se comprometeu a quitar as parcelas do financiamento bancário do bem, mas deixou de efetuar os pagamentos, ocasionando a inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito.

Ora, como bem asseverou o ilustre magistrado sentenciante, *“não se pode presumir que o réu assumiu obrigação de transferir o contrato de financiamento (e o veículo) perante a instituição financeira e o DETRAN, no prazo de 60 dias, acenado pelo autor. O que se mostra corolário lógico do ajuste verbal entre as partes é que o réu (...) tinha a obrigação (para com o autor) de pagar as parcelas e, a final, o autor tinha a obrigação de transferir o veículo para o réu”* (fls. 144).

Em outras palavras, o que ordinariamente ocorre em casos como o da espécie é que uma pessoa “empresta seu nome” e realiza financiamento de veículo com instituição financeira, para que outrem com restrição creditícia - utilize o bem.

Assim, as regras de experiência permitem presumir que aquele que fica na posse do automóvel fica incumbido de pagar as prestações mensais do financiamento bancário e, ao final das mensalidades, o bem é transferido ao nome do possuidor.

Desta feita, se o apelado não arcou com o pagamento das prestações, cabe ao apelante suportar as consequências da inadimplência, visto que foi ele quem contratou com a instituição financeira, por livre e espontânea vontade, assumindo os riscos inerentes ao ajuste.

De outra parte, descabida a pretensão do autor de receber indenização por danos supostamente causados pelo réu, eis que tal pedido não constou da inicial, de modo que se afigurava vedada sua análise na sentença, sob pena de extrapolar os limites apresentados no pedido inicial, caracterizando-se como “*ultra petita*”, consoante o art. 460 do CPC.

Consoante se observa da petição inicial, o autor requereu, apenas e tão somente, que o réu fosse compelido a transferir o veículo para o seu nome (fls. 09), nada estando a justificar a pretensão ao pagamento de indenização, como pretende o apelante, pois tal condenação ultrapassa o âmbito da lide.

Com efeito, deve haver correlação entre o pedido, causa de pedir e sentença, sendo que ao autor cumpre fixar os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial, cabendo ao magistrado decidir de acordo com esse limite.

Em outras palavras, o conflito de interesses que surgir entre duas pessoas será decidido pelo juiz apenas nos limites em que elas o levarem ao processo “*ne eat judex ultra petita partium*”.

Por fim, saliente-se que, ao contrário do que aduz o recorrente, não se vislumbra confissão da parte adversa quanto à sua obrigação de transferir o automotor para si.

Nota-se da ata da audiência de fls. 107, que restou consignado, tão somente, que as partes requereram a suspensão do processo por dois meses, “*ante a perspectiva de formalização da transferência do financiamento, ora em nome do autor, para a noiva do réu*”.

Dessa forma, não houve confissão quanto à realização da transferência da titularidade da coisa, mas tão somente a suspensão do feito.

Destarte, outra não poderia ser a solução da demanda, senão o decreto de improcedência, como se deu.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantida a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0162883-70.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMINIO EDIFICIO AUGUSTO, é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

**ACORDAM**, em 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 17989)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERRAZ FELISARDO (Presidente), SILVIA ROCHA E PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 5 de junho de 2013.

FERRAZ FELISARDO, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC - ENGAÑO JUSTIFICÁVEL CONFIGURADO - PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO NÃO PROVIDO.**

## VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 252/255, acrescenta-se que foi julgada improcedente a ação de repetição de indébito movida por Condomínio Edifício Augusto contra Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo SABESP, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.500,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

O autor recorre pedindo a inversão do r. julgado, reconhecendo que a ré não se desincumbiu de demonstrar engano justificável, deferindo-se, portanto, o pedido de devolução em dobro das tarifas que lhe foram cobradas indevidamente, expondo suas razões às fls. 323/354.

Regularmente processado o recurso, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 391/403.

2. Reconhecido em outra ação o direito do autor em ser restituído dos valores que pagou indevidamente à ré, a qual lhe enquadrou no critério de “economias” (Decreto Estadual nº 21.123/83 (fls. 51/53), e após receber a quantia de R\$ 721.332,42, em cumprimento de decisão transitada em julgado, vem propor a presente demanda para que lhe seja restituído em dobro o valor cobrado indevidamente, descontando a quantia paga, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

A preliminar de coisa julgada suscitada pela apelada foi afastada por entender o Magistrado que *“o pedido do autor formulado na presente ação não foi abrangido no processo já julgado pelo MM. Juízo da 6ª Vara Cível do Foro Central da Capital”* (fls. 253).

A par disso, não merece acolhida o pedido de aplicação da regra do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que excepciona o engano

justificável. No presente caso, não ficou evidenciado que a ré agiu de má-fé ao considerar na cobrança das tarifas a existência de uma única economia. Muito pelo contrário, percebe-se que a cobrança a maior é resultante da divergência de interpretação dos critérios dos decretos estaduais para cálculo das tarifas.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. ÁGUA E ESGOTO. CONDOMÍNIO. COBRANÇA INDEVIDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONFIGURADO ERRO JUSTIFICÁVEL. RESTITUIÇÃO DE FORMA SIMPLES. INAPLICABILIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. A Segunda Turma deste Tribunal tem considerado erro escusável a cobrança indevida de tarifa de água, decorrente de enquadramento incorreto do consumidor no regime de economias, em razão de interpretação equivocada de Decreto Estadual, apto a afastar culpa ou má-fé da concessionária. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 1109237/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS J. 16/06/2011).

Nem se argumente sobre a diferenciação conceitual sobre erro escusável e má-fé, posto que, no caso dos autos, a presença daquele inibe o reconhecimento desta.

3. Nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0212151-25.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado ELKO TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA..

**ACORDAM**, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21460)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), DIMAS CARNEIRO E JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 20 de agosto de 2013

SERGIO GOMES, Relator

**Ementa: APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS**

## **MORAIS DUPLICATA ENDOSSO MANDATO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.**

**1. ENDOSSO-MANDATO Responsabilidade Civil - O endossatário mandatário responde pelo protesto indevido quando age de forma culposa, como na hipótese dos autos - Negligência configurada Ausência de prova sequer da existência de relação jurídica com o sacador da duplicata.**

**2. VALOR DA INDENIZAÇÃO Danos Morais - Cabimento Verba bem arbitrada em R\$ 6.780,00 de acordo com as especificidades do caso concreto.**

**SENTENÇA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO.**

### **VOTO**

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **BANCO DO BRASIL S/A**, contra a r. sentença de fls. 113/119, cujo relatório se adota em complemento, que julgou procedente ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito, cumulada com indenizatória por danos morais, ajuizada por **EIKO TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.**, insurgindo-se contra o protesto supostamente indevido de duplicata sacada por **AMÉRICO SERVIÇOS SC LTDA.**, que acabou por ter reconhecida sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

O MM. Juiz de Direito reconheceu a responsabilidade da instituição financeira pelo protesto indevido, com fundamento principal no fato de não ter logrado êxito em demonstrar a existência de relação jurídica com o suposto sacador da duplicata, merecendo também destaque o fato de ambas as partes sequer confirmarem que mantinham qualquer espécie de relacionamento comercial.

Por conta disso, reconheceu-se a responsabilidade do banco pelo protesto, declarando-se a inexigibilidade do título, com a respectiva condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 6.780,00.

Pela sucumbência, o banco réu foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso, o banco volta a argumentar que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pelo fato de ter encaminhado o título a protesto na condição de mero mandatário do sacador Américo Serviços S/C Ltda., único responsável por eventual equívoco no encaminhamento do título a protesto. Subsidiariamente, pugna pela redução da verba indenizatória (fls. 124/144).

Houve contrarrazões (fls. 150/153).

### É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

O apelante encaminhou a protesto duas duplicatas mercantis supostamente sacadas pela apelada Américo Serviços S/C Ltda. contra Elko Transportes e Comércio Ltda., transferidas por endosso mandato.

No curso da lide, as apeladas afirmaram que jamais mantiveram qualquer tipo de relacionamento comercial. A sacadora Américo Serviços, igualmente, sustentou não ter emitido os títulos, muito menos os endossado ao banco apelante, para realização de cobrança.

Por conta disso, o douto sentenciante, de modo prudente, determinou à instituição financeira que apresentasse algum documento comprobatório da relação jurídica estabelecida com a sacadora, providência que restou desatendida, ainda que sucessivamente prorrogados os prazos concedidos para tanto.

Pois bem.

No tocante ao endosso mandato e à responsabilidade do endossatário, a recente súmula 462/STJ assim dispõe:

*O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário.*

Ainda, em sede de Recurso Especial julgado sob o regime dos recursos repetitivos (Artigo 543-C, do Código de Processo Civil), assim se decidiu sobre a matéria:

REPETITIVO. DUPLICATA. ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE. Trata-se de REsp sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008- STJ, no qual a Seção entendeu que **só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto, extrapolando os poderes do mandatário em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula.** Precedentes citados: AgRg no Ag 552.667-RJ, DJ 23/8/2004; AgRg no Ag 1.161.507-RS, DJe 21/3/2011; AgRg no Ag 1.127.336- RJ, DJe 13/5/2011; AgRg no REsp 902.622-AL, DJe 26/11/2008; AgRg no REsp 866.748-PR, DJe 1º/12/2010, e AgRg no Ag 1.101.072-SP, DJe 12/8/2011. (REsp 1.063.474-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/9/2011)

Vê-se, assim, que restou consolidado o entendimento no sentido de que a responsabilização da instituição financeira, na qualidade de endossatária mandatária para cobrança de títulos de crédito, é excepcional, e não a regra. A

exceção reside na hipótese de conduta culposa do endossatário, hipótese que enseja a responsabilização solidária desta e do sacador do título perante a parte prejudicada pelo protesto indevido.

No caso dos autos, a apelante sequer conseguiu demonstrar que recebeu as duplicatas do real sacador, quanto mais no que diz respeito à higidez da causa subjacente a sua emissão, o que seria imprescindível para que atestada a legalidade de sua conduta.

Merece destaque, também, o enunciado da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, que consolidou entendimento jurisprudencial no sentido de que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Tal postulado se mostra suficiente para afastar eventual alegação relativa ao cometimento de fraudes ou culpa exclusiva de terceiros.

Conclui-se, portanto, que a instituição financeira agiu então com negligência, ao receber, cobrar e protestar título, sem a observância de sua regularidade, de modo que deve reparar os danos daí decorrentes.

Consigne-se que tal entendimento não é diverso daquele que já decidiu esta colenda 37ª Câmara de Direito Privado:

(...) 7 - LEGITIMIDADE DOS RÉUS CONFIGURADA - ENDOSSO-MANDATO SOLIDARIEDADE DOS AGENTES - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ONEROSO - INDENIZAÇÃO DEVIDA CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. (...)

(Apelação Cível nº 0162932-77.2010.8.26.0100, Rel. Des. Carlos Abrão, j. em 26 de julho de 2012, v.u.)

APELAÇÃO - DUPLICATA MERCANTIL POR INDICAÇÃO - APONTAMENTO INDEVIDO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - TÍTULO RECEBIDO POR MEIO DE ENDOSSO-MANDATO - LEGITIMIDADE PASSIVA. **No caso em apreço, a instituição financeira levou a protesto duplicata recebida via endosso mandato desprovida de aceite e desacompanhada de documentos comprobatórios da prestação do serviço ou entrega da mercadoria, o que a torna legítima para a ação indenizatória e de sustação de protesto face à sua atuação negligente.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 0024400-60.2008.8.26.0564, Rel. Des. Carlos Abrão, j. em 16 de outubro de 2012, g.n.)

No tocante aos danos morais, a r. sentença delimitou de forma perfeita a sua existência, extensão e compensação.

É despicienda a comprovação do prejuízo moral, bastando a referência ao próprio ato de protesto indevido. Deveras, “tratando-se de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência

de prova de dano moral satisfaz-se apenas com a demonstração da existência dessa anotação” (Apelação 0013839-10.2008.8.26.0068, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Helio Faria, j. em 29/08/2012), o que também se aplica para os casos de protesto indevido, já que semelhantes as suas consequências práticas.

Em outras palavras, os danos suportados por quem foi protestado indevidamente são daqueles “cuja existência se presume de modo absoluto (iuris et de jure) e que, por certo, dispensam a comprovação da dor, do sofrimento, da angústia e da desolação, sendo ‘da natureza das coisas’” (Apelação 0038753-92.2011.8.26.0405, 37ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Leonel Costa, j. em 23/08/2012).

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, o dano moral não pode ser recomposto, já que é imensurável em termos de equivalência econômica. A indenização a ser concedida é apenas uma justa e necessária reparação em pecúnia, como forma de atenuar o padecimento sofrido.

Ante a inexistência de previsão legal para fixação do montante do dano moral, já ficou assentado:

*Indenização Responsabilidade civil. Dano moral. Verba devida. Arbitramento. Juízo prudencial. Adequação à situação pessoal das partes. A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa. Deve, por isso, adequar-se à condição pessoal das partes, por que não sirva de fonte de enriquecimento da vítima, nem agrave, sem proveito, a obrigação do ofensor. (JTJ-LEX 236/167).*

No corpo deste v. acórdão, sendo relator o então Desembargador Antonio Cezar Peluso, Ministro do egrégio Supremo Tribunal Federal, está explicitado: “O valor por arbitrar a título de reparação moral precisa ser eficaz para atender à sua dupla função jurídica, transparente à necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa (cf., da antiga 2ª Câmara Civil, Ap. 143.413-1, in RJTJESP 137/238-240)”.

Atento a todos estes fatores, verifica-se que o montante fixado pelo douto sentenciante atende suficientemente aos parâmetros de compensação do prejudicado e desestímulo à prática de condutas semelhantes, razão pelo qual fica mantida tal condenação tal como estabelecida.

Consigne-se, por derradeiro, que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida” (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0213562-06.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADECAR COMERCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA, é apelado IPIRANGA PRODUTOS DE PETROLEO S/A.

**ACORDAM**, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “rejeitada a preliminar, e conhecido em parte o recurso, na parte conhecida lhe deram provimento, por v. u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.033)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN E ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

PAULO AYROSA, Relator

**Ementa: PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TODOS OS TEMAS SUSCITADOS PELA AUTORA - IMPERTINÊNCIA -PRELIMINAR REPELIDA. Não está o julgador adstrito a se pronunciar quanto a integralidade das alegações das partes, mas àquelas que amparam as suas conclusões, estando repelidas todas as demais que, tacitamente lhe são opostas.**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CUMPRIMENTO DE CONTRATO - CONTRATO DE VENDA DE COMBUSTÍVEIS E AFINS - CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS - QUANTIDADES MÍNIMAS DE PRODUTOS - BOA-FÉ OBJETIVA - AUSÊNCIA - ABUSIVIDADE RECONHECIDA - RECURSO PROVIDO NESTA PARTE INVERTIDOS OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.**

**I- O princípio supra legal de validade dos contratos, consistente na boa-fé objetiva é questão que prevalece sobre o da pacta sunt servanda e deve ser analisado atentando-se aos fatos que o permearam. Evidenciada**

**a abusividade nas cláusulas referentes às quantidades mínimas de fornecimento, ante a inexistência de estudo de sua viabilidade, impõe-se o reconhecimento de sua não exigibilidade.**

**II- Reformada a sentença, para julgar procedente a ação, os ônus da sucumbência devem ser suportados pela ré.**

## VOTO

**ADECAR COMÉRCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.** propôs ação declaratória cumulada com rescisória de contrato em face de **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 333/336, cujo relatório se adota, condenando a autora ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Inconformada, apela a autora almejando a reforma da decisão, alegando, em síntese, não ter a r. sentença apreciado a integralidade dos temas suscitados na inicial e em suas manifestações posteriores; diz que a prova dos autos evidencia a abusividade das cláusulas contratuais referentes à exclusividade na compra dos produtos da ré, assim como das quantidades mínimas de produto, assim como o fato de que adquiriu quantidade superior à contratada de álcool e diesel que, somados aos demais produtos evidencia haver superado o total contratado, de sorte a não poder lhe ser imputado o não cumprimento da avença em razão de ter adquirido quantidade inferior de gasolina comum e gasolina F1 master; diz que o contrato deve obedecer a comutatividade e o princípio da boa-fé objetiva, devendo ser observado que ano a ano os volumes que adquiriu da ré eram superiores ao do ano anterior, o que demonstra seu interesse em vender cada vez mais, não tendo atingido os volumes de gasolina contratados em razão das vicissitudes do mercado; afirma que a cláusula em que resta estabelecida quantidades mínimas de produto mascaram interesse da ré em mantê-la vinculada a seus produtos, projetando o vencimento do contrato para prazo distante; alternativamente insurge-se quanto ao valor dado à causa sobre o qual incide a verba sucumbencial (fls. 358/383).

A apelada apresentou contrarrazões batendo-se pela manutenção da sentença, com o afastamento da preliminar (fls. 449/464).

### É O RELATÓRIO.

Inicialmente, apesar de não haver alegação explícita de nulidade da r. sentença por carência de fundamentação e abordagem dos temas postos na ação, é evidente tê-la feita quando afirma que não houve a apreciação da integralidade dos argumentos que trouxe aos autos. Todavia, sem razão a recorrente. Isto porque não está o julgador adstrito a se pronunciar quanto a integralidade das

alegações das partes, mas àquelas que amparam as suas conclusões, estando repelidas todas as demais que, tacitamente lhe são opostas. Na hipótese houve por bem o douto magistrado de primeira instância reconhecer a higidez das cláusulas contratuais, de sorte a julgar improcedente a ação, visto que o tema posto na ação era exatamente a nulidade das cláusulas referentes à exclusividade e quantitativos mínimos de aquisição de produto.

Afastada a preliminar, passo à análise do mérito do recurso.

Com efeito, é fato incontroverso que a autora, ADECAR COMÉRCIO E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA., estabeleceu contrato de aquisição de produtos que comercializa (combustíveis e óleo lubrificante e graxa), com cláusula de exclusividade, atrelado ao comodato de bens, com a empresa apelada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, devendo vigorar pelo prazo de cinco anos, com início aos 05.06.2006 (contrato de fls. 21/29). No referido contrato a ré comprometeu-se em adquirir certas quantidades de produtos mensais, sob pena de prorrogação do contrato até o cumprimento das metas (cláusula 4).

É confessado pela autora que não adquiriu a quantidade mínima de gasolina contratualmente estabelecida, pretendendo seja reconhecido que a aquisição, a maior de outros produtos, como etanol e diesel, possa ser compensada para o fim de cumprimento da meta referente àqueles produtos.

A questão aqui apresentada resume-se em saber da força cogente das cláusulas contratuais, em obediência ao *pacta sunt servanda*, suscitado pela ré, ou, ao contrário, se eram elas nulas ou anuláveis e, por conseguinte não exigíveis, em razão de sua abusividade, ante a ausência de boa-fé na sua formulação, especialmente no que se refere às cláusulas acima mencionadas.

O princípio supra legal de validade dos contratos, consistente na boa-fé objetiva é questão que prevalece sobre o da *pacta sunt servanda* e deve ser analisado atentando-se aos fatos que o permearam.

Reconhece a ré que a quantidade mínima de aquisição de produto pela autora foi cuidadosamente calculada, com base no consumo mensal médio do Posto (fls. 456 grifo do original).

Ocorre que, pelo que dos autos consta, desde o início do contrato a autora jamais cumpriu com a aquisição das quantidades mínimas ali estabelecidas, o que, por certo implicava em reconhecer que a estimativa de venda estava equivocada, extremamente elevada para a capacidade de comercialização da autora no varejo. Importa saber, sob este aspecto (boa-fé objetiva), se a estimativa de aquisição mínima prevista no contrato resultou de opção feita pela autora, após detida análise mercadológica, ou de sugestão ou imposição da ré? A resposta a esta indagação se encontra na segunda hipótese. Foi a ré que, ante a sua reconhecida pujança e estrutura comercial estipulou as quantidades mínimas,

impondo-a à autora, sem a esta apresentar qualquer estudo de viabilidade. A ré não propiciou à autora a análise das quantidades de venda que estimou, levando-a a crer que seria possível o cumprimento do pactuado no contrato, o que, como acima mencionado, jamais ocorreu, considerando-se a projeção de aquisição mensal dos produtos, em especial da gasolina.

Ora, se *ab initio* a ré, pelos seus extratos de venda, já havia constatado que a autora não adquiria as quantidades mínimas previstas, sob a ótica da boa-fé objetiva, tinha o dever de refazer a sua estimativa de venda, revendo-a para menor. Em momento algum a ré demonstrou como obteve os valores quantitativos constantes do contrato e a viabilidade de seu cumprimento, considerando-se as várias nuances mercadológicas, em especial o número de possíveis consumidores, a frota de veículos da localidade, o número de concorrentes, a localização do ponto comercial da ré, suas instalações e o valor final de seu produto. Meramente afirmou tê-la feito, a pesquisa mercadológica, não se desincumbindo do ônus de comprová-la, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Ao que transparece nos autos, a ré valeu-se de quantitativos aleatórios, sem qualquer análise científica, levando em erro os representantes legais da autora a assumirem compromisso que jamais seria cumprido, por conseguinte inexecutáveis, posto que ausente a boa-fé na elaboração do contrato, incapaz de materializar o equilíbrio ou a justiça contratual. O risco do inadimplemento era exclusivo da autora. Ante a certeza do descumprimento do contrato, de má-fé comportou-se a ré, visando a manutenção da exclusividade de venda de seus produtos, por tempo superior ao originalmente contratado, observando-se que a meta estabelecida para a venda de etanol havia sido cumprida e até superada, como também houve significativa venda de diesel, não havendo quanto a este qualquer fixação de quantidade mínima, mas que, por cláusula contratual também deveria ser fornecido pela ré (cláusulas 5.3 e 5.3.1).

É evidente o abuso do poder econômico na imposição de quantidades mínimas, sem que haja qualquer estudo de sua viabilidade.

O Código Civil traz norma legal específica referente à boa-fé objetiva nos contratos bilaterais ou de adesão em seus artigos 113, 422 e 423, impondo a sua observância, sob pena de nulidade.

Inexigíveis, pois, as cláusulas supra referidas, razão pela qual impertinente era mesmo a pretensão da ré em manter a vigência do contrato até a complementação da quantidade mínima de gasolina comum e F1.

Resta disto que, pertinente a pretensão da autora de que seja declarado cumprido o contrato estabelecido entre as partes.

No que se refere ao pedido de redução do valor da causa, extemporâneo o pedido, pelo que impertinente.

Considerando-se a procedência da ação, restam invertidos os ônus da sucumbência, mantido o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Posto isto, rejeitada a preliminar, e conhecido em parte o recurso, na parte conhecida lhe dou provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0305288-07.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado RONALDO EFIGENIO (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 30ª 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 18253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORES E LINO MACHADO.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

ANDRADE NETO, Relator

**Ementa: SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO - FURTO OCORRIDO QUANDO VEÍCULO ERA USADO POR CONDUTOR DIVERSO DO PRINCIPAL - PREVISÃO NA APÓLICE DE USO ESPORÁDICO POR TERCEIRO NÃO SEGURADO POR TEMPO NÃO SUPERIOR A UM DIA POR SEMANA - RISCO PREVISTO E COBERTO NA APÓLICE - INDENIZAÇÃO DEVIDA APELAÇÃO DESPROVIDA, com observação**

## VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança fundada em contrato de seguro facultativo de veículo automotor cumulada com pedido de indenização por danos morais.

Alega a seguradora, inicialmente, ter sofrido cerceamento do direito de defesa, pois pretendia produzir provas dos fatos alegados em sua defesa, apontando que não era caso de julgamento antecipado da lide. No mérito

sustenta a perda do direito à indenização pelo segurado por ter declarado ser principal condutor do veículo, sendo que era seu filho, tanto que os dois subscrevem declarações de próprio punho onde admitem o fato. Assim, conclui-se que o segurado fez declaração falsa no momento da contratação, e agravou o risco contratado. Alega que diante da impossibilidade de se definir o principal condutor na hipótese, deveria ter constado como principal condutor o filho do segurado, e recolhido valor maior a título de prêmio.

Alternativamente, pede o abatimento do valor da indenização o montante devido pelo segurado a título de multas eventualmente existentes, e que ele seja condenado a entregar-lhe o DUT para transferência do veículo.

Com contrarrazões, o recurso foi recebido e processado regularmente no duplo efeito.

### **É o relatório.**

Inicialmente, relevante destacar as ponderações bem feitas pelo magistrado sentenciante: *Inexiste qualquer relação de causalidade entre o sinistro e a declaração feita pelo segurado no questionário de seu perfil, não tendo havido sequer indício do agravamento do risco ou de má-fé do segurado, além do que a apólice fala em “principal condutor”, não em único, o que em nada altera o perfil do segurado.*

Ademais, ainda que verídica a alegação da seguradora de que o autor teria contratado o seguro para veículo utilizado exclusivamente pelo seu filho e que, portanto, ao prestar as informações necessárias à caracterização do perfil do condutor, não teria sido veraz ao afirmar que seria o condutor principal por tempo não inferior a seis dias da semana, a procedência da demanda deve ser mantida.

Isso porque a apólice também garantia o bem segurado contra os riscos nela previstos mesmo se ocorrentes quando guiado por outro indivíduo que não o segurado, desde que em situação de uso esporádico por tempo não superior a um dia por semana.

Isso significa que, mesmo se admitida a inverdade da informação dada pelo segurado, importando na conclusão de que o real condutor principal fosse seu filho, o fato é que estava garantida a cobertura também na hipótese de seu filho, de modo excepcional, usasse o veículo por tempo não superior a um dia por semana. Ora, se essa álea estava prevista e garantida no contrato - uso do veículo pelo filho do segurado - ter-se-ia por irrelevante a afirmação inverídica de não ser ele o condutor principal se fosse possível demonstrar que, tendo o sinistro ocorrido quando o veículo estava com seu filho, tal ocorreu durante o tempo que o uso do bem lhe tinha sido autorizado como condutor esporádico.

Em conclusão, no caso presente, consideradas as peculiares circunstâncias fáticas acima referidas, eventual prestação da informação falsa foi de todo

irrelevante, inócua juridicamente, razão pela qual há de ser garantido o pagamento da indenização securitária contratada.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso, mas observo que o autor deverá entregar o documento do veículo à seguradora para que ela possa sub-rogar-se nos direitos sobre o bem indenizado, nos termos do artigo 786 do CC.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000008-25.2009.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante IVAN RUAS, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9392)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), EDUARDO SIQUEIRA E FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

MAURY BOTTESINI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO Embargos de Terceiro Imóvel penhorado Alteração da verdade invocando impenhorabilidade inexistente Má-fé configurada ? CPC, art. 17, I a III, e art. 18 ? Multa e indenização mantidas ? Sentença confirmada ? RITJSP, art. 252 ? Embargos rejeitados ? Recurso improvido.**

## VOTO

Vistos.

São Embargos de terceiro opostos por IVAN RUAS pretendendo desconstituir a penhora de bem imóvel, realizada na Execução que Banco do Brasil S.A. move contra José Milton Ruas e Dalva Luppi Ruas. Alega que o imóvel executado é impenhorável por ser bem de família. Os embargos foram rejeitados, f. 185/189, impondo multa de 1% pela litigância de má-fé, cumulando indenização de 15%, percentuais sobre o valor da causa. Sucumbência, honorários de R\$ 2.500,00.

Apela o embargante, f. 196/205. Alega ser sua moradia e único bem, que compartilha a moradia com outra pessoa para ajudar nas despesas, inaplicabilidade da pena de litigância de má-fé por agir dentro da legalidade, terminado com pedido de reforma.

Bem processado e respondido, f. 224/245.

### **É o relatório.**

1. É irretocável a sentença monocrática dispondo: “(...) **A diligência encetada pelo meirinho, materializada em certidão minuciosa e bem elaborada, dotada de fé-pública (fls. 179), revelou que diversamente do alegado na inicial, o bem imóvel penhorado não serve de moradia ao embargante. Extrai-se da referida certidão lançada pelo senhor Oficial de Justiça que no apartamento n. 31 do Condomínio Edifício Ruas, localizado na Rua Rafael de Barros n. 600, Leme/SP, reside na realidade, há mais de um ano, a senhora Ivanice Vasques Yonatgysao. Adentrando ao imóvel, o meirinho contatou a existência de móveis, decoração e fotografias de família, tudo a evidenciar que a única moradora era mesmo Ivanice. O embargante acompanhou a diligência e num dos quartos, que alegou ser o como que dormia, não havia uma única roupa sua no guarda-roupa, mas apenas duas ou três blusas femininas. Como se vê, não existe bem de família a gozar do amplo da Lei n. 8.009/90. A má-fé do embargante, escorada nas aventureiras alegações inserida na inicial, soa cristalina e reflete o nítido propósito de alterar a verdade dos fatos, de modo a induzir a erro este Juízo, e impedir o regular andamento da execução. Nesse cenário, eloquente o silêncio externado pelo embargante quanto ao teor da certidão do senhor Oficial de Justiça, embora regularmente intimado por meio de seu advogado constituído para manifestação (fls. 181). Saiu o tiro pela culatra. (...)**”, f. 186/187.

O intento malicioso do embargante para conseguir objetivo ilegal é desmentido pela detalhada certidão de constatação, f. 179. Se não há dúvida de que o apelante não reside no imóvel, nem há prova de outro fundamento legal para a exclusão da constrição, dentre aqueles especificados na Lei nº 8.009, de 1990, é evidente que a impenhorabilidade pretendida é inacolhível, por falta de fundamentos legais e jurídicos.

Embora imperdoável o desvio de perspectiva das contrarrazões do bacharel constituído pelo banco, apartadas do objeto dos embargos e do arazoado do recurso, f. 224/245, o que permitiria afirmar que o recurso não foi respondido, a prova produzida pela certidão com fé pública do Oficial de Justiça, autoriza rejeitar todas as alegações da parte recursante.

3. Alterando a verdade dos fatos, dirigida à indução a erro do juízo, a defesa ultrapassou os limites do exercício amplo do direito de defesa e fez malferidas

as disposições do art. 17, I, II e II,I do CPC, o que legitima a imposição da multa de 1%, mantida como foi imposta.

Cabe cumular a indenização de 15% pelo dano processual a que fica submetida a parte contrária, tanto pela procrastinação ilegal e desonesta na obtenção da prestação jurisdicional, como pela reiteração dos recursos sem fundamento legal aceitável, ao menos, impondo trabalho inútil à parte contrária, o que deve ser indenizado, a teor do art. 18 do CPC. Os percentuais de 1% mais o de 15% serão calculados sobre o valor da causa, corrigido desde o ajuizamento, assim entendido o valor do bem cuja constrição é o objeto dos embargos de terceiro. Fica mantida a verba honorária arbitrada em R\$ 2.500,00 porque obedece ao art. 20, § 4º, também do CPC.

O Voto **NEGA PROVIMENTO** ao recurso e mantém a sentença proferida pelo juiz Fábio Evangelista de Moura, na forma do art. 252 do RITJSP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9051216-32.2009.8.26.0000, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante ANTONIO ROSSANO, são apelados APARECIDO JOSÉ FIORIN e TOKIO MARINE SEGURADORA S/A.

**ACORDAM**, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. (**Voto nº 13696**)

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), RUY COPPOLA E KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO RÉU NO ACIDENTE - ATO ILÍCITO CONFIGURADO A ENSEJAR REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS - PRETENSÃO DO AUTOR NA REPARAÇÃO DOS SUPOSTOS DANOS MORAIS SOFRIDOS - NÃO CARACTERIZAÇÃO**

- AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O ACIDENTE DE TRANSITO CAUSOU SOFRIMENTO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO  
- DANO NÃO DEMONSTRADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

## VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **ANTONIO ROSSANO** contra a respeitável sentença de fls. 597/604 que, nos autos da ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada movida contra **APARECIDO JOSÉ FIORIN E REAL SEGUROS ABN AMRO GROUP**, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o corréu Aparecido José ao pagamento das despesas com tratamento e cirurgias médicas realizadas, sendo que tais valores deverão ser fixados em sede de execução, pois a inicial não traz elementos suficientes para se impor uma condenação com valor definitivo, condenando ainda a empresa Real Seguros ABN AMRO, observando-se os limites do quanto contratado e definido na apólice, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Irresignada, apela a parte autora, sustentando, em síntese, ser devida a indenização por danos morais, ante os constrangimentos sofridos diante do acidente de trânsito ocorrido (fls. 606/616).

Houve contrariedade ao apelo (fls. 660/662), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

**É o relatório, passo ao voto.**

**I --** A irresignação é improcedente.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada ajuizada por Antonio Rossano em face de Aparecido José Fiorin e Real Seguros ABN AMRO Group.

Sustenta a parte autora que, no dia 28 de agosto de 1995, fora vítima de acidente automobilístico ocorrido no Km 320 SP, onde o veículo conduzido pelo corréu Aparecido José Fiorin invadiu a pista contrária na tentativa de efetuar uma ultrapassagem, e colidiu frontalmente com o veículo do autor.

Em razão da colisão, o autor suportou inúmeros prejuízos, tanto materiais quanto referentes à integridade física (lesões corporais), as quais se transformaram em sérias sequelas decorrentes do acidente.

O MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando os réus ao pagamento das despesas com tratamento e cirurgias médicas realizadas.

Busca a parte autora a condenação dos réus ao pagamento de indenização a título de dano moral pelos transtornos sofridos no importe de 30 (trinta) salários.

Sem razão, contudo.

A respeitável sentença apelada merece ser confirmada por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Isso porque, sequer especifica o autor no que consiste o gravame moral supostamente sofrido, com cirurgias e tratamentos médicos já indenizados materialmente, sem justificativa para um acréscimo compensatório na esfera subjetiva do sofrimento que ultrapasse os limites dos transtornos próprios do acidente, sem demonstração da frustração que justifique gravame imaterial indenizável.

Bem salientado o MM. Juiz sentenciante ao afirmar que: **“O fato narrado na inicial ocorreu no ano de 1995, sendo a presente ação proposta apenas no ano de 2006, ou seja, onze anos após o acidente que envolveu as partes. Em que pese os argumentos apresentados pelo requerente não há como se admitir a ocorrência de dano moral ante o passar dos anos. Evidente que as cirurgias e problemas físicos que veio a sofrer em razão do acidente lhe trouxeram prejuízos, porém tais prejuízos devem ser encarados como danos materiais. (...) Ademais, se o sofrimento foi tanto a ponto de abalar o psicológico do requerente, não fez o requerente prova que justificasse a propositura da presente ação somente após onze anos do fato”**.

Ademais, para que se justifique a indenização decorrente de dano moral não basta a mera ocorrência de ilícito a provocar na vítima um sofrimento indevido, sendo necessário que tal mal-estar seja de significativa magnitude, sob pena de banalização do instituto.

Oportuna, neste passo, a lição de **SÉRGIO CAVALIEIRI FILHO**:

**“Nessa linha de princípio, 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 nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas, duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”<sup>1</sup>**

No caso em tela, a parte autora não demonstrou que o sinistro ocorrido

1 Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 4ª Edição, Editora Malheiros, pág. 99.

gerou um sentimento de frustração, impotência e desesperança, de forma a incutir sofrimento indenizável, circunstâncias essas bem sopesadas pelo digno julgador de primeiro grau.

**II** -- Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9120080-25.2009.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante ELOY DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ADMINISTRADORA DE CARTOES DE CREDITO REAL VISA S/A.

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16993)** O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente sem voto), PAULO ROBERTO DE SANTANA E SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

**Ementa: Responsabilidade civil - Dano moral - Mesmo que tenha sido imerecido o bloqueio do cartão de crédito do autor, os transtornos por ele experimentados não extrapolaram simples aborrecimento, não havendo fugido à normalidade - Mera recusa do cartão de crédito que não gera de per si dano moral indenizável - Hipótese, ademais, em que nenhum desdobramento derivado da aludida recusa representou vexame, sofrimento ou humilhação passível de repercussão em verba de dano moral - Reparação por danos morais rejeitada - Improcedência da ação mantida - Apelo do autor desprovido.**

## VOTO

1. Eloy da Silva propôs ação de indenização por danos morais, de rito ordinário, em face de “Administradora de Cartão de Crédito Real Visa S.A.”, objetivando a condenação desta no pagamento da importância de R\$ 10.000,00

(fls. 2/7).

A ré ofereceu contestação (fls. 27/31), havendo o autor apresentado réplica (fls. 33/34).

Instadas as partes a especificarem provas (fl. 35), manifestaram-se o autor e a ré pela desnecessidade de dilação probatória (fls. 36, 38).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fl. 41), o ilustre magistrado de primeiro grau considerou a ação improcedente (fl. 41). Condenou o autor, sucumbente, no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, isto é, sobre R\$ 10.000,00 (fl. 7). Determinou, porém, que, na execução das verbas de sucumbência, fosse observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060, de 5.2.1950 (fl. 41).

Inconformado, o autor interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 45), aduzindo, em síntese, o seguinte: houve descumprimento contratual oriundo de bloqueio inesperado de seu cartão de crédito; não pôde realizar o pagamento de conta em pizzaria em 7.9.2009, data em que teve conhecimento de que o referido cartão estava bloqueado desde 8.8.2009; o bloqueio não foi momentâneo; os fatos narrados na inicial não sofreram impugnação específica por parte da ré; a pretensão indenizatória deve ser acolhida, reformando-se a sentença recorrida (fls. 46/49).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 52), foi respondido (fls. 54/55), não havendo sido preparado, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita (fl. 16).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo autor não merece prosperar.

Explicando:

2.1. Não restaram nítidos os danos morais alegados na inicial da ação.

Mesmo que tenha sido imerecido o bloqueio do cartão de crédito do autor, os transtornos por ele experimentados não extrapolaram simples aborrecimento, não havendo fugido à normalidade.

A petição inicial revelou que: o autor possuía um único cartão de crédito/débito administrado pela ré (fl. 3); ao tentar efetuar o pagamento de R\$ 17,40 em 7.9.2008, na “Pizzaria Thelo”, localizada no município de Piedade/SP, não conseguiu utilizá-lo na modalidade crédito, em virtude de se encontrar bloqueado (fl. 3); foi compelido a efetuar o pagamento da conta mediante a modalidade débito, valendo-se de limite de cheque especial (fl. 3).

Ora, mera recusa do cartão de crédito não gera de per si dano moral indenizável.

A esse respeito, já houve pronunciamento do Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo:

“Contrato - Serviços bancários - Cartão de crédito - Bloqueio irregular que impediu o pagamento de compras com a utilização do cartão magnético - Dano moral não configurado

- Mero aborrecimento - Indenização indevida - Sentença ratificada nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte - Recurso não provido” (Ap nº 0009535-24.2011.8.26.0565, 21ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. MAIA DA ROCHA, j. em 1.4.2013).

2.2. Ademais, nenhum desdobramento derivado da aludida recusa representou vexame, sofrimento ou humilhação passível de repercussão em verba de dano moral.

Nem mesmo a utilização, não tencionada pelo autor, de seu limite de cheque especial ficou evidenciada.

Como realçado por SERGIO CAVALIERI FILHO:

“(…) 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 nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” (“Programa de responsabilidade civil”, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, nº 19.4, p. 80).

Na mesma esteira houve deliberações do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral inexistente. Verba indenizatória afastada.

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” (REsp nº 714.611- PB, registro nº 2005/0001506-0, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. em 12.9.2006, DJU de 2.10.2006, p. 284).

“(…) a indenização por dano moral não deve ser banalizada. Ela não se destina a confortar meros percalços da vida comum, e o fato trazido a julgamento não guarda excepcionalidade (...)” (REsp nº 217.916-RJ, registro nº 1999/0048726-5, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. ALDIR

PASSARINHO JUNIOR, j. em 24.10.2000, DJU de 11.12.2000, p. 208, in RT: 789/195).

Enfim, não se podendo atribuir ao incidente narrado na exordial, como consignado na sentença atacada, “desgaste psicológico profundo” (fl. 41), inviável conferir-se ao autor a pretendida reparação por danos morais.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação contraposta, mantendo, na íntegra, a sentença impugnada (fls. 40/41).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9235074-03.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITABRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN, é apelado ROSA MARIA DE CAMARGO BEZERRA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 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(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 30281)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 15 de agosto de 2013.

CAMPOS MELLO, Relator

**Ementa: DEMANDA DE COBRANÇA. SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES VOLTADA CONTRA PESSOA QUE LEVA ALGUÉM A HOSPITAL PARA TRATAMENTO E QUE, NA INTERNAÇÃO, FIRMA CONTRATO PREVIAMENTE REDIGIDO ASSUMINDO A RESPONSABILIDADE PELAS DESPESAS. EMISSÃO DE VONTADE VICIADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS, DIANTE DA SITUAÇÃO DE PERIGO EXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

É a apelação contra a sentença a fls. 122/126, que julgou improcedente demanda de cobrança de serviços médico- hospitalares, com fundamento na circunstância de ter sido compelida a ré a aceitar as exigências da autora, para poder prestar

atendimento médico hospitalar para sua empregadora.

Alega a vencida que a decisão não pode subsistir, visto que não estão presentes os requisitos para invalidar o negócio jurídico em decorrência de vício de consentimento. Afirmo que a ré assumiu expressamente a obrigação de suportar as despesas do tratamento, cuja existência está demonstrada. Pede a reforma.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

O presente apelo não comporta provimento.

Restou a salvo de controvérsias que a ré firmou o termo de responsabilidade em circunstâncias muito peculiares. Estava prestando socorro a sua empregadora, que sofreu acidente doméstico, a qual necessitava de auxílio médico imediato. O estado da vítima, com quem não tinha laços aparentes de parentesco, apenas de prestadora de serviços domésticos, determinou que agisse de forma solidária, encaminhando a vítima de acidente doméstico ao pronto atendimento médico. Agia portanto a ré em verdadeiro estado de necessidade. Só se pode admitir que tenha firmado o documento como condição para que houvesse o atendimento, já que as máximas da experiência, fruto da observação do que ordinariamente acontece (art. 335 do C. P. C.), ensinam que ninguém que está meramente socorrendo outrem em estado grave vai se preocupar com esses detalhes, a não ser quando instado pelo prestador dos serviços.

Se foi isso o que ocorreu, a obrigação é mesmo inexigível. Sabendo-se que o constrangimento pode ser externado por simples omissão (cf. Orozimbo Nonato, “Da Coação como Defeito do Ato Jurídico”, Ed. Forense, 1957, p. 119), sabendo-se que no crepitar dos acontecimentos nem sempre é possível tranquila aferição das consequências da falta de assinatura, sabendo-se que a apelada agia impelida por espírito de caridade, é inelutável a conclusão de que, na tentativa de formação do vínculo jurídico que a apelante brada existir, não houve emissão de consentimento válido. Trata-se aqui não da coação propriamente dita, mas de convenção celebrada em estado de perigo, situação de constrangimento à qual devem ser aplicados os princípios que regem o instituto da coação (cf. Orozimbo Nonato, *ob. cit.*, p. 141 e 143).

Quem age com base em imperativo dever moral de auxílio e, no curso dessa ação, vê-se compelido a firmar documento em que assume obrigação pessoal de extensão nem mesmo mensurável no momento, não consente de modo eficaz. Não é por outro motivo que a boa doutrina entende que é nula a avença precedida de exigência de remuneração para prestação de auxílio a quem esteja em estado de necessidade (cf. Carlos Alberto da Mola Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil”, Ed. Coimbra, 3ª ed., 1985, p. 532).

A única ressalva que seria possível consiste no reconhecimento de que, efetivamente prestados os serviços, o prestador terá direito ao adequado paga-

mento, pelo fato mesmo da prestação e não em virtude da existência da avença. Na espécie, deverá a apelante voltar-se contra a paciente e não contra a ré, que agira espontaneamente em socorro de terceiro, cumprindo dever de assistência a semelhante, que deve ser louvado.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001514-83.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes WILLIAN CARVALHO MONTAGNOLI, MARCIA CRISTINA DA SILVA CARVALHO MONTAGNOLI e WALTER JUNIOR MONTAGNOLI, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.831)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente) E ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 1º de agosto de 2013.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

**Ementa: ADOÇÃO. Pedido homologação de acordo extrajudicial relativo à anulação parcial de registro de nascimento. Hipótese de revogação de adoção. Impossibilidade. Irrevogabilidade do ato, que não se confunde com o direito de conhecer a própria origem biológica. Sentença de improcedência. Manutenção. Recurso não provido.**

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 67/69 dos autos, que julgou improcedente o pedido de homologação de acordo extrajudicial proposto por WILLIAN CARVALHO MONTAGNOLI, MARCIA CRISTINA DA SILVA CARVALHO MONTAGNOLI e WALTER JUNIOR MONTAGNOLI.

Fê-lo a r. sentença atacada, sob o fundamento de que a homologação do

acordo, como pretendiam as partes, culminaria em revogação da adoção de WILLIAN CARVALHO MONTAGNOLI, o que é vedado no ordenamento jurídico.

Recorrem os autores, alegando, em síntese, que o impedimento de WILLIAN CARVALHO MONTAGNOLI em alterar seu nome, adotando o sobrenome de seu pai biológico, já falecido, ocasiona-lhe intenso sofrimento, pois se sente afastado de sua origem biológica.

Aduzem, ademais, que há interesse legítimo e personalíssimo do recorrente WILLIAN em saber sua verdadeira paternidade, e ter a sua filiação biológica no assento de nascimento.

O parecer do Representante do Ministério Público em segunda instância (fls. 94/95v), foi no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso não comporta provimento.

Os autores ajuizaram a presente ação buscando a homologação de acordo extrajudicial que buscava, em síntese, a revogação da adoção unilateral realizada pelo então padrastrô de Willian no ano de 1994, sob a égide da Lei nº 8069/90 (ECA).

Sustenta o adotado que a supressão do sobrenome de seu pai biológico ocasiona-lhe intensos prejuízos de ordem psíquica, pois carrega um sobrenome com o qual não se identifica e que o faz sentir afastado de sua ancestralidade.

Correta a sentença que negou homologação a acordo que viola norma de ordem pública.

2. É texto expresso do art. 39, I do Estatuto da Criança e do Adolescente ser a adoção irrevogável.

Claro que tal norma cogente constitui via de mão dupla, pois vale tanto para o adotante como para o adotado.

Não se confunde a irrevogabilidade da adoção com o direito, também previsto no Estatuto (art. 48), de o adotado conhecer a própria origem biológica e de obter acesso irrestrito ao processo, após os dezoito anos.

Uma situação é a de o adotado conhecer a própria origem, saber quem são os seus pais biológicos, reconstruir a sua história familiar e até mesmo usar os avanços da genética na prevenção e no tratamento de determinadas doenças.

Outra situação, radicalmente diversa e não admitida em lei, é a de qualquer das partes, adotantes ou adotados, renegarem o parentesco por ausência de afeto ou de desentendimentos.

Tem o autor Willian inteira ciência de sua origem biológica, tanto assim que trouxe aos autos documentos pessoais de quem o gerou.

3. Inadmissível o pedido de desfazimento da adoção, em razão de querer

o adotado alterar seu nome, para passar a usar o sobrenome de seu pai biológico.

No regime do Código Civil de 1.916 a adoção tinha natureza negocial, razão pela qual se admitia a sua resilição unilateral por parte do adotado, após os 18 anos, ou mesmo a resolução bilateral, em qualquer tempo, sendo o adotado capaz **(Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 18ª. Edição Forense, vol. V, p. 414).**

Em razão do artigo 227, parágrafos 5º e 6º da Constituição Federal, a adoção passou a ter caráter institucional, razão pela qual, tal como no reconhecimento voluntário de filho, não comporta revogação ou retratação.

Nas palavras de **Rolf Madaleno** *“são plenos e irreversíveis os efeitos da adoção, como inquestionavelmente estabelece o artigo 41 do ECA, mas cuja irrevogabilidade é imprescindível para assegurar a estabilidade dos vínculos de filiação... A adoção desliga definitivamente o adotado de seus pais consanguíneos, sendo vedada a desconstituição da adoção porque ela desliga o adotado de sua família de origem (ECA, art.21)...”* **(Curso de Direito de Família, 4ªEdição, Ed. Forense, pg. 651).**

A norma tem sua razão de ser.

A adoção cuida do estado das pessoas, de direitos indisponíveis. Na lição de melhor doutrina, a adoção *“imita la natura, ma in modo assai imperfetto”* **(apud, Enio Santarelli Zuliani, Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões, Ed. Saraíva, pg.259).**

Do mesmo modo que não é possível desconstituir famílias consanguíneas mediante simples ato de vontade, também não é possível desconstituir a adoção em razão de desinteligência ou desamor.

A impossibilidade jurídica do pedido em caso semelhante ao da autora já foi reconhecida em precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

*“Apelação - Adoção - Revogação - A adotada completou a maioria na vigência do Código Civil de 2002, incidindo a regra da irrevogabilidade da adoção prevista pelo artigo 39, §1º do ECA, na redação da Lei nº 12.010/2009, que ratificou os termos do anterior art.48 daquele Estatuto - Desinfluyente a concordância da adotada, dos adotantes e da mãe biológica, uma vez que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, o Estatuto de 1916 está totalmente revogado, não se podendo falar em direito adquirido. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento da inicial com extinção do processo, sem resolução do mérito. Decisão mantida. Recurso Improvido”* **(Apelação Cível nº. 994.09.317443-7, Rel. Egidio Giacoia, j. 11/05/2010).**

A supressão do sobrenome do adotado, substituindo-o pelo sobrenome de seu pai biológico, configuraria negação à adoção realizada o que, conforme



mencionado, é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, inviável que somente dezenove anos depois o adotado, homem adulto (28 anos), pretenda desconstituir os seus laços de parentesco.

Oportuno consignar, por outro lado, que restaria ao adotado, em ação própria, buscar eventualmente a supressão do sobrenome de seu pai adotivo, expondo os possíveis motivos que levam a tal conflito psicológico, como, por exemplo, a falta de afeto.

A substituição de um sobrenome por outro, todavia, resta vedada, pois configuraria modo oblíquo de obtenção de um dos efeitos da revogação de adoção, que como acima visto, viola norma cogente.

Em outras palavras, não faria sentido negar a revogação da adoção, mas admitir um de seus efeitos, qual seja, o de que o adotado voltasse a usar o nome de família do pai biológico, com o qual foram os vínculos de parentesco totalmente rompidos, por força de lei.

Feitas tais considerações, sói concluir pelo acerto da sentença que julgou o feito improcedente, com fundamento na irrevogabilidade da adoção, nos termos do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9171607-16.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BANCO BMD S/A (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL), DISK CARGAS TRANSPORTES LTDA, FLORENCIO PORTELA e LUIZA GUIDEK PORTELA, é apelado OS MESMOS.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento em parte à apelação e ao recurso adesivo, vencido o Revisor que negava provimento ao recurso adesivo e declara voto.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO E RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 1º de agosto de 2013.

GIL COELHO, Relator

**Ementa: Contrato bancário - Abertura de Crédito -**

**Monitória - Procedência, em parte - Cerceamento de defesa inócua - Art. 130 do CPC - Prescrição não verificada - Art. 206, § 5º, inciso I, do CC - 5 anos - Aplicação do art. 334, II, do CPC, acolhida a tese de quitação até a quarta parcela prevista no contrato - Dívida calculada com a incidência de juros de 1%, correção monetária pelo INPC-IBGE e multa de 2% - Recursos providos, em parte.**

## VOTO

Embargos monitórios julgados procedentes, em parte, adotado o relatório da r. sentença. Embargos declaratórios rejeitados.

Em apelação, o embargado alegou que a condenação dos embargantes a pagar tão somente a quantia principal corrigida pela Tabela do TJSP e acrescida de juros de mora de 6% e 12% ao mês é equivocada. Afirmou que é permitida nos contratos bancários a cobrança cumulada de juros remuneratórios com moratórios desde o início do inadimplemento. Disse de inaplicabilidade da Lei de Usura. Pediu o provimento do recurso para ser determinada a incidência de correção monetária, juros remuneratórios e moratórios.

Os embargantes apresentaram recurso adesivo. Afirmaram que prescreve em três anos a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento. Citaram o art. 206, § 5º, I, do CC. Aduziram que o banco deve trazer o extrato da conta corrente e juntar o demonstrativo dos recebimentos. Alegaram que devem a partir da quinta parcela e que foi cerceado o direito deles de completa instrução do processo. Requereram o provimento do recurso para anulação ou reforma da r. sentença.

Os embargantes apresentaram resposta.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento aos recursos.

Eis o relatório.

Cuida-se de ação monitória lastreada em “Contrato de Abertura de Crédito” firmado pelas partes em 28/11/1997, por meio do qual foi concedido à embargante pessoa jurídica, com aval dos demais embargantes, o crédito de R\$ 16.000,00, para pagamento em 10 parcelas mensais de R\$ 2.036,75, à taxa de juros mensal de 4,50% (fls. 36 e verso), instruída com o “Demonstrativo Analítico” de fl. 21, indicativo do débito total de R\$ 49.637,34 para 28/2/2006, fruto da incidência de correção monetária pelo INPC-IBGE, juros de 1% ao mês e multa de 2%.

Os recursos merecem ser providos, em parte.

A lide encontrava-se madura para o sentenciamento. A dilação probatória seria inócua, a vista dos documentos entranhados nos autos, comprobatórios da

relação jurídica existente entre as partes e da inadimplência contratual. Ao juiz incumbe indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130).

Na época da assinatura do contrato, vigia a Lei n.º 3.071/16 (Código Civil de Beviláqua), que dispunha, em seu art. 177, ser vintenária a prescrição para as ações pessoais. A Lei n.º 10.406/2002, que instituiu o Código Civil vigente, aplicável à hipótese por força do seu art. 2.028, passou a prever o prazo quinquenal para a prescrição da pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (art. 206, § 5º, inciso I). Como a ação foi proposta em 2006, portanto, menos de cinco anos do início da vigência do Código Civil atual, não há que se falar em prescrição.

O recibo tem forma prescrita em lei: deve indicar o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. Portanto, o documento de fl. 77 não se presta para comprovação de quitação do débito, incogitável a inversão do ônus da prova neste particular, uma vez que a comprovação do pagamento incumbe ao devedor.

As partes estabeleceram que no caso de pagamentos das parcelas fora dos seus vencimentos, haveria o acréscimo de comissão de permanência à taxa máxima praticada pelo banco, juros moratórios de 1% ao mês e multa moratória de 10% (cláusula 5.1 do contrato).

Ora, segundo o já aludido “Demonstrativo Analítico” de fl. 21, o embargado aplicou juros de 1% ao mês, multa moratória de 2% e corrigiu o débito pelo INPC-IBGE. O embargado não computou a comissão de permanência, logo, o cálculo acabou favorável aos embargantes, sem cogitação de incidência de juros de 0,5% durante a vigência do CC de 1916, considerando a livre pactuação de taxa diversa.

Não obstante, assiste razão aos embargantes num ponto. Embora na inicial tenha apontado que três das dez parcelas foram quitadas, em sua réplica o embargado admitiu que foram pagas até a quarta parcela (fl. 127). Nos termos do art. 334, II, do CPC, este fato passou a ser incontroverso. Os cálculos devem ser refeitos para exclusão da quarta parcela.

Em suma, ambos os recursos merecem ser providos, em parte. O do embargado, para incidência na dívida dos encargos descritos no cálculo de fl. 21. O dos embargantes, para exclusão da quarta parcela do cômputo da dívida, que deverá ser recalculada para o prosseguimento preconizado no art. 1.102C do CPC.

Sucumbentes reciprocamente, cada parte arcará com as custas processuais e com os honorários de seus advogados.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento, em parte, à apelação e ao

recurso adesivo.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE**

#### **(Voto nº 12.358)**

Com o devido respeito, ousou divergir em parte da solução apresentada pelo d. Relator Des. Gil Coelho, a quem rendo minhas homenagens.

No caso dos autos, verifica-se que os embargantes alegaram que efetuaram o pagamento até a quarta parcela do contrato e que a quinta venceria no dia 28/03/1998. Contudo, analisando o demonstrativo de débito de fls. 21 é possível observar que a parcela com vencimento nesta data é a quarta, e não a quinta, como tentaram fazer crer os embargantes.

Assim, apesar de esta mesma afirmação constar da réplica do banco de fls. 127, é evidente que a instituição financeira foi levada a erro pela afirmação falsa que constou dos embargos à ação monitória, não sendo possível concluir que tal fato restou incontroverso.

Os embargantes ainda afirmam, no recurso adesivo, que “se a primeira parcela foi paga em 28/12/97 e em 20/03/1998 os recorrentes estavam com a situação regularizada, isso significa, na pior das hipóteses que eles já tinham quitado até a quarta parcela” (fl. 214), o que não procede, pois o vencimento da quarta parcela apenas se daria no dia 28/03 daquele ano, de forma que no dia 20/03, quando firmada a declaração de idoneidade, a afirmação de que estavam com a situação regularizada não incluiu parcela que venceria em momento futuro, mas apenas as três primeiras vencidas até então.

Posto isso, meu voto negava provimento à apelação interposta pelos embargantes, acompanhando o i. relator quanto ao recurso interposto pelo banco embargado.

MARINO NETO, 2º Desembargador

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026066-91.2012.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLAUDIO ROBERTO CAMARGO GARCIA, é apelado ITAU UNIBANCO S/A.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso e anularam de ofício a sentença. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.593)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), GIL COELHO E MARINO NETO.

São Paulo, 1º de agosto de 2013.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

**Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. Abertura de crédito e empréstimo. Ação de revisão. Alegação de abusividade. Julgamento de plano, com base na regra do artigo 285-A do Código de Processo Civil. Não cabimento. Caso que não envolve apenas matéria de direito, mas também e principalmente matéria de fato. Prosseguimento da instrução com a exibição dos documentos solicitados incidentalmente. Necessidade. Sentença anulada de ofício para esse fim.**

*Se o caso não envolve apenas matéria de direito, mas também e principalmente matéria de fato, desde que nele são discutidas questões específicas dos negócios realizados, ou que destes emergem, inviável a sua improcedência de plano. Aos propósitos da lei é evidente que “casos idênticos” não são os relativos a uma mesma tese jurídica, que pode genericamente ser aplicada a uma variedade de casos, mas só aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se difiram numa e noutra ação.*

## VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato bancário julgada improcedente pela r. sentença de fls. 55/60, de relatório adotado, que condenou a autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em R\$ 1.000,00.

Apela o autor (fls. 66/79), com pedido de reforma do julgado, sustentando que os juros aplicados pela instituição financeira são abusivos e ilegalmente capitalizados. Diz ainda que é vedada a cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos.

Recurso preparado (fls. 68/69) e respondido (fls. 90/101), pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz a quo, a r. sentença não pode prevalecer.

É que não era o caso de julgamento antecipado com base no art. 285-A do CPC.

Pelos fatos e particularidades envolvidas, a ação em tela dificilmente poderia ser enquadrada ou equiparada a “casos idênticos” antes decididos.

Negócios ou situações jurídicas envolvendo financiamentos bancários variam enormemente entre si, dependendo das pessoas, valores, prazos e outras circunstâncias. Tudo, então, faz diferença e daí a necessidade de exame caso a caso, ainda que a final possam eventualmente vir a coincidir soluções que também caibam noutros casos.

Fácil ver, portanto, que nem sempre são “casos idênticos” aqueles relativos a uma mesma tese jurídica, que pode genericamente ser aplicada a uma variedade de casos.

Ao contrário, como bem explicam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “por casos idênticos haver-se-á de entender aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se difiram numa e noutra ação.” (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2006, p. 68).

No mesmo sentido é a lição precisa de HUMBERTO THEODORO JR.: “(...) é indispensável que a questão de direito suscitada na nova demanda seja exatamente a mesma enfrentada na sentença anterior. As causas identificam-se pelo pedido e pela causa de pedir. Se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em ‘casos idênticos’, para os fins do art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 407).

Demais disso, a novel regra do artigo 285-A do Código de Processo Civil exige aplicação parcimoniosa e comedida, pois no mais das vezes o caso presente pode não ser absolutamente idêntico aos casos anteriores, seja por se basear em algum fundamento jurídico não suscitado nos outros, seja por envolver alguma situação fática diversa etc.

O artigo 285-A em comento inclusive é bastante claro ao dispor que o juiz poderá reproduzir a sentença anterior “quando a matéria controvertida for unicamente de direito”, reduzindo assim, em muito, o campo de sua aplicação.

Aqui, o autor alega ter celebrado contrato de abertura de conta corrente com cheque especial e empréstimo para fins de refinanciamento com o Banco réu e que estaria sendo vítima de juros abusivos e indevidamente capitalizados, cumulação de comissão de permanência com outros encargos etc., tudo portanto envolvendo questões fáticas e não apenas matéria de direito.

A propósito, não há uma única cópia dos contratos de cheque especial, de

empréstimo, nem mesmo dos extratos, apesar de postulada a exibição incidental dos documentos (fls. 22), o que era imprescindível para o julgamento do caso.

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, de ofício, anulo a r. sentença para que a ação tenha regular seguimento, notadamente para apresentação dos documentos solicitados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002208-16.2010.8.26.0160, da Comarca de Descalvado, em que são apelantes A.N.A.O. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e S.O.A. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado C.T.O.J.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), CESAR CIAMPOLINI E CARLOS ALBERTO GARBI.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

ELCIO TRUJILLO, Relator

**Ementa: NULIDADE - Alegação quanto à falta de intimação específica sobre a r. decisão liminar que reduziu o valor da pensão alimentícia - Não ocorrência - Ciência do alimentando demonstrada - Requerimento, em contestação, para a cassação da medida liminar - Vício sanado - Preliminar afastada.**

**NULIDADE - Cerceamento de defesa - Não oitiva de testemunhas - Convicção do juízo monocrático fundada na prova documental apresentada pelo autor - Preliminar afastada.**

**REVISIONAL DE ALIMENTOS - Pretendida redução da contribuição mensal pelo genitor - Ausência de comprovação da alteração do binômio necessidade/disponibilidade - Limites da ação a exigir tal circunstância - Obrigação do alimentante de buscar meios lícitos de satisfazer aos encargos**

**surgidos, não aproveitando a simples versão de que não conta com recursos - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de ação revisional de alimentos proposta pelo pai contra o filho - julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 63/65, de relatório adotado, que reduziu a pensão alimentícia para o valor correspondente a 1/3 (um terço) do salário mínimo.

Apela o réu alegando, em sede preliminar, que não houve intimação específica da liminar concedida que reduziu o encargo alimentar; e o cerceamento de defesa, em razão da não oitiva de testemunhas e o julgamento antecipado da lide; no mérito, sustenta que necessita dos alimentos conforme anteriormente avençados (54% sobre o salário mínimo), ainda mais porque teve que desocupar o imóvel que era concedido pelos avós paternos, a título gratuito; que não restou comprovada a modificação da capacidade financeira do alimentante e que o mesmo não pode se esquivar do dever em prestar os alimentos sob o argumento de que seus genitores já concedem outros benefícios ao neto. Pede o provimento do recurso (fls. 72/80).

Recebido (fls. 72) e respondido (fls. 73/75).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça manifestando-se pelo provimento do recurso, a fim que seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa; caso contrário, no mérito, o parecer ministerial é no sentido de que seja reformada a r. sentença para manter a prestação alimentar no patamar originalmente fixado.

É o relatório.

De início cumpre afastar as preliminares suscitadas pelo réu (apelante).

A primeira diz respeito à falta de intimação específica sobre a r. decisão liminar que reduziu o valor da pensão alimentícia.

A preliminar não merece acolhida porque a representante legal do menor, ao comparecer na audiência de tentativa de conciliação (fls. 26), acompanhada do patrono, teve ciência sobre a r. decisão, tanto é que na contestação requereu a cassação da liminar.

A segunda preliminar a ser afastada refere-se ao alegado cerceamento de defesa, em razão da não oitiva de testemunhas e o julgamento antecipado da lide.

Com efeito, observo que, segundo a sistemática processual, o destinatário da prova é o magistrado, cujo convencimento deve ser formado através dos elementos de convicção produzidos nos autos. E, no vertente caso, o convencimento do douto magistrado se pautou na prova documental apresentada

pelo autor, informando a suposta remuneração mensal; embora não tenha sido demonstrada a modificação na capacidade financeira do alimentante, conforme se verificará adiante.

No mérito, o recurso comporta provimento.

Trata-se de ação revisional de alimentos, em que o genitor pugna pela redução do encargo alimentar devido ao filho, sob o argumento de que houve modificação de sua situação financeira.

Em ação de separação judicial consensual, as partes estipularam que o varão pagaria em favor do filho pensão alimentícia no valor corresponde a 54% (cinquenta e quatro por cento) do salário mínimo (fls. 14/17).

Conforme previsão do artigo 1.699 do Código Civil é possível revisão da contribuição alimentar a qualquer tempo, em razão de alterações no quadro das necessidades ou das disponibilidades.

No caso, o autor alegou que está desempregado e apresentou declaração unilateral, a qual consigna que ele auferia mensalmente um salário mínimo pelos serviços prestados a um escritório de advocacia (fls. 11). Alegou que já fora executado porque o pagamento da pensão alimentícia no valor fixado se tornou impossível; e que seus pais prestam auxílio ao neto, efetuando o pagamento da escola particular, além de conceder moradia, a título gratuito, ao infante e sua genitora.

Contudo, à época da separação do casal, o autor se qualificou como estudante (fls. 14) e assumiu o encargo alimentar de acordo com suas possibilidades financeiras.

Ao propor a presente demanda, o varão não comprovou a piora em sua capacidade financeira, não se desincumbindo do ônus que lhe competia (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil).

E não basta a simples alegação quanto a indícios de diminuição na condição financeira, sendo necessária prova robusta e inequívoca, o que não ocorreu.

Conforme bem consigna o parecer ministerial, o autor é pessoa jovem, presumindo-se que *“possa fazer frente à obrigação alimentar, tanto mais quando se leva em conta que mora com os seus pais, o que resulta, via de regra, na redução de gastos com alugueis e outras despesas domésticas”* (fls. 86).

Passados quase 03 (três) anos da propositura da ação, considera-se tempo o suficiente para que o autor tenha obtido colocação no mercado de trabalho. Ainda em nome da paternidade responsável, o alimentante tem a obrigação de buscar meios lícitos de satisfazer aos encargos surgidos, não aproveitando a simples versão de que não conta com recursos.

De outra parte, as despesas a envolver o menor A. resultam crescentes,

sendo presumíveis suas necessidades.

Além do mais, o documento de fls. 68 indica que o infante e sua genitora foram notificados para desocupar o imóvel que residiam, que havia sido cedido pelo genitor do alimentante, o que certamente gerou aumento das despesas da família.

Diante tais considerações, e ausente demonstração quanto à modificação da capacidade financeira do alimentante, o encargo alimentar antes fixado pelas partes - correspondente a 54% (cinquenta e quatro por cento) do salário mínimo - revela-se adequado ao atendimento das necessidades básicas do menor.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0117326-89.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREVENT SENIOR CORPORATE OPERADORA DE SAÚDE LTDA., são apelados ELZA TOLEDO DE CAMPOS MELLO (ESPÓLIO) e ALICE DE CAMPOS MELLO LUIZ (INVENTARIANTE).

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr Guilherme Guimarães Coam”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. (**Voto nº 16.172**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO EDUARDO RAZUK (Presidente sem voto), ELLIOT AKEL E LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

**Ementa: Plano de saúde - Autora que adquiriu títulos do Hospital Nove de Julho em 1965, que posteriormente passou a ser administrado pela Assistência Médica Nove de Julho e após foi adquirido pela empresa ré - Descredenciamento que não pode prevalecer - Hospital Nove de Julho que presta assistência à autora há 45 anos, a qual contava com 84 anos quando da propositura da ação em 2011 e que faleceu no curso da lide - Inexigível a quebra da relação médico-paciente já estabelecida - Manutenção**

**da sentença. Nega-se provimento ao recurso.****VOTO**

1. Trata-se de ação condenatória movida por Elza Toledo de Campos Mello em face de Prevent Senior Corporate Operadora de Saúde Ltda. e Assistência Médica Nove de Julho Ltda., alegando, em síntese, que em 1965 adquiriu títulos do Hospital Nove de Julho. Desta forma, os contratantes pagavam uma “taxa de manutenção” e, em contrapartida poderiam utilizar exclusivamente o hospital quando houvesse necessidade. Em 1993, a carteira passou a ser administrada pela Assistência Médica Nove de Julho Ltda., que manteve o direito da utilização do Hospital Nove de Julho. Todavia, em novembro de 2010 recebeu notificação da ré informando que havia adquirido a operadora Assistência Médica Nove de Julho Ltda. e que o Hospital Nove de Julho seria descredenciado a partir de 30.12.2010. Aduz que o descredenciamento não pode prevalecer, pois se trata de pessoa idosa, com problemas de saúde, sendo que os médicos do Hospital Nove de Julho lhe prestam assistência há 45 anos. Diante do exposto, postulou que seja reconhecido o seu direito à utilização do Hospital Nove de Julho.

Em 18.04.2011 houve o protocolo de petição informando óbito da autora em 24.03.2011.

A ação foi julgada procedente, para o fim de condenar a ré a arcar com as despesas em aberto dos atendimentos prestados à autora junto ao Hospital Nove de Julho, desde o descredenciamento do hospital (a partir de 30 de dezembro de 2010) até seu falecimento. Diante da sucumbência a ré foi condenada a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 3.000,00 (fls. 427/431).

Inconformada, apela a ré, postulando, em síntese, a improcedência da ação (fls. 437/440).

Processado regularmente o recurso, houve a juntada das contrarrazões de fls. 449/468.

É o relatório.

2. O recurso de apelação não merece provimento.

Melhor delimitação dos fatos é necessária.

Afirma a autora que se utiliza dos serviços do Hospital Nove de Julho desde 1965 e em novembro de 2010 foi informada que o Hospital Nove de Julho estaria descredenciado a partir de 30.12.2010. Porém, a autora se encontrava com 84 anos de idade e diversos problemas de saúde, sendo que referido nosocômio lhe presta assistência há 45 anos. Por outro lado afirma a ré que procedeu as devidas comunicações de descredenciamento dos prestadores de serviço e credenciou outros nosocômios.

Irrelevante, entretanto, a ocorrência ou não desta comunicação e o credenciamento de outros nosocômios, pois estabelecida a relação de confiança da paciente com os profissionais que lhe prestam atendimento, inexigível a quebra desta relação com a equipe médico-hospitalar que acompanha a paciente.

Ademais, o “caput” do artigo 4º da **Lei nº 8.078/90 estabelece que o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo** deve ser “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

O inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, por sua vez, é expresso ao aludir à necessidade de observância do princípio da vulnerabilidade do consumidor, demonstrando ser este a parte mais frágil na relação de consumo.

Segundo se extrai da doutrina de Arruda Alvim e outros (in “Código do Consumidor Comentado”, RT, 2ª edição, página 45):

*“A vulnerabilidade do consumidor é incidível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor; em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor- pessoa jurídica ou consumidor- pessoa física. Para Nelson Nery, com a argúcia que lhe é habitual, o princípio da vulnerabilidade que permeia as relações de consumo está em verdade a dar realce específico ao princípio constitucional da isonomia, dispensando-se tratamento desigual aos desiguais”.*

Acrescenta Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (in “Código de Defesa do Consumidor Anotado”, Saraiva, 2001, página 13):

*“O CDC pressupõe a vulnerabilidade do consumidor; partindo do princípio de que ele, por ser a parte econômica, jurídica e tecnicamente mais fraca, nas relações de consumo, encontra-se, normalmente, em posição de inferioridade, na administração de seus interesses com o fornecedor. A Lei n. 8.078/90, ao contrário do Código de Processo Civil, parte do pressuposto de que, nas relações de consumo, existe uma desigualdade fática, uma relação vertical e de poder, entre fornecedores e consumidores, razão por que, ao estabelecer uma série de direitos e vantagens para o consumidor, tenta igualar a sua posição jurídica na relação contratual”*

Desse modo, entende-se correta a R. Sentença no ponto em que declara a obrigação da ré em arcar com as despesas em aberto no Hospital Nove de Julho,

desde o descredenciamento do hospital, em 30.12.2010 até o falecimento da autora, que ocorreu no curso da lide, não se podendo acolher as alegações da ré, ora apelante, por ferir o princípio da vulnerabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor que encontra fundamento na cláusula da dignidade da pessoa humana, informadora tanto de instituições jurídicas variadas, quanto da própria interpretação a ser-lhes dada.

Assim, deve ser mantida a R. Sentença apelada.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000322-59.2011.8.26.0511, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado RUTT HELENA DA CRUZ MAGALHÃES (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o adesivo da autora V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES E CAUDURO PADIN.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

**Ementa: Ação de indenização por danos morais - Inscrição do nome de falecida mãe da autora em órgãos de proteção ao crédito - Registro de débito de dois empréstimos celebrados pela falecida mãe da autora e não honrados - Inscrição de pessoa falecida em banco de dados de inadimplentes que não se mostra ilícita porquanto não adimplidos - Registro lícito em exercício regular de direito do banco credor (art. 188, I, do CC e art. 43, § 4º, do CDC) - Sentença reformada – Recurso do Banco réu provido, prejudicado o adesivo da autora.**

## VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por **RUTT HELENA DA CRUZ MAGALHÃES** em face de **BANCO SANTANDER BRASIL S/A**, **julgada procedente** pela r. sentença de fls. 91/94, para condenar o réu a pagar a autora indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00, com correção monetária pela tabela prática do TJSP, desde a data da sentença, e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, confirmando a antecipação de tutela concedida, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

Apela o Banco réu, procurando reverter a r. sentença, alegando, em preliminar, falta de interesse de agir porque os contratos não foram quitados. No mérito, sustenta não ter praticado ato ilícito com a inscrição em banco de ados de inadimplentes, porque os contratos de empréstimo celebrados pela falecida mãe da autora não foram pagos. Não há danos morais indenizáveis. Alternativamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório, a ser fixado segundo os critérios da prudência e modicidade.

Recorre adesivamente a autora, pretendendo a majoração da indenização dos danos morais para, no mínimo, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), bem como a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Recursos regularmente processados e respondidos. É o relatório.

### VOTO.

Cuida-se de ação indenizatória por danos morais em razão de indevida negativação do nome da falecida mãe da autora em cadastros de inadimplentes (SCPC e SERASA), por débito de contratos de empréstimos consignados, mediante desconto em benefício previdenciário do INSS da mãe.

Narra a autora na inicial que sua mãe, Maria Rosa da Cruz, celebrou dois contratos de empréstimo consignados com o Banco réu, mediante desconto das prestações dos referidos contratos em benefício previdenciário do INSS recebido por sua genitora.

Com o falecimento de sua genitora em 13/08/2009, os descontos dos empréstimos cessaram, não sendo mais possível a efetivação dos referidos pagamentos, razão pela qual o Banco réu inscreveu o nome de sua mãe nos órgãos de proteção ao crédito.

Não obstante ter comunicado o Banco réu do óbito, o Banco requerido se recusou a providenciar a exclusão do nome da mãe da autora dos cadastros de inadimplentes, argumentando que somente o faria se a requerente e os demais filhos quitassem a dívida.

Argumenta que a recusa do Banco em excluir o nome da falecida mãe dos órgãos de proteção ao crédito é causa de dano moral.

Preservado o convencimento a que chegou o d. Juiz de Direito na r. sentença, pensa-se de modo diverso, no caso concreto apresentado em grau de recurso pelo Banco requerido.

O douto magistrado concluiu na r. sentença apelada que “a anotação de dívida de titularidade de pessoa falecida mostra-se abusiva e ilegal, já que o de cujus, obviamente, não poderá mais tomar crédito no mercado.

Notável, desse modo, que o réu não tomou as cautelas necessárias para a cobrança do débito e causou constrangimento à autora, utilizando a negativação do nome de sua mãe para receber o crédito, agindo de maneira indevida.

Assim, fixada a responsabilidade do réu, r esta estabelecer o valor da indenização pelos danos morais, cuja configuração é evidente, não dependendo de prova.”(fls.92/93).

O Juiz concluiu pela ilicitude da negativação de pessoa falecida em banco de dados de inadimplentes, por não mais tomar crédito no mercado.

No entanto, deveria indagar-se se a inscrição foi legítima ou não.

A meu sentir a negativação foi legítima porquanto a autora admite ter sua falecida genitora celebrado dois contratos de empréstimo com o banco apelante, prestações dos referidos contratos que deixaram de ser pagos após o passamento.

Portanto, se os empréstimos não foram quitados, em que pese o falecimento da genitora da autora, a dívida subsiste, autorizando o banco apelante a inscrever a devedora em banco de dados de inadimplentes (art. 42, § 4º, do CDC).

Se a inscrição não foi ilegítima (porque a dívida subsiste) o banco apelante apenas exerceu um regular direito seu, não constituindo ato ilícito (art. 188, I, do CC).

De se anotar que a mãe da autora faleceu em 13/08/2009 (fls. 15), sendo expedido comunicado pelo banco endereçado à falecida em 31/12/2009, comunicando da inclusão de seu nome em cadastros de proteção ao crédito por débito inadimplido (fls. 25), antes, portanto, que fosse oficialmente comunicado do falecimento da genitora da requerente apenas em 10/03/2010 (fls. 19).

Desta forma, não se pode pretender excluir a negativação da pessoa, mesmo que falecida, porquanto o débito subsiste, cuja manutenção deverá limitar-se ao prazo previsto no art. 43, § 3º, do CDC ou que se efetive o pagamento antes.

Por tais fundamentos dá-se provimento ao recurso do banco réu, para julgar-se improcedente a ação, condenando-se a autora nas custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios do réu arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais) (art. 20, § 4º, do CPC), com suspensão de sua exigibilidade porque a autora litiga amparada pela assistência judiciária.

Por isso, pelo meu voto dá-se provimento ao recurso do Banco réu, prejudicado o adesivo da autora.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048169-19.2011.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MILTON BORGES, é apelado ATAIDES PEREIRA NOGUEIRA.

**ACORDAM**, em 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 13353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) E EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

JAMES SIANO, Relator

### **Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS e MORAIS.**

**Cobrança feita pelo avô materno contra seu ex-genro dos valores gastos com a criação e educação seu neto, filho do réu. Pedido de danos morais como compensação pela perda da filha, vítima de homicídio praticado pelo réu. Sentença de procedência parcial. Data da Distribuição: 16/12/2011; Valor da causa: R\$ 3.000,00;**

**Apela o réu, negando que o autor, seu ex-sogro, tenha feito os gastos na criação de seu filho, confiado a sua avó materna; prescrita a indenização por dano moral decorrente da perda da filha do autor.**

**Descabimento.**

**Os fatos narrados pelo autor não foram contestados pelo réu, que se limitou a apontar vício de citação e ilegitimidade do autor para receber o pecúlio deixado por sua filha.**

**Documentos e argumentos apresentados após a sentença, não podem ser analisados em grau de recurso, sob pena de supressão de instância.**

**Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252**

**do RITJ.**  
**Recurso improvido.**

**VOTO**

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 83/87, que julgou procedente ação de indenização por danos materiais e morais que Ataídes Pereira Nogueira propôs em face de Milton Borges.

A sentença condenou o réu a pagar ao autor, R\$ 133.184,77 a título de danos materiais e R\$ 186.600,00 a título de danos morais, acrescido de juros legais desde o ato ilícito e correção monetária desde a publicação da sentença.

Apela o réu, sustentando que, (i) o autor não despendeu dinheiro com a criação do neto, cuja guarda foi entregue à avó paterna; (ii) a questão do dano moral requerido em face da morte da filha do autor, foi alcançada pela prescrição. (f. 93/103).

Recurso recebido e respondido (f. 118/124).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, pelo improvimento do recurso.

O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal 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 desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras<sup>1</sup>.

O STJ<sup>2</sup> tem prestigiado este entendimento quando reconhece “a

1 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 99404080827-0, 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 nº 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.

2 (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rei.Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº

*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”.*

O STF já decidiu que é possível adotar os fundamentos de parecer do Ministério Público para decidir, assim o tendo feito recentemente nas decisões proferidas nos RE 591.797 e 626.307, em 26.08.2010<sup>3</sup>.

A presente ação foi proposta com o fito de condenar o réu ex-genro do autor, a pagar indenização por danos morais e materiais decorrentes do homicídio da filha do autor, assassinada pelo réu em 06/08/1990. Com a morte da filha do autor, este teria assumido o encargo de criar e educar seu neto, então menor.

Consigna-se que a sentença apreciou as provas como se evidência.

Transcreva-se, por oportuno:

*“Cuida-se de ação de reparação de danos cumulada com cobrança de valores pagos pelo autor em benefício da pessoa alimentada pelo réu. Afasta-se a tese da nulidade da citação. Como já decidido a folhas 62, o comparecimento espontâneo do réu supriu a falta da citação. No mais, como a contestação só se refere ao pecúlio, objeto tão somente da decisão liminar, insta reconhecer que o réu não se desincumbiu do ônus da impugnação especificada (art. 302 do Código de Processo Civil). Portanto, presumem-se verdadeiros os fatos descritos na inicial: o dever indenizatório do réu e a obrigação dele em relação aos gastos do filho menor. Assim, passa-se ao julgamento antecipado da lide, pois as matérias de fato restaram incontroversas. Incontrovérsia essa que torna desnecessária até a suspensão da jurisdição civil, na forma do artigo 64 do Código de Processo Penal. A ação procede em parte. **O autor pretende receber uma indenização de danos morais pelo homicídio de sua filha, imputado ao réu. Pretende, ainda, ser reembolsado dos gastos feitos em favor do menor Bruno, filho do réu, e cuja guarda exerceu até o falecimento do neto, em 2008. O réu não impugna os pagamentos feitos pelo autor, em nome deste, e em favor de seu alimentado. Daí porque, por força do artigo 305 do Código Civil, o autor tem direito ao reembolso daqueles pagamentos; cujo prazo prescricional é de 10 anos na vigência do Código Civil/02, mas era de 20 anos na vigência do Código Civil/16. E como a prescrição deve ser pronunciada de ofício, conforme reza o artigo***

641.963-ES, 2ª Turma, Rei. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rei. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

3 *“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 Mauricio Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)”.*

219, §5º, do Código de Processo Civil, quanto à cobrança, os desembolsos de 1991 estão prescritos. **De fato, considerando que as prestações são cobradas desde 1991, insta reconhecer que quando da entrada em vigor do Código Civil/02 (janeiro de 2003), já havia decorrido mais da metade do prazo previsto na lei revogada quanto aos primeiros desembolsos. E pelas regras de direito intertemporal, no caso em que a lei posterior reduz o prazo prescricional da lei revogada, aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir da vigência do Código Civil/02, ou seja, a partir de 2003; e quando o prazo for reduzido pela lei nova, mas já decorrido mais da metade do prazo previsto na lei anterior, aplica-se essa. Nesse sentido: A defeituosa redação do artigo 2.028 do merece interpretação criativa, seguindo as seguintes regras: no caso de prazo ampliado, aplica-se a lei nova, computando o prazo já decorrido na vigência da lei antiga; no caso de prazo reduzido, já consumado em mais da metade na vigência da lei antiga, aplica-se o antigo Código Civil; no caso de prazo reduzido com porção igual ou inferior à metade consumado na lei antiga, aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir de sua vigência. (Loureiro. Francisco Eduardo. Código Civil Comentado, pág. 1.063. Ed Manole). Nesse sentido, ainda: Alguém que tenha sido atingido por um prejuízo no final da vigência do Código de 1916 teria, em regra, o prazo de 20 anos para promover a ação. O presente Código reduziu o lapso prescricional pra três anos. Com a vigência deste Código evidentemente não transcorrerá mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Então, o prazo prescricional seria o da lei nova, três anos, que poderia já ter se consumado, até antes da lei nova. É que claro que o legislador não desejou compactuar com essa iniquidade (...). A lei nunca poderia admitir consumação de prazo antes de sua vigência. (...) A leitura racional do dispositivo é no sentido de que o prazo novo começa a fluir a partir da vigência do Código (Venosa. Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado, pág. 1829. Ed Atlas). **Por conseguinte, por força do disposto no artigo 2.028 do Código Civil, as prestações vencidas em 1991 prescreveram em 2011, antes, portanto da propositura.** As prestações vencidas em 1992, também seguem o prazo da lei antiga - 20 anos-, vez que em janeiro de 2003 já havia decorrido mais da metade do prazo prescricional da lei revogada. Mas como a demanda é de 2011, não se operou a prescrição vintenária. As prestações vencidas entre 1993 a 2003, observam o prazo prescricional da lei nova (10 anos), contados de 2003, quando o Código Civil/02 entrou em vigor, porque neste marco, ainda não havia decorrido metade do prazo previsto na lei anterior. Já as prestações vencidas na vigência do Código Civil/02 (2003 em diante), não estão prescritas. **O prazo prescricional de 10 anos foi suspenso pelo ajuizamento desta****

**demanda em 2012. Portanto, apenas as verbas referentes ao ano de 1991 estão prescritas. A indenização de danos morais é procedente. O ato ilícito ocorreu em 1990, quando ainda não vigorava o artigo 200 do Código Civil, que não encontra disposição similar no direito vigente à época. Portanto, o prazo prescricional vintenário da ação indenizatória teve o termo inicial na data do fato (15 de julho de 1990).** Não obstante, iniciada a ação penal ainda sob a vigência do Código Civil/16, ou seja, quando ainda não vigorava o artigo 200 do Código Civil/02, a prescrição da ação indenizatória não se consumou. Isto porque a persecução penal ainda não está encerrada, pois pende apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri (folhas 34). Daí não se falar em prescrição. Sobre a aplicação do artigo 200 do Código Civil para fatos ocorrido na vigência da legislação revogada: “Como a hipótese cuida de norma intertemporal, tem-se que a aplicação do art. 200 do Código Civil, que cuida de prescrição, se ajusta à nova ordem jurídica, não sendo razoável entender que o prazo prescricional a ser considerado seja o previsto no inciso V, § 3º, do art. 206 do Código Civil de 2002, com negativa de aplicação do dispositivo regulador acima referido. Não há como se aproveitar, para a espécie, apenas a parte do novo sistema legal que interessa à ré, deixando, assim, de se considerar todo o novel ordenamento em vigência, ou seja, a suspensão prevista no art. 200 do Código Civil de 2002”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação nº 0041692-54.2009.8.26.0554, julgado em 09.AGO.2011.) Sendo assim, e restando incontroverso o ato ilícito, a condenação do réu ao pagamento de danos morais é incontornável. Sobre o cabimento da indenização moral em caso de morte de filho: Superior Tribunal de Justiça, Resp. 214.838. E para a quantificação dos danos, Carlos Roberto Gonçalves escreve serem (Responsabilidade Civil, pág. 414 Ed. Saraiva, 6ª edição) parâmetros extraídos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67): a) a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; b) a intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso c) a retratação cabal, antes da propositura da ação penal ou cível. Já Caio Mario da Silva Pereira pontifica que o ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (Responsabilidade Civil, 3º ed. Ed. Forense, RJ, 1992, p. 60). **Logo, tratando-se de homicídio doloso praticado com requintes de**

*crueidade, ou seja, com as qualificadoras da asfixia e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (folhas 33), fixa-se a indenização em 300 salários mínimos, conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça: REsp 435.157 e REsp 514.384 III - DISPOSITIVO. Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação movida por ATAÍDES PEREIRA NOGUEIRA contra MILTON BORGES para condenar este ao pagamento de R\$ 133.184,77, acrescidos de juros legais desde a citação e correção monetária desde o ajuizamento, mais outra parcela de R\$ 186.600,00, a título de danos morais, acrescida de juros legais desde o ato ilícito (6 de agosto de 1990) e correção monetária desde a publicação desta sentença.*”.

Cabe acrescentar que o fato narrado pelo autor, homicídio de sua filha, não foi negado pelo réu em sua contestação, nem mesmo os valores apontados na inicial, tornando preclusa a discussão.

A questão referente à prescrição foi adequadamente apreciada e rejeitada na decisão atacada e não merece reparo.

A argumentação do apelante de que a guarda de seu filho teria ficado com sua genitora, só foi apresentada após a sentença, sem que o prolator da sentença tivesse oportunidade de apreciar, tornando preclusa a questão.

Por fim, observo que na defesa o réu se limitou a alegar “nulidade de citação” e “ilegitimidade do autor para receber o pecúlio deixado por sua filha”, tornando incontroversos os fatos constitutivos do direito, a saber os gastos feitos com o filho do réu, neto do autor, na sua criação e educação, além da dor moral causada pela perda da filha do autor, pelo homicídio praticado pelo réu, com golpes de martelo.

Quanto ao procedimento ora adotado há precedente do STJ sobre o assunto:

*“Se o apelante se restringe a repetir os argumentos enfrentados pela sentença, é lícito ao segundo grau “manter a sentença por seus fundamentos”, se com eles concordar, mas não estará autorizado, somente por isso, a não admitir o apelo”*<sup>4</sup>.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9215521-04.2007.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é apelante JOSE ROBERTO

BARCELLI JUNIOR, é apelado CARLOS PINTO MARINHO NETO.

**ACORDAM**, em 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 18641)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE (Presidente) E FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 15 de agosto de 2013.

PAULO ALCIDES, Relator

**Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. INDIGNIDADE. Pretendida exclusão de beneficiário de plano de pecúlio, condenado no âmbito criminal por lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança. Incidência do artigo 1.595 do Código Civil de 1916, vigente à época da morte. Rol que não é taxativo. Casos de indignidade que consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada. Falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima. Interpretação teleológica. Enquadramento no espectro finalístico da norma jurídica em análise. Indignidade reconhecida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

JOSÉ ROBERTO BARCELLI JÚNIOR apela da r. sentença (fls. 121/124), cujo relatório é adotado, que julgou improcedente o pedido formulado na ação proposta contra CARLOS PINTO MARINHO NETO.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o réu deve ser excluído do rol de beneficiários de plano de pecúlio deixado por Vera Lucia Antonio, pois responsável pela morte desta (prática de crime de lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver), conforme decidido pela Justiça Criminal. Argumenta que, não havendo disposição legal específica para a hipótese, deve o julgador valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, de modo a ser reconhecida indignidade para recebimento dos valores, sob pena de enriquecimento sem causa (fls. 131/138).

Recebido o relatório em seus regulares efeitos (fl. 145), foram oferecidas as contrarrazões (fls. 146/150).

É o relatório.

Comporta provimento o recurso.

Consta dos autos que Vera Lucia Antonio contratou um plano de pecúlio, no qual consignou como beneficiário Carlos Pinto Marinho Neto, seu namorado à época.

Em 26/02/1995, o casal estava a passeio (pescaria), oportunidade em que iniciaram uma discussão verbal acirrada, que culminou com agressões físicas praticadas por Carlos contra Vera, que resultaram na morte desta. Ato contínuo, Carlos envolveu o corpo da vítima em um cobertor e o deixou em local ermo, evadindo-se.

A ação penal correspondente (processo crime nº 009/00 que tramitou pela 4ª Vara da Comarca de Itu/SP), foi julgada procedente (decisão judicial transitada em julgado em 15/02/2001), para condenar Carlos pelos crimes de lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver.

Com base nessa decisão, pretende o autor, José Roberto Barcelli, herdeiro necessário, o afastamento do atual beneficiário, por considera-lo indigno.

Após regular processamento, o I. Magistrado a quo julgou improcedente a demanda, sob o argumento de que o plano de pecúlio não tem natureza de disposição testamentária, não se lhe aplicando as regras atinentes à indignidade.

Além disso, observou que o réu foi condenado por crime de lesão corporal seguida de morte, isto é, não teria atentado contra a vida da estipulante, mas sim contra a sua integridade corporal, tendo sido a morte ocasionada involuntariamente, por culpa.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz sentenciante, a pretensão deve ser acolhida.

A despeito da argumentação do autor, não foi estabelecido um legado propriamente dito, pois o pecúlio em questão não tem a natureza jurídica de disposição testamentária. Como ensina Maria Berenice Dias, *“somente existe legado, e conseqüentemente a figura do legatário, no testamento”* (Manual das Sucessões, 2ª ed, RT, p. 116).

Lembre-se que a indignidade, instituto com natureza punitiva, implica exclusão da sucessão do herdeiro ou legatário, por razões de ordem ética. Penaliza-se o herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal.

O artigo nº 1.595 do Código Civil de 1916 (norma positivada no art. 1.814 do Código de 2002), vigente na época da morte, prevê expressamente que: “São excluídos da sucessão (arts. 1.708, IV e 1.741 a 1.745) os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio

voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; II - Que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra; III - Que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.”

Conquanto não exista previsão legal específica para a hipótese em exame (beneficiário de contrato de estipulação em favor de terceiro), a doutrina defende a aplicação do instituto da indignidade a outros campos fora da herança (cf. Rodrigo Santos Neves, Revista de Direito Privado n° 33, maio/2008).

Sem dúvida o beneficiário do plano de pecúlio se enquadra dentre aqueles que assumiram a titularidade de posições jurídicas patrimoniais deixadas pela estipulante, justamente o que ocorre nas hipóteses de sucessão propriamente dita.

Por essas razões, ao contrário do que decidido, não existe óbice à análise da pretensão consistente no reconhecimento da indignidade do réu.

Como se sabe, o rol das hipóteses que ensejam a exclusão da sucessão por indignidade não é taxativo. Adota-se o entendimento doutrinário segundo o qual os casos de indignidade consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada, de modo que se mostra necessário verificar os valores que se pretendeu defender na tipicidade legal, permitindo que, para situações nas quais esses mesmos valores estejam em jogo, possa ser aplicada idêntica solução legal, sob pena de absurda incoerência (cf., Mauro Antonini, Código Civil Comentado, Cezar Peluso, Manole, 1º ed., p. 1.971, com apoio nas lições de José de Oliveira Ascensão e Carlos Maximiliano).

Ilustra o mesmo autor: “alguns exemplos servem para demonstrar a necessidade dessa analogia. O inc. I faz menção exclusiva a homicídio doloso. Em termos técnico-jurídicos, não se confunde homicídio doloso com induzimento e instigação ao suicídio, com latrocínio ou com extorsão mediante seqüestro qualificada pela morte. Nestes três outros crimes, porém, o mesmo valor que a norma visa preservar foi atingido (...) Seria de absurda incoerência não estender a esses exemplos a mesma sanção civil” (idem, p.1972).

No caso, a reprimenda civil se justifica.

Conquanto a morte não tenha sido provocada dolosamente, a lesão corporal e a ocultação de cadáver o foram. E tais crimes praticados pelo réu contra a autora da herança são de altíssima gravidade.

Ora, se uma singela ofensa verbal (crime contra a honra) pode levar à indignidade, o que dirá de graves ofensas físicas causadoras de morte e, ainda, a ocultação de cadáver.

Portanto, entende-se que a conduta praticada, afrontosa aos princípios éticos fundamentais da sociedade e reprimida pela *ultima ratio* do ordenamento

jurídico, enquadra-se no espectro finalístico da norma jurídica em análise, de modo a evidenciar a absoluta falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima.

Confira-se o seguinte precedente jurisprudencial em caso assemelhado:

*DECLARATÓRIA - CASO CONCRETO - PREVISÃO LEGAL - AUSÊNCIA - ANALOGIA - COSTUMES - PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO - POSSIBILIDADE. SEGURO DE VIDA - SEGURADA - HOMICÍDIO - BENEFICIÁRIO - INDIGNIDADE - DECLARAÇÃO - INDENIZAÇÃO - HERDEIROS. Não havendo previsão legal quanto à determinada situação apresentada à apreciação do julgador, deve este utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Inteligência do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Vindo a pessoa a que indicou como beneficiário do seguro de vida o seu algoz, se por ele assassinada, deve ser reconhecida a indignidade deste, sob pena de malferir os mais comezinhos princípios do direito. Declarada a indignidade do beneficiário de seguro de vida, deve este ser pago aos herdeiros do segurado. (Apelação Cível 1.0518.02.016087-6/001, Relator(a): Des.(a) José Amancio, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2006, publicação da súmula em 07/04/2006).*

Reconhecida a indignidade, o réu é excluído da sucessão e do rol de beneficiários do plano de pecúlio, ficando obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens houver percebido (art. 1.598 do Código Civil de 1916).

Ficam invertidos os ônus da sucumbência fixados na sentença.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0113602-47.2006.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA APARECIDA MENDES DE CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.904)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores

JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO E CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 16 de agosto de 2013.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (energia elétrica).  
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE  
DÉBITO. FRAUDE NO RELÓGIO MEDIDOR DE  
CONSUMO.**

**O laudo pericial não deixa dúvida a respeito da fraude. Nos dezesseis meses anteriores à visita dos prepostos da ré à residência da autora, o consumo registrado no relógio medidor foi “zero”, e nenhuma justificativa foi dada por ela a esse respeito.**

**CUSTO ADMINISTRATIVO NÃO COMPROVADO.**

**A ré não demonstrou os gastos com a apuração da fraude que ensejaram a cobrança do custo administrativo adicional, que deve ser excluído dos cálculos elaborados pelo perito.**

**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.**

**A autora, omitindo-se a respeito da fraude, inclusive pleiteando o restabelecimento do serviço em sede de antecipação dos efeitos da tutela, tentou induzir o Juízo a erro, e, de forma temerária, bateu às Portas do Judiciário em busca de guarida para seu mal proceder. Merece, por isso, a pecha de litigante frívola. Apelação provida em parte.**

**VOTO**

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 217/219, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial dessa ação declaratória de inexistência de débito que MARIA APARECIDA MENDES DE CARVALHO move em face de ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

Inconformada, a autora apela às fls. 222/224. Alega, em suma, que: (a) a cobrança unilateral é abusiva, pois dispensou prévio procedimento administrativo e incluiu custo administrativo não comprovado; (b) os débitos pretéritos não autorizam o corte no fornecimento do serviço; e (c) não há prova

da fraude no relógio medidor. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

A ré ofertou contrarrazões (fls. 227/239). Na oportunidade, afirma que a autora é litigante de má-fé.

É o relatório do essencial.

2. A autora narra na inicial que, no dia 03.04.2006, sob o argumento de que foram constatadas irregularidades no relógio medidor, a ré suspendeu o fornecimento de energia elétrica a seu imóvel. Aduz que, para restabelecimento do fornecimento, foi compelida a firmar um termo de confissão de dívida, formulado unilateralmente pela ré, que sequer informou-lhe a forma pela qual apurou o débito cobrado (R\$1.627,94). Pede a declaração de inexistência do débito. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional almejada, requereu fosse a ré compelida a restabelecer o fornecimento, sob pena de imposição de multa diária.

Por não haver a autora apresentado os comprovantes de pagamentos das faturas emitidas nos seis últimos meses, a antecipação de tutela foi indeferida.

Em contestação, a ré alega que o TOI - Termo de Ocorrência de Irregularidade goza de presunção de veracidade, e, diante da fraude constatada, cumpre à autora pagar pela diferença do consumo de energia.

No curso da fase instrutória foi produzida prova pericial.

O nobre magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

A r. sentença veio assim fundamentada:

“Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de dívida decorrente de termo de ocorrência de irregularidade lavrado pela requerida.

O processo foi instruído com prova documental e pericial.

O Senhor Perito esclareceu que o local não foi preservado considerando que as ligações no imóvel da autora já haviam sido restabelecidas.

Esclarece que realizou perícia indireta considerando o histórico de consumo, afirmando que (fls. 136):

**“4.1-notou-se ocorrência de degrau de consumo (queda abrupta de registro de energia e diminuição da média de consumo após esta queda), a partir de janeiro de 2005, o que é uma das características e indício do início da irregularidade citada no último TOI”. Sic**

Constatou o *expert* que do mês de janeiro de 2005 até o mês de abril de 2006 (mês da inspeção realizada pela requerida) a média do consumo foi nula e, depois da lavratura do TOI apresentou média de consumo de

181 kwh.

E concluiu que não lhe restaram dúvidas que a unidade da autora estava apresentando registro irreal de energia elétrica antes da inspeção realizada pela requerida, não conseguindo, porém, apurar a causa.

Ao final do trabalho pericial o Senhor Perito apurou uma dívida no valor de R\$ 1.393,06, para o mês de abril/2006.

Por conseqüência, foi comprovada a irregularidade descrita no TOI. Efetivamente, o bem elaborado laudo pericial deve ser acolhido integralmente, considerando que as partes não produziram nenhum elemento técnico capaz de infirmar o trabalho do perito.

Nesse aspecto, observo ser irrelevante não ter a perícia conseguido apurar autoria da irregularidade, considerando que nos termos da resolução 456/2000 da ANEEL, o consumidor é responsável pelos equipamentos de medição e sistema elétrico de seu imóvel.

De outro vértice, nada obstante a pequena diferença no cálculo da dívida apurada pelo perito, observo que o valor apontado pela requerida deve prevalecer. Com efeito, a mencionada resolução da ANEEL prevê a forma de cálculo pela alínea “b”, o que ratifica o cálculo da dívida.

Por derradeiro, não se desincumbiu a autora do ônus de comprovar sua alegação de coação que justificasse a anulação do instrumento de confissão de dívida.

Destarte, ação é improcedente.”

Respeitado o entendimento do nobre magistrado *a quo*, a r. sentença comporta reparo, mas apenas no tocante ao valor da dívida.

A perícia, ainda que indireta, não deixa dúvida a respeito da fraude.

Com efeito, nos 16 meses anteriores à visita dos prepostos da ré à residência da autora, o consumo registrado no relógio medidor foi “zero”.

Nenhuma justificativa foi dada pela autora a esse respeito. Poderia ela comprovar que o imóvel estava vazio durante esse período, mas preferiu silenciar.

Note-se que, para deferimento da antecipação de tutela pleiteada na inicial, o nobre magistrado *a quo* determinou que a autora trouxesse os comprovantes de pagamentos das seis últimas faturas.

O silêncio da autora pareceu mesmo sintomático, mas a má-fé somente se confirmou com a elaboração do laudo pericial. Afinal, como a autora poderia exigir o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica a seu imóvel, se nos últimos seis meses (em verdade, nos últimos 16 meses) o consumo no imóvel foi “zero”?

Não obstante, a cobrança não é devida em sua totalidade.

No termo de confissão de dívida, a ré cobrou da autora a quantia de R\$1.627,94. O perito, no entanto, apurou o valor de R\$1.393,06.

Ocorre que, do valor encontrado pelo perito, deve ser subtraído aquele cobrado a título de “custo administrativo”.

O art. 73 da Resolução nº 456 da ANEEL prevê a possibilidade de cobrança de custo administrativo adicional dispendido com a apuração da fraude. Não se trata de penalidade, mas de espécie de indenização. Para que possa ser cobrado, por cuidar-se de dano material, necessita ser efetivamente demonstrado.

No caso concreto, a ré não demonstrou os gastos com a apuração da fraude que ensejaram a cobrança do custo administrativo adicional incluído nos cálculos elaborados pelo perito. E o *expert*, em que pese haver incluído esse custo adicional em seus cálculos, não especifica no laudo os gastos que autorizam tal cobrança.

Cabia à ré demonstrar o dano material suportado com a apuração da fraude, mas não se desincumbiu desse ônus, devendo ser excluído do débito o montante correspondente ao custo administrativo adicional previsto no art. 73 da Resolução nº 456 da ANEEL.

Em brilhante voto proferido no julgamento de questão semelhante à ora tratada, o Eminent Desembargador CASTRO FIGLIOLIA entendeu que:

“Nada é devido a título de custo administrativo - cobrado pela apelada na base de trinta por cento do valor da dívida.

É fato que a Aneel, no art. 73 da Resolução 456/2000, faculta a cobrança do chamado custo administrativo adicional, na base de até trinta por cento do valor apurado do débito.

A expressão “custo administrativo”, por evidente, indica aquilo que a concessionária despendeu para apurar a diferença que cobra. Como a verba tem natureza reparatória - e não caráter de sanção -, qualquer valor só pode ser exigido desde que demonstrado o respectivo dispêndio.

Pois bem, no caso dos autos, a apelada não fez qualquer prova de ter gasto qualquer quantia para apurar a fraude havida. Em verdade, aparentemente, não teve mesmo dispêndio, porquanto a descoberta do problema no relógio, salvo engano, ocorreu em apuração de rotina - sem custo adicional para a empresa.

Sem a produção de prova quanto ao hipotético gasto, a concessionária não pode exigir verba reparatória, sob pena de enriquecimento indevido.

Tampouco era possível que o perito, nomeado para a realização da vistoria do relógio medidor, simplesmente elegeesse, sem qualquer motivação, um percentual qualquer como representativo do custo administrativo da apelada. Não obstante, essa foi exatamente a conduta

do experto. Para estimar o valor, ele disse que por sua opção, os custos administrativos equivaliam a vinte por cento do devido, o que pode ser verificado a fls. 191. Nem apresentou a menor justificativa para a estimativa em comento.

Insiste-se: sem provas de dispêndio administrativo de qualquer ordem, a condenação neste aspecto não pode persistir. Como também não merece ser prestigiado o arbitramento desmotivado perpetrado pelo perito.” (TJSP, Apel. nº 991.09.059782-7, 12ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. JACOB VALENTE, j. em 05.05.10).

Assim, necessário excluir do cálculo do débito o montante referente ao custo administrativo adicional.

Por fim, a má-fé da autora não passou despercebida ao Órgão Julgador. Não é crível que não tivesse conhecimento da fraude no relógio medidor, mormente porque, durante mais de um ano, o consumo de energia elétrica em sua residência foi “zero”. A negativa em apresentar ao Juízo as contas de consumo ficou compreensível após as explicações do perito. A autora, omitindo-se, tentou induzir o Juízo a erro, e, de forma temerária, bateu às Portas do Judiciário em busca de guarida para seu mal proceder. Por haver alterado a verdade dos fatos e utilizado o processo para obter vantagem indevida, considera-se litigante frívola, e deve pagar à ré multa de 1% sobre o valor atualizado da causa.

3. Em face do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, para o fim de declarar inexigível apenas parte da cobrança (R\$507,80, vál. p/ abr/06). Outrossim, condena-se a autora a pagar multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, a favor da ré (CPC, arts. 17, incs. II e III, e 18, *caput*).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021333-82.2012.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TAM LINHAS AEREAS S/A, é apelado CARLOS HENRIQUE FERREIRA.

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento à apelação, por votação unânime.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.343)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) E SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

**Ementa: Apelação - Transporte aéreo - Extravio de bagagem em voo que antecedia viagem internacional - Ação indenizatória - Sentença de acolhimento parcial dos pedidos - Indenização por dano moral bem fixada em primeiro grau (R\$ 8.000,00) - Hipótese em que o autor só recuperou a bagagem quando retornou ao Brasil, depois de 9 dias do extravio, e foi compelido a dedicar tempo e a realizar gastos não programados, no exterior, para substituir os artigos de vestuário então extraviados - Episódio que certamente estragou o passeio ou comprometeu-lhe seriamente o brilho - Irresignação procedente, contudo, na parte em que objetiva excluir da indenização por dano material os valores gastos pelo autor com a compra de peças de vestuário - Despesas essas que, efetivamente, não implicaram desfalque patrimonial para o autor, uma vez que os produtos adquiridos se incorporaram a seu patrimônio e ainda mais porque recuperou ele a bagagem extraviada - Episódio que haveria de ser sopesado, sim, no arbitramento da indenização por dano moral, como o foi. Apelação a que se dá parcial provimento.**

## VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem, demanda ajuizada por CARLOS HENRIQUE FERREIRA em face de TAM LINHAS AÉREAS S/A.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação e condenou a ré ao pagamento de R\$ 8.000,00, a título de indenização por danos morais, e do montante equivalente às roupas que o autor necessitou comprar (R\$ 1.466,71) e às despesas que teve para solucionar o problema (R\$ 844,44), à guisa de indenização por danos materiais (fls. 99/vº).

Apela a ré. Como fundamento do pedido de reforma da sentença, diz, em síntese, que a apelante agiu prontamente para localizar a bagagem do apelado e que muito embora este último tenha ficado temporariamente sem seus pertences, não experimentou prejuízo de ordem moral. Aduz que é indevido o reembolso dos montantes de R\$ 1.466,71 e R\$ 844,44, uma vez que os respectivos bens foram incorporados ao patrimônio do apelado e que, caso se entenda pela caracterização do dano moral, há que se verificar o exagero no seu arbitramento

(fls. 104/119).

2. Recurso tempestivo (fls. 101 e 104), preparado (fl. 120/122) e respondido (fls. 126/135).

É o relatório do essencial, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. Bem proclamada a responsabilidade civil da companhia aérea apelante.

De fato, muito embora a apelante tenha se dedicado à procura da bagagem - desaparecida em 26.5.12 -, e conseguido localizá-la e devolvê-la ao apelado dali a nove dias - em 4.6.12 -, fato é que houve ilícito no seu proceder, ao não entregar a bagagem ao apelado na data, hora e local do destino final do voo do apelado, conforme contratado.

Observe-se que o apelado utilizou o voo da empresa apelante (São Paulo - Rio de Janeiro, v. fl. 30) apenas como intermédio para sua viagem internacional (Rio de Janeiro - Atlanta - Las Vegas, v. fl. 28), e que uma viagem internacional realizada sem a bagagem inevitavelmente acarreta inúmeros transtornos, como é de noção elementar.

Bem é de ver que, ao chegar em Las Vegas sem sua bagagem, o apelado foi compelido a comprar roupas e artigos de higiene pessoal (cf. comprovantes de fls. 59/62), além de ter realizado despesas com ligações para a tentativa de resolução do problema (v. fls. 65/69), despesas estas não impugnadas pela apelante.

4. Ainda assim, porém, não vejo como responsabilizar a apelante pelos gastos feitos pelo apelado com a aquisição de peças de roupa e demais artigos que substituiriam os existentes na bagagem extraviada.

Não seria razoável, com efeito, deferir ao apelado indenização pelo valor que gastou na compra daqueles produtos, uma vez que não existiu desfalque patrimonial no ato, pois a mercadoria assim adquirida se incorporou ao patrimônio dele, apelado, ainda mais porque a bagagem extraviada foi recuperada.

Acertado é, sim, a meu ver, ter tal episódio, consistente na necessidade de realização de compras, gastos etc, em consideração no arbitramento da indenização por danos morais.

Por isso que a indenização por danos materiais deve se restringir às despesas realizadas pelo apelado com ligações telefônicas (R\$ 844,44).

5. O valor arbitrado a título de danos morais pela r. sentença não comporta redução.

De fato, é inteiramente plausível a alegação no sentido de que o apelado, em razão do extravio da bagagem, necessitou dedicar tempo considerável e realizar gastos não programados para poder prosseguir com a viagem, perdendo programas a que havia se programado (jantares, shows etc), além de se ver privado de medicamentos de extrema necessidade (v. fl. 43).

Não é necessário grande esforço para aquilatar o enorme abalo que o episódio trouxe ao apelado, certamente estragando o passeio ou afetando-lhe em muito o brilho.

E a indenização por danos morais deve ser fixada atendendo seu dúplice caráter, isto é, o de representar, de um lado, lenitivo suficiente para o presumido sofrimento do ofendido; de outro, pelo prisma da técnica do desestímulo, fator razoável de inibição à repetição do fato, considerada a capacidade econômica das partes envolvidas, principalmente da autora do ilícito, não devendo, contudo, representar fonte de enriquecimento indevido.

Volto a assinalar que o extravio em exame se deu quando o apelado estava a caminho de viagem para o exterior e que a bagagem somente lhe foi devolvida quando de seu retorno ao Brasil, após 9 dias, ocasião em que já consumados os aborrecimentos.

Em face de todo esse contexto, não enxergo exagero na indenização arbitrada em primeiro grau, na importância de R\$ 8.000,00.

6. Em suma: a r. sentença será ligeiramente reformada, apenas para excluir do valor da condenação a importância de R\$ 1.466,71, e consectários, referentes à aquisição de artigos de vestuário.

Mínima a parcela do pedido não atendida, frente ao decidido em primeiro grau, será mantida a disciplina das verbas da sucumbência tal como definida na r. sentença.

Posto isso, meu voto **dá parcial provimento** à apelação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003346-21.2008.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MIGUEL GIMENEZ GALVEZ, é apelado MARCELO SOBRINHO BRILHANTE.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) E RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 19 de agosto de 2013.

ARALDO TELLES, Relator

**Ementa: Sociedade. Apuração de haveres. Data base**

**de responsabilidade do sócio retirante. Embora haja regra expressa indicando que, perante terceiros, a responsabilidade subsidiária se conta da averbação da exclusão perante o Registro Mercantil, interpretação teleológica recomenda que, quando isto se faça pela via judicial, tome-se como termo o afastamento de fato do sócio.**

**Recurso provido.**

## VOTO

Pretendendo retirar-se da sociedade que figura como interessada, o apelante ajuizou ação de dissolução parcial e apuração de haveres, culminando com acordo entre as partes, regularmente homologado, mas com declaração de que sua responsabilidade perante terceiros seria contada, por dois anos, a partir da averbação da alteração contratual.

Daí o apelo, onde se sustenta o cabimento de retroação dos efeitos de retirada do sócio, que, no caso, deve coincidir com a distribuição da demanda.

Sem contrariedade, anotado preparo, subiram os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 135.

Não há dúvida que o art. 1.032 do Código Civil estabelece que é da averbação da resolução que se contam os dois anos de responsabilidade subsidiária do sócio retirante perante terceiros.

Quando, entretanto, a despedida ou exclusão ocorra pela via judicial, muito tempo se passa desde o rompimento, não se justificando a aplicação pura e simples do dispositivo antes invocado. **Por isso, sustenta Alfredo de Assis Gonçalves Neto<sup>1</sup>, nesse caso, deve ser tomada a data da propositura da ação como termo inicial da contagem dos dois anos, numa interpretação teleológica da norma.**

No mesmo sentido pronunciou-se esta Câmara sob a relatoria ilustre do Des. Ricardo Negrão: Apelação nº 0003163-47.2008.8.26.0506.

Por tais fundamentos, proponho que se dê provimento ao recurso, devendo constar da averbação junto ao Registro Mercantil que o apelante retirou-se em 12 de dezembro de 2.007, data do ajuizamento da demanda.

É como voto.

1 **Direito de Empresa.** São Paulo: RT, 2.013, p.295

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9095553-09.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO CESAR REBELO DE AGUIAR, LUIZ REBELO DE AGUIAR e MARIA EUGENIA REBELO DE AGUIAR, é apelado TV MANCHETE LTDA.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16021)**

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

São Paulo, 20 de agosto de 2013.

NEVES AMORIM, Relator

**Ementa: PROPRIEDADE INTELECTUAL - DIREITO AUTURAL - REQUERENTES QUE SE APRESENTAM COMO HERDEIROS DA OBRA AUDIOVISUAL “DONA BEIJA” E RESPECTIVO TEXTO LITERÁRIO - RÉ QUE ALEGA CONTRATO COM FALECIDO AUTOR PARA REPRODUÇÃO DA OBRA - OCORRÊNCIA DE SUCESSÃO DE CONTRATOS, CONCLUINDO-SE QUE O QUE DE FATO FORMALIZOU-SE FOI A CONCESSÃO DA UTILIZAÇÃO DA OBRA INTELECTUAL POR PRAZO CERTO, PRAZO ESTE JÁ CADUCADO, E NÃO CONTRATO DE CESSÃO QUE SE CARACTERIZA PELA EXTINÇÃO DO DIREITO DE QUEM CEDE - AUTORES COMPROVADAMENTE HERDEIROS DA OBRA EM QUESTÃO - SENTENÇA MODIFICADA.  
RECURSO PROVIDO.**

### VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a presente ação de obrigação de não fazer (fls. 196/199).

Alegam os apelantes que por ser Wilson Almeida de Aguiar Filho, coautor das telenovelas “Dona Beija” e “Kananga do Japão”, produzidas e transmitidas

pela ré, este era titular exclusivo sobre os textos por ele criados para tais obras. Argumentam que por serem os apelantes seus sucessores, lhe são assegurados por lei (art. 5º, XXVII, da CF e art. 28 e 29 da Lei nº 9.610/98) direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução da citada obra. Entendem que mesmo que se considere válido o contrato firmado entre a ré e a empresa “Raiuga Empreendimentos e Comunicação Social” este não foi cumprido integralmente, pois neste havia cláusula que estabelecia o pagamento de percentual de 10% e 1% do valor líquido na negociação pela cessão de direitos autorais no exterior, porém não receberam pela reexibição da obra intelectual “Dona Beija”. Argumentam também, que o que de fato ocorreu no presente caso foi a novação objetiva, que compreende a substituição do objeto da prestação, mantendo-se as mesmas partes da obrigação. Aduzem que, ainda que não houvesse um segundo contrato, não poderia a ré trazer o primeiro contrato para desincumbir-se da responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelos apelantes em decorrência da utilização e comercialização indevida da obra em questão.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões (fls. 219/225). Há manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo provimento do recurso, para impedir a massa falida de celebrar contrato relativo ao audiovisual “Dona Beija”, além da aplicação de multa, nos termos do artigo 461, do Código de Processo Civil (fls. 392/401).

É o relatório.

Trata-se de debate sobre os direitos autorais da obra “Dona Beija” de autoria do Sr. Wilson Almeida Aguiar Filho.

Depreende-se dos autos que citado autor deixou a sua progenitora como única herdeira, Sra. Maria Eugenia Rebello de Aguiar (fls.35), vindo esta posteriormente a falecer, restando os autores, irmãos do romancista (fls. 58/59), como únicos herdeiros dos bens da genitora e do irmão.

Regularizada a representação dos requeridos, fls. 450/460, comprovando naquela petição o deferimento da inventariança em nome do coautor Antônio Cesar Rebelo de Aguiar, resta-nos analisar o mérito da lide que alcança o teor dos contratos até então realizados para uso da obra do Sr. Wilson Almeida Aguiar Filho.

Vejamos, há nos autos dois contratos, o primeiro realizado em janeiro de 1986 (fls. 177/181), intitulado de contrato de cessão de serviços artístico-literários, constando no seu parágrafo 1º da quinta cláusula a ressalva da possibilidade de reexibição da obra. Já no segundo contrato (fls. 69/75), nominado como contrato de prestação de serviços editoriais firmado em 01.06.91 há previsão somente de uma única exibição da obra e com exclusividade da Rede Manchete, sendo caracterizado como contrato de concessão.

Para que se esclareça a titularidade dos bens, se faz necessária a análise

dos rótulos dados a tais contratos, distinção esta bem esclarecida pela Douta Procuradoria Geral de Justiça em sua manifestação de fls. 392/401 que aqui transcrevo:

*“Na lição de Eduardo V. Manso, Contratos de Direito Autoral, São Paulo, RT, 1989, p. 41:*

*“... sendo a concessão a modalidade de negociação que transfere ao seu beneficiário a faculdade de utilizar a obra intelectual, publicamente e com fins econômicos, sem que idêntico direito deixe de integrar o patrimônio do concedente. (...) Com efeito, a concessão onera o direito do concedente que sofre as limitações implica uma restrição dos direitos de quem a outorga. Se outro modo, a cessão de direitos não impõe restrição, mas extinção de quem cede.”*

*A cessão rege-se pelas mesmas regras da compra e venda; quem cede direito autoral despede-se de sua titularidade. A concessão retém no concedente os mesmos direitos. Parece-me sempre com o devido respeito, que tal distinção é relevante na espécie, não obstante o contrato não seja muito claro e sempre se fale em cessão. Sabe-se, entretanto, que o rótulo é indiferente.*

*O mesmo autor, na obra já citada, na página 21, ensina, sobre o contrato de cessão de direito autoral:*

*“É o ato com o qual o titular de direitos patrimoniais do autor transfere, total ou parcialmente, porém sempre em definitivo, tais direitos, em geral tendo vista uma subsequente utilização pública da obra geradora desses mesmos direitos. Opera os efeitos da compra e venda, porque o cedente aliena seus direitos, que se transferem para a titularidade do cessionário, tal como se dá entre vendedor e comprador”.*

Diante do exposto, só se encontra explicação para repactuação feita sobre os direitos autorais em questão se concluirmos que o primeiro contrato nominado de cessão de direitos tinha na realidade a forma de concessão, contrato este último em que falida TV Manchete era concessionária dos direitos autorais, podendo usar a obra produzida, mediante remuneração, por prazo certo.

Quanto ao prazo para reprodução da obra com exclusividade, aplica-se o disposto no artigo 81, §1º, da Lei do Direito Autoral (Lei nº 9.610/98), inserido no Capítulo VI do Título IV (Da utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas qual seja, 10 (dez) anos.

Desta feita, estando o prazo de 10 (dez) anos já vencido (2001), sem nova repactuação, caducado encontra-se o direito da ré de exploração da obra, não restando dúvidas de que os direitos autorais aqui discutidos pertencem aos autores.

Assim, pelo meu voto, dou provimento ao recurso nos termos do parágrafo anterior, invertidos os ônus sucumbenciais.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0043345-80.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MILTON LOMBARDI DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ELIAS JOSÉ CREMASCO.

**ACORDAM**, em 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 24.330)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA E EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 20 de agosto de 2013.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

### **REGISTRO IMOBILIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RETIFICAÇÃO.**

**1- Exigência emanada do Serviço de Registro de Imóveis. Descabimento da sua resolução em sede de demanda litigiosa, notadamente de cunho declaratório ajuizada contra o vendedor do imóvel. Questão que deveria ser levada à apreciação da Corregedoria Permanente do Registro de Imóveis. Manifesta ilegitimidade passiva do réu, principalmente quando se pretende contornar a exigência feita pelo Registro de Imóveis.**

**2- Retificação, ademais, descabida. Medida que visa a inserção dos dados identificadores faltantes, jamais, como pretendido, a sua supressão. EXTINÇÃO MANTIDA. APELO IMPROVIDO.**

### **VOTO**

1- Ação declaratória de retificação de registro imobiliário julgada extinta pela r. sentença de fls. 27/29, de relatório adotado, com fundamento no art. 267, incisos I, IV e VI, do CPC.

Apela o requerente. Pretende, pelas razões expostas às fls. 32/36, o afastamento da extinção, com o prosseguimento da ação declaratória.

Sem contrarrazões (certidão de fls. 37v.).

Pelo desprovimento do apelo foi o parecer da Douta Procuradoria (fls. 41/43).

### **É o RELATÓRIO.**

2- Nada a prover, preservando-se a extinção do feito, sem apreciação do mérito.

Anote-se, de saída, que a exigência emanada do Registro de Imóveis de Bauru (fls. 23) não comportava equação em sede de demanda litigiosa, notadamente de cunho declaratório. Reclamava, conforme indicado às fls. 23, simples pleito de retificação perante a Corregedoria Permanente do Registro de Imóveis. Sob esse prisma, indevido o manejo de demanda contra o réu para a referida finalidade, já que manifesta a sua ilegitimidade para tanto, principalmente quando se pretende “que seja suprimida a necessidade legal solicitada pelo Segundo Registro de Imóveis da Comarca de Bauru” (fls. 06).

De outra parte, ainda que assim não fosse, o pedido de retificação não comportava mesmo deferimento. Na forma destacada pela Douta Procuradoria (fls. 42/43), a retificação, no caso, seria admissível apenas para inserção de dados identificadores faltantes, jamais, como se pretende, para a sua supressão, mesmo que ocorrente a hipótese descrita na inicial. A questão jurídica posta em discussão não se resolve em sede de pedido de retificação de registro imobiliário.

**NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0212992-82.2009.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes IRANILTON BUARQUE DE GUSMAO (JUSTIÇA GRATUITA) e LUCIDALVA DA SILVA GUSMAO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CDHU COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SAO PAULO.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13/19005)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) E WALTER BARONE.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

**Ementa: Compromisso de compra e venda de imóvel – CDHU - Notificação prévia regular - Inadimplência - Resolução de contrato e reintegração da posse - Bens da CDHU materialmente públicos e insuscetíveis de usucapião - Posse não chega a cinco anos antes de 30.06.2001 (art. 1º, MP 2.220/2001) - Não configuração de direito a uso especial de imóvel público - Prejuízo da CDHU deve ser compensado com benfeitorias e valor pago por seis anos pelos promitentes compradores, que devem reter imóvel até eventual ressarcimento (art. 1.219 CC) - Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou procedente Ação de Resolução de Contrato c/c Reintegração de Posse proposta pela CDHU em face dos promitentes compradores inadimplentes.

A ação foi distribuída sob o fundamento de que os promitentes compradores, ora Apelantes, não pagaram diversas prestações mensais do preço do imóvel que prometeram comprar.

Em sentença, o d. Magistrado julgou a ação procedente pelos seguintes fundamentos: (1) os Apelantes admitiram que não pagaram; (2) a CDHU notificou os Apelantes, como exigido em Lei; (3) a inércia dos Apelantes justifica a resolução do contrato; (4) o direito de uso especial depende de recusa administrativa anterior e reconvenção, não podendo ser deduzido em defesa; (5) descabe retenção, seja por os Apelantes serem possuidores de má-fé, seja por não terem provado a benfeitoria.

Recorrem os vencidos insistindo que (1) a notificação prévia não continha discriminação das parcelas devidas, nem ofereceu proposta de regularização e, portanto, não os constituiu em mora; (2) “a reintegração de posse pressupõe a existência de posse turbada ou esbulhada, o que não ocorre em se tratando de ação promovida em face do legítimo possuidor do imóvel”; (3) usucapião; (4) têm direito a concessão de uso especial para moradia; (5) a perda do valor pago contraria o art. 51, II, do CDC e, até o ressarcimento, os Apelantes têm direito à retenção do bem; (6) têm direito a tentativa de conciliação.

Recurso recebido.

Em contrarrazões, a CDHU condicionou a conciliação ao pagamento integral da dívida.

**É o Relatório.**

Ante o desinteresse da CDHU nos termos da proposta dos Apelantes, desnecessária a audiência de tentativa de conciliação.

Quanto à notificação prévia, observo que foi regularmente realizada pela CDHU, que cuidou de especificar o número de prestações inadimplidas, não havendo necessidade para detalhar quais meses, seja por as prestações terem periodicidade mensal, seja ainda por os próprios Apelantes estarem cientes de sua situação.

Relativamente à impossibilidade de requerer a reintegração de posse nesta Ação, sem razão os Apelantes. A retomada do imóvel é decorrência lógica da resolução do contrato e não exige via própria, à medida que não há qualquer especificidade procedimental incompatível com o procedimento ordinário da resolutoria.

Sobre o usucapião, tampouco têm razão os Apelantes.

Ao regulamentar o art. 183, § 3º, da Constituição, o art. 98 do CC muito claramente dispõe que bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, regra a qual o art. 99 apenas detalha, sem estender sua abrangência às pessoas de direito privado, de que é espécie a CDHU.

Ocorre que, destinando-se as empresas estatais à prestação de serviço público (no caso, promover a construção de moradias populares, art. 23, inc. IX, da Constituição), os bens afetados para o cumprimento dessa finalidade devem ser entendidos como *materialmente* públicos, no dizer de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos Reais*, 6ª ed., Rio: Lumen Juris, 2010, p. 279).

No mais, o usucapião e a atividade da CDHU cumprem o mesmo propósito de concretizar a função social da propriedade, restando uma ofensa à igualdade desprestigiar todos aqueles que entram na fila e aguardam por um imóvel da CDHU em prol de quem não respeitou essa ordem e ocupou diretamente o bem.

Assim também parte significativa da jurisprudência da 1ª Seção de Direito Privado deste Tribunal: 1ª Câmara, Ap. nº 0334769-49.2009.8.26.0000, Rel. Des. Elliot Akel, j. em 05.02.2013; 2ª Câmara, Ap. nº 0179017-80.2006.8.26.0100, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. em 13.03.2012; 3ª Câmara, Ap. nº 0033972-91.2010.8.26.0007, Rel. Des. Donegá Morendini, j. em 15.01.2013; 4ª Câmara, Ap. nº 0000316-70.2011.8.26.0311, Rel. Des. Teixeira Leite, j. em 11.10.2012; 5ª Câmara, Ap. nº 0005047-68.2011.8.26.0066, Rel. Des. Christine Santini, j. em 14.11.2012; 8ª Câmara, Ap. nº 0006945-72.2012.8.26.0037, Rel. Des. Salles Rossi, j. em 16.01.2013; 9ª Câmara, Ap. nº 0032617-81.2008.8.26.0309, Rel. Des. Lucilla Toledo, j. em 13.11.2012.

O direito ao uso especial de imóvel público exige posse de cinco anos até 30.06.2001 (art. 1º, MP 2.220/2001). No caso sob análise, os Apelantes entraram na posse do imóvel em 05.08.1998, não se contabilizando cinco anos até a data

acima referida.

Quanto à perda do valor pago, noto que não há cláusula penal nesse sentido, sendo necessária, especialmente ante o longo período de pagamento dos Apelantes (de 1998 a 2004) a liquidação do prejuízo da CDHU, ou seja, deve-se estimar o valor locatício do bem no período de uso e descontar o valor pago pelos Apelantes, bem como eventuais benfeitorias que forem demonstradas pelos Recorrentes, que devem manter a posse do imóvel até o pagamento da diferença a que eventualmente tiverem direito, na forma do art. 1.219 do CC. Observo que os Apelantes são possuidores de boa-fé até a resolução do contrato, ou seja, o trânsito em julgado deste acórdão.

Destarte, voto pela reforma parcial da sentença, para que os créditos de cada parte sejam estimados em fase de execução e compensados, devendo os Apelantes reter o imóvel até que seu eventual crédito seja pago.

Isso posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao Recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045589-95.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LA RIOJALTD., é apelado EVERGREEN MARINE CORPORATION (TAIWAN) LTD..

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) E FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

CAUDURO PADIN, Relator

**Ementa: Ação de cobrança. Procedência. Sobreestadia (demurrage). Sentença fundamentada. Ausência de nulidades. Cerceamento de defesa inócurrenente. Incidência do valor da sanção de acordo com o estipulado no termo de responsabilidade. Cláusula penal. Sanção que indeniza o dano emergente e lucro cessante. Desnecessidade de comprovação do prejuízo. Culpa decorrente da própria mora. Recurso**

**desprovido.**

## VOTO

### Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente ação de cobrança para condenar a ré no pagamento de R\$ 79.948,42, corrigidos desde o ajuizamento da ação e com juros desde a citação, bem como nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixa dos em 20% sobre o valor da condenação (fls. 309/311).

Opostos embargos de declaração (fls. 315/320), foram rejeitados (fls. 322).

Recorre a ré (fls. 324/353).

Sustenta nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois não foi enviado ofício à DRF, par a que informasse se houve greve no período entre 25.11.2010 e 4.4.2011; excessividade da burocracia dos portos brasileiros; ocorrência frequente de paralisações dos auditores fiscais; ausência de liberdade contratual, devido ao contrato de adesão, com cláusulas impostas unilateralmente e redigida sem língua inglesa; abusividade do valor cobrado; falta de comprovação dos prejuízos causados ou desculpa no inadimplemento; natureza de cláusula penal da cobrança; atraso decorrente de fortuito e força maior, não de culpa; requer a reforma da decisão e a improcedência da ação.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com resposta (fls. 359/372).

### É o relatório.

Cuida-se a cobrança de sobre-estadia (*demurrage*) em decorrência da devolução de diversos contêineres com atraso, totalizando um débito de R\$ 79.948,42 quando da propositura da demanda (fls. 06/07 e 16).

A sentença resolveu a demanda e não o fez com cerceamento de defesa, nulidade ou afronta ao art. 93, IX, da CF ou ao art. 458, do CPC, analisando as alegações pertinentes à formação do convencimento do magistrado, o que não implica nulidade.

Por outro lado, despicienda a expedição de ofício à DRF ou à CODESP, para que informassem “*se entre o período de 25 de novembro de 2010 a 04 de abril de 2011 houve alguma paralisação de seus auditores*” (fl. 279/280 e 329).

Isso por que a apelante não traz qualquer elemento ou indício a corroborar a tese de que efetivamente ocorrera greve de funcionários no período indicado; mais do que isso, se quer sabe precisar se houve, ou não, a paralisação mencionada, deixando a terceiros a produção de provas que compete somente a ela.

Assim, ausente qualquer elemento a corroborar sua tese, não se justifica o expediente solicitado.

Dos autos, infere-se que a apelante não nega o atraso na devolução dos contêineres; na realidade, confirma este fato, que teria sido ocasionado pela burocracia alfandegária durante o desembarço aduaneiro, não por culpa sua, de modo que seria inviável a cobrança.

Inicialmente, cumpre consignar que a burocracia no desembarço aduaneiro não é causa de exclusão da responsabilidade da apelante. Entendimento contrário negaria o direito a qualquer reparação, estimulando o descumprimento do avençado. Além disso, o consignatário, que retira o contêiner, deve devolvê-lo no período livre, sob pena de arcar com as despesas excedentes. Eventual prejuízo causado à apelante por terceiros (no caso as autoridades alfandegárias) deverá ser discutido em ação própria.

Ademais, se há, ou não, adequação do contrato à realidade brasileira é tema que foge a os contornos da lide, pois a apelante, que não se enquadra na definição de consumidora, aderiu de maneira livre e espontânea às cláusulas estabelecidas contratualmente, as quais eram de seu conhecimento.

Os contratos de adesão, amplamente utilizados nas múltiplas relações do cotidiano, não são por si só, ilegais ou abusivos, até porque expressamente previstos no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. A estipulação prévia e unilateral das cláusulas contratuais não conduz, necessariamente, à sua nulidade.

Além disso, não há qual quer prova séria da abusividade das cláusulas contratuais, ou mesmo da alegação de caso fortuito ou força maior, anotando-se que a demora no desembarço aduaneiro não pode ser caracterizada como tal.

A *demurrage* ou sobre -estadia tem efeito e natureza de cláusula penal e esta é pacto lícito entre as partes (art. 408, do CC).

Procura-se com ela alcançar o desestímulo ao descumprimento, total ou parcial, da obrigação ou, ainda, afastar a mora no adimplemento.

A cláusula traz consigo uma prévia avaliação das perdas e danos livremente ajustada pelas partes. Em razão disto é que independe da prova de prejuízo (art. 416, do CC).

A retenção dos equipamentos desatende à obrigação de devolução no prazo ajustado e abre ensejo à cobrança do valor pactuado, caracterizada a mora (art. 408 do CC).

No caso, em contestação, a apelante não negou o transporte das mercadorias, a utilização dos contêineres e a devolução tardia.

Outrossim, não se ignora o elemento culpa, presente no descumprimento da obrigação previamente assumida; o inadimplemento expõe mora, culpa e responsabilidade; as excludentes são matéria de exceção e não podem ser

presumidas.

Nesse passo, a culpa contratual é simplesmente a infração ao contrato, no caso a mora ou inadimplemento. Nas palavras de Orlando Gomes (*Obrigações*, Rio de Janeiro, 16. ed. Forense, 2005, p. 170):

*“Consiste a culpa na infração de dever jurídico oriundo de contrato, praticada intencional ou negligentemente. Não deve ser confundida com a culpa aquiliana, na qual se funda a responsabilidade delictual. A culpa a ser considerada no capítulo da inexecução é restrita a infrações que determinam inadimplemento de obrigação contratual”.*

Mais adiante, ensina o autor que a conduta culposa ou inadimplemento culposos é *“a violação do dever de cumprir a obrigação. (...) O inadimplemento culposos consiste, pois, em síntese, numa omissão. Ocorre por se abster o devedor do que devia fazer para a satisfação do crédito, seja deixando totalmente de cumprir a obrigação, seja deixando de cumpri-la pontualmente, seja cumprindo-a defeituosamente”* (p. 171).

O inadimplemento está descrito na inicial, ou seja, a demora na devolução do contêiner, e veio demonstrado pelos documentos de fls. 33/46, 69/239. Eventual mora decorrente de caso fortuito ou força maior deve ser comprovada pelo devedor. Afinal, somente *“não lhe será aplicável [ao devedor] a cláusula penal se o inadimplemento tiver causa a ele estranha, como o caso fortuito e a força maior”* (Paulo Luiz Netto Lobo, *Teoria geral das obrigações*, Saraiva, 2005, p. 304).

Não há comprovação do fortuito ou força maior, impossibilitando a exoneração da apelante, nos moldes do art. 393, do CC. E reforça-se que a burocracia alfandegária não se enquadra nos conceitos de fortuito ou força maior.

Os conhecimentos de embarque, na cláusula 13.3, previam a responsabilidade do negociante da mercadoria **“por qualquer perda, dano ou atraso** incorrido durante o período entre a entrega ao consignatário e a devolução ao transportador” (fls. 60).

Além disso, houve consentimento com as cláusulas estabelecidas nos termos de compromisso e devolução de contêineres, que previam a cobrança da sobre-estadia nos valores e prazos previamente estipulados (fls. 111/113, 154/156, 197/199 e 236/238).

O valor da multa está descrito nos termos de responsabilidade, não em praxes do mercado. E nem se mostra abusivo ou excedente ao valor da obrigação principal (art. 412, do CC). A alegação de abusividade, aliás, é genérica e não veio corroborada em elementos concretos dos autos.

Portanto, diante da demora na entrega do contêiner, fato comprovado pela apelada (art. 333, I, do CPC), de rigor a aplicação do pactuado, ausente

comprovação de caso fortuito, força maior ou abusividade, provas que competiam à apelante (art. 333, II, do CPC).

Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0130113-53.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO SCHAHIN S/A, é apelado/apelante SEIKO KIYAM (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso do estabelecimento bancário e julgaram prejudicado o do autor, V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25455)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SABBATO (Presidente), SOUZA LOPES E IRINEU FAVA.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

LUIZ SABBATO, Relator

**Ementa: Rescisão contratual cumulada com indenização - Contratação de refinanciamento - Termo assinado pela parte - Arguição de vícios do consentimento - Quitação do financiamento anterior e crédito do saldo remanescente em conta de titularidade do autor - Possibilidade de retorno às condições anteriores, mediante mera restituição do valor depositado - Opção não acatada pelo autor - Dolo não comprovado e erro que não anula o negócio jurídico, uma vez existente a oferta de execução em conformidade com a vontade real do manifestante (art. 144 do CC) - Manutenção da contratação - Inexistência de dano moral ou material - Improcedência da demanda - Recurso do estabelecimento bancário provido para esse fim, prejudicado o do autor.**

## VOTO

Cuida-se de rescisão contratual com pleito de indenização moral

e material, fundada a desobrigação em celebração de refinanciamento mediante vício de consentimento (dolo e erro substancial - fls. 08/09).

A respeitável sentença de fls. 144/147, julgou procedente a demanda para declarar rescindido o contrato firmado com o correú BANCO SCHAHIN S/A, revigorando o contrato com o BANCO SANTANDER BRASIL S/A nas condições originais, bem como determinar ao autor a devolução do valor de R\$ 3.534,55 e condenar os réus ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 7.500,00.

Seguiram-se dois apelos.

Do BANCO SCHAHIN S/A, sustentando, basicamente, a validade e legitimidade do contrato de refinanciamento, inexistência de responsabilidade e ausência de prova do dano moral sofrido. Ao cabo, caso suas arguições restem superadas, almeja pela redução do *quantum* indenitário.

Do autor, a seu turno, exclusivamente, para majoração da reparação moral à quantia de R\$ 147.605,60.

Esses, em resumida síntese, os substratos fáticos e jurídicos em que se fundamentam as irresignações, regularmente processadas.

É o relatório.

O autor alega que, em janeiro/2010, firmou contrato de empréstimo consignado com o BANCO SANTANDER BRASIL S/A, no valor de R\$ 12.022,00, a ser pago em 48 parcelas de R\$ 438,21 e que, algum tempo depois, um representante do BANCO SCHAHIN S/A entrou em contato e lhe informou que possuía um saldo de R\$ 1.200,00 a ser restituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, decorrente de suposto excesso de juros do parcelamento.

Em agosto/2010 verificou em seu informativo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que o empréstimo pactuado com o BANCO SANTANDER BRASIL S/A fora refinanciado pelo BANCO SCHAHIN S/A, através do contrato n. 48-875275/10999, no valor de R\$ 14.760,56, a ser pago em 60 parcelas de R\$ 471,29.

De pronto, verifico que houve contratação, demonstrada pela “Cédula de Crédito Bancário Empréstimo Consignado INSS”, anexada à fls. 70/72 dos autos, devidamente assinada pelo autor.

A despeito de suas arguições quanto ao desconhecimento do refinanciamento, não restou demonstrada existência de qualquer vício de consentimento (art. 404, inciso II, do Código de Processo Civil).

Certo, pois, que a alegação é de engodo, artifício exequível por meio de dolo ou indução ao erro, razão pela qual cabia ao autor a comprovação, por meio de prova testemunhal. Não o fez.

Era ônus do correntista a prova da ocorrência de vício de consentimento quando da assinatura do contrato em questão, uma vez que não se pode atribuir aos réus a realização de prova negativa (ausência do referido vício), todavia, não se desincumbiu do ônus que lhe competia.

Ainda que o BANCO SCHAHIN S/A não tenha apresentado a gravação do telefonema em que teria sido oferecido o refinanciamento ao correntista, houve apresentação do contrato assinado.

Ademais, não é crível que, atualmente, qualquer pessoa, ainda que possuidora de conhecimentos mínimos, pudesse assinar formulários em branco e fornecer cópias de seus documentos, sem verificar exatamente de que se tratava.

De outra banda, verifico que houve a quitação do empréstimo existente junto ao BANCO SANTANDER BRASIL S/A, no valor de R\$ 11.226,01, pelo BANCO SCHAHIN S/A, (fls. 73) e exclusão do mesmo da folha de pagamento do benefício previdenciário, conforme consulta junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 22), bem como liberação do saldo remanescente, no valor de R\$ 3.534,55, em conta corrente de titularidade do autor (fls. 17 e 74).

Além disso, bastava ao autor a restituição ao BANCO SCHAHIN S/A da quantia creditada em conta (R\$ 3.534,55), para alterar o contrato para as mesmas condições do contrato existente com o BANCO SANTANDER BRASIL S/A, no ato da liquidação antecipada (42 parcelas de R\$ 438,21), conforme notícia a carta do BANCO SCHAHIN endereçada ao autor (fls. 21), face às suas alegações de inexistência de contratação nesses moldes.

No entanto, o autor assim não procedeu, evidenciando, interesse na utilização do valor depositado em conta e, por conseguinte, na manutenção do contrato.

Anoto, portanto, que não restou demonstrado o dolo como causa do negócio jurídico do qual se pretende anulação e, o erro, por sua vez, não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante, (art. 144 do Código Civil), como de fato se deu na hipótese em testilha.

Nesta esteira, a despeito da equivocada declaração de vontade, não há que se falar em rescisão contratual, sequer reparação moral.

Com essas considerações, JULGO IMPROCEDENTE a ação. Vencido, arcará o autor com o custeio do processo e com os honorários advocatícios, que arbitro, por equidade, em R\$ 1.500,00, para cada réu, observada a gratuidade da justiça.

É como dou provimento ao recurso do estabelecimento bancário, prejudicado o do autor.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005843-80.2008.8.26.0093, da Comarca de Guarujá, em que é apelante ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A, é apelado ANTONIO NAGAHAMA (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR QUE DAVA PROVIMENTO E DECLARA.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.278)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI E SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: MONITÓRIA-EMBARGOS-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - Fatura de consumo - Documento hábil à instrução do pedido - Alegação de que referida despesa incumbe ao proprietário do imóvel - Descabimento - Demonstrada a existência de contrato de locação - Débito relativo a período em que o imóvel estava alugado para terceiro - Responsabilidade do locatário do bem - Obrigação de caráter pessoal e não de obrigação “propter rem” - O vínculo que se estabelece é entre a empresa responsável pelo fornecimento de energia elétrica e o usuário, o qual se beneficia dos serviços, mormente quando esta circunstância é do conhecimento da prestadora do serviço - Ação improcedente - Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de folhas 79, que acolheu os embargos, julgando extinta a ação monitória, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários

advocáticos, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela a vencida (fl. 84) pretendendo a reforma da r. sentença.

Afirma que nos termos do art. 2º, inciso III, da Resolução 456/2000 da ANEEL, o responsável pelo pagamento das faturas de energia é aquele que consta como parte no contrato de fornecimento e não no contrato de locação do imóvel. Pondera que o pagamento é de responsabilidade do titular do imóvel, por se tratar de obrigação “propter rem”. Argumenta que não veio a ter ciência do contrato de locação e que cumpria ao apelado a atualização do cadastro do imóvel. Sustenta que a cobrança pretendida é legítima, diante da lavratura do TOI - Termo de Ocorrência de Irregularidade, o qual possui presunção de veracidade. Alega, outrossim, que não se pode admitir que uma prestação de serviços onerosa seja transformada em gratuidade mediante o emprego de fraude.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fl. 105).

Houve contrariedade (fl. 106).

É o relatório.

A ação monitória proposta em 31.07.08 foi embasada em faturas de energia elétrica com vencimento em março, junho, julho, agosto e setembro de 2004. A dívida foi atualizada e, acrescida de juros e multa, alcançou a cifra de R\$ 16.295,12 (fl. 21).

Citado, o réu ofereceu embargos sustentando ser parte ilegítima para a demanda, bem assim a ocorrência da prescrição da pretensão da autora. Afirmou, outrossim, que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa na lavratura do TOI e que não foi comprovada sua responsabilidade pela fraude alegada (fl. 46).

A r. sentença combatida acolheu os embargos e julgou extinta a ação, dando margem a este apelo.

De prêmio, observa-se que, consoante dispõe o artigo 1.102- A, do Código de Processo Civil, a ação monitória “...compete a quem pretender, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

A prova escrita, exigida pelo dispositivo legal acima transcrito, “é todo documento que, embora não prove, diretamente, o fato constitutivo, permite ao órgão judiciário deduzir, através de presunção, a existência do direito alegado” (RJ 238/67).

Destarte, os documentos apresentados pela apelante representam meio de prova hábil ao ajuizamento da ação monitória.

No que tange à legitimidade passiva para a ação, observa-se que a discussão foi travada com implicação no próprio mérito da demanda, posto que

solucionaria a responsabilidade pelo pagamento do débito.

Desta forma, nesta oportunidade, mantém-se a análise da questão como circunstância atinente ao próprio mérito.

Analisando-se os autos, verifica-se que a demanda foi movida em nome do apelado, pessoa indicada nas faturas requeridas pela apelante (fl. 15 a 20).

Todavia, o apelado questiona a cobrança, sob a alegação de que firmou contrato de locação do imóvel, razão pela qual o débito não lhe seria atribuível.

De fato, o contrato de locação do imóvel situado à Rua Ezio da Costa Gama, 315 - Guarujá, foi firmado em 01 de maio de 2003, consoante demonstrado às folhas 54, e o débito impugnado refere-se ao fornecimento de energia elétrica em período posterior à sua lavratura (2004).

Destarte, a dívida exigida pela apelante seria de responsabilidade de Clelvos Silvério Batista Júnior, locatário do bem, e não do apelado, seu proprietário.

Isto porque, a relação obrigacional entre o consumidor do serviço público e a concessionária é de natureza pessoal, não se caracterizando como obrigação de natureza “propter rem”.

O fato gerador da obrigação é decorrente da utilização do serviço. O vínculo que se estabelece é entre a empresa responsável pelo fornecimento de energia elétrica e o consumidor, que se beneficia dos serviços.

Quanto à afirmação da apelante de que não teve ciência do contrato locatício, mister tecer algumas observações.

Primeiramente, observa-se que o apelado acompanhou a lavratura do TOI - Termo de Ocorrência de Irregularidade na qualidade de testemunha, sendo certo que o preposto da apelante anotou que o verdadeiro consumidor dos serviços não se encontrava presente ao ato (fl. 23 e 24).

Além disto, informa o documento de fl.30, datado de 18.02.04, que o apelado teria dez dias para se manifestar a respeito do quanto apurado.

No entanto, não há notícias precisas de quando foi realizada esta notificação, posto que o aviso de recebimento de folhas 26 contém data do ano seguinte (18.04.05) e não faz referência à sua finalidade.

Assim sendo, não é possível dizer que o apelado tenha sido desidioso no tratamento da questão.

De qualquer forma, demonstrou o recorrido haver realizado contra-notificação à apelante, em 04.03.05, reportando a existência do citado contrato de locação (fl. 55).

Desta forma, verifica-se que ao propor a demanda em julho de 2008, não atuou de boa-fé a companhia, pois já teria ciência de que o apelado não era o beneficiário dos serviços, mas, ainda assim, insistiu na cobrança do débito.

Destarte, a conclusão necessária é de que o pedido formulado em face do apelado é improcedente e o recurso não pode ser provido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO**

#### **(Voto nº 15.360)**

No meu modo de ver, não há relevo, na situação dos autos, na discussão sobre se a obrigação estabelecida entre os usuários e os prestadores de serviços públicos caracteriza-se como pessoal ou “propter rem”.

Ainda para os que consideram tratar-se de obrigação pessoal o vínculo em questão, dentre os quais se inclui este revisor, fato é que o usuário dos serviços, vale dizer, aquele que os solicita e se obriga formalmente perante o concessionário, é quem figura como tal no cadastro do prestador dos serviços.

Tal responsabilidade pessoal não é afastada em virtude de contratos celebrados entre o usuário formal e terceiros, sobretudo por instrumento particular não levado a registro, como, por exemplo, compromissos de compra e venda não registrados, locações etc.

A propósito, tem inteira aplicabilidade a regra do art. 221, segunda parte, do CC, a dispor que “*O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os respectivos efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público*” (grifei).

À luz da norma acima transcrita, o contrato de locação celebrado entre o usuário formal dos serviços e terceiro caracteriza “res inter alios”.

A não ser assim, isto é, a se admitir que o suposto contrato é oponível à concessionária de serviços, haveria afronta ao revelho princípio jurídico acima abordado e, com efeito, abertas estariam portas largas para burla à norma do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, para o que bastaria forjar sucessivos contratos de compromisso de compra e venda ou de locação, de modo a obter o restabelecimento dos serviços e frustrar, convenhamos, o pagamento do débito anterior. Em tal hipótese, aniquilado estaria o sistema, com consequências nefastas para a massa de consumidores que honra seus compromissos.

Bem por isso, na ótica deste revisor, que pede vênua para nesse ponto discordar da conclusão de vários precedentes sobre o tema, o locador do imóvel não pode pretender se eximir de responsabilidade pelo débito de tarifas deixado pelo locatário, salvo em caso de celebração de específico contrato entre este último e a prestadora dos serviços, com a abertura de cadastro em nome dele,

locatário.

No caso dos autos, as faturas estão em nome do réu/apelado, proprietário/locador (cf. fls. 15/20), o que mostra ser ele o usuário formal dos serviços.

Por outro lado, o suposto contrato de locação se fez por instrumento particular (fls. 54/55) e não consta ter sido o negócio levado ao conhecimento da prestadora dos serviços.

Em face desse contexto, pedindo vênia ao digno Relator, meu voto **daria provimento** à apelação, para afastar a sentença de extinção anômala do processo, de modo a propiciar a apreciação do mérito.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0102224-27.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NAJI ROBERT NAHAS, é apelado PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM.

**ACORDAM**, em 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 32013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA E VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

**Ementa: Apelação - Ação indenizatória por dano moral - Matéria veiculada em “blog” denominado “Conversa Afada” - Veiculação de notícia de cunho ofensivo à honra do Autor - Não caracterização - Matéria deduzida que se limitou a reproduzir o teor das denúncias que estavam sendo feitas, sem fazer nenhum comentário sobre a honra do autor - Ato que se insere dentro da liberdade de imprensa - Veiculação, na espécie, que não implica em ato ilícito indenizável - Sentença mantida - Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de ação de reparação por danos morais julgada improcedente pela r. sentença de fls., da lavra do MM. Juiz de Direito Marcelo Augusto Oliveira, de relatório adotado.

Apela o autor, invocando a aplicação do art. 67, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como alega que a sentença não analisou corretamente as provas dos autos e pede o provimento do recurso para se julgar procedente o pedido inicial.

Contrarrazões as folhas 252/266.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por dano moral ajuizada por Naji Robert Nahas, em face de Paulo Henrique dos Santos Amorim, objetivando condenação do réu ao pagamento do montante de 50 salários mínimos a título de indenização por danos morais, relativa à matéria intitulada “*Veja: Serra conta a Nahas que vai vender a CESP. Nahas diz que vai ganhar uma grana preta*”, veiculada no blog do réu, envolvendo também a publicação de fotografia ‘descontextualizada’, em que se encontra algemado, conduzido por policiais, declarando em seguida “*Nahas, nos tempos em que criminoso do colarinho branco era algemado. Agora só pobre carrega algema*”. Portanto, o caráter difamatório e ofensivo é nítido. O réu foi além do exercício do constitucionalmente direito de informar, com ofensas à honra e à imagem do autor, restando preenchidos os pressupostos necessários à proporcional reparação.

A r. sentença de fls., julgou improcedente a ação, considerando inexistir conduta ofensiva à honra do autor, condenando-o a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados e R\$3.000,00.

Há embargos de declaração (fls. 230/232), com decisão as folhas 233.

O recurso não merece acolhimento.

A nossa Constituição Federal ao assegurar direito à liberdade de manifestação, de expressão e de informação, assegura, da mesma forma, os direitos individuais e fundamentais da pessoa humana. Em seu artigo 5º, inciso V, dispõe, expressamente, que “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”, e o inciso X, estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o respectivo direito à indenização.

Dessa forma, se de um lado a Carta Magna assegura a todos o acesso à informação, à livre manifestação de pensamento e à expressão de comunicação; por outro, garante à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ressaltando o direito à indenização pela violação desses preceitos constitucionais.

Após a Constituição de 1988, a noção do dano moral não mais se restringe ao *pretium doloris*, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou

imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade social. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre seu patrimônio. Nesse sentido, destaca-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 134.993-0-MA., rel. Min. Sálvio de Figueiredo - STJ 7/22.

Assim, a divulgação através da imprensa, vale dizer, o noticiário jornalístico, nas suas mais diversas formas e expressões, está naturalmente adstrito a uma base ética rigorosa, que se traduz, permanentemente, na escolha da matéria, que deve guardar compatibilidade com o interesse público e social (interesse jornalístico); na preservação dos valores sociais, culturais e morais; na efetiva colaboração aos direitos dos outros; enfim, que se traduz e resume no dever de bem informar.

Também o artigo 220 da Constituição, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da informação e da expressão, ressalva expressamente a necessidade de observância aos seus demais dispositivos. Não é, portanto, ilimitada a liberdade de manifestação e de informação jornalística, já que pressupõe o respeito a outras liberdades e direitos também consagrados na Lei Maior, como os referentes à honra e à imagem.

Diga-se, aliás, que nenhuma liberdade é e nem pode ser absoluta. A interpretação de qualquer lei e da Constituição há de atender a essa contingência elementar.

A atenta leitura da matéria em cotejo exhibe não ter ficado demonstrado que o requerido ora apelado teria agido com dolo no sentido deliberado de ofender ou denegrir a moral ou à imagem do apelante, não extrapolando, pela publicação mencionada, o direito, poder/dever que tem a imprensa de simplesmente noticiar e criticar. Confira-se, a propósito, que a atividade jornalística limitou-se à narrativa de formalização de denúncias contra o autor, enquanto pessoa pública envolvida com crimes contra o sistema financeiro nacional, cujo nome aparece em diversas investigações e escândalos, como “Operação Satiagraha”, “caso Pinheirinho”, com grande repercussão nacional, portanto, assunto de grande interesse público e social.

Ademais, o só fato de os textos constarem o apelante como “criminoso do colarinho branco”, por si só não se traduz em ato ilícito passível de indenização.

Haja vista que o autor já foi condenado anteriormente pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, aqueles conhecidos popularmente como “crimes do colarinho branco”.

Nesse passo, é possível afirmar que não houve distorção da verdade das circunstâncias, vale dizer, a matéria divulgada no blog “Conversa Afiada”, apenas reproduziu notícias veiculadas em outros meios de comunicação,

traçando um paralelo entre as escutas telefônicas obtidas pela investigação da “Operação Satiagraha” e a informação acerca da venda da CESP, envolvendo a figura do apelante. Portanto, não se colhe do referido texto qualquer conotação difamatória ou injuriosa a impor a indenização por danos morais, pois não se verifica qualquer tipo de abuso no direito/obrigação de informar.

Ora, aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica, de sorte que não será obrigado a indenizar. Quando a matéria veiculada se enquadra em uma das situações definidoras do não abuso, evidentemente não se caracteriza a causa geradora do dever de indenizar.

Mesmo porque *“Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção de liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de Criticar”* (STF. Pet N 3486-4 - DF, rel. Ministro Celso de Mello).

Portanto, não se vislumbra dolo ou culpa nas publicações em comento de sorte a gerar a indenização pleiteada. Incluiu-se, a matéria, dentro do direito de informação sem que isso derive em violação que implique ou resulte em dever de indenizar. O intuito foi de mera narrativa de fatos, o que é inerente à notícia e ao papel de “sites/blogs” como o do Réu.

Pelo exposto, força convir que da matéria em questão, não se extrai o propósito de causar sensacionalismo ou depreciação à pessoa do autor, portanto, dentro dos limites da liberdade de informação.

Em casos análogos decidiu este Tribunal de Justiça:

*“INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Lei de Imprensa - Jornal - Notícia informando da prisão do autor por porte ilegal de entorpecente - Reprodução de Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia - Lei de Tóxicos respeitada - Publicação de acordo com o artigo 220 da Constituição da República - Ação improcedente - Recurso não provido”*. (AC nº 218.549-4 - Rio Claro, Quarta Câmara de Direito Privado, rel. Des. J. G. Jacobina Rabello).

*“DANO MORAL - Imprensa - Notícia - Caráter informativo. Ementa Oficial - Indenização. Notícia publicada em revista. Dano moral. Não caracterização. Hipótese em que a reportagem promovida não pode ser qualificada como ofensiva ao patrimônio moral do autor, seja porque não houve ‘animus injuriandi’, tendo tido cunho exclusivamente informativo, devendo-se considerar que a figura pública de um deputado não pode ficar imune a informações de interesse da sociedade. Recurso não provido”* (AC nº 100.507.4/8.00 - Sétima Câmara de Direito Privado - rel. Des. Leite Cintra).

*“Responsabilidade civil - Indenização por danos morais - Matéria jornalística tida como ofensiva e exibição de fotografia tirada no momento da*

*prisão em flagrante - Fato que era objeto de investigação policial - Notícia de interesse público - Liberdade de informação - Inexistência de abuso - Decisão reformada - Recurso provido para julgar improcedente a ação, prejudicado o adesivo” (AC nº 9155361-81.2005.8.26.0000, Jundiaí, rel. Des. Jesus Lofrano, da Terceira Câmara de Direito Privado).*

*“Responsabilidade civil - Improcedência - Adequação - Reportagem que veiculou informações prestadas pelo IPEM - Limitação ao dever de informar - Recurso improvido. A reportagem veiculada pela ré não foi abusiva, nem sensacionalista, limitando-se ao dever de informar” (AC nº 0027666-69.2006.8.26.0000, Santos, rel. Des. Jesus Lofrano, da Terceira Câmara de Direito Privado).*

Acolher o pedido inicial, neste caso, constitui CENSURA à liberdade de imprensa, vedada pelo artigo 220, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, e o réu apelado exerceu o seu direito constitucional de “informação”, sem “qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF artigos 5º, inciso IV e 220, caput e parágrafo segundo) e de “crítica”.

Assim, sem qualquer fato ou direito novo arguido nas razões do recurso, pois, limitadas a reiterar o que foi do conteúdo da inicial, associado ao mero inconformismo que a oportunidade permite, prestigia-se, mantendo, a r. sentença, até porque, não tendo havido demonstração de abusividade e/ou ilegalidade na conduta do requerido, ora apelado, o pedido inicial era mesmo de ser bem julgado improcedente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0011156-02.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP, é apelado TRANSIT TIME BRASIL COMÉRCIO EXTERIOR LTDA,

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA E RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Telefonia fixa. Pessoa jurídica que celebra contrato de aquisição de terminais fixos com o propósito de viabilizar o desenvolvimento de sua atividade empresarial. Hipótese em que a finalidade da aquisição das linhas é o incremento dos negócios da sociedade empresária, não configurada sua condição de consumidora final. Inaplicabilidade ao caso do Código de Defesa do Consumidor. Sentença reformada neste ponto. Recurso provido, em parte.**

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Telefonia fixa. Danos morais. Pessoa jurídica. Indevido registro do nome da empresa em cadastro de restrição ao crédito em função da cobrança de conta de consumo em desacordo com o plano contratado. Aplicação da disposição contida no artigo 302, do Código de Processo Civil, ante a falta de impugnação específica destes fatos pela ré. Prévia ciência da empresa de telefonia acerca das diversas reclamações realizadas pela autora apontando a falha na prestação do serviço. Recusa legítima da usuária ao pagamento da fatura relativa ao mês de março de 2010, sob a fundamentada justificativa de fornecimento de serviço diverso do contratado. Pedido inicial julgado parcialmente procedente, arbitrada a indenização por danos morais em cinco mil quatrocentos e cinquenta reais. Irresignação que objetiva o reconhecimento da improcedência do pedido inicial, por não ter sido demonstrada a ocorrência do dano moral, ou a redução do montante da condenação. Descabimento. Danos morais configurados, ante a verificação de lesão ao bom conceito da pessoa jurídica no meio comercial. Desnecessidade de prova do efetivo prejuízo. Indenização estabelecida em importe que se afigura adequado à espécie. Sentença mantida. Recurso improvido.**

**MULTA COMINATÓRIA. Instalação de terminal de telefonia fixa convencional em substituição ao**

**terminal de telefonia econômica. Ordem judicial para a execução do serviço no prazo de quinze dias, sob pena de multa fixada em R\$ 10.000,00. Admissibilidade na espécie, porquanto tal determinação não vulnera a regra o art. 461, do CPC. Natureza inibitória das astreintes que justifica sua fixação, pois outro não é seu objetivo senão compelir a ré a cumprir a obrigação específica e não a pagar a multa, à percepção de ser preferível submeter-se à ordem judicial em relação ao pagamento da multa fixada. Sentença mantida. Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 112/116, de relatório adotado, que, em ação de reparação de danos, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável à hipótese vertente, visto que o terminal de telefonia fixo foi adquirido pela empresa recorrida com a finalidade de fomentar as atividades por ela desenvolvidas, o que configura óbice à decretação da inversão do ônus da prova. Enfatiza que a mera frustração gerada pelos serviços contratados não revela qualquer gravidade para ocasionar perturbação psicológica ou desequilíbrio emocional para afetar a dignidade pessoal de sua usuária, realçando que o mero dissabor ou aborrecimento não constitui fonte geradora de lesão aos direitos da personalidade, postulando, subsidiariamente, a redução do montante indenizatório. Salieta que o valor da multa cominatória, nos termos do artigo 412, do Código Civil, não pode ultrapassar o valor da obrigação principal, sob pena de ocasionar enriquecimento sem causa, postulando, de igual modo, a redução do valor das astreintes, uma vez observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerado para tanto que a aludida obrigação já foi cumprida pela concessionária ré.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

### **É o relatório.**

O recurso comporta provimento, em parte.

É que assiste razão à recorrente no que toca à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na espécie, porquanto, como é cediço, constituindo objeto do relacionamento jurídico travado pelas partes a aquisição de terminais de telefonia fixa com a finalidade do incremento das atividades desenvolvidas pela contratante, tanto é que utilizadas as referidas linhas para o desempenho do negócio empresarial da recorrida [foram adquiridas três linhas, porém remanesce

apenas a contratação do terminal fixo n. 13-3223-7628 (fls. 04, parágrafo 1º e fls. 38, parágrafo 2º)], não está caracterizada sua condição de consumidora final, do que resulta a inadmissibilidade do emprego no caso da legislação consumerista, seja no que tange a aplicação da regra da inversão do ônus da prova, seja no que se refere à incidência da responsabilidade objetiva do fornecedor prevista no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, ainda que por fundamentos jurídicos em parte diversos, correto o posicionamento jurídico perfilhado pela magistrada ao reconhecer a configuração do dano moral na espécie, sopesada para tanto a circunstância de que, em sua contestação, não impugnou especificamente a empresa de telefonia a alegação da autora no sentido de que adquiriu o “pacote” convencional de telefonia fixa e não o denominado “pacote econômico”, de molde a autorizar a aplicação da regra a que alude o artigo 302, do Código de Processo Civil, tornando então incontroversa nos autos a formalização da avença na forma delineada pela autora na exordial, assertiva que, aliás, é prestigiada nos autos pelos diversos protocolos de atendimentos por meio dos quais impugnou a recorrida, insistentemente, a adesão ao aludido “pacote econômico”, que a impedia de realizar chamadas para celulares, interurbanos e ligações para o exterior, tanto é que referido serviço promocional comprometeu o desenvolvimento de sua atividade empresarial no ramo de comércio exterior, consoante se verifica do teor das reclamações provenientes de seus clientes (fls. 31/33).

De fato, ante os relevantes fundamentos apresentados pela autora à empresa de telefonia, recusando-se a quitar a fatura telefônica relativa ao mês de março de 2010, sob a justificativa de que os serviços não estavam sendo fornecidos na forma previamente avençada, não se legitimava o registro do nome da autora em cadastro de órgão de restrição ao crédito (fls. 89/90), o que culminou em manifesta ofensa à sua honra objetiva.

Deveras, agiu a concessionária de telefonia com evidente negligência no episódio de que cuidam estes autos, ao prestar serviços inadequados e que ocasionaram restrição cadastral em nome da autora, a despeito das prévias e insistentes reclamações formuladas pela sua usuária, ocasionando-lhe inegáveis danos à boa imagem, que, na espécie, prescindem de prova do efetivo prejuízo, porquanto intuitiva a lesão ao bom conceito comercial de empresa idônea que resulta da abusiva restrição creditícia que lhe foi indevidamente imposta.

Não há se negar que a pessoa jurídica que tenha o seu nome submetido a ilegal restrição creditícia sofre dano moral que enseja reparação, ante a indisputável lesão ao seu conceito no mercado que desta ação decorre, merecendo realce a circunstância de que o objetivo da condenação ora enfocada não é tão somente reparador do bom nome da empresa lesada, mas, fundamentalmente, penalizante, em relação ao autor do ato ilícito, prestando-se assim a coibir a reiteração de práticas danosas à imagem de terceiros no meio comercial.

Ora, o indevido registro de nome de pessoa jurídica em cadastro de maus pagadores, em virtude da cobrança de contas de consumo que expressavam valores abusivos, implica em ofensa à sua imagem, valendo consignar que, sendo também a empresa detentora de honra objetiva, faz jus à indenização por dano moral quando seu bom nome ou imagem forem atingidos no meio comercial, já que tais restrições importam em (falsa) impressão de incapacidade da sociedade em honrar seus compromissos, originando-se então os danos morais, que decorrem pura e simplesmente do ilegal registro feito.

Bom é destacar que, na esteira da Súmula nº 227, do C. Superior Tribunal de Justiça (“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”), a jurisprudência daquela Corte é remansosa no sentido de que “o protesto indevido de título enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo.” (REsp. 546329/RS, j. 02/10/2003. Rel. Min. Castro Filho), bem assim que “na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.” (Resp. 331517/GO, j. 27/11/2001, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha), pois “a indenização pelos danos morais independe de prova de prejuízos materiais.” (Resp. 218529/SP, j. 13/09/2001, Rel. Min. Ari Pargendler).

Logo, configurados os danos morais, bem é de ver que, em atenção ao critério de que a indenização não deve prestar-se ao enriquecimento ilícito, mas considerando o aspecto inibitório da condenação ora enfocada, em relação à autora do ilícito, a fim de que invista no aprimoramento de seus procedimentos, não há se olvidar, de outra parte, do caráter compensatório da reparação, afigurando-se, sob tal perspectiva, razoável [à falta de recurso da autora buscando a majoração] a indenização arbitrada pela douta juíza a quo em cinco mil quatrocentos e cinquenta reais, até porque “a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta.” (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/09/01).

Deveras, seja em razão do potencial econômico-financeiro da empresa de telefonia, seja em função do grau da culpa em que consubstanciado o ato ilícito praticado por seus prepostos, bem assim a gravidade da lesão ao bom conceito da empresa autora no meio comercial, o importe da indenização, arbitrado em parcimoniosos cinco mil quatrocentos e cinquenta reais, não está a merecer redução.

Logo, conquanto o Código de Defesa do Consumidor seja realmente inaplicável à hipótese em apreço, correta a r. sentença ao condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais no importe de cinco mil quatrocentos e cinquenta reais.

E a imposição da multa cominatória deve ser preservada, pois objetiva assegurar a eficácia da determinação judicial de substituição do terminal de telefonia fixa econômica por terminal de telefonia fixa convencional, cumprindo realçar que tal ordem em absoluto vulnera a regra contida no artigo 461, do Código de Processo Civil, não fosse bastante a circunstância de que, sendo efetivamente cumprida a determinação judicial, ônus algum haverá para a parte.

Aliás, bom é realçar que possui o juiz o poder de determinar as medidas que entender necessárias ao cumprimento de suas decisões, até mesmo de ofício, irrelevante até mesmo a eventual inexistência de pedido expresso da parte neste sentido, por isso que não está o magistrado adstrito à existência de postulação específica, pois se cuida de medida coercitiva indireta que buscar prevenir a frustração de uma ordem judicial.

Sobre a natureza da multa cominatória, preleciona Vicente Greco Filho que “sua finalidade é compulsiva, a de fazer com que o devedor cumpra especificamente o devido, o que é sempre melhor do que a compensação em perdas e danos. Dada essa natureza da multa pecuniária, ela pode ultrapassar o valor da obrigação. Não tem o caráter de prefixação das perdas e danos”. (Direito Processual Civil Brasileiro, Editora Saraiva, 3º volume, 16ª edição, p. 69).

Nesta mesma linha, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Andrade Nery que “deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 782).

Com efeito, “a multa por descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer deve ser fixada pelo juiz em valor significativamente alto, justamente porque tem caráter inibitório, tendo como objetivo fazer com que o devedor cumpra a obrigação na forma específica. O valor alto deve ter potencialidade para inibir o devedor, fazendo com que prefira cumprir a obrigação na forma específica a pagar a multa” (TJSP, AC 128244-4/1, Rel. Des. Armino Freire Marmorá, j. 22/08/2002), mesmo porque, “ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença” (STJ, REsp. 141.559/RJ, Rel. Min. Eduardo

Ribeiro, j 17/03/98).

Portanto, acertada a r. sentença também ao condenar a empresa de telefonia a substituir a linha econômica instalada na sede da empresa recorrida pela linha telefônica convencional [neste aspecto não houve qualquer impugnação recursal por parte da ré, a par do que a substituição do referido terminal não foi comprovada pela recorrente], no prazo de quinze dias, sob pena de incidência de multa cominatória de R\$ 10.000,00.

Em suma, acolho em parte o recurso e apenas para deixar assentada a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, preservada, no mais, a r. sentença.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037507-28.2010.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes B.R.S.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e T.D.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado W.S.C.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 12774**)

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

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - INDEFERIMENTO DA INICIAL - JUNTADA DE CÓPIA REPROGRÁFICA INCOMPLETA DO TERMO DE AUDIÊNCIA ONDE FOI EFETUADO O ACORDO EM QUE SE FIXOU OS ALIMENTOS - POSSIBILIDADE - ASPECTOS PROCESSUAIS QUE MERECEM SER RELATIVIZADOS DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INTERESSES DE MENOR - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E**

**DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO - ADEMAIS, CASO ENTENDESSE NECESSÁRIO, PODERIA O MAGISTRADO SOLICITAR À SERVENTIA CÓPIA DO TÍTULO, TENDO EM VISTA QUE A AÇÃO DE ALIMENTOS TRAMITOU PERANTE O MESMO JUÍZO - EXTINÇÃO DO PROCESSO AFASTADA - RECURSO PROVIDO.**

## VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação de execução de alimentos, ajuizada por B.R.S.C. contra T.D.S., que a respeitável sentença de fls. 16, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, nos termos dos artigos 267, I e 295, VI, ambos do Código de Processo Civil.

Apela o autor alegando, em síntese, que o documento solicitado é sigiloso e a ação de alimentos estava arquivada, razão pela qual o prazo fixado foi insuficiente. Argumenta que antes de decretar a extinção, o juízo deveria tê-la notificado pessoalmente ou por via postal. Pugna, ao final, pela reforma da decisão.

O recurso foi recebido, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo seu improvimento.

É o relatório.

Conforme verifica-se dos autos, o apelante moveu a presente execução de alimentos em face do genitor, lastreada no acordo efetuado na ação de alimentos que tramitou perante a 3ª vara da família e sucessões do foro regional de Itaquera, tendo o juízo *a quo* determinado a emenda da inicial a fim de trazer aos autos o título executivo que fixou a obrigação alimentar devidamente subscrito, sob pena de indeferimento. Decorrido o prazo, sem manifestação, foi indeferida a inicial e julgado extinto o processo, nos termos do artigo 295, VI c/c o artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com efeito, não obstante o convencimento do MM. Juiz de Direito, o recurso comporta provimento, posto que a medida adotada implicou em excesso de rigor, o que não se justifica no caso em espécie em que está presente interesse superior de menor que deve prevalecer.

Ora, o processo deve ser entendido como um meio, um instrumento, e não como um fim em si mesmo, razão pela qual se deve evitar, na medida do possível, invalidar atos que se mostrem perfeitamente sanáveis e desprovidos de potencial para causar prejuízo às partes.

O prejuízo, aliás, resulta da extinção da execução nos termos em que foi procedida, posto que obriga o exequente a ajuizar uma nova demanda para exigir os mesmos valores aqui discutidos, tornando mais oneroso o processo e retardando, ainda mais, a prestação jurisdicional, em evidente prejuízo ao alimentante e ao princípio da economia processual.

Embora realmente o título juntado a fls. 13 esteja incompleto, não constando as assinaturas dos interessados, não se pode negar que na cópia do termo de audiência constam as cláusulas do acordo e a homologação pelo juízo, inexistindo motivo para que não seja presumida como verdadeira, cabendo, se o caso, impugnação pela parte adversa, sendo que, por tal razão, a extinção decretada, com a devida venia, está eivada de um rigor desnecessário, em nada contribuindo para a celeridade processual.

Ademais, a ação de alimentos tramitou perante a mesma vara onde foi proposta a execução, o que possibilitaria ao juízo, caso entendesse necessário, determinar diretamente o desarquivamento dos autos para a constatação do título que se pretendia executar, até porque o autor requereu a concessão da gratuidade processual.

Ressalte-se, novamente, que a execução traz um menor no polo ativo, o que acentua ainda mais a necessidade de relativizar as normas processuais para salvaguardar os seus interesses.

O eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 158.920, deixou consignado que:

*“Não se nega, outrossim, que é da jurisprudência assente, inclusive desta Corte, que, em se tratando de interesse de menores é de convir-se pela relativização de aspectos processuais, sobretudo em face da prevalência dos interesses do menor; como determina a legislação vigente (ECA, art. 6º, LICC, art. 5º)”* (STJ - REsp 158.920 - SP - Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - 4ª Turma - j. 23/03/1999, in DJ 24/05/1999, p. 172).

Nessa conformidade, a melhor solução para o caso é a anulação da respeitável sentença recorrida, determinando-se o regular prosseguimento da execução.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003612-39.2011.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante IRAIMA

LEONARDO DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado LUIZ CARLOS DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Rodrigo Xavier Leonardo OAB nº 27175/PR”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21349)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente) E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

LUIZ AMBRA, Relator

**Ementa: USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL - Imóvel com menos de 250m<sup>2</sup>, possuído pela apelante ao longo de mais de cinco anos após a morte da primitiva proprietária, de quem era inquilina - Proprietária que não deixou herdeiros, tendo sido declarada a herança jacente - Autora que, após o óbito, como não houvessem interessados outros continuou a ocupar o imóvel sem pagar aluguel, invertendo o caráter da posse; que deixou de ser precária e passou a ter *animus domini* - Afinal se verificando, mais de uma década após a morte, ter havido doação do bem a terceiro, que só então o registrou, ingressou com reivindicatória e deixou o processo ser extinto, sem recurso - Circunstância em que a usucapião pode ser deferida - Apelo provido, para tanto, reformado o decreto de improcedência e invertidos os ônus do sucumbimento, respeitada a gratuidade.**

## VOTO

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 564/567) em ação de usucapião. Nas razões de irresignação (fls. 597/624; no original, a fls. 626/654) se sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos; com preliminar de nulidade, por cerceamento de provas oportunamente requeridas (fls. 631/632), decorrente da antecipação de julgamento.

Recebido o recurso a fl. 625, subiu sem contrarrazões consoante certidão de fl. 656.

É o relatório.

Meu voto propõe o apelo e julga procedente a ação. Invertidos os ônus do

sucumbimento, respeitada a gratuidade processual (fl. 465, em outra ação).

Que a autora era inquilina da finada, ela própria não nega a fls. 5 e 424. Mas a titular de domínio *Yara Aymoré Conceição Rodrigues* (confira-se a matrícula a fls. 16/16) morreu sem deixar herdeiros, em 2005 (fl. 220). Sua herança sendo considerada jacente, ao que se verifica de fl. 524; hipótese em que os bens se tornariam públicos e não poderiam ser usucapidos.

A autora, como ninguém a procurasse para haver os locativos, a partir do óbito e sabedora de que a proprietária era sozinha, **inverteu o caráter da posse**, que na origem exercitava a *título precário* face à locação. Não pagou mais locativo nenhum, passou a efetuar melhoramentos e a zelar pelo bem, no qual reside há bem mais do que cinco anos, desde o falecimento. Como se fosse seu, imbuída bem se vê de *animus domini*.

Não há dúvida de que a precariedade, como regra, não cessa nunca. Mas em casos que tais cessará, a posse se terá transmudado, descabido o raciocínio formulado a fl. 512, na contestação; de que a locação perduraria indefinidamente, por prazo indeterminado, *ad aeternum*.

Os exemplos são inúmeros: “*tolero, por gentileza ou amizade, que um vizinho passe pelo meu terreno. Tal passagem, embora reiterada, não induz posse, por se tratar de mero favor, a todo tempo revogável. Se, **apesar de revogada a autorização**, persistir o vizinho na travessa, **terá praticado turbacão**” (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, vol. 3, Direito das Coisas, 5ª ed., Saraiva, 1963, pg. 38).*

Em tal hipótese, se a posse da servidão não for retomada em ano e dia, ter-se-á tornado velha e, inclusive, usucapível.

Na mesma obra (pg. 47) colocação da mesma ordem: cabe recurso aos interditos “*quando o locador de serviços, dispensado pelo patrão, **não restitui a casa que recebera para moradia**””. A solução a mesma, a regra geral uma só (ob. e pg. cits.): “*caracteriza-se o esbulho não só por atos de violência, como também por toda e qualquer moléstia aos direitos do possuidor, como quando ocorre **recusa de restituir a coisa** que deve ser restituída”*”.*

Quer dizer (pg. 74, tratando da posse de outrem):

“*Perde-se ainda a posse **pela posse de outrem**, ainda contra a vontade do possuidor; se este não foi mantido ou reintegrado em tempo competente. Se o possuidor, turbado ou esbulhado no exercício da posse se queda inativo, **permitindo se fixe nova posse sobre a coisa, perde seu direito**, que se extingue, para **dar lugar a outro direito, em substituição do primeiro**.”*

No apelo, sobre o tema, há interativo julgado mencionado a fl. 621, inserto na *Revista dos Tribunais* 567/214. Exatamente nestes termos, com arrimo na doutra segundo a qual “*o que possuía como locatário, por exemplo, desde que **tenha repellido o proprietário**, deixando de pagar os aluguéis e fazendo-lhe*

*sentir; inequivocadamente a sua pretensão dominial, **é fora de dúvida que passou a possuir como dono.***”

Do Desembargador Morato de Andrade, ainda o outro precedente ali mencionado (Apelação 918084217.2003.8.26.0000, j.27.4.10): hipótese em que havia prova “*cabal da **modificação da natureza da posse, passando a autora a agir publicamente como dona, tendo deixado de pagar os alugueres e construído no imóvel sem autorização do antigo proprietário.***”

Em hipóteses que tais, segundo a melhor doutrina, após a cessação do precário poderá **ter início** o cômputo da prescrição aquisitiva. Como aqui teve, e se perfazendo em cinco anos, visto se tratar de usucapião constitucional.

É que, ao que se verifica da decisão de embargos de terceiro que vem por cópia a fl. 524, **afinal se verificou não se tratar de bem público.** Porque, ainda em vida, a finada proprietária o doou ao ora réu, por escritura de 31.3.98 (fl. 16). Mas este somente a registrou em 8.12.10 (matrícula a fls. 16/16v), mais de dez anos depois. Bem por isso tendo tido ganho de causa nos embargos (sentença cit.), em relação a ele o Poder Público não tendo nada a vindicar, fora do estado de jacência o bem.

No interregno, obviamente, a posse da autora continuou, mansa e pacífica, sem por ninguém ser incomodada. Apenas em dezembro/11 contra ela vindo a ser ajuizada a ação reivindicatória cuja inicial vem por cópia a fls. 416/420, e onde validamente se defendeu (fls. 422/433), pelos mesmos fundamentos ora expendidos. A ação não prosperando, como anotado a fl. 531. Na contestação de fls. 509/519, o aqui réu nada mais fazendo senão repisar os argumentos então lançados.

Arguiu-se no apelo a nulidade da sentença, decorrente da antecipação de julgamento. A colocação não deixando de ser procedente. Porque provas de outra natureza haviam sido requeridas com a petição inicial, não chegaram a ser produzida e depois, na sentença (fl. 565, “*tais fatos não foram corroborados pelas provas carreadas aos autos*”), se afirmou a precariedade probatória. Então, que se as deixasse realizar.

Não é caso de anulação, entretanto, a teor da regra do artigo 249, § 2º, do CPC. Existem subsídios suficientes ao exame do mérito, afigura-se certo que, após a morte da locadora, não tinha a autora sequer a quem pagar. Daí haver continuado a ocupação a outro título. Efetuando inclusive benfeitorias, obras de conservação do bem a que, **enquanto simples inquilina,** não se acharia obrigada. Pagando os impostos (fls. 21/127), evitando que o imóvel se arruinasse (fls. 221/231) mercê do abandono a que relegado, como com propriedade assinalou a fls. 5 e 532.

Meu voto confere provimento ao recurso, julga procedente a presente ação. Nas circunstâncias, a tese do réu de que a posse teria continuado precária,

não podendo ser aceita. Suficiente o contexto probatório para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, o que ora é feito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3004618-30.2007.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado JOSE DEUSMAR BASILIO DE OLIVEIRA (ESPÓLIO).

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.326)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA E MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

**Ementa: INDENIZAÇÃO - Empréstimo bancário consignado - Alegada venda casada de seguro de vida - Pagamento do prêmio negado por ocasião do falecimento do contratante - Alegado seguro prestamista - No entanto, os valores descritos no ajuste do empréstimo diferem do constante na proposta de seguro - Contratante analfabeto - Prova testemunhal - Confirmação da presença da gerente na residência do contratante afirmando que em caso de morte a indenização corresponderia a R\$ 30.000,00 - Relação de consumo - Aplicação dos princípios do CDC - Inversão do ônus probatório - O banco é quem deveria demonstrar que cientificou seu cliente não alfabetizado de todos os termos da avença - A simples oposição da impressão digital na proposta do seguro não é suficiente para comprovar que houve o regular esclarecimento ao consumidor - Obrigação de indenizar pelo valor constante na proposta de seguro - Ação parcialmente procedente - Decisão mantida.**

## VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos moral e material decorrentes de inadimplemento da proposta de seguro julgada parcialmente procedente pela decisão de fls. 152/156, de relatório adotado; recorre o banco tecendo considerações sobre os fatos; aduz que o contrato entabulado serviria apenas como garantia de pagamento do saldo devedor, como seguro prestamista, e que o contratante omitiu doença preexistente; afirma que as autoras distorcem os fatos com o objetivo de obter vantagem indevida; discorre sobre os princípios “*pacta sunt servanda*”, da boa fé contratual e da boa fé objetiva; pugna pela condenação em sucumbência recíproca, vez que as autoras decaíram em parte do pedido atinente ao dano moral; prequestiona dispositivos legais e constitucionais; pretende a reforma do julgado (fls. 162/173); recurso regularmente processado e respondido (fls. 183/190).

Relatório do essencial.

O inconformismo recursal não se justifica. Cuida-se de ação de indenização por danos moral e material decorrentes do inadimplemento do prêmio da proposta de seguro anexada à fl. 37.

As autoras, na qualidade de cônjuge e filhas do “*de cujus*”, afirmam que em janeiro de 2006 José Deusmar recebeu visita, em sua residência, de gerente de agência da instituição financeira requerida, com o fim de concretizar empréstimo consignado para débito na conta em que recebia proventos de aposentadoria; oportunidade em que foi informado acerca da necessidade de contratar um seguro de vida. Ainda, foi esclarecido pelo preposto do banco que o seguro pagaria o valor de R\$ 30.000,00 em caso de sua morte.

Após o falecimento de José Deusmar as autoras promoveram diligências no sentido de receber o prêmio do seguro, o qual foi negado sob o argumento de que a contratação tinha a finalidade de garantir a quitação do débito em aberto. Esta tese é a defendida pelo banco nestes autos.

Após a oitiva de testemunhas, o magistrado julgou a ação parcialmente procedente quanto ao dano material, condenando o banco no pagamento às autoras, do prêmio de R\$ 30.000,00, bem como no ônus de sucumbência; daí o inconformismo.

A hipótese dos autos configura relação de consumo, o que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de pessoa física, consumidor final do serviço, assim considerado, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90.

As autoras trouxeram elementos sintomáticos a atribuir verossimilhança às suas alegações, pois além das provas testemunhais afirmando que presenciaram a gerente garantir que a indenização em caso de morte equivaleria a R\$ 30.000,00,

também apresentaram prova documental.

E pela análise dos ajustes, verifica-se que o contrato de mútuo expressamente consignou na cláusula 10 a garantia por um Seguro Prestamista, melhor descrito no item 10.1 que a quitação do débito estaria limitada a R\$ 40.000,00 (fl. 38). Desta forma, observa-se que o contrato de empréstimo não guarda pertinência com a proposta de seguro apresentada à fl. 37 e com a informação fornecida ao consumidor pela gerente bancária. Ressalta-se que o banco não trouxe outros elementos a justificar a pertinência de suas alegações.

Desta forma, ainda que na proposta conste a denominação seguro prestamista, há que se considerar que o contratante era analfabeto e por isso somente após sua digital na documentação; já a instituição bancária se limitou a defender que era um seguro prestamista, sem anexar qualquer documento que pudesse desconstituir as provas apresentadas nos autos. Inclusive sem qualquer demonstração efetiva da alegada “sonegação” da informação de ter doença preexistente, já que, repita-se, tratando-se de não alfabetizado, após sem reservas suas digitais na proposta. A instituição financeira não demonstrou a prática de diligências que reforçassem a adoção das normas de cautela que devem nortear esse tipo de contratação, de forma a evitar transtornos e aborrecimentos desnecessários como os relatados nos autos.

Assim, cabia à instituição bancária comprovar que atendeu aos comandos do CDC, em particular aos artigos 46 e 47 que assim dispõem:

*“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*

*Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.*

Neste sentido, precedentes desta Corte:

*“AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ESTIPULANTE NO PÓLO PASSIVO. RESPONSABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Estipulante é a pessoa que, em nome do segurado e em favor dele, contrata com a empresa seguradora a Apólice de Seguro de Vida em Grupo ou de Acidentes Pessoais. A sua responsabilidade no contrato de seguro pode ser direta ou indireta, dependendo das provas, dos fatos e das circunstâncias. INDENIZAÇÃO. INFORMAÇÕES. NÃO COMPROVAÇÃO DA MÁ - FÉ. Se a segurada, auxiliar de serviços, pessoa simples, omitiu circunstância de qualquer ordem, não existindo prova de que ela tivesse agido com má-fé, a seguradora omitiu-se na busca de informações e entendeu como normais ou boas as propostas*

*dela e, então, recebendo os prêmios, deve honrar o encargo assumido - pagar a indenização. RELAÇÃO DE CONSUMO. BOA-FÉ PRESUMIDA DA SEGURADA. DÚVIDA. Cabe à seguradora a prova de eventual ou implícita má-fé na data do fato gerador. Tratando-se de contrato de adesão regido pelo Código de Defesa do Consumidor, a dívida, se existente, deve ser resolvida em favor da segurada”. (Apelação nº 9175592-03.2003.8.26.0000, 34ª Câmara do D.SÉTIMO Grupo Ext. 2º TAC, Rel. Irineu Pedrotti, julgado em 08.03.2006)*

*“SEGURO DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS. Apólice individual. Óbito do segurado. Demanda de beneficiária. Execução, com base no art. 585, III, do Código de Processo Civil. Embargos do devedor. Sentença de procedência. Reforma. Exegese, à luz do Código de Defesa do Consumidor (arts. 47 e 54, § 3º). Hipossuficiência do segurado, analfabeto funcional. Particularização de riscos (cláusulas excludentes). Linguagem técnica, inacessível à compreensão do segurado. Esgotamento de etapa administrativa, desde prévia comunicação do sinistro à companhia de seguros. Desnecessidade. Garantia do livre acesso à jurisdição. Inteligência do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Recurso da exequente- embargada. Provimento, para julgar improcedentes os embargos do devedor”. (Apelação nº 9231162-03.2005.8.26.0000, 30ª Câmara do D.QUINTO Grupo Ext. 2º TAC, Rel. Carlos Russo, julgado em 15.02.2006)*

Com estas considerações, acrescentem-se o que dispõem os arts. 6º, VIII, e 14, “*caput*”, da Lei nº 8.078/90 (CDC), a inversão do ônus da prova é a medida que se impõe ao caso; o Banco é quem deveria produzir prova eficiente a corroborar suas assertivas, até mesmo diante da aparente disparidade demonstrada nos documentos apresentados pelas autoras.

Neste sentido, conferir doutrina de Carlos Alberto Bittar, saudoso integrante desta Corte:

*“A teoria que embasa esse posicionamento - no Direito ocidental e, inclusive, em nosso País - é a do risco profissional que representa conquista do denominado “pensamento científico” do século passado, ante o crescimento do “maquinismo” (inserção de máquinas no processo produtivo), tendente a indenizar a vítima, independentemente da perquirição de culpa do agente, nos danos ocorridos nas atividades empresariais.”*

A seguir, esclarece que no concernente aos bancos, aplica-se a teoria em causa, reportando-se a numerosa jurisprudência (RT 614/33/37).

Desta forma, o banco está sujeito ao Código Defesa do Consumidor, aplica-se o princípio da inversão do ônus da prova; o requerido, como prestador

de serviços é quem deveria comprovar não ter obrado com desídia, passando informações incompletas ao cliente. Considerando que a culpa do banco é objetiva, deve responder pelo ato desidioso; por outras palavras, o banco é quem deveria demonstrar o regular procedimento, do que não cuidou; não há de que reclamar.

Por fim, também não se justifica a atribuição de sucumbência recíproca, considerando que a vitória das autoras é substancial, obedece aos termos da Súmula nº 326, do E. STJ e a verba honorária foi arbitrada em 15% do valor da condenação, no patamar médio, de acordo com a praxe.

Como consequência, outra não poderia ser a solução da lide; a r. sentença não merece reparos e deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por tais razões, negam provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008795-88.2008.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante NOELI MULLER VEIGA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COOPERATIVA DE ECONOMIA E CREDITO MUTUO DOS MEDICOS E DEMAIS PROFISSIONAIS DA AREA DA SAUDE DE CAMPINAS E REGIÃO LTDA.

**ACORDAM**, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34615t)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente) E LIGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

MELO COLOMBI, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO. NOTA PROMISSÓRIA. PLANILHA DE CÁLCULO. JUROS DE MORA. LIMITE.**

- 1. Não se afasta liquidez da dívida se esta, de valor certo e bem definido, só depende de cálculo para acréscimo de encargos previstos contratualmente.**
- 2. Embora a planilha de cálculo apresentada pelo credor seja vaga, não há que se decretar a nulidade**

**do feito, mormente porque, em razão de trabalho pericial, os valores devidos foram esclarecidos.**

**3. É notoriamente abusiva a previsão contratual de juros de mora no percentual de 10% ao mês e 213,8428% ao ano em confissão de dívida. A exemplo, então, da revisão de juros remuneratórios, cabe revisão da taxa desses juros moratórios, que devem obedecer à taxa média de mercado.**

**4. Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Ar. sentença de fls. 248/249, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedentes embargos à execução opostos por Noeli Muller Veiga contra Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos e Demais Profissionais da Área da Saúde de Campinas e Região Ltda., determinando prosseguimento da execução, com redução do valor para R\$ 44.200,00, corrigidos a partir de 17 de agosto de 2007 e juros a contar da citação. Ônus da sucumbência foram rateados meio a meio entre as partes.

Inconformada, apela a embargante, sustentando nulidade da execução, por falta de liquidez do título. Aduz ser ilegal a cobrança de juros à taxa de 10% ao mês; que o cálculo juntado não está devidamente discriminado. Pugna, enfim, pela reforma da sentença para total procedência dos embargos.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A apelada ajuizou ação de execução, fundada em instrumento de confissão de dívida no valor de R\$ 20.000,00, com vencimento para o dia 25.5.2007, garantido por notas promissórias assinadas pela devedora e codevedor Adriano Miller Barbosa (fls. 46). Nesse pacto, previu-se que, em caso de mora, haveria cobrança de juros de 10% ao mês (213,8428% ao ano), mais multa moratória de 2%. O montante da dívida seria pago em nove parcelas de R\$ 2.480,59, com taxa de juros remuneratórios de 2,29% ao mês e 31,2194% ao ano (fls. 44, 50/53).

O contrato foi firmado pelos devedores, mas não contém assinatura de duas testemunhas. Assim, o contrato não configura título executivo extrajudicial nos termos do art. 585, II, do CPC. Porém, o feito também foi instruído com notas promissórias, nas quais se observou que os mesmos encargos previstos nos contratos seriam devidos em caso de inadimplemento. E notas promissórias, consoante art. 585, I, do CPC, são títulos executivos extrajudiciais.

O montante da dívida é líquido e certo, havendo apenas acréscimo de encargos contratuais, aferíveis por meio de simples cálculo aritmético.

Assim, a necessidade de cálculo e até recálculo por perito (apenas para dirimir controvérsia) não retira a liquidez e exigibilidade do título executivo, assim considerado pela lei.

A credora trouxe planilha de cálculo às fls. 56, indicando valor da dívida originário de R\$ 20.000,00 em setembro de 2006, incidência de juros remuneratórios de 2,29% ao mês e de juros de mora de 10% ao mês.

Ainda que essa planilha possa ser considerada vaga, não há que se falar em nulidade do processo, mormente diante da realização de prova técnica, que afastou qualquer obscuridade no cálculo realizado pelo credor.

Aparte devedora não se insurge contra o percentual de juros remuneratórios, fixados em 2,29% ao mês e 31,2194% ao ano. Debate-se contra a taxa de juros de inadimplência, ou juros de mora, fixados em 10% ao mês (213,8428% ao ano).

A exemplo do que a jurisprudência prevê em relação aos juros remuneratórios, é possível revisão da taxa de juros moratórios. Em regra, os juros remuneratórios são previstos em taxas diferentes para cada instituição financeira e para cada tipo de contratação. Já os juros moratórios, via de regra, são previstos à taxa de 1% ao mês.

Como, no caso, os juros moratórios foram previstos à taxa de 10% ao mês e 213,8428% ao ano, são eles que merecem revisão. E, tal como ocorre quanto aos juros remuneratórios, a limitação deve obedecer ao que dispõe a jurisprudência sobre o assunto.

Recentemente, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp 1.061.530 - RS (2008/0119992-4), decidiu, com **repercussão geral da matéria** (CPC, art. 543-C, § 7º), que:

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como dispõe a Súmula 596/STF;

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 caso concreto.”

É de se observar que se trata de situação excepcional, na qual o contrato prevê taxa de juros moratórios de 10% ao mês, com repercussão de mais de 200% ao ano. Notoriamente abusiva a previsão, cabível sua limitação.

A taxa de juros de inadimplência, assim, analogicamente ao que se pratica em relação à revisão de juros remuneratórios, deve ser limitada à taxa média de mercado para o tipo de contrato. Anote-se que a taxa média não deve se referir à de juros remuneratórios. Estes ficam mantidos tal como definidos no contrato. Como a revisão se limita a **juros moratórios**, é para esse tipo e natureza de juros que deve ser analisada a taxa aplicada no mercado.

Assim, cabe recálculo da dívida para que, com o inadimplemento, a taxa de juros moratórios seja limitada à taxa média de mercado para o tipo de contrato em questão, mantidos os demais encargos tal como definidos na avença.

A sucumbência mantém-se recíproca, com a divisão tal como determinada em sentença (meio a meio).

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso, para determinar revisão da taxa de juros moratórios previstos no contrato, que devem se limitar à taxa média de mercado, recomendando recálculo da dívida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9133815-62.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUZIA ROSA DA CONCEIÇÃO RIBEIRO, é apelado O JUIZO.

**ACORDAM**, em 8ª 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 4265)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO E HELIO FARIA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

**Ementa: Apelação - Interdição - Desnecessidade de prévia autorização judicial para que o interditado possa exercer atividades laborativas compatíveis com as aptidões e limitações impostas por sua deficiência - Direito constitucionalmente garantido - Sentença parcialmente reformada - Recurso provido.**

## VOTO

Apelação interposta contra r. sentença (fls. 89/90), cujo relatório se adota,

que julgou procedente a ação de interdição do filho da autora, declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, condicionando, contudo, eventual prática de atividade laborativa que se destine à melhora de seu quadro clínico, à prévia autorização judicial.

Os embargos de declaração opostos pela autora (fls. 94/95) foram rejeitados (fls. 97/98).

A apelação (fls. 102/111) pretende que eventual atividade laborativa não fique condicionada a autorização judicial.

Recurso tempestivo, não preparado por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita (fls. 24), foi recebido no duplo efeito (fls. 114). A d. Procuradoria manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 118/123).

É o relatório.

O filho da autora, sua Curadora, atualmente com 27 anos, foi totalmente interdito por ser “*portador de desenvolvimento mental retardado e Epilepsia. Em virtude de debilidade mental acentuada, sub grupo da Oligofrenia (F71 pelo CID - 10), sem condições de imprimir diretrizes a sua vida psicológica, gerir ou administrar bens e valores. Sua capacidade deve ser considerada absoluta e irreversível*”, conforme atesta laudo do IMESC (fls. 52/54), corroborando o laudo apresentado na inicial, elaborado pela APAE (fls. 14/16).

Não há razão plausível para condicionar eventual prática de atividade laborativa pelo interdito à prévia autorização judicial. A admissão do portador de deficiência ao trabalho é garantida constitucionalmente (art. 6º e art. 7º, inciso XXXI, ambos da CF/88) e mostra-se benéfica, terapêutica, viabilizando o desenvolvimento de suas habilidades e adaptação social.

Evidentemente que eventual trabalho deverá estar de acordo com as aptidões do interdito e limitações impostas pela deficiência constatada.

A d. Procuradoria bem destacou em seu parecer (fls. 118/123):

“[...] *Em nível estritamente local, vige a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre a integração social das pessoas com deficiências:*

*Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*

*Desta forma, temos quanto a matéria, que a livre inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não pode sofrer qualquer tipo de restrição que a burocratize ou dificulte.*

*Por outro lado, sendo a curatela uma atividade assistida, qualquer eventual abuso pode ser coibido, inclusive com a destituição do responsável,*

*não me parecendo lícito limitação a priori de seu exercício.*

*Pelo exposto, não antevendo justificativa plausível para a limitação imposta, que contrasta com a política nacional de atendimento da pessoa com deficiência, o provimento do recurso é medida que se impõe.”*

Oportuno transcrever os fundamentos da brilhante decisão em caso análogo, de lavra do eminente Desembargador **MIGUEL BRANDI**, cujas razões de decidir ficam inteiramente adotadas:

*“[...] Em que pese a proteção demonstrada na decisão apelada, tenho que as pessoas com deficiência mental, sensorial (auditiva, visual) ou múltipla, ainda que interditadas, mantêm o direito a atividades laborativas, desde que detenham habilidades mínimas e que essas atividades sejam recomendadas e monitoradas, se possível, por técnico habilitado.*

*A análise dessas habilidades por certo não cabe ao Poder Judiciário, razão pela qual não vislumbro razão para manutenção dessa exigência na sentença apelada.*

*Além do mais, a manutenção dessas atividades laboratoriais, enquanto terapia ocupacional, para melhora de seu quadro clínico, como referido na sentença, decisão que caberá, com orientação profissional, à sua curadora.”* (TJSP - Apelação nº 990.10.310051-4, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. em 24/11/2010).

Vale reproduzir, também, o entendimento do eminente Desembargador Gilberto de Souza Moreira sobre o tema:

*“[...] Nenhum o interesse ou utilidade em proibir-se a interditada de ter acesso ao trabalho, observadas as suas aptidões, e nenhuma a razão para que não se estabeleça como ressalva a possibilidade. Não há porque o proibir, e, ao contrário, merece ser incentivada a atividade. A ideia de trabalho é dignificante, terapêutica, oportuna, encomiástica e necessária.*

*[...] Ademais, o direito ao trabalho é constitucionalmente assegurado a todos os portadores de deficiência que tenham condições para exercê-lo (art. 6º e art. 7º, inciso XXXI, ambos da CF/88), ressalvadas suas aptidões e as limitações impostas pela deficiência constatada. Se ocorre alguma preocupação com o bem-estar da interditada, única razão imaginável para negar-se o pedido, olvida-se que há curadora nomeada que mereceu a confiança do juízo na tarefa.”* (TJSP - Apelação nº 0009170-62.2011.8.26.0114, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. em 03/10/2012).

O provimento do recurso é medida que se impõe, revogando-se a exigência de prévia autorização judicial para que o interditado possa exercer atividades laborativas compatíveis com as aptidões e limitações impostas pela deficiência, mantendo-se no mais a sentença apelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036801-39.2011.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante GERSON BOAVENTURA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARKET SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.

**ACORDAM**, em 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 13988)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente), LUÍS FERNANDO LODI E COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

**Ementa: Declaratória - Anulação de protesto - Indenização por dano moral - Improcedência - Alegação de protesto tardio e de direito à indenização - Protesto de cheque prescrito para execução e cobrança pelas vias ordinárias - Não comprovação do ajuizamento de ações cambial ou de locupletamento - Prescrição das ações - Inexigibilidade de títulos a afastar a necessidade de protesto, mormente por não haver endossantes ou avalistas - Dano moral - Prova do dano - Desnecessidade - Presunção na hipótese de protestos indevidos - Dever de indenizar presente - Recurso provido.**

## VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de anulação de protesto cumulada com indenização por dano moral.

Adotado o relatório da r. sentença da lavra do Juiz Lincoln Antônio Andrade de Moura, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente, ficando o autor condenado ao pagamento das custas, despesas e honorários de advogado, ressalvada a isenção nos termos do artigo 11, §2º e 12, ambos da Lei nº 1060/50.

Apela o vencido com o propósito de ver reformada integralmente a r.

sentença, pretendendo a procedência do pedido, com o reconhecimento de nulidade do protesto dos cheques apontados na inicial e do direito à indenização (fls. 93/99).

O recurso foi recebido, sem contrarrazões (fls. 101).

### **É o relatório.**

2. O recurso não comporta provimento.

O apelante sustenta que os cheques foram protestados aproximadamente oito anos após a emissão, quando já se encontravam prescritos (primeiro parágrafo de fls. 04).

Como é cediço, vencido o prazo para ajuizamento da ação executiva, pode o credor cobrar a sua dívida por meio de ação de cobrança ou de ação monitória, se preferir um procedimento mais célere.

O prazo prescricional para cobrança da dívida é, então, o do Código Civil, por não se tratar mais de título de crédito.

No caso dos autos, quando dos protestos, em 2008, os títulos estavam prescritos para a pretensão executiva, já que foram emitidos em 24 e 27 de novembro de 2000, conforme informa a certidão expedida pelo Cartório de Protesto (fls. 25), ficando a relação jurídica configurada como estritamente civil.

Nos termos do artigo 2.028 do Código Civil incidem os prazos da legislação vigente caso não tenha decorrido metade do prazo prescricional fixado no Código Civil anterior. É o caso dos autos.

Dispõe o artigo 206, § 5º, inciso I, do atual Código Civil, que a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular prescreve em cinco anos.

Assim, como o prazo prescricional deve ser contado a partir da vigência do Código Civil de 2002 (11/01/2003), restava configurada a prescrição quando do protesto realizados em 25/03/2008 (fls.25).

Não há nos autos notícia de que, no prazo mencionado, tenha sido proposta qualquer ação.

Assim sendo, levados os títulos a protesto somente em 25/03/2008, restou caracterizada conduta abusiva e ilegal da ré, uma vez que seu direito de crédito não mais subsistia e o ato notarial não tinha qualquer propósito.

Pouco importa que o ato notarial seja autônomo em relação à ação judicial, que todos os requisitos para a sua lavratura foram observados ou que o autor não conteste a origem da dívida. A verdade é que, não podendo mais a ré valer-se de ação judicial para sua cobrança, não se verifica a existência de justa causa para os protestos.

De rigor o cancelamento do protesto por ser irregular e indevido.

E como aqui o pedido de indenização tem como fundamento o

protesto indevido de cheques prescritos, a jurisprudência tem entendido que a caracterização do dano moral prescinde de prova objetiva do dano, sendo suficiente para gerar o dever de indenizar a demonstração da existência dos referidos protestos (o que se vê a fls. 25).

O dano, em casos como esse dos autos, é presumido, consoante entendimento já pacificado.

Nesse sentido, julgados recentes:

**“APELAÇÃO. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO C.C REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. NOTA PROMISSÓRIA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. Nota promissória com vencimento em 2003, protestada em 2011. Título levado ao protesto quando já expirado o prazo trienal para a ação executiva (art. 70 c.c art. 77 do Decreto nº 57.663/66 - Lei uniforme sobre letras de câmbio e nota promissória) e o prazo quinquenal para a ação de cobrança decorrente de dívida líquida de instrumento particular (art. 206, §5º, inciso I do CC). Ultrapassado o lapso prescricional, impossível a cobrança da dívida representada na nota promissória. Protesto indevido. Danos morais configurados (in re ipsa). Indenização devida. (...) Improcedência afastada. RECURSO PROVIDO.”** (apelação nº 0003662-85.2012.8.26.0281, Rel. Afonso Bráz, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 27/02/2013).

**AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARATÓRIA - Notas promissórias vinculadas a contrato de prestação de serviços - Emissão em garantia de cumprimento das obrigações assumidas - Prazo prescricional - 5 anos - Art. 206, § 5º, I, do CC - Apontamento a protesto após o término do prazo para cobrança da dívida - Enunciado n. 17 da Súmula do TJSP - Aplicabilidade - Dano moral - Configuração - Fixação em R\$ 3.000,00 - Sentença de parcial procedência - RECURSO (...) (apelação nº 0002033-27.2008.8.26.0278, Rel. Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 06/03/2013).**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso e julga-se procedente a ação para determinar o cancelamento dos protestos dos cheques apontados na inicial e condenar a ré ao pagamento de indenização fixada em R\$ 5.000,00, e ainda das custas, despesas e honorários, ora arbitrados em 20% do valor da condenação. Expeça-se ofícios de cancelamento em primeiro grau ao respectivo cartório e ainda aos órgãos de proteção ao crédito para baixa da inscrição (SPC e Serasa).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0111987-18.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FELIPPE MENDONÇA, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Felipe Mendonça.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.895)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

JOVINO DE SYLOS, Relator

**Ementa: DANOS MORAIS - pretensão do autor ao recebimento de indenização por transtornos decorrentes do tratamento desumano que recebeu durante transporte no Metrô - fotos acostadas aos autos mostram funcionários da ré empurrando novos usuários para dentro de vagões já superlotados - tratamento vexatório e degradante - dano moral caracterizado - indenização arbitrada em R\$15.000,00 - demanda procedente - recurso provido.**

### VOTO

1. Cuida-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada por Felipe Mendonça em face de CPTM-Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Segundo a inicial, o autor, no dia 2/2/2012, embarcou na estação Pinheiros, linha9 - Esmeralda, do metrô com destino à estação Granja Julieta. Apesar de ter embarcado em vagão com número razoável de pessoas, a cada estação mais usuários ingressavam fazendo com que o vagão ficasse superlotado. Ocorre que os funcionários da ré, ao invés de organizar o embarque/desembarque, empurravam os usuários para dentro dos vagões sem se importar com o estado daqueles que já se encontravam no interior do trem. Diante desses fatos, o autor requer compensação pelo tratamento degradante a que foi submetido.

2. A r. sentença de fls. 57/61 julgou improcedente o pedido. Recorreu o autor (fls. 65/73), requerendo inicialmente a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita por não ter condições de arcar com os custos do

processo sem prejuízo de seu sustento. Insistiu na alegação de que embarcou no trem da ré em condições normais e que, em seguida, houve superlotação de usuários em decorrência da força utilizada pelos funcionários da ré para empurrá-los para dentro dos vagões. Alegou que sofreu tratamento indigno e vexatório e que a ré deve ser condenada pela deficiente prestação do serviço de transporte. Assim, requereu o provimento do recurso.

3. O recurso foi recebido, processado e respondido com preliminar de não conhecimento em razão da deserção (fls. 89/104). Os autos subiram em seguida.

É o relatório.

4. A preliminar de não conhecimento não prospera. O autor apelante requereu, quando da interposição do recurso, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita por não ter condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu sustento. O juízo “a quo” nada determinou a respeito, uma vez que já havia considerado o autor beneficiário da assistência judiciária na sentença, embora até então não houvesse pedido nesse sentido. A ré, por sua vez, limitou-se a impugnar o pedido argumentando que os extratos do autor não são suficientes para a concessão do benefício e que sua CTPS informa que trabalha como professor. Contudo sem razão, pois a declaração de pobreza (fls. 75), bem como a ausência de prova da ré em sentido contrário são suficientes para a concessão do benefício. Ademais, o fato do autor ter emprego não pode, por si só, levar à conclusão de que sua situação financeira é estável. Assim, fica confirmada a assistência judiciária ao autor e, por consequência, rejeitada a preliminar arguida.

5. Em seguida, passa-se à análise do apelo do autor, o qual comporta provimento uma vez que o exame do conjunto probatório acostado aos autos comprova suas alegações. As fotos acostadas a fls. 10/12 comprovam a superlotação do metrô e a condição deplorável em que se encontrava o autor. Ele e os demais usuários estavam todos amontoados e mais pessoas continuavam a embarcar.

6. Por outro lado, não se afigura correto o entendimento do juízo “a quo” de que “vive o requerente em uma das maiores cidades do mundo” e de que “nosso elogiado Metrô, nos horários de pico, apesar da quantidade de composições disponíveis, passando pelas estações seguidamente com a diferença mínima exigida pela segurança do sistema, também fica lotado de usuários com estações cheias de pessoas aguardando a passagem do trem” (fls. 59 e 60). Isso porque a foto de fls. 13 mostra que o problema do autor não foi causado pelo excesso de pessoas no sistema do metrô, mas sim pela atuação truculenta dos funcionários da ré que empurravam os usuários para dentro dos vagões sem a menor preocupação com a comodidade ou segurança dos passageiros.

7. Aliás, o próprio juízo “a quo” reconheceu o desrespeito da ré apelada

com relação aos passageiros do trem: “os fatos são incontroversos: em 2 de fevereiro de 2012, por volta das 18h, o vagão do trem da linha 9, onde o requerente estava, apesar de já lotado, ficou ainda em situação pior em virtude da ré, por seus prepostos, permitir o ingresso de mais usuários e, como se não bastasse, ainda eram empurrados em direção ao interior do vagão, pelos funcionários da estação.” (fls. 59). E, mais adiante, consignou: “Reprovável ainda a conduta dos funcionários da requerida, que empurram os passageiros próximos às portas dos vagões para, assim, possibilitar o seu fechamento e a composição possa prosseguir o seu itinerário.” (fls. 61).

8. Nessas circunstâncias, diante da situação vexatória e degradante pela qual passou o autor é evidente o desgaste emocional sofrido por ele, restando portanto caracterizados os danos morais. Desse modo, para compensar o autor pelos transtornos sofridos e compelir a empresa ré a ser mais diligente na condução de seu negócio, fica a indenização arbitrada em R\$15.000,00, atualizados monetariamente pela Tabela Prática do TJSP e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, tudo a partir deste julgado. Arcará a ré apelada ainda com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

9. Com esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007705-70.2011.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante ADILSON AUTO PEÇAS ARAÇATUBA LTDA, é apelado MARTINEZ OTOBONI & CARDOSO DE SOUZA LTDA - ME.

**ACORDAM**, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O REVISOR QUE DECLARA.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.718)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente), JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA E MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

RICARDO NEGRÃO, Relator

**Ementa: COBRANÇA - Duplicatas mercantis emitidas**

em razão de venda e compra de peças automotivas - Inúmeros protestos ocorridos em período de três meses, decorrentes dessas vendas - Lançamento de assinaturas em apenas dois documentos (comprovante de entrega e aceite) dos dez títulos apresentados - Prova testemunhal no sentido de que as litigantes, empresas situadas no mesmo município, mantinham constante relacionamento comercial - Indícios de ocultamento dos representantes legais da ré, defendida por Defensor Público - Formalidade excessiva que levaria a dar guarida a devedores contumazes - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido, por maioria, vencido em parte Revisor que declara.

**Dispositivo:** Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido em parte o Revisor que declara.

## VOTO

Recurso de apelação interposto por **Adilson Auto Peças Araçatuba Ltda.**, dirigido à r. decisão proferida pelo Dr. Sérgio Ricardo Biella, MM. Juiz de Direito da E. 3ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba (fl. 154-155v) que julgou improcedente a denominada “ação ordinária de cobrança” proposta contra **Martinez Otoboni & Cardoso de Souza Ltda.-ME.** (fl. 2-3).

Bem processado o feito, conforme relatório da r. sentença, ora adotado.

Sustenta a apelante em suas razões recursais, em síntese: (a) é credor da quantia atualizada de R\$ 2.467,54 provenientes de peças de veículos automotores vendidas ao apelado e não pagas; (b) existência de provas documentais e testemunhais de negociação regular entre as partes (fl. 157-167).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 168-170.

Recurso contra-arrazoado pelo Defensor Público em fl. 173-177.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 29 de janeiro de 2013 (fl. 156v) e o recurso interposto no dia 14 de fevereiro de 2013 (fl. 157), dentro do quinquênio legal.

É o relatório.

### I. DA MATÉRIA DE FUNDO

Ação de cobrança proposta por **Adilson Auto Peças Araçatuba Ltda.**, contra **Martinez Otoboni & Cardoso de Souza Ltda.-ME.**, objetivando o recebimento da quantia de R\$ 2.467,54, representada pelas duplicatas mercantis emitidas a partir de compra e vendas de peças para veículos automotores.

Citado o requerido com hora certa (fl. 61), deixou transcorrer o prazo

para apresentar contestação, sendo-lhe nomeado curador especial (fl. 66), que apresentou contestação (fl. 67-76), com preliminar de inépcia da inicial. No mérito, sustentou exceção do contrato não cumprido, alegando inexistência de comprovantes de entrega das mercadorias. Alegou ainda excesso de juros, visto que estes deveriam incidir a partir da citação. Por fim postulou pela extinção da ação ou improcedência.

A r. sentença julgou improcedente a ação, com fundamento na inexistência de provas de entrega das mercadorias.

[..]

“Não há elementos nos autos que comprovem a concretização da relação comercial de compra e venda de mercadorias que deu ensejo ao saque das duplicatas, haja vista a falta de prova da entrega das mercadorias objeto do negócio, o que impõe a improcedência da ação de cobrança proposta.”

“Diante de todo o exposto:”

1. JULGO IMPROCEDENTE a presente Ação de Cobrança promovida por ADILSON AUTO PEÇAS ARAÇATUBA LTDA. em face de MARTINEZ OTOBONI & CARDOSO DE SOUZA LTDA. ME.

2. Arcará a autora com o pagamento das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado, que arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, cujo valor deverá ser devidamente atualizado na data do pagamento.

## II. DO MÉRITO RECURSAL

Consigam-se os fundamentos relativos à ausência de comprovação da entrega das mercadorias apresentados na r. sentença recorrida (fl. 154v-155):

[..]

“Vale esclarecer que a duplicata é título eminentemente causal, dependendo sua cobrança da prova de relação entre as partes envolvidas no seu surgimento, advindo sua origem de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, a teor dos artigos 2º e 20 da Lei nº 5.474/68.”

“Portanto, além dos requisitos pertinentes à forma, o título deve ter origem em negócio jurídico preexistente e concreto entre as partes (o emitente e o sacado).”

“Assim, sua emissão não goza da característica da abstração que torna o título legítimo e exigível, dependendo sua legitimidade da verificação de uma relação jurídica subjacente que justifique seu saque, fundamentada em uma relação de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços.”

“No caso, não está presente a prova da concretização do negócio jurídico a embasar o saque das duplicatas que geraram o débito objeto da cobrança.”

“Os documentos acostados pela autora nos autos (fls. 90/122) não têm o condão de demonstrar a entrega das mercadorias, pois em sua maioria estão em branco e aqueles que possuem assinatura não permitem identificar seu autor (fls. 90, 91, 93, 109), de modo que a prova documental juntada pela autora nos autos é demasiadamente confusa e frágil para comprovar a entrega da mercadoria objeto das faturas.”

“Ademais, não logrou a autora êxito em comprovar, por outros meios, a entrega das mercadorias descritas nas faturas, ônus que lhe cabia.”

Transcreva-se, por oportuno a questão das provas testemunhais produzidas, mencionadas pelo douto Magistrado (fl. 155-155v):

[..]

“Os depoimentos das testemunhas de fls. 138 e 140 são genéricos, confirmam apenas ser usual o negócio de compra e venda de peças de automóveis entre as partes, não tendo força de provar que as mercadorias descritas nas faturas objeto destes autos tenham, efetivamente, sido entregues à parte ré.”

“Frise-se que a duplicata protestada sem aceite é título causal, necessitando da comprovação do recebimento das mercadorias no caso de compra e venda ou de efetiva prestação dos serviços contratados.”

“Não há elementos nos autos que comprovem a concretização da relação comercial de compra e venda de mercadorias que deu ensejo ao saque das duplicatas, haja vista a falta de prova da entrega das mercadorias objeto do negócio, o que impõe a improcedência da ação de cobrança proposta.”

Em razões recursais, a autora sustenta a existência de dois documentos contendo assinaturas (fl. 91 e 109) que embora não identifiquem a pessoa que as lançou sugerem outra solução à causa.

O primeiro documento (fl. 91) é canhoto de entrega no segundo (fl. 109) refere-se à assinatura de aceite em duplicata.

Esses elementos aliados ao fato de que todas as duplicatas foram protestadas incluindo as duas acima mencionadas no período de 6 de janeiro a 15 de abril de 2010, sem que se tenha notícia de manifestação por parte da devedora.

Além disso, pesa sobre a ré a suspeita de ocultamento, conforme noticiado pelo Sr. oficial de Justiça (fl. 59 e 61).

Impor formalidade excessiva em casos como o ora apresentado é dar guarida a devedores contumazes. Supõe-se que pessoa cumpridora de seus deveres insurja-se imediatamente a um protesto indevido (no caso dos autos foram dez protestos em período de três meses) e se apresente em Juízo para reivindicar o respeitado a seus direitos.

Consigne-se, que a presença de todos os elementos à exigibilidade, ausente o aceite (duplicata sem aceite, protesto e comprovante de entrega de mercadorias) permitiria à autora ingressar com pedido executório.

Por outra ótica, a existência de duplicata protestada acompanhada de nota fiscal permite à autora ingressar com ação monitória, mesmo ausentes o comprovante de entrega de mercadorias e a prova de aceite. Assim se tem decidido:

**AÇÃO MONITÓRIA - PROVA ESCRITA - DUPLICATAS PROTESTADAS, SEM ACEITE E SEM O RECIBO DE ENTREGA DAS MERCADORIAS - DOCUMENTOS HÁBEIS À INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO - PRECEDENTES DO STJ.**

I - O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação.

II - Assentando o Tribunal de origem estar a duplicata despida de força executiva por ausência de aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitório.

III - Recurso não conhecido.

(REsp 204.894/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2001, DJ 02/04/2001, p. 287)

Evidente, portanto, que dispondo de documento sem força executiva e nada afirmando em contrário a sacada, correto é concluir pela idoneidade das operações mercantis entre as litigantes.

A tudo isso acrescente-se que demandada e demandante têm sede no mesmo município e, segundo as testemunhas ouvidas, a ré solicitava peças à autora (fl. 138 e 140).

A procedência do pedido inicial é, portanto, de rigor.

### **III. DISPOSITIVO**

Pelo exposto, por maioria, dá-se provimento ao recurso para condenar a ré Martinez Otoboni & Cardoso de Souza Ltda. M.E a pagar à autora, a importância de R\$ 2.467,57, acrescida de juros desde a citação e atualização monetária a partir do ajuizamento do pedido. Pagará a vencida as verbas de sucumbência, fixando-se por equidade a verba honorária em R\$ 1.500,00. Vencido em parte o Revisor que declara.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

### **(Voto nº 21054)**

Respeitando embora o entendimento da douda maioria, dele divirjo apenas no que tange à fixação da verba honorária.

É que, na hipótese destes autos, entendo que se aplica a disposição contida no § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, devendo a verba honorária ser fixada no patamar máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação [R\$ 2.467,54], não tendo emprego na espécie a regra contida no § 4º, do artigo 20, do mesmo *codex*, por isso que inadmissível no caso a fixação da verba honorária por apreciação equitativa do juiz, conquanto se reconheça a insignificância de remuneração ao causídico e não se olvide do importante papel desempenhado pelo advogado na administração da Justiça, nos termos do artigo 133, da Constituição Federal.

Bem por isso, meu voto também propunha o provimento do recurso interposto pela autora, para julgar procedente a ação de cobrança bem como para condenar a ré nos ônus da sucumbência, mas arbitrava os honorários advocatícios em vinte por cento do valor atualizado da condenação, nos termos do § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Desembargador

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9052256-49.2009.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante LEGO FOMENTO MERCANTIL LTDA, é apelado NUOVACER MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS CERÂMICOS LTDA.

**ACORDAM**, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30286)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDES LOBO (Presidente) e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 15 de agosto de 2013.

CAMPOS MELLO, Relator

**Ementa: DUPLICATAS MERCANTIS. DEMANDA DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE**

**DE TÍTULOS, COM PEDIDO CUMULADO DE CANCELAMENTO DE PROTESTOS. PROCEDÊNCIA DECRETADA EM 1º GRAU. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. EXISTÊNCIA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NÃO DEMONSTRADA. LEGITIMIDADE CONFIGURADA, POR TER O ENDOSSATÁRIO NÃO MANDATÁRIO DIREITO PRÓPRIO QUE EMERGE DO TÍTULO. DIREITO DE REGRESSO JÁ RECONHECIDO PELA SENTENÇA. REDUÇÃO DOS ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO PROVIDO EM PARTE, PARA ESSE FIM.**

## VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 148/154, objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 161/162, a qual julgou procedente demanda declaratória de inexigibilidade de duplicatas mercantis, com pedido cumulado de cancelamento de protesto.

Alega a vencida que a decisão não pode subsistir, pois a endossante se responsabilizou pela legitimidade, legalidade e veracidade das cártulas negociadas no contrato de fomento. Sustenta que, por ser adquirente de boa-fé, a exigibilidade dos títulos deve ser mantida. Pugna, finalmente, pela redução dos honorários advocatícios fixados na decisão. Pede a reforma.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

No caso em tela, bem dirimida a controvérsia, visto que era mesmo de rigor a procedência da demanda para declarar inexigíveis as duplicatas sacadas, pois não ficou comprovada a compra e venda mercantil e o saque de tais títulos revelou-se ilegítimo e os protestos indevidos.

É que os títulos em questão foram entregue à corrê, por meio de cessão de crédito e endosso translativo, pois celebrado contrato de fomento mercantil (cf. tfs. 76/81). Assim, o endossatário exerce em nome próprio e no seu interesse os direitos derivados do título (Werter R. Faria, “Ações Cambiais”, Sérgio Fabris Ed., 1987, p. 41, Antonio Carlos Costa e Silva “A Cobrança e o Procedimento Executivo da Duplicata”, Forense Ed., 1983, p. 72, Aramy Dornelles da Luz, “Negócios Jurídicos Bancários”, Ed. RT, p. 136, Arnaldo Rizzardo, “Contratos de Crédito Bancário”, Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 61 e 64).

Portanto, a endossatária é parte legítima para figurar no polo passivo do processo, por ter enviado a protesto os títulos em questão.

De resto, bem decretada a inexigibilidade das duplicatas em relação à autora, na falta de efetivação do negócio jurídico subjacente ao saque. Em tais

circunstâncias, é mesmo de rigor o cancelamento dos respectivos protestos, para a finalidade de exercício de direito de regresso que a apelante poderá exercer, nas vias apropriadas contra a sacadora. Então, a melhor solução é a de assegurar-se expressamente na decisão judicial o direito de regresso do endossatário, impedindo-se porém os protestos. Se o protesto revela a diligência do credor em receber seu crédito e se é por meio dele que “*o titular manifesta ao devedor que a sua inacção não significa o abandono do direito*” (Carvalho de Mendonça, “Tratado de Direito Commercial Brasileiro”, Vol. VI, 1ª parte, Ed. Freitas Bastos, 1934, p. 38), a sentença judicial que ressaltar expressamente o direito de regresso produzirá o mesmo efeito jurídico, terá a mesma força probante e com isso estarão sendo evitadas as daninhas consequências que o protesto, ainda que indevidamente, tem o condão de acarretar. Assim, já se decidiu (cf. JTACivSP, Vol. 135/68, Rel. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira; Ap. 615.616-8, de Franca, Rel. Juiz Kioitsi Chicuta, Ap. 572.189-7, de São Paulo, Rel. Juiz Kioitsi Chicuta, Ap. 542.125-1, de Tupã, Rel. Juiz Salles de Toledo, Ap. 611.750-4, Rel. Juiz Ribeiro de Souza, apud “Jurisprudência Informatizada Saraiva”, CD-ROM nº 11, 1º Trimestre/98 e desta Câmara a Ap. 652.644-7, de Jundiá).

Cabível, porém, prover o recurso para reduzir o valor dos honorários advocatícios do patrono da autora, tal como postulado nas razões recursais. A apelante continuará a suportar a metade das custas e despesas processuais, mas, incidente o princípio da causalidade, de espectro mais abrangente que o da mera sucumbência, pagará honorários advocatícios de R\$ 850,00, atualizáveis a partir da intimação do presente, com fundamento no art. 20, § 4º do C.P.C., por ser sua responsabilidade de expressão diminuta. Quem continuará a suportar os honorários arbitrados na sentença é a sacadora, a litigante que, efetivamente, deu causa à demanda, em decorrência de seu agir injurídico.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009454-39.2009.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados ANTONIO MANZANO ROSIS EPP (NÃO CITADO), ANTONIO MANZANO ROSIS (NÃO CITADO) e MARIA CASSIA BONANI MANZANO (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 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 21.501)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), MAURY BOTTESINI E EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 3 de julho de 2013.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

**Ementa: Apelação. Extinção da execução. Abandono do processo por mais de trinta dias. Intimação pessoal da parte. Observância. Extinção do processo, sem julgamento de mérito. Réus citados. Ausência de pedido expresso. Aplicação da Súmula 240, do Colendo STJ: “Se o exequente abandona o processo por mais de trinta dias e nada é providenciado, não obstante tenha sido realizada a intimação pessoal da parte, só é possível a extinção da execução por abandono mediante requerimento da parte contrária, nos termos da Súmula 240 do STJ”. Sentença anulada. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida à fls. 83, que extinguiu a ação de execução por quantia certa contra devedores solventes, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso III, combinado com artigo 598, ambos do Código de Processo Civil.

Sustenta a instituição financeira que o fundamento da extinção da presente ação não guarda qualquer relação com a realidade do processo, devendo ser observada, no caso, a aplicação da Súmula de nº 240, do STJ, ressaltando, por fim, que sempre movimentou os autos.

Recurso tempestivo, preparado e sem resposta, posto que os apelados não foram intimados para apresentar contrarrazões, por não estarem representados nos autos.

É a suma do necessário.

O recurso comporta provimento.

Em 18/8/2009, a instituição financeira apelante propôs a presente ação de execução com a juntada de contrato de empréstimo, no valor de R\$ 31.287,37, em benefício da pessoa jurídica Antonio Manzano Rosis EPP, assinado pelos outros dois réus, além de duas testemunhas (fls. 10/13), acompanhado por demonstrativo de cálculos.

Em 11/09/2006, o oficial de justiça citou os executados (fls. 33- V). Cumpre

observar que os apelados não constituíram patrono para que os representasse na demanda.

À fls. 36/37, a instituição financeira exequente requereu o bloqueio de ativos financeiros dos apelados, por intermédio do sistema Bacenjud, restando bloqueado o montante de R\$ 25,08. Intimado a se manifestar, o banco deixou transcorrer “in albis” o prazo, razão pela qual foi determinada a intimação pessoal por carta, caso o procurador não se manifestasse em 48 horas, conforme se vê a fls. 76, 81 e 82.

Comprovada a intimação pessoal do exequente, e certificado o decurso do prazo sem manifestação do interessado, o feito foi julgado extinto por abandono, sem resolução de mérito, nos termos do que dispõe o artigo 267, III, do Código de Processo Civil. Contudo, tal sentença deve ser anulada.

Inicialmente, vale a lembrança de que, em linhas gerais, o objetivo maior da ação executiva é a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra. Assim, ausente o impulso do exequente no andamento da ação de execução de título judicial, a hipótese é de remessa dos autos ao arquivo, até eventual provocação da parte, pois é o interesse do credor que prepondera no processo de execução.

Em síntese, no presente caso, tratava-se de uma ação de execução por quantia certa contra devedores solventes, sendo certo que, em que pese não haverem constituído advogado, os devedores encontram-se regularmente citados.

Assim, não é possível ao Magistrado a extinção da ação de execução “ex officio”, por abandono da causa, sendo de rigor o requerimento dos executados, o que não ocorreu no presente caso.

O correto seria a remessa dos autos ao arquivo, até eventual provocação do credor e enquanto não se efetive a prescrição, uma vez que a execução deve ficar suspensa nos termos do que dispõe o art. 791, inc. III, do Código de Processo Civil, visto terem sido citados os executados.

Nesse sentido é o entendimento consolidado pela Súmula 240 “A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”, do Superior Tribunal de Justiça, e também o adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça:

“EXTINÇÃO DO PROCESSO. Execução por título extrajudicial. Abandono da causa. Extinção decretada de ofício. Descabimento. Súmula 240 do STJ. Nulidade de sentença reconhecida. Apelação provida.”<sup>1</sup>

“APELAÇÃO. EXEQUENTE. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Extinção do processo. Decretação de ofício.

1 Apelação nº 3003917-71.2010.8.26.0439, Rel. Des. Maia da Rocha, 38ª Câmara de Direito Privado, j. em 03.08.2011.

Impossibilidade. Executado já citado. Necessidade de requerimento. Artigo 267, § 3º, do CPC e Súmula nº 240 do STJ. Sentença anulada. Recurso provido.”<sup>2</sup>

Desta forma, o recurso deve ser provido, para anular a r. sentença, determinando que seja dado andamento regular ao feito.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0117941-56.2009.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante URBE LOCAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, é apelado FERNANDA PINHEIRO DE OLIVEIRA.

**ACORDAM**, em 25ª 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 9.929)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), VANDERCI ÁLVARES E SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 1 de agosto de 2013.

EDGARD ROSA, Relator

**Ementa: LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. PEDIDOS INDENIZATÓRIOS - ENVIO DE TÍTULO CUJO DÉBITO ESTAVA ADIMPLIDO A PROTESTO - DANO MORAL CONFIGURADO - EVENTUAL INÉRCIA DA CONSUMIDORA AO RECEBER A INTIMAÇÃO DO TABELIONATO DE PROTESTO QUE NÃO EXIME A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS - INDENIZAÇÃO REDUZIDA AO VALOR DE DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS (R\$ 6.780,00).**

**- Recurso parcialmente provido.**

<sup>2</sup> Apelação nº 0113046-71.2008.8.26.0006, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, 12ª Câmara de Direito Privado, j. em 01.2.2012.

## VOTO

Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação (fls. 121/126), interposto contra a r. sentença (fls. 116/118) que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de débito c.c. pedido de reparação de danos, condenando a ré ao pagamento de indenização, a título de dano moral, fixada em 15 salários mínimos (R\$ 6.975,00), com correção monetária a partir da data do referido arbitramento e juros legais a partir da citação.

Irresignada, a ré a apela, objetivando a reforma do julgamento. Alega, em síntese, que o protesto decorreu de desídia da própria autora, que, ao receber a intimação do Tabelionato de Protesto, não comunicou o pagamento do débito grafado no título protestado. Aduz, destarte, não estar demonstrada nos autos a existência do padecimento moral supostamente suportado pela parte contrária, tampouco o nexo de causalidade entre ele e o ato ilícito que lhe fora imputado. Sustenta, ademais, a necessidade de redução do *quantum* indenizatório fixado em primeiro grau, para adequação aos parâmetros usualmente utilizados, sem acarretar enriquecimento sem causa.

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 147/154).

### **É o relatório.**

Não prospera a alegação de que a autora, ora apelada, concorreu para o evento danoso ao não comunicar o adimplemento do débito cujo título fora levado a protesto. Tal fato, controvertido nos autos, não possui relevância para o deslinde da demanda, na medida em que eventual omissão da recorrida neste contexto não bastaria para elidir a responsabilidade da ré-apelante, que, culposamente, permitiu que fosse a protesto título pago, cuja baixa, junto ao banco sacado, estava sob sua responsabilidade.

Com efeito, fica configurada a conduta ilícita da ré, que viabilizou o encaminhamento do título a protesto. O dano é presumido, decorrente da indevida restrição creditícia, fundada em dívida quitada. O nexo de causalidade decorre da desídia da ré em promover os atos necessários, e sob sua responsabilidade, para fins de informar à instituição bancária o adimplemento do débito.

Consigna-se, ademais, que se vislumbra, no caso *sub judice*, típica relação de consumo, em que aplicáveis as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, em especial o art. 14:

*“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.”*

Diante disso, resta caracterizada a responsabilidade civil da apelante, o que justifica sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

No tocante ao valor da indenização, deve-se observar que sua fixação tem como parâmetros as funções ressarcitória e punitiva do instituto, 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. Nesse sentido, esclarece Sérgio Cavalieri Filho 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 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.”<sup>1</sup>*

Assim, considerando as circunstâncias da causa, pode o valor indenizatório ser reduzido ao patamar de 10 salários mínimos (**RS 6.780,00**), com correção monetária a partir deste arbitramento de 2º grau e juros legais a partir da citação, confirmada a disciplina da sucumbência imposta pela sentença.

**Dá-se parcial provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0165422-38.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CAIXA CONSÓRCIO S/A, é apelado ELIAS JOSE DE MOURA.

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 25132**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente) e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 12 de agosto de 2013.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

**Ementa: Ação de resolução do contrato de consórcio. Erro do anuente quanto ao valor do consórcio. Sentença. Procedência parcial. Apelação do consórcio. Negócio anulado. Dever de devolver os valores pagos que decorre do regime legal da anulação. Retorno ao status quo ante. Inaplicabilidade das**

1

Programa de responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90.

**cláusulas do contrato anulado. Restituição a ser feita imediatamente, nos termos do art. 182 do CC. Sentença mantida. Recurso desprovido.**

## VOTO

O autor ingressou com ação requerendo a rescisão de contrato de consórcio e danos morais. A r. sentença julgou parcialmente procedente os pedidos, rescindindo o contrato de consórcio e determinando a imediata devolução dos valores pagos, mas sem condenar a ré à compensação dos danos morais. Inconformada, apela a ré. Requer que a devolução dos valores pagos pelo autor ocorra apenas após o término do grupo de consórcio. Processado o recurso, com o oferecimento de contrarrazões.

### É o relatório.

Cuida-se ação de resolução do contrato de consórcio c.c. repetição dos valores pagos e reparação de danos morais.

Alega o autor que foi induzido em erro pela representante do consórcio, que prestou informações inverídicas sobre o contrato oferecido. Isso porque o autor desejava comprar um imóvel no valor de R\$ 70.000,00, tendo em sua conta de FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - a quantia de R\$ 54.000,00, ou seja, necessitava apenas de um crédito de R\$ 16.000,00. Entretanto, ludibriado por representante da ré, ingressou em consórcio acarretando uma dívida muito superior à almejada R\$ 27.949,62.

Insatisfeito, e após diversas tentativas infrutíferas de resolver o problema junto à administradora do consórcio, o autor propôs a presente ação. Requer a resolução do contrato, a devolução dos valores pagos e a indenização pelos danos morais.

A ação foi julgada parcialmente procedente, determinando a imediata devolução dos valores pagos a maior, sem condenar a ré em danos morais [fls. 192/203].

Contra essa decisão, apelou o consórcio. Requer que a devolução dos valores pagos seja efetuada apenas após o término do grupo de consórcio.

Sem razão, contudo.

Evidentemente, a mencionada cláusula de diferimento da restituição dos valores pagos ao consórcio não se aplica ao caso em testilha. O autor jamais foi excluído do consórcio em questão. Ocorreu a anulação do contrato de consórcio pela r. sentença, em razão de vício na celebração do negócio.

A matéria atinente à anulação do contrato de consórcio não foi devolvida a este e. Tribunal de Justiça, motivo pelo qual ocorreu o respectivo trânsito em julgado.

Uma vez anulado o contrato, devem as partes restituir imediatamente os valores que receberam umas das outras. E frise-se que, nesse caso, as cláusulas contratuais que limitam ou que diferem a devolução são inaplicáveis. O contrato anulado não gera, evidentemente, qualquer efeito jurídico.

O dever de restituição decorre, não dos termos do contrato, mas sim do regime legal da anulação, previsto no art. 182 do Diploma Civil:

*“Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.*

O artigo em questão determina o retorno das coisas ao seu estado anterior (*status quo ante*), sem submeter tal ordem a qualquer prazo de carência.

Assim, como é inviável e ilógico o retorno das partes ao ‘*status quo ante*’, trata-se aqui de impor ao réu a restituição ao autor dos valores pagos a maior.

Conforme determinado na r. sentença, a quantia total devida pelo autor ao consórcio é de R\$ 16.000,00 mais os respectivos encargos decorrentes desse crédito, que era o necessário para complementar os valores para a aquisição de seu imóvel.

Qualquer valor pago pelo autor além dessa quantia deverá ser restituído imediatamente pelo consórcio.

Nada há, portanto, o que se reparar na r. sentença .

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002076-69.2002.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que são apelantes/apelados JOÃO BATISTA XAVIER, HÉLIO JOSÉ DOS SANTOS, SANDRO DA SILVA LACERDA, JOSÉ INÁCIO DA SILVA FILHO, ERICK RODRIGUES DA SILVA, ALEXANDRA MARIA DE MOURA, MARIA EUNICE PEREIRA TOSTA e LUCIANO DA SILVA ANDRADE, é apelado/apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

**ACORDAM**, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Não conheceram do agravo retido e negaram provimento aos recursos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18521)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERRAZ FELISARDO (Presidente), SILVIA ROCHA E S. OSCAR FELTRIN.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

FERRAZ FELISARDO, Relator

**Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL - INSTALAÇÃO DE “BOOSTER” (BOMBA DE RECALQUE) - CUMPRIMENTO APÓS LIMINAR - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - FALTA DE ÁGUA - VALOR ARBITRADO - MANUTENÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DA R. SENTENÇA - SÚMULA Nº 362 DO E. STJ - JUROS LEGAIS DE MORA - CITAÇÃO - VERBA HONORÁRIA - PARÂMETROS DO ARTIGO 20, § 3º, CPC - OBSERVÂNCIA - AGRAVO RETIDO – REITERAÇÃO - AUSÊNCIA - NÃO CONHECIDO - RECURSOS NÃO PROVIDOS.**

## VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 235/243, acrescente-se que a ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por dano moral e material, promovida por João Batista Xavier, Hélio José dos Santos, Sandro da Silva Lacerda, José Inácio da Silva Filho, Erick Rodrigues da Silva, Alexandra Maria de Moura, Maria Eunice Pereira Tosta e Luciano da Silva Andrade em face de Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP foi julgada procedente para obrigar a ré ao custeio de instalação do equipamento denominado *booster* e do prolongamento da rede de distribuição necessária ao fornecimento de água, bem como condená-la ao pagamento, a título de indenização de danos morais, da quantia de 10 (dez) salários mínimos para cada qual dos autores, com atualização monetária e juros da mora de 1% (um por cento), a partir da data da sentença. Arcará a ré com custas, despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

João Batista Xavier e outros recorrem, pedindo a majoração do valor arbitrado a título de dano moral, porque irrisório, não servindo de punição, tratando-se de empresa de grande porte. Os juros e a correção monetária devem incidir a partir do evento danoso. A verba honorária deve ser majorada para 20% (vinte por cento), nos termos do artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP

recorre, alegando que ocorreu fato superveniente e conseqüente perda do objeto da ação. O equipamento já estava instalado e em funcionamento desde 2004. Os apelados tinham conhecimento das dificuldades de abastecimento de água no local, mesmo assim edificaram suas residências sem as cautelas necessárias para reservarem quantidade de água que atendesse suas necessidades diárias. Não há danos morais que devam ser indenizados. O valor da condenação é elevado, ultrapassando o preço para a execução da obra. Pede a reforma da sentença para reconhecer a ausência de responsabilidade da apelante pelos danos morais pretendidos, ou que seja reduzido o valor arbitrado.

A SABESP interpôs agravo retido contra o despacho saneador (fls.127), pedindo apreciação de nulidade de citação, inexigibilidade da multa ou diminuição do valor arbitrado a título de *astreintes* (fls.129/137).

Processados os recursos, foram apresentadas contrarrazões.

2. Trata-se de ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização de dano material e moral, promovida por moradores da Rua Emilio Ribas, Vila Tavolaro, em Ribeirão Pires, em face da SABESP, objetivando a instalação de uma bomba, denominada *booster* (bomba de recalque), para solucionar o problema de falta de água nas residências.

Em 16 de abril de 2002, os autores promoveram medida cautelar para obrigar a ré a instalar o equipamento, sob pena de multa diária. A liminar foi deferida, fixando-se o prazo de 10 (dez) dias, a partir da intimação, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais). A SABESP foi regularmente citada e intimada, em 17 de abril de 2002 (fls. 37; 44 - apenso).

Ao contrário do que alega a SABESP, não houve perda do objeto, porque a colocação da bomba de recalque somente ocorreu em decorrência da medida cautelar promovida pelos autores, com deferimento de liminar e imposição de multa diária.

O deferimento da liminar foi mantido pela Décima Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível, nos autos de Agravo de Instrumento n.º 1.093.990-9, consignando o Eminent Relator Melo Colombi:

*“Saliente-se que os autores, por conta da situação enfrentada com a falta de água, às vezes por dias consecutivos, veem-se privados das condições mínimas de higiene e dignidade, direitos garantidos pela Lei Maior.*

*Daí decorre um risco para a própria saúde dessas pessoas, o que, por si só, autoriza exigir do Poder Público (e seus delegados) as inadiáveis providências pleiteadas.*

*Ademais, o inconformismo da concessionária cingiu-se a questões de outra ordem que não ao direito dos agravados ou à urgência das medidas a serem implementadas.*

*Dessa forma, presentes os requisitos autorizadores à concessão da liminar pleiteada, mantém-se a decisão reptada, inclusive no que respeita à multa diária” (fls. 119, processo apenso).*

A SABESP, através de correspondência enviada à advogada dos autores, em 05 de abril de 2002, admite que *“referente à pouca pressão da água, foi constatado o baixo nível do reservatório, sendo necessário a instalação de booster (bomba de recalque para abastecimento de imóveis em níveis elevados) para solucionar o problema. Porém, sem previsão de prazo, em razão de liberação de verba” (fls.32-apenso).*

As moradias estão bem acima do nível do reservatório, não havendo, portanto, pressão regular para o abastecimento (cf. fotos de fls.158/159, 225/228).

A ré, em 15 de março de 2004, noticiou nos autos que executou e concluiu as obras necessárias à instalação do equipamento denominado *booster*, bem como, as demais obras indispensáveis ao seu funcionamento (fls.165/166).

Entre a data da citação e intimação do deferimento da liminar, nos autos da medida cautelar em apenso (17 de abril de 2002) e a instalação do equipamento (15 de março de 2004), decorrem vinte e dois meses e vinte e oito dias.

Os danos materiais foram afastados na r. sentença, porque *“tais alegações vieram destituídas de parâmetros mínimos e de especificação de valores”*, não recorrendo os autores em relação ao pedido de danos materiais (fls.247/256).

O dano moral foi acolhido na r. sentença, consignando a Digna Magistrada: *“Todavia está caracterizado o dano moral, porque a falta d’água efetivamente manteve os autores aquém do patamar básico de higiene e dignidade nas condições de moradia urbana, situação capaz de infundir no homem médio sentimentos de inferioridade, humilhação e vergonha” (fls.242/243).*

A prova testemunhal demonstra as dificuldades encontradas pelos moradores com a falta d’água para as necessidades básicas, como *“dar banhos nos filhos”*.

Instalando a rede de água na Vila Tavolaro, emitindo boletos de pagamento do consumo, não poderia a SABESP deixar os moradores, durante vários anos, sem água todos os dias, por períodos longos. O fornecimento de água à população é serviço público de caráter essencial, constituindo direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6.º, X, da Lei nº 8.078/90.

O valor arbitrado na r. sentença não é irrisório, devendo ser mantido, levando em consideração a condição das partes e o grau de sofrimento suportado pelos moradores.

A redução do valor diário das *astreintes* para R\$ 100,00 (cem reais), nos termos da r. sentença nos autos de embargos à execução em apenso, não constitui motivo suficiente para a majoração do valor arbitrado a título de dano

moral. Além disso, sem que houvesse recurso dos autores, a r. sentença naqueles autos transitou em julgado, em 06 de outubro de 2009 (fls. 26-apenso).

A correção monetária do valor arbitrado a título de dano moral é devida a partir da data da r. sentença (30 de abril de 2009), nos termos da Súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de incumprimento de obrigação decorrente de contrato de prestação de serviços, contam-se os juros de mora desde a citação, nos termos do artigo 405, do Código de Processo Civil.

Considerando que a multa diária é devida no período de 17 de abril de 2002 a 12 de março de 2004, a correção monetária do valor a ser apurado deve incidir desde 13 de março de 2004 até a data do efetivo pagamento.

O percentual fixado para o cálculo dos honorários de advogado não deve ser alterado, considerando os parâmetros fixados nas letras *a*, *b* e *c*, do parágrafo 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil.

O agravo retido interposto pela SABESP (fls.129/137) não reiterado nas razões de apelação, não deve ser conhecido, nos termos do parágrafo 1.º, do artigo 523, do Código de Processo Civil.

A SABESP efetuou o depósito de R\$ 642.326,00 (seiscentos e quarenta e dois mil, trezentos e vinte e seis reais), na Agência 0859-1 - Nossa Caixa Nosso Banco, Foro de Ribeirão Pires, em 30 de dezembro de 2004, após ter sido rejeitada a exceção de pré- executividade, em razão da execução provisória da multa.

O valor depositado deve permanecer à disposição do Juízo até final liquidação do julgado, nos termos da r. sentença e do presente acórdão.

Os recursos não merecem provimento, devendo ser mantida a r. sentença.

3. Não se conhece do agravo retido de fls.129/137 interposto pela SABESP. No mérito, nega-se provimento aos recursos, mantendo-se a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025860-09.2008.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante JOSÉ EUGÊNIO DE SOUZA, é apelado BANCO NOSSA CAIXA S/A.

**ACORDAM**, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8103)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B.

FRANCO DE GODOI (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - Documento que ostenta obrigação certa, líquida e exigível, constituindo-se, pois, em título executivo extrajudicial - Leitura dos artigos 10 e 41, do Decreto-lei nº 167/67 - Preenchimento dos requisitos do artigo 585, VIII c.c. artigo 586, ambos do Código de Processo Civil - RECURSO DESPROVIDO. BEM DE FAMÍLIA - GARANTIA HIPOTECÁRIA - Terreno dado em garantia do empréstimo pelo próprio devedor, para aquisição de 150 matrizes ovinas, tendo sido liberada ao executado embargante a quantia de R\$ 30.000,00 em 20/06/2008 - Possibilidade de penhora, em face da exceção prevista no art. 3º da Lei nº 8009/90 - Precedentes do C. STJ - RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de embargos à execução opostos por JOSÉ EUGÊNIO DE SOUZA contra o BANCO NOSSA CAIXA S/A, objetivando a extinção da execução por falta de liquidez do título, ante a cobrança abusiva de juros, além da impenhorabilidade do bem de família.

Sobreveio sentença de parcial procedência dos embargos, cujo relatório se adota, apenas para limitar os juros moratórios para os mesmos incidentes antes da mora, acrescidos de 1% ao ano, sem prejuízo da multa de 2% e correção monetária, com base na legalidade da Cédula Rural e na possibilidade de penhora do bem dado como garantia pelo devedor. Houve sucumbência recíproca (fls. 130/133).

Inconformado, o embargante vem recorrer, sustentando, em resumo, que o imóvel penhorado serve de residência para si e sua família, sendo, portanto, impenhorável; e que a Cédula Rural não é título executivo, pois a obrigação é ilíquida (fls. 136/141).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 147/164).

### É o relatório.

Cuida-se de embargos à execução fundada em “Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária” para aquisição de 150 matrizes ovinas, tendo sido liberada

ao executado embargante a quantia de R\$ 30.000,00 em 20/06/2008 (fls. 37/41). Como garantia do empréstimo, foi dado o terreno descrito na certidão imobiliária de fls. 42/43, objeto da penhora, conforme auto de fls. 51/52 dos autos da execução.

**Do título executivo.** Tendo em vista que a execução foi instruída com a “Cédula Rural Pignoratícia”, aplicam-se, no caso, as regras do Decreto-lei nº 167, de 14/02/1967.

De acordo com o art. 10 do diploma legal citado: “A cédula de crédito rural é título civil, líquido e certo, exigível pela soma dela constante ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório.”

Não bastasse, o artigo 41 prevê: “Cabe ação executiva para a cobrança da cédula de crédito rural.”

Assim, não há dúvida de que a execução preenche os requisitos legais quanto à instrumentalização do crédito, em observância ao artigo 585, VIII c.c. artigo 586, ambos do Código de Processo Civil.

**Do bem de família.** A impenhorabilidade arguida pelo embargante não comporta guarida. Isto porque, é preciso considerar que o imóvel foi o próprio bem dado em garantia hipotecária, constrição expressamente autorizada pelo art. 3º da Lei nº 8.009/90.

Esse é o entendimento perfilhado pelo c. Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1.141.732/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 09/11/2010).

Em conclusão, tendo em vista que o embargante não trouxe qualquer

elemento capaz de infirmar a r. sentença, fica mantida tal como lançada.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006323-22.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante EC PRADO RAMALHO RESTAURANTE ME, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

**ACORDAM**, em 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 28747**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente), JOSÉ MARCOS MARRONE E PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 4 de setembro de 2013.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

**Ementa: “OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - Cédula de crédito bancário - Aplicação do CDC - Possibilidade de revisão do contrato e afastamento das cláusulas abusivas - Inversão do ônus da prova - Hipótese em que a cláusula prevê o bloqueio de numerário em conta antes mesmo de configurada a mora - Desbloqueio que somente se opera mediante notificação do consumidor - Abusividade caracterizada - Hipótese em que não havia mora - Fato incontroverso - Sentença reformada - Recurso provido.”**

## VOTO

1) Insurge-se a apelante contra sentença que julgou improcedente a ação de obrigação de não fazer movida contra o banco, alegando, em síntese que: é abusiva a atuação do banco ao bloquear os valores da sua conta corrente; a restrição deve incidir somente sobre a parcela que está em débito; o bloqueio de valores deve ser impedido.

Efetuuou-se o preparo.

Recebido o recurso, foi respondido.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Inafastável que as normas insculpidas no Código de Defesa do Consumidor aplicam-se ao caso “sub iudice” (art. 3º, § 2º), conforme preleciona **LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES**:

*“A norma faz uma enumeração específica, que tem razão de ser. Coloca expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, antecedidos do advérbio ‘inclusive’. Tal designação não significa que existia alguma dúvida a respeito da natureza dos serviços desse tipo. Antes demonstra, mais uma vez, a insegurança do legislador, em especial, no caso, preocupado que os bancos, financeiras e empresas de seguro conseguissem, de alguma forma, escapar do âmbito da aplicação do CDC. Ninguém duvida de que este setor da economia presta serviços ao consumidor e que a natureza desta prestação se estabelece tipicamente numa relação de consumo”* (**COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Direito Material - Arts. 1º a 54 - São Paulo - Saraiva - 2 000 - pág. 98**).

Tal entendimento foi sumulado pelo **STJ**:

*“Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”*

A autora celebrou contrato de empréstimo e capital de giro com o banco apelado e sustenta que ele vem restringindo a movimentação de uma de suas contas de forma indevida.

Aduz que tem adimplido regularmente as parcelas estabelecidas na cédula de crédito bancário, sendo infundado o bloqueio da conta corrente referente ao faturamento da empresa.

De acordo com o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que impliquem renúncia ou disposição de direitos e aquelas que representam vantagem excessiva ao fornecedor ou onerosidade exagerada ao consumidor, acarretando o desequilíbrio entre as partes contratantes.

O parágrafo nono do “instrumento particular de aditamento à cédula de crédito bancário” é nulo de pleno direito porque confere vantagem excessiva à instituição financeira, uma vez que antes mesmo de configurada a mora, o banco tem o direito de reter os valores da conta bancária (fls. 37).

Além disso, restou incontroverso que a empresa-autora não estava em débito.

O extrato bancário de fls. 21/26 e a ausência de demonstração por parte do banco de que a mora existia nos leva a conclusão de que a apelante estava

adimplindo regularmente com as suas obrigações e o banco se negou a efetuar a liberação do numerário vinculado à conta 0004645-0 (fls. 18).

Caberia ao banco demonstrar que subsistia o débito e que era superior ou igual ao valor bloqueado de R\$ 12.878,09 (doze mil oitocentos e setenta e oito reais e sete centavos).

Dessarte, de rigor a procedência da ação, devendo o banco proceder ao desbloqueio da conta corrente 0004645-0 (fls. 18), no prazo de 48 horas a partir da publicação do aresto.

Objetivando conferir efetividade à tutela específica, fixa-se multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), limitando-se o valor da multa a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 461, § 6º, do CPC.

Em razão do resultado, arcará o banco com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0101414-25.2006.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado EDUARDO LOPES RAMOS.

**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 21.158)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

CESAR LACERDA, Relator

**Ementa: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Extinção.**

**Outorga regular de mandato a advogado. Substabelecimento que habilita tanto a subscritora da petição inicial, quanto àquela que a substituiu depois de sua renúncia.**

**Recurso provido. Extinção do processo afastada.**

## VOTO

Autora apela da respeitável sentença de fls. 141 e verso, cujo relatório se adota, que extinguiu a ação de busca e apreensão, sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Insiste que sua representação está regular com procuração outorgada pelos dirigentes da empresa aos advogados lá elencados e substabelecimento que habilita os atuais procuradores. Alega que a extinção do feito ofende os princípios da instrumentalidade das formas, do aproveitamento dos atos processuais, da celeridade e da economia processual. Prequestiona a matéria.

Recurso regularmente processado, sem resposta, porque não formada a relação processual.

### É o relatório.

O recurso comporta provimento.

De fato, a representação processual da autora está regular.

A procuradora Ana Cecília Pereira substabeleceu, com reservas, os poderes que lhe foram outorgados pela procuração de fls. 6 tanto na pessoa da subscritora da petição inicial, Cristina Dantas Ferraz, quanto na da advogada que assumiu o feito, depois da sua renúncia, Lúcia F. Gomes, conforme se verifica de fls. 6 verso.

Assim, estando a autora regularmente representada nos autos, o feito deve prosseguir na forma de direito.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para afastar a extinção, a fim de que o processo prossiga na forma de direito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0019468-24.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SPPATRIM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES e LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA, são apelados BNE ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO) e BUENO NETTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A (ANTIGA DENOMINAÇÃO).

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Diante da informação do cartório, de que o patrono do apelante estava com vista dos autos, a Turma Julgadora considerou que o processo foi pautado para julgamento, com correta intimação dos advogados, nada impedindo o julgamento nesta sessão. Sustentou

oralmente o Dr. Plínio Pistoresi, que não se opôs ao julgamento estando fora o processo. Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 26.002**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente) e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

PEREIRA CALÇAS, Relator

**Ementa: Apelação. Falência. Nulidade da sentença não configurada. Pedido de assistência prejudicado pela extinção do processo sem resolução do mérito. Ausência, ademais, de interesse jurídico do terceiro. Carência da ação corretamente reconhecida. Ausência de legitimidade para requerer a falência da ré. Art. 97, IV, da Lei nº 11.101/05. Ausência de condenação ilícita na sentença arbitral, que tem natureza constitutiva negativa. Existência, ainda, de ação declaratória proposta pela autora para reconhecimento de nulidade da mesma sentença arbitral com a qual fundamentou o pedido de falência. Conduta que configura atentado contra fato próprio (“venire contra factum proprium”), o que não se admite em razão do princípio da boa-fé. Condenação da autora ao pagamento de indenização, nos termos do art. 101 da Lei nº 11.101/05. Apuração das perdas e danos em liquidação de sentença. Verba honorária bem arbitrada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, reproduzidos na forma do art. 252 do RITJSP. Precedentes do STJ e STF. Apelo a que se nega provimento.**

## VOTO

Vistos.

1. Trata-se de apelação manejada por **SPPATRIM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, no pedido de falência que formulou contra **BNE ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS S/A (atual denominação de BUENO NETTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A)**, inconformada com a sentença de fls. 1.822/1.825, relatório adotado, da lavra do eminente Juiz Caio Marcelo Mendes de Oliveira, que reconheceu a carência de ação e a extinguiu, sem julgamento do mérito, condenando a autora ao pagamento de honorários

advocáticos arbitrados em R\$ 20.000,00 e, nos termos do art. 101 da Lei nº 11.101/05, de perdas e danos que forem demonstrados em liquidação de sentença. Na mesma oportunidade, considerou prejudicados os pedidos de instauração de incidente de falsidade e de assistência de **Luiz Eduardo Auricchio Bottura**. Embargos de declaração opostos pela autora (fls. 1834/1837) foram acolhidos, em parte, para retificar a denominação social atual da ré (fl. 1846).

Apelam a **autora e Luiz Eduardo Auricchio Bottura** às fls. 1.890/1.914. Sustentam a existência de equívoco na sentença sobre sua condição de credores, visto que a ré se confessa devedora de ao menos R\$ 3.394.454,23, já considerando todos os ajustes a que a ela alega ter direito. Além disso, acrescentam, a ré subscreveu documento público declarando o valor justo de cada ação ordinária da Golf Village. Destacam a legitimidade ativa do credor com título ilíquido não vencido para o pedido fundado em atos de falência (art. 94, III, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.101/05), pois equipara-se da sentença arbitral ilíquida à prova literal da dívida líquida e certa, nos termos do art. 814, parágrafo único, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 31 da Lei nº 9.307/96. Consideram manifestos e escandalosos os atos de falência. Afirmam haver provas cabais da redução fraudulenta dos ativos da BNE, do esvaziamento do patrimônio da BNE após a sentença arbitral, da transferência de seu controle para uma *off shore* em um “paraíso legal”, além do oferecimento de garantias a credores de empresas do mesmo grupo econômico, sem restar bens desembaraçados e livres suficientes para saldar seu passivo. Pretendem seja a ré condenada por litigância de má-fé. Aduzem ser nula a sentença devido à inobservância do disposto no art. 51 do Código de Processo Civil. Negam má-fé e violação ao art. 101 da Lei nº 11.101/05, pois a ré se confessa devedora e a existência de ação discutindo o título não inibe o credor de requerer a falência, segundo o art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil. Invocam precedentes. Ressaltam a necessidade de arbitrar eventual indenização sobre o valor da causa. Em caráter de eventualidade, pleiteiam a redução da verba honorária arbitrada para montante calculado sobre o valor da causa ou valor inferior a R\$ 5.000,00. Pugnam pelo provimento.

Recurso preparado (fls. 1915 e 2087), recebido no duplo efeito (fl. 1950), com contrariedade às fls. 1957/1976.

Em parecer da lavra do i. Procurador de Justiça ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso da Sppatrim e pelo não conhecimento do recurso de Luiz Eduardo Auricchio Bottura (fls. 2.103/2.112).

Relatados.

2. O apelo não merece provimento.

Ao contrário do alegado pelos apelantes, a sentença não é nula por inobservância do disposto no art. 51 do Código de Processo Civil. O pedido

de assistência formulado por **Luiz Eduardo Auricchio Bottura** ficou evidentemente prejudicado pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, por carência de ação; e, ademais, o interesse do terceiro que pretende atuar como assistente deve ser jurídico, não pessoal, conforme bem observado na sentença (fl. 1.824).

Afasta-se, portanto, a objeção alegada.

A sentença deve ser mantida pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que estabelece: “*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 desta Corte, 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 precedentes: **Apelação nº 994.06.023739-8**, rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.153930-6**, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; **Apelação nº 994.02.069946-8**, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; **Apelação nº 994.05.106096-7**, rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; **Apelação nº 994.04.069012-1**, rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; **Apelação nº 990.10.031478-5**, rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; **Apelação nº 994.05.0097355-6**, rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; **Apelação nº 994.01.017050-8**, rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; **Apelação nº 994.04.080827-0**, rel. Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; **Apelação nº 994.04.073760-8**, rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; **Agravo de Instrumento nº 990.10.271130-7**, rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010.

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. de 17.12.2004 e REsp nº 265.534-DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

E também o Pretório Excelso tem entendido 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 nº 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)”.

Consigna-se apenas que, corretamente, da sentença consta o seguinte:

*“A meu ver, a Autora é carecedora da ação proposta.*

*Primeiro, porque não se pode dizer, sem sombra de dúvidas, que é credora da Ré, como exige o art. 97, IV, da Lei 11101/2005.*

*Explica-se: a decisão proferida nos autos da arbitragem desvinculou todas as ações ordinárias que a Autora possuía junto à Golf Village Empreendimentos Imobiliários S.A., afetadas à sociedade em conta de participação, passando-as totalmente à titularidade da Ré, motivo pelo qual não poderia mesmo reclamar, desta última, da alienação destas ações.*

*Mais ainda, a Ordem Processual nº 17, que se seguiu à sentença arbitral parcial, determinou, na apuração de valores, no seu item ‘ii’, que fossem verificados os créditos e débitos originados nos direitos e obrigações assumidos pelas partes no instrumento de constituição da sociedade em conta de participação.*

*Com efeito, a referida Ordem Processual decorreu do dispositivo da decisão parcial do Centro de Arbitragem, lembrando-se que a Ré informa ter créditos contra a Autora, em função da falta de aportes combinados para a SCP e multas em decorrência de atrasos nesses aportes.*

*Quando decidido o mérito da controvérsia, se estabeleceu que, numa segunda etapa, o Tribunal se pronunciaria sobre os pontos suscitados pelas partes, no tocante ao percentual de participação da Ré, em confronto com deduções e acréscimos que pudessem ser verificados (f. 53, item 17).*

*Desta forma, paira evidente interrogação sobre a existência de efetivo crédito da Autora frente à Ré ou ainda, ao menos, no caso de existência de crédito, sobre o valor daí restante, que justificasse todo este sofisticado e despropositado pleito falimentar formulado contra a contestante” (fl. 1823).*

No voto proferido no Agravo de Instrumento nº 0092657-44.2012.8.26.0000, aliás, já fiz observação sobre o fato de a existência de crédito ser duvidosa. Para que o credor tenha legitimidade para requerer a falência, nos termos do art. 97, IV, da Lei nº 11.101/05, a existência do crédito deve ser inquestionável. No entanto, no caso concreto, não há condenação ilíquida

na sentença arbitral, cuja eficácia está suspensa por força de decisão judicial, mas mera declaração de dissolução da sociedade em conta de participação e determinação de apuração de haveres por meio de perícia, que poderá resultar na existência de crédito ou de débito em favor da apelante. A sentença arbitral já proferida tem, portanto, natureza constitutiva negativa, e não condenatória.

Como bem ressaltou o eminente Procurador de Justiça, Dr. ALBERTO CAMIÑAMOREIRA: *“Vê-se que a decisão assume claro caráter desconstitutivo do contrato de sociedade em conta de participação. No dia 18 de outubro de 2008, o efeito jurídico dessa decisão era um só: ela desfez o contrato celebrado entre as partes. Decisão de caráter desconstitutivo tem valor jurídico por si mesma, e independe de execução; eventual registro em algum órgão opera a chamada execução imprópria, que, aqui, é desnecessária porque a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica.*

*É por demais evidente que essa decisão não assume caráter condenatório, nem pode ser qualificada como título executivo, por faltar-lhe os requisitos básicos para tanto”* (fl. 2.106).

Além disso, e principalmente, em março de 2009 a própria autora, ora apelante, propôs uma ação declaratória de nulidade da mesma sentença arbitral com a qual fundamentou o pedido de falência. Conforme mencionado na sentença:

*“Não bastasse a dúvida sobre ser ou não a Autora credora da Ré, em 1º.3.2012 - portanto antes do ajuizamento deste pedido ela saiu vencedora de pedido formulado contra a Ré e outros, entre eles árbitros do Colégio Arbitral, no sentido de suspender a eficácia da mesma sentença arbitral em que se escuda para alegar ter crédito contra a Ré.*

*O dispositivo da sentença, como se vê da certidão de f. 1458, é o seguinte:*

*“...do exposto, julgo procedentes as ações...declarando suspensa a eficácia da sentença arbitral parcial desde a sua prolação, até o julgamento definitivo da exceção de suspeição e remoção dos árbitros 1º, 2º e 3º Réus...”.*

*Ora, as condições para propositura da ação têm que estar presentes no momento do ajuizamento (artº 3º do C.P.C.) e, neste momento, como já mencionado, estava suspensa a eficácia da sentença arbitral parcial, o que revelava falta absoluta de interesse ou de legitimidade da Autora para propositura da ação.*

*Então, não há porque se perquirir sobre os propalados atos de falência, já que não dispunha a Autora de crédito que a autorizasse a formular o pedido inicial.*

*A carência de ação era, desde então, evidente.”* (fl. 1824).

Independentemente dos efeitos em que foi recebida a apelação interposta contra a sentença que julgou procedente aquela ação declaratória, e independentemente até mesmo do seu resultado, é evidentemente incompatível com a pretensão de obter tutela destinada a declarar nula a sentença arbitral o pedido de falência formulado anos depois com fundamento no mesmo documento cuja nulidade se alega. Tal conduta configura atentado contra fato próprio (*venire contra factum proprium*), o que não se admite em razão do princípio da boa-fé. O exercício de posições jurídicas em contradição não permite dar eficácia a ambas as condutas.

Neste ponto vale destacar, mais uma vez, o parecer do Procurador de Justiça, Dr. ALBERTO CAMIÑA MOREIRA:

*“(...) Todavia, essa liquidação está severamente comprometida.*

*É que a própria autora do pedido de falência cuidou de ajuizar ação de nulidade da sentença arbitral. A petição inicial está copiada a fls. 838-859, e ela aparece com seu novo nome: Cabral Real Estate do Brasil Investimentos S/A, nova denominação de SPPatrim Administração e Participações Ltda. Curioso.*

*Essa petição inicial da ação declaratória de nulidade da sentença arbitral foi distribuída no mês de março de 2009. Advirta-se: o pedido de falência foi ajuizado em 26/08/2012.*

*Colhe-se da inicial da declaratória: o termo de arbitragem é apócrifo, pois não contém assinatura de representante legal da recorrente; e intimação para escolha dos árbitros é nula, pois feita no antigo endereço; a escolha dos membros do Tribunal Arbitral foi realizada sem a sua participação; a sentença produzida é nula. Houve mudança do objeto sem que tenha havido assinatura do novo termo de arbitragem; os árbitros são suspeitos; a cláusula de eleição de foro arbitral é pós datada e não representa a vontade das partes; um dos árbitros não subscreveu o termo de arbitragem; o presidente da arbitragem foi escolhido por árbitro que se declarou suspeito.*

*É com base em decisão arbitral com tais predicados que a ora recorrente pretende ver declarada a falência. Serve-se do Judiciário para, num primeiro momento (ação declaratória), qualificar, como o fez, a sentença arbitral, rejeitando-a, com todo o esforço; não quer a prevalência dessa decisão. Abomina-a e nega esteja vinculada a decisão cujo procedimento não lhe proporcionou a devida participação.*

*Todavia, é essa mesma decisão arbitral que, três anos depois, serviu de lastro para a recorrente pedir a falência. Aqui, a recorrente pretendeu construir a noção de que é credora e que a sentença arbitral constitui título a seu favor.*

*É manifesto o comportamento doloso da recorrente. Trata-se de venire contra factum proprium, repudiado desde sempre pelo direito.*

*Há, aqui, dolo chapado da recorrente na formulação do pedido de falência, manifestamente infundado, dada a situação à época da propositura da ação, em que o seu título, o seu documento, a sua prova do crédito era por ela mesma rejeitada. Diante do Poder Judiciário, apresenta comportamento contraditório e oportunista: ora agarra-se à sentença arbitral para requerer decisão das mais graves, como a falência, ora rejeita-a violentamente, para pedir sua nulidade” (fls. 2107/2108).*

Nada a alterar, portanto, na sentença. E deve ser mantida, ainda, a condenação ao pagamento de indenização, nos termos do art. 101 da Lei nº 11.101/05. A má-fé da apelante foi bem configurada por seu comportamento contraditório perante o Judiciário, e, não apenas, como ela alega, pelo “desequilíbrio emocional” mencionado na sentença. Correta, ainda, a determinação de apuração das perdas e danos em liquidação de sentença, pois há expressa previsão legal nesse sentido (LRF, art. 101, *caput*).

Por fim, a verba honorária, arbitrada em R\$ 20.000,00, deve ser mantida, à luz do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. O montante é razoável e compatível com o trabalho desenvolvido, especialmente levando-se em consideração a quantidade descomunal de documentos, nem todos pertinentes, apresentados pela apelante.

Bem por isso, será mantida integralmente a irretocável sentença recorrida.

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

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0011155-25.2007.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante LAZARA EDNA ALBANO, é apelado ROSANA BAGLISTI GONÇALVES FOGAÇA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

**ACORDAM**, em 25ª 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 11.691)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA E VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 19 de setembro de 2013

WALTER CESAR EXNER, Relator

**Ementa: Embargos de terceiro. Penhora que recaiu sobre bem que já não integrava o patrimônio do devedor. Nua-propriedade transmitida à embargante por força de partilha homologada. Registro posterior à efetivação da penhora. Irrelevância. Insubsistência da constrição. Omissão do embargante que deu causa à constrição sobre o imóvel, pelo que deve suportar as despesas processuais e os honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Recurso provido em parte.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 55/57, de relatório adotado, que julgou procedentes os embargos de terceiros opostos pela apelada face a apelante para excluir o bem apontado da inicial da constrição efetuada no bojo de execução de autos nº 1401/03, condenando a apelante ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor corrigido e atualizado da causa.

Irresignada, sustenta a embargada, em suma, que deve ser reformada a sentença integralmente, inclusive no que tange aos ônus de sucumbência, vez que a transmissão da propriedade somente se aperfeiçoa com o registro na matrícula do imóvel, o que não se verificou na espécie.

O recurso foi recebido no duplo efeito e a parte contrária, em contrarrazões, bateu-se pelo improvimento.

### **É o relatório.**

Para o deslinde do feito, basta notar que, como bem apontado no bojo da r. sentença, a penhora recaiu sobre bem que já não integrava o patrimônio do devedor, uma vez que a nua-propriedade do imóvel foi transmitida à embargante, por força da partilha homologada **22.07.1997** (fls. 11/17), bem antes da celebração do contrato de locação com garantia fidejussória, que data de **25.04.2002** (fls. 31/35)

Nesse passo, a ausência de registro de tal partilha na matrícula do imóvel é inteiramente irrelevante, uma vez que em sede de embargos de terceiro, não se discute a propriedade do bem, mas tão-somente a ilegitimidade da penhora em

razão de posse anterior (direta ou indireta) em favor dos embargantes, resultado da partilha que desvinculou o imóvel do patrimônio da executada, conforme trilham precedentes do E. STJ (AgRg no Ag 23163 - RJ - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - 4ª Turma - J. 14.12.1992, *in* DJ 15.02.1993 p. 1688; REsp 5186 - RJ - Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO - 3ª Turma - J. 11.12.1990, *in* DJ 18.02.1991 p. 1036).

Insubsistente, pois, a penhora, que recaiu sobre bem que não mais pertencia ao patrimônio da devedora, de tal modo que forçosa a manutenção da procedência da demanda, ficando reformada a r. sentença, contudo, no que tange à distribuição dos ônus de sucumbência, que ora inverto, carreando-os exclusivamente à embargante, vez que, conforme se afere do princípio da causalidade, se tivesse cumprido seu dever de levar o título aquisitivo a registro em tempo oportuno, o bem não teria sido penhorado em execução, de tal modo que foi a sua própria inércia que deu causa à constrição e aos embargos de terceiro.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024822-02.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes KAIAPÓ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e KAMAYURÁ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PORTO DA PONTA.

**ACORDAM**, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.185)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ANTONIO NASCIMENTO E RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

FELIPE FERREIRA, Relator

**Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS. COBRANÇA. Se a apelante não entregou as chaves do imóvel para os compromissários compradores, permanecendo com a posse do bem, é ela responsável**

**pelo pagamento das despesas condominiais. Sentença mantida. Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls.153/157, que julgou procedente o pedido, para condenar as rés a pagar ao autor a importância de R\$ 2.228,20, referente às despesas condominiais de março a junho de 2012, bem como as vencidas no curso do processo, até a data da prolação da sentença, com multa moratória de 2% ao mês e juros de mora de 1% ao mês, a partir dos respectivos vencimentos, tudo devidamente atualizado por ocasião do pagamento, bem como pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor total da condenação.

Interpostos embargos de declaração pelo autor, foram estes rejeitados, conforme decisão de fls. 165/166.

Pleiteiam as apelantes a reforma do julgado alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo, pois a unidade que ensejou a presente ação de cobrança já foi alienada a terceiro. Enfatizam que independentemente de quem tenha a posse, a responsabilidade pelo pagamento é do comprador. Asseveram que nunca se beneficiaram ou usufruíram das instalações condominiais inerentes ao empreendimento, dizendo que a posse é exercida por terceiro.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

### **É o relatório.**

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, em que pese a alegação de venda da unidade geradora das despesas pelas apelantes, temos que não demonstraram, como lhe competiam fazer, que a posse do imóvel novo foi transmitida a terceiros.

De fato, o contrato de compromisso de cessão de direitos foi firmado em 17/08/2006 (fls.94/99) e o habite-se do edifício somente se deu em novembro/2011 (fls.100), demonstrando ser imóvel novo.

Ora, se os compromissários compradores ou seus cessionários não receberam a chave do imóvel, ou seja, nunca tiveram a sua posse, se mostra cabível a cobrança das despesas condominiais pelo condomínio contra os atuais proprietários e possuidores, ou seja, contra as apelantes.

De fato, se pelo registro do imóvel as apelantes são as proprietárias, e se ela também tinha a sua posse, uma vez que não houve a entrega das chaves do bem a terceiros, é ela parte legítima para figurar no polo passivo desta demanda.

Observe-se que os compromissários compradores, não sendo possuidores do bem, jamais tiveram qualquer vínculo com o condomínio.

Assim, não demonstrado pelas rés a entrega das chaves do imóvel gerador das despesas condominiais, as apelantes são parte legítima para arcar com as despesas condominiais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023839-65.2011.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DIBENS LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, é apelado ALEXSANDRA GOMES DOS SANTOS (NÃO CITADO).

**ACORDAM**, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para cassar a sentença, e determinar o regular prosseguimento do feito. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18336)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORESIE LINO MACHADO.

São Paulo, 25 de setembro de 2013.

ANDRADE NETO, Relator

**Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - CUMPRIMENTO DE 77% DO CONTRATO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RAZÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÃO PROVIDA.**

## VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que indeferiu a petição inicial entendendo que o adimplemento substancial do contrato conduz a inadequação da ação de reintegração de posse para obter a rescisão do contrato de arrendamento mercantil.

O autor alega não ter ocorrido o adimplemento substancial do contrato e que, tratando-se de leasing, o arrendatário só terá a propriedade do bem após o pagamento de todo o valor residual estipulado no contrato.

O recurso foi recebido no duplo efeito, sem contrarrazões.

### É o relatório.

A teoria do adimplemento substancial tem sucedâneo nos princípios da boa-fé e da função social do contrato e constitui uma limitação ao direito de resolução contratual, considerado abusivo diante de uma obrigação quase integralmente cumprida.

Nesta perspectiva, como qualquer restrição a direitos, a teoria só deve ser aplicada em casos excepcionalíssimos, onde a insignificância do inadimplemento faz sucumbir o direito de rescisão do contrato, obrigando o credor a valer-se de meios processuais menos gravosos à satisfação do crédito remanescente.

No caso estamos diante de um contrato de arrendamento mercantil no qual foram adimplidas vinte e oito de um total de trinta e seis parcelas, o que, *concessa venia* ao entendimento da magistrada de primeiro grau, não configura adimplemento substancial do contrato e torna inviável reconhecer a inadequação do meio processual utilizado pelo credor, mormente considerando a possibilidade de purgação da mora no curso do processo.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008117-93.2012.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que são apelantes SIMONE DE CASSIA PRESTES DOS SANTOS e EDSON FELIPE DOS SANTOS, é apelado CONDOMÍNIO CAPELA DO BARREIRO.

**ACORDAM**, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5128)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente sem voto), TERCIO PIRES E CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

**Ementa: DECLARATÓRIA - RECONHECIMENTO DE DIREITO ADQUIRIDO - DESPESAS DE CONDOMÍNIO - Ação promovida por condômino contra condomínio - Obrigação pelo pagamento das**

**despesas em aberto, eis que se trata de obrigação propter rem - Inteligência do art. 1.336, I, do Código Civil - Inexistência de direito adquirido quanto à forma de pagamento que, ademais, é prevista na convenção condominial - Improcedência mantida - Recurso desprovido.**

## VOTO

EDSON FELIPE DOS SANTOS e SIMONE DE CÁSSIA PRESTES DOS SANTOS movem ação contra CONDOMÍNIO CAPELA DO BARREIRO no qual postulam a declaração de existência de direito adquirido com relação à cobrança da taxa condominial ou, alternativamente, a condenação do réu à obrigação de convocar assembleia para alteração de convenção ou, por fim, a determinação de cobrança de contribuição a partir do próximo ano.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau.

Em razão da sucumbência, os autores foram condenados a arcar com o pagamento das despesas e honorários de 10% do valor dado à causa, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

No apelo, os requerentes buscam a reforma do julgado para declarar o direito ao retorno da cobrança da taxa condominial por unidade (lotes), independente de metragem. Argumentam que a síndica sem qualquer assembleia decidiu de forma unilateral mudar a forma da cobrança que era por unidade autônoma para fração ideal e para isso simplesmente passou um comunicado.

Vieram contrarrazões (fl. 232/240).

É o relatório.

O recurso não prospera.

Os autores ingressaram com a demanda objetivando a declaração de existência de direito adquirido da forma de cobrança da taxa condominial ou, alternativamente, a condenação do condomínio à obrigação de convocar assembleia para alteração de convenção ou, ainda, que a nova exigência tenha início somente a partir do próximo ano.

De fato, não há que se falar em direito adquirido.

Ora, no caso, é dever do condômino contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, nos moldes do art. 1.336, I, do CC.

Cumprе ressaltar que com a entrada em vigor do novo Código Civil e a aplicação imediata, não há ofensa ao direito adquirido e nem ao ato jurídico perfeito.

Também conforme preceitua o art. 27 da Convenção Condominial:

“Cada condômino concorrerá para o pagamento das despesas, recolhendo a esta parte que lhe couber em rateio, segundo a fração ideal de terreno da que seja titular.” (fl. 159).

Como bem colocou a magistrada sentenciante: “*In casu*, não se está discutindo alteração legislativa tampouco se debate retroatividade, porque não há notícia de cobrança retroativa de contribuições condominiais.”

Ademais, segundo ensina João Batista Lopes:

“entre os principais deveres dos condôminos figura o de concorrerem para as despesas de condomínio, expressão ampla que abrange não somente as verbas dispendidas com a conservação ou manutenção do edifício (v.g., limpeza, funcionamento dos elevadores, empregados, consumo de água e luz etc.), mas também as destinadas a obras ou inovações aprovadas pela assembleia de condôminos (v.g. ampliação de garagem, instalação de portão eletrônico, construção de salão de festas etc.). Inclui, ainda, outros títulos como responsabilidade por indenizações, tributos, seguro etc.” (“Condomínio”, ed. RT, p. 104).

De ressaltar, por oportuno, que as obrigações decorrentes da propriedade edilícia possuem natureza *propter rem*, ou seja, decorrem diretamente da situação de titularidade do direito de propriedade sobre a unidade condominial, nos termos do art. 1315, do Código Civil.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a causa, outra não pode ser a solução a não ser a da sentença, que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consequentemente, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0039843-49.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PAULO ROBERTO DE ARRUDA MAGALHÃES e RUTH NEUHAUSER MAGALHÃES, é apelado MAC ESPANHA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

**ACORDAM**, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso, por v. u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 24.478**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN E ARMANDO TOLEDO.

São Paulo, 1 de outubro de 2013.

PAULO AYROSA, Relator

**Ementa:** COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMISSÃO DE CORRETAGEM - PRESCRIÇÃO - ART. 206, § 5º, II, DO CC - NÃO OCORRÊNCIA. Não transcorrido o prazo quinquenal previsto no art. 206, § 5º, II, do CC entre a data do pagamento e a propositura da presente ação, de rigor o afastamento da alegação de prescrição.

**COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMISSÃO DE CORRETAGEM - RESPONSABILIDADE DA VENDEDORA - RECONHECIMENTO - ABUSIVIDADE E NULIDADE DE CLÁUSULA CONTIDA EM CONTRATO DE ADESÃO QUE ESTABELECEU PAGAMENTO DA COMISSÃO PELO COMPRADOR - DEVOLUÇÃO FEITA DE FORMA SIMPLES - INAPLICABILIDADE DO ART. 42, PÁRAGRAFO ÚNICO, DO CDC - MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA - ÔNUS SUCUMBENCIAIS RECÍPROCOS - ART. 21 DO CPC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

**I-** A comissão de corretagem pela venda do imóvel de sua propriedade é do vendedor, que foi quem contratou a intermediadora para promover as vendas e captar compradores, sendo dela, portanto, a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem. Assim, ainda que tenha sido firmada a contratação do pagamento da referida comissão, tratando-se de contrato de adesão, não deve prevalecer referida cláusula, eis que abusiva.

**II-** Ausente demonstração de má-fé por parte do suposto credor, inaplicável a norma do parágrafo único do art. 42 do CDC;

**III-** Em sendo as partes vencidas e vencedoras em igualdade de condições, pertinente a incidência do art. 21 do CPC.

## VOTO

**PAULO ROBERTO DE ARRUDA MAGALHÃES** e **RUTH NEUHAUSER MAGALHÃES** propuseram ação de repetição de indébito em face de **MAC ESPANHA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS**, julgada improcedente em primeira instância, nos termos da r. sentença de fls. 122/124, cujo relatório de adota.

Inconformados, apelam os autores às fls. 133/141. Em preliminar, arguem a ocorrência de irregularidade na apresentação da contestação e, quanto ao mais, reiteram, em síntese, os termos de sua inicial, no sentido de terem efetivamente pago à requerida valores indevidos referentes à comissão de corretagem, vez que não contrataram os serviços de assessoria técnico-imobiliária, tal qual restou comprovado, e que, à luz do CDC, em seu art. 6º, III, do CDC, não foram devidamente informados que seriam responsáveis pelo pagamento das taxas de corretagem e SATI, até porque tal obrigação é do vendedor do imóvel, razão por que pugnam pelo provimento recursal, para que a presente ação seja julgada procedente, com o fim de condenar a ré a restituir em dobro os valores indevidamente pagos.

Em contrarrazões, a ré pleiteia a extinção do feito com julgamento do mérito por entender comprovada ocorrência da prescrição, requerendo, no mais, o não provimento do apelo (fls. 148/158).

### É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

De proêmio, em relação à arguição de ocorrência da prescrição contido nas contrarrazões, improcede o requerimento de extinção do feito com julgamento do mérito.

Com efeito, ao contrário do que quer fazer crer a ré, ora apelada, a pretensão de cobrança de comissão de corretagem, como sabido, prescreve em cinco anos, nos termos do art. 206, § 5º, II, do CC. Assim, tendo sido o pagamento que se reputa equivocado sido efetuado em maio de 2008 (fls. 30 e ss.), e ajuizada a presente ação em junho de 2012 (fls. 02), de rigor a rejeição do pleito voltado à extinção do feito.

Quanto ao mais, como resta evidente nos presentes autos, firmaram as partes contrato de compromisso de venda e compra de unidade imobiliária de fls. 16/24v, estabelecido o preço do negócio em R\$ 386.121,23, a ser quitado de forma parcelada, com entrada de R\$ 9.999,75 devidamente paga.

Outrossim, segundo consta no sobredito contrato, ficou estabelecido por meio da cláusula XVII, 4, que os promissários compradores deverão “*pagar todas as despesas com financiamento, tais como exemplificativamente, taxas de abertura de crédito, deságios, impostos sobre operações financeiras, seguros, comissões e todas as demais inerentes ao financiamento, bem assim, as*

*decorrentes do instrumento particular ou escritura pública de venda e compra com pacto adjeto de hipoteca”* (fls. 22v), fato que ensejou o pagamento, pelos autores à ré, de valores que, somados, totalizam R\$ 16.752,84 (fls. 30/39).

Entendendo que tais pagamentos ferem os preceitos do CDC, ajuizaram a presente ação de repetição de indébito fundados em seu parágrafo único do art. 42, mas que foi julgada improcedente pela d. autoridade sentenciante.

Ocorre que sopesados os elementos contidos nos autos, é de se concluir que os autores têm parcial razão.

De fato, como bem se vê da documentação acostada, não foram os compromissários compradores que contrataram a intermediadora para promover as vendas e captar compradores, e sim a vendedora do imóvel pretendido, sendo desta, portanto, a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem.

É de se ressaltar, inclusive, que a praxe já antiga no mercado imobiliário é a de que a obrigação de pagar os serviços de corretor é do vendedor, e não do comprador.

Logo, ainda que tenha sido firmada a contratação do pagamento da referida comissão, conforme menciona a sobredita cláusula XVII, 4, trata-se, *in casu*, de contrato de adesão, razão por que não deve prevalecer referida cláusula, eis que claramente abusiva, devendo ser considerada nula de pleno direito, até porque, como bem se vê de sua redação, carece tal cláusula da devida especificidade e das informações imprescindíveis quanto ao serviço oferecido, em completo desrespeito ao art. 31 do CDC.

Acrescente-se, ainda, o fato de que, conforme se verifica do item 6 do contrato, “*Forma e Condições de Pagamento*” e “*Sinal e Princípio de Pagamento*” (fls. 16v), claramente se observa que dentre os valores ali descritos não estão os atinentes à comissão de corretagem e da assessoria técnico-imobiliária, tendo sido integralmente imputados aos compradores, o que se mostra abusivo, já que a contratação da empresa intermediadora foi realizada pela vendedora, a quem caberia, frise-se, o pagamento da referida comissão. Ademais, bem se vê que tais valores não foram destinados a operações financeiras ou ao financiamento do imóvel, eis que os cheques fornecidos, conforme consta no recibo de fls. 30, são referentes “*ao pagamento, **parte comercial** da unidade acima referida*” (grifo meu).

Ainda quanto aos cheques, aliás, é de se ressaltar que, conquanto tenha a d. autoridade sentenciante argumentado que foram emitidos de forma detalhada e para vários destinatários (fls. 123), da perfunctória análise de tais documentos se extrai a conclusão de que foram nominados por outras pessoas que não os emitentes, vez que as grafias são aparentemente distintas (fls. 31/37), o que reputa dizer que tal nomeação foi feita posteriormente, sem que, necessariamente, estivessem presentes os autores para tanto, fato que induz ao entendimento de

ser perfeitamente verossímil a tese de que, ao efetivarem o negócio, não foram devidamente informados a respeito da destinação de tais valores, ao contrário do que disposto no Código de Defesa do Consumidor

Sobre o tema, outro não é o entendimento jurisprudencial a respeito:

*“COMPRA E VENDA. Ação de repetição de indébito. Sentença de improcedência. Autor que pretende a devolução da comissão de corretagem. Responsabilidade da vendedora pelo pagamento, que contratou a intermediadora para promover as vendas e ‘captar’ compradores. Praxe já antiga no mercado é de que a obrigação de pagar os serviços do corretor é do vendedor e não do comprador. Abusividade e nulidade de cláusula contratual de adesão no presente caso que estabeleceu que a comissão deveria ser paga pelo comprador. Aplicação do artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor para incidência da responsabilidade solidária das rés na repetição do indébito ao autor; o qual será acrescido de correção monetária desde a data do desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Devolução que deve ser feita de forma simples e não em dobro, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido com inversão do ônus da sucumbência”* (Apelação nº 0003654-47.2012.8.26.0269, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Helio Faria, j. 03.07.2013).

*“Apelação - Ação de repetição de indébito - Compromisso de compra e venda de bem imóvel - Empreendimento “na planta” - Comissão de corretagem e prêmios aos funcionários da requerida, empresa contratada pela construtora-vendedora para promoção comercial do condomínio - Verbas de responsabilidade exclusiva da vendedora, tendo em vista que os autores, em resposta a divulgação publicitária, compareceram ao estande de vendas da construtora e, ali, foram atendidos por prepostos da requerida, que não desempenharam, portanto, qualquer atividade de aproximação útil - Devolução de valores devida - Igual desfecho aos prêmios, por serem acessórios da corretagem - Taxa de Serviço de Assistência Técnica Imobiliária (SATI) - Venda casada - Devolução igualmente necessária - Valores que serão corrigidos monetariamente, pelo INCC, desde o desembolso, com juros moratórios mensais de 1% a partir da citação - Jurisprudência desta Corte e desta Câmara - Recurso provido, com inversão plena dos ônus sucumbenciais”* (Apelação nº 0133577-51.2012.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 07.05.2013).

*“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - COMISSÃO DE CORRETAGEM - Inadmissibilidade - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Nulidade de cláusula contratual abusiva ou onerosa*

*ao consumidor - Comissão a ser suportada pelo vendedor - Recurso improvido. RESTITUIÇÃO DE VALORES EM DOBRO - Descabimento - Devolução do valor cobrado injustificadamente a ser restituída de forma simples, devidamente corrigida desde o desembolso e acrescido de juros de mora a contar da citação - Elevação da verba honorária, ora fixada por equidade - Artigo 20, § 4º, do CPC - Apelo provido para esse fim” (Apelação nº 0014153-42.2012.8.26.0576, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 10.04.2013).*

Assim, de rigor a restituição dos valores indevidamente pagos à ré a título de comissão de corretagem.

Já em relação ao pedido de restituição em dobro de tal quantia, fundado no parágrafo único do art. 42 do CDC, deve tal pleito ser rejeitado.

Conquanto aplicável à espécie o CDC posto tratar-se de efetiva relação de consumo, não incide na espécie a norma do sobredito art. 42, parágrafo único, do CDC, posto que, para tanto, pressupõe-se conduta maliciosa por parte daquele que cobra indevidamente, não sendo suficiente apenas a cobrança prevista em cláusula que ora é anulada para a configuração de seus requisitos.

Portanto, para a incidência de tal norma, deve haver prova de má-fé do suposto credor e que assim tenha agido em ofensa ao dever de probidade que deve reger as relações jurídicas, restando à ré a condenação a restituir aos autores a quantia de R\$ 16.752,84, devidamente corrigida a contar de cada desembolso, com juros de mora legais a partir da citação.

Por fim, considerando-se que as partes foram vencidas e vencedoras em proporções equivalentes, os ônus da sucumbência deverão ser repartidos igualmente entre ambos, cada qual arcando com os honorários de seus defensores.

Posto isto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0010960-45.2011.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP, é apelado MARIA JOSÉ GOMES.

**ACORDAM**, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), SÁ DUARTE E LUIZ EURICO.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

EROS PICELI, Relator

**Ementa: Ação de cobrança - Prestação de serviços de água e esgoto - Prescrição - Inocorrência - Remuneração por tarifa ou preço público - Aplicação do artigo 205 do Código Civil vigente - Sentença reformada - Prosseguimento da ação - Apelação provida.**

## VOTO

### Vistos.

Ação de cobrança decorrente de prestação de serviços de água e esgoto julgada extinta com resolução do mérito, por prescrição, nos termos dos artigos 174 do Código Tributário Nacional e 269 inciso IV do Código de Processo Civil, pela M. Juíza Fernanda Ambrogi.

A autora apela e sustenta a inaplicabilidade do Código Tributário Nacional porque o caso trata de tarifa e não taxa. A prescrição rege-se pelo Código Civil, que prevê o prazo de dez anos.

Recurso preparado e respondido.

É o relatório.

A autora cobra da ré os serviços de água e esgoto prestados no mês de junho de 1998. A ação foi ajuizada em 3.11.2011.

Com respeito ao entendimento contrário, não está prescrita a pretensão da Sabesp.

O artigo 175 da Constituição Federal determina ao poder público a prestação de serviços de forma direta, para aqueles denominados essenciais à atividade estatal, como também permite a prestação dos serviços públicos secundários por meio de concessão ou permissão, com remuneração por meio de preços públicos ou taxas, a critério do legislador.

O serviço de abastecimento de água e coleta de esgoto não é cobrado por taxa, mas sim por tarifa, de acordo com o artigo 3º da lei 119/73.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho da ementa do recurso especial nº 1.117.903/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 1.2.2010:

**“A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou**

**preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas”.**

Em se tratando de tarifa, ou preço público, o prazo prescricional da ação em que se pretende a cobrança pela prestação de serviços de água e esgoto rege-se pelo Código Civil.

A respeito:

Recurso Especial - Processo Civil - Custeio do Serviço de Água e Esgoto - Prescrição.

1. O prazo prescricional da execução fiscal atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto é regido pelo Código Civil (REsp nº 1.117.903/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 08/2008/STJ).

2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 1.192.022 - MG - 2ª Turma - rel. Ministra Eliana Calmon - j. 15.6.2010).

O que precisa ser analisada é a regra intertemporal do art. 2.028 do Código Civil:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Como o débito é de junho de 1998, não havia decorrido mais da metade do prazo vintenário quando o Código Civil entrou em vigor em 2003, o que significa aplica-lo segundo as novas regras para o caso concreto.

E, tendo em vista se cuidar de obrigação de natureza pessoal, aplica-se o prazo comum de dez anos, previsto no artigo 205 do Código Civil de 2002.

Do exposto, dá-se provimento à apelação para afastar a prescrição e determinar o prosseguimento do feito em primeira instância.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003004-94.2009.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante ANA CLÁUDIA DE ARAÚJO LIMA VALENTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), EDUARDO SIQUEIRA E FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 1 de outubro de 2013.

MAURY BOTTESINI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - Indenizatória - Julgamento definitivo do mérito na ação de Busca e Apreensão que não extingue a obrigação de pagamento da dívida - Manutenção legítima em cadastros de inadimplentes - Sentença confirmada - Art. 252 do RITJSP - Recurso Improvido.**

## VOTO

Vistos.

É ação que ANA CLAUDIA DE ARAÚJO LIMA VALENTE move contra BANCO DO BRASIL S.A. pretendendo a indenização dos danos morais pela inclusão indevida nos cadastros de inadimplentes, tendo sido rescindido o contrato de financiamento de veículo através da ação de Busca e Apreensão que a instituição financeira promoveu contra a autora e determinada a exclusão de seu nome dos cadastros de inadimplentes. O processo foi extinto no art. 267, VI, do CPC, f. 136/138. Sucumbência, honorários em R\$ 500,00, beneficiária da justiça gratuita.

Apela a autora, f. 140/147. Alega descumprimento de ordem judicial, tendo o apelado incluído novamente o nome da apelante no castrado de inadimplentes, terminado com pedido de reforma.

Bem processado e respondido, f. 149/151.

**É o relatório.**

1. É irretocável a sentença monocrática, lavrada anos seguintes termos: *“ANA CLÁUDIA DE ARAUJO LIMA VALENTE, já qualificada nos autos, ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais, com pedido de antecipação, contra BANCO DO BRASIL S/A, também já qualificado nos autos, alegando (...) que, em 2003, celebrou com o réu contrato de financiamento no valor de R\$ 3.600,00 (três mil seiscentos reais), sendo certo que uma motocicleta foi dada em garantia fiduciária, (...) que o empréstimo não foi pago, (...) a instituição financeira promoveu ação de busca e apreensão do bem, julgada procedente, (...) que seu nome foi inscrito no cadastro de inadimplentes, de sorte que, no final do processo, foram expedidos ofícios para a exclusão de seu nome dos cadastros acima mencionados. Contudo, a ordem judicial não*

*foi cumprida e, portanto, seu nome continua negativado, o que configura ato ilícito praticado pelo réu. Disse que experimentou dano moral. Por fim, requereu a antecipação de tutela para o fim de que seu nome fosse excluído do cadastro de inadimplentes e que o réu fosse condenado ao pagamento de uma indenização por danos morais, excluindo-se definitivamente seu nome do cadastro de devedores. (...) A decisão de fls. 37/37vº, deferiu a medida de urgência solicitada. O réu, em contestação, aduziu que a autora continua inadimplente, de modo que a inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes é legal, (...) que não praticou qualquer ato ilícito. Negou a ocorrência de dano moral e impugnou o valor pleiteado. Requereu (...) a improcedência da ação. É o relatório. Decido. O réu é parte ilegítima. In casu, o réu não recebeu nenhuma ordem judicial para excluir o nome da requerente dos cadastros de inadimplentes. Na verdade, os ofícios copiados às fls. 31/32 foram encaminhados, respectivamente, ao SPC e à SERASA. Vê-se, então, que o Banco do Brasil não recebeu ordem para excluir o nome da requerente dos mencionados cadastros de inadimplentes, de sorte que não tem legitimidade para responder pelos fatos descritos pela autora, que baseou seu pedido justamente no descumprimento da ordem judicial. Ademais, ainda que não fosse assim, não há nenhuma decisão judicial que tenha declarado inexigível a dívida da requerente, salientando-se que constou na parte dispositiva da sentença proferida na ação nº 207/06: “Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação, para declarar rescindido o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes e tornar definitiva a liminar concedida, consolidando a posse do autor sobre o referido veículo.” Infere-se, pois, que a dívida subsiste, de modo que não se vislumbra nenhum ato ilícito praticado pelo réu. Ante o exposto, JULGO EXTINTO o processo, o que faço com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Condene a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Todavia, tais verbas só serão devidas se presente a hipótese do art. 12 da Lei 1.060/50. P.R.I.”*

Tem cabimento reiterar que a extinção do processo da ação de busca e apreensão da motocicleta alienada em garantia não liquidou a dívida do financiamento da aquisição do bem, subsistindo o saldo do financiamento, em razão do qual a autora continua inadimplente, o que justifica a manutenção de seu nome nos cadastros de inadimplentes, sem qualquer culpa nem responsabilidade da instituição financeira ré.

O Voto **NEGA PROVIMENTO** ao recurso e mantém a sentença proferida pelo juiz Antônio Sérgio Reis de Azevedo na forma do art. 252 do RITJSP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002966-64.2009.8.26.0213, da Comarca de Guará, em que são apelantes EDINA CONTIDIBARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA FIRMINA ANTUNES CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PAULO CESAR MONTEIRO.

**ACORDAM**, em 24ª 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 20011)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

SALLES VIEIRA, Relator

**Ementa: “REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DOMÍNIO - POSSE ANTERIOR - IMÓVEL ADQUIRIDO EM LEILÃO - O art. 37 e parágrafos do Dec. Lei nº 70/66 autoriza o novo adquirente a mover ação de imissão de posse ou petítória, fundada no domínio, em favor de quem é titular daquele e não tem a posse - Não se confunde com a ação reintegratória, fundada na posse e no esbulho - Carência da ação verificada - Reintegratória extinta - Apelo provido.”**

### VOTO

Apelo das rés em face da r. sentença de procedência proferida em Ação de Reintegração de Posse.

Sustenta que o autor adquiriu o imóvel em março de 2009, perante a Caixa Econômica Federal, que incluiu no contrato cláusula constituti nula, vez que a adjudicatária vendedora nunca teve posse do imóvel em questão. A ré possui o imóvel desde 1998. A Caixa informou ao juízo às fls. 158 e 180 que não tinha as chaves do imóvel e que, quando do leilão, este encontrava-se ocupado. Prequestiona a matéria. Requer o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença para o fim de julgar o autor carecedor do direito de ser reintegrado, por ausência do requisito básico para esse tipo de procedimento, qual seja, a posse anterior.

Contrarrazões às fls. 241/247.

É o relatório.

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada pelo ora apelado, tendo por objeto imóvel localizado na Rua José de Paula Ribeiro, nº 524, na cidade de Guará.

O autor comprovou possuir o domínio do imóvel objeto da ação, através da documentação juntada com a inicial. Outrossim, nunca obteve a posse do bem, que encontrava-se ocupado quando do leilão realizado (fl. 180).

O art. 37 e parágrafos do Dec. Lei nº 70/66 autoriza o novo adquirente a mover ação de imissão de posse ou petitoria, fundada no domínio, em favor de quem é titular daquele e não tem a posse. Não se confunde com a reintegratória, fundada na posse e no esbulho.

Neste sentido:

“Supremo Tribunal Federal - DESCRIÇÃO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NÚMERO: 72691 - JULGAMENTO: 19/10/1971 - EMENTA - **IMISSÃO DE POSSE. CABIMENTO. SE AO PROMITENTE COMPRADOR COM DIREITO À POSSE NÃO SE DER A AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE PREVISTA NO ARTIGO 382 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, DE NENHUMA OUTRA SE PODERÁ ELE VALER PARA TORNAR EFETIVA A DETENÇÃO DO OBJETO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. NÃO PODERÁ REIVINDICAR, PORQUE NAO TEM DOMÍNIO; NÃO PODERÁ PLEITEAR A REINTEGRAÇÃO POSSESSÓRIA, PORQUE NUNCA TEVE A POSSE E NÃO PODERÁ DESPEJAR, PORQUE O OCUPANTE NÃO ERA LOCATÁRIO.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO. OBSERVAÇÃO: DOCUMENTO INCLUÍDO SEM REVISÃO DO STF ANO: 71 AUD: 09-12-71 - ORIGEM: SP - SÃO PAULO - PUBLICAÇÃO: DJ DATA-13-12-71 PG- RELATOR: LUIS GALLOTTI - SESSÃO: 01 - PRIMEIRA TURMA”.

“9092637-46.2002.8.26.0000 Apelação Relator(a): Erickson Gavazza Marques Comarca: Bauru Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 04/04/2012 Data de registro: 09/04/2012 Outros números: 2772844600 Ementa: **REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL ADJUDICADO EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL - AUTOR QUE NUNCA EXERCEU A POSSE SOBRE O BEM - PEDIDO FORMULADO COM BASE NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - INADMISSIBILIDADE - REQUERENTE QUE NÃO PARTICIPOU DO NEGÓCIO JURÍDICO - CARÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA - PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - RECURSO DOS RÉUS PROVIDO, IMPROVIDO O DO**

AUTOR.”

“0004619-71.2001.8.26.0152 Apelação Relator(a): A.C.Mathias Coltro Comarca: Cotia Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 19/10/2011 Data de registro: 28/10/2011 Outros números: 46197120018260152 Ementa: **Reintegração na posse - Autor que, após arrematar imóvel em leilão judicial, vem a saber que terceiros o ocupam - Exercício da posse pelo autor não demonstrado - Demandante que, em verdade, deveria ter intentado ação de imissão na posse, já que inconteste ter a propriedade do bem - Pretendida fungibilidade entre as tutelas, com fundamento no artigo 920 do Código de Processo Civil - Inadmissibilidade - Ação de imissão que guarda natureza petitoria - Precedentes - Sentença mantida - Recurso desprovido.**”

“0000912-52.2013.8.26.0483 Apelação Relator(a): Irineu Fava Comarca: Presidente Venceslau Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 11/06/2013 Data de registro: 12/06/2013 Outros números: 9125220138260483 Ementa: **Reintegração de Posse - Imóvel - Indeferimento da inicial - Arrematação do bem em hasta pública - Hipótese em que o arrematante passou a ser proprietário do bem, tendo direito à posse do imóvel - Mandado de imissão na posse devidamente expedido - Esbulho não caracterizado - Ratificação do julgado - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal - Sentença mantida - Recurso desprovido.**”

Carecedor da ação, portanto, o autor, que nunca obteve a posse do imóvel, não podendo se valer de ação reintegratória para tanto.

A solução que se impõe, ante o exposto, é a de reformar-se a r. sentença, para o fim de extinguir a ação, sem julgamento do mérito.

Ante a extinção da ação, adequado e razoável fixar-se a verba honorária em consideração ao princípio da apreciação equitativa, previsto no art. 20, § 4º, do CPC, para o fim de estabelecê-la em R\$ 1.000,00, quantia que mostra-se suficiente para remunerar de forma digna o ilustre procurador das rés.

Dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014206-94.2009.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes ROBERTA BACHOT FRANCO (JUSTIÇA GRATUITA), SUELI SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA), EDVALDO PEREIRA SANTIAGO (JUSTIÇA

GRATUITA), RODRIGO BRANCALION LINO (JUSTIÇA GRATUITA), MÔNICA APARECIDA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), CLAUDEMIR APARECIDO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), ELISANGELA MARIA GOIS DE OLIVEIRA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), CAMILA GOIS DE OLIVEIRA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ANA CAROLINA DE GOUVEA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), ANGELA FABIANA PETRUCCI LUIZ (JUSTIÇA GRATUITA), REGINALDO GOMES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), RITA DE CÁSSIA DAS VIRGENS BACELAR (JUSTIÇA GRATUITA), DENISE APARECIDA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), ALESSANDRA BORGES DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA), BIANCA MOUTA MENDONÇA (JUSTIÇA GRATUITA), VERA LÚCIA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), DEBORA RAMIRO ELIAS (JUSTIÇA GRATUITA), ROSANA DE ARAÚJO (JUSTIÇA GRATUITA), VANESSA CRISTIANE DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), RENAN SALLA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ARIANE MORAIS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), VIVIANE DO NASCIMENTO RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA) e JOSÉ ANTONIO PREVIATELLO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ANHANGUERA EDUCACIONAL S/A e CESLI CENTRO EDUCACIONAL DA LINGUA INGLESA.

**ACORDAM**, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19265)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI E SOARES LEVADA.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

**Ementa: Direito do consumidor. Prestação de serviços educacionais. Curso de idiomas oferecido por instituição de ensino, a ser ministrado em suas dependências. Responsabilidade solidária da instituição de ensino que participa da divulgação do curso e avaliza sua responsabilidade. Publicidade que vincula. Dano moral incorrente. Sucumbência fixada, proporcionalmente, em desfavor das rés.**

**Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls.

348/357, que embora tenha julgado parcialmente procedente a ação, contra CESLI, julgou-a improcedente contra a ré Anhanguera Educacional S/A e, conseqüentemente condenou os autores ao pagamento da metade das custas processuais e honorários advocatícios fixados por equidade, em R\$ 5.000,00. A ré CESLI - Centro de Estudo da Língua Inglesa restou condenada a ressarcir os autores pela totalidade das quantias desembolsadas, demonstradas nos autos, com correção contada a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês, incidentes da citação. Por corolário, ainda, condenou os autores a arcarem com mais  $\frac{1}{4}$  das custas processuais e a ré CESLI com os outros  $\frac{1}{4}$ , restando compensados os honorários advocatícios.

Recorrem os autores (fls. 393/403), alegando que: a) de acordo com os documentos, encartados aos autos, é possível observar que a ré Anhanguera divulgou o curso de inglês em seu próprio nome, levando à crença de que o curso por ela seria ministrado; b) os contratos foram assinados nas dependências da ré Anhanguera; c) não tiveram conhecimento do conteúdo do contrato de locação, havido entre as rés; d) tanto é verdade que a ré Anhanguera participou do contrato, que se pode ver que seus funcionários seriam agraciados com bolsas de estudo (fls. 231/232, item 5); e) a 7ª Vara Cível da Comarca de Santo André, já decidiu questão idêntica, que já transitou em julgado, ocasião em que foi admitida a legitimidade da ré-Anhanguera; e) por óbvio, suportaram danos morais indenizáveis, tendo essa questão restado pacificada em casos análogos; f) os honorários advocatícios foram fixados em patamar exagerado e, *in casu*, deve ser observado o princípio da causalidade. Pede a reforma da r. sentença atacada.

Contrarrazões de apelação ofertadas pela Anhanguera estão às fls. 415/424, a corrê deixou transcorreu seu prazo, para tanto, *in albis*.

É o singelo relatório.

O recurso é tempestivo (fls. 358 e 393) e dispensava o preparo (fls. 389).

Pela leitura detida dos autos, verifica-se que a ré Anhanguera divulgou o curso de idiomas, como se fosse seu. Dizia a propaganda por ela veiculada “Não importa seu perfil, Centro de Idiomas do UniA tem sempre o curso ideal para você” (fls. 144/145).

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

Não bastasse isso, diz o CDC 34: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Isso é o que basta para que ela seja condenada solidariamente com a corré, pois também tem responsabilidade pelos atos praticados pela CESLI, devendo arcar solidariamente com a mesma condenação que atingiu a corré, CESLI.

O descumprimento contratual, por si só, não gera dano moral. Para postular indenização por dano moral deveriam os autores ter demonstrado de maneira convincente que, em razão do ato das rés, tiveram maculados os direitos descritos na CF 5º X, ou seja, que lhes restaram violadas a intimidade, a vida privada, a honra ou, ainda, a imagem. Ou, ainda, terem demonstrado que em razão dos fatos descritos sofreram abalo a objetos de seu direito de personalidade. Contudo, disso não se desincumbiram.

O mero dissabor e aborrecimento não são passíveis de indenização a título de dano moral e assim já entendeu o E. Superior Tribunal de Justiça: *“CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”* (REsp nº 215.666/RJ, Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 21.06.2001).

Em atenção ao princípio da causalidade, observa-se que quem deve arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00, são as rés, já aqui ponderada a proporção do ganho experimentado pelos autores e da sucumbência que sofreram quanto à pretensão de indenização por dano moral.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação dos autores, para reconhecer que ambas as rés são devedoras solidárias da condenação imposta em primeiro grau, bem como para inverter os ônus sucumbenciais, na forma como especificada aqui.

É o meu voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0245633-35.2009.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado EREMITA COSTA LIMA (ESPÓLIO) (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto**

nº 23287)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

SOARES LEVADA, Relator

**Ementa: Seguro de vida. Indenização cobrada em razão de morte. Negativa de pagamento. Cláusula restritiva de idade do segurado na data da contratação. Ausência de demonstração de efetiva previsão contratual, na hipótese. Ademais, cláusulas limitativas devem ser claras e destacadas no contrato. Art. 54, §§ 3º e 4º, CDC. Possibilidade de nulidade em razão da ausência de prévio conhecimento. Art. 46, CDC. Proibição de agir com comportamento contraditório (“venire contra factum proprium”), no caso. Apelo improvido.**

## VOTO

1. Apela a seguradora ré contra r. sentença que julgou procedente ação de cobrança de seguro de vida, pela qual condenada a pagar R\$ 103.000,00 ao espólio autor a título de indenização securitária, acrescidos dos consectários legais e ônus sucumbencial. Insiste a apelante na alegação de que a segurada já tinha mais de setenta anos quando da contratação de seguro e que o contrato previa idade máxima de sessenta anos para sua admissão, de modo a eximir-se do pagamento, destacando o prévio conhecimento das cláusulas contratuais. Preparo regular. Contrarrazões pelo improvimento.

**É o relatório.**

**Fundamento e decido.**

2. Trata-se de ação de cobrança de seguro de vida, decorrente do falecimento da Sra. Eremita Costa Lima. O seguro fora firmado entre a seguradora ré e a empresa Nova Prática Lavanderia, pelo qual previsto serem segurados dois sócios da empresa e cinco funcionários, sendo a falecida uma das sócias seguradas (v. propostas de fl. 22/25). Administrativamente, a seguradora recusou o pagamento da indenização (v. fl. 36), tendo então se baseado no fato da segurada possuir setenta anos completos na data de início de vigência da apólice, em infringência à cláusula contratual que estipulou idade mínima de quatorze anos e máxima de setenta dos segurados, na contratação.

O d. juiz “a quo” julgou o feito procedente, conforme r. sentença de fl.

88/94, da qual, inconformada, recorre a ré, insistindo na infringência contratual para eximir-se da responsabilidade de pagar. Contudo, razão não lhe assiste.

Não há nos autos qualquer documento que indique a citada cláusula limitativa quanto à idade do eventual segurado na data de contratação. Há tão-somente a transcrição da alegada cláusula na carta com a negativa de pagamento, sem que se verifique nada a respeito tanto nas propostas quanto no certificado de seguro (v. fl. 22/25 e 38).

Nos termos da legislação consumerista, indiscutivelmente aplicável à espécie, a questão da restrição etária, por se tratar de cláusula limitativa do direito do consumidor, deve ser exposta de maneira clara e muito bem destacada no contrato, conforme expressa previsão do art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC.

Cabe à seguradora o dever de prestar ampla e destacadamente as informações quanto a qualquer restrição do seguro no momento da proposta e não apenas no manual do segurado, encaminhado posteriormente, como comumente ocorre, em total afronta ao princípio da boa-fé contratual.

Ademais, a infringência a tais normas pode resultar na nulidade da cláusula limitativa, por sua abusividade decorrente da ausência de prévio conhecimento pelo consumidor (art. 46, CDC).

Por fim, observe-se que o seguro foi contratado com a assinatura da representante legal da empresa proponente, ou seja, da própria Eremita Costa Lima, sem que houvesse, naquela oportunidade, ressalva alguma referente a sua idade. Depreende-se disso que o interesse da seguradora pela observância e fiel cumprimento das regras de um contrato de adesão aparece tão-somente quando lhe convém. Aceitou contratar para receber o prêmio, mas defendeu a higidez da suposta cláusula contratual na hora de desembolsar a indenização. Concordar com tais absurdos seria o mesmo que aceitar o benefício de alguém pela própria torpeza (“venire contra factum proprium”).

Mantém-se a r. sentença monocrática por seus próprios fundamentos e pelos ora acrescidos.

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

## Embargos de Declaração

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos de Declaração nº 0044710-56.2010.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante BRASWEY S.A. INDUSTRIA E COMERCIO, é embargado

XAVIER, BERNARDES, BRAGANÇA - SOCIEDADE DE ADVOGADOS.  
(Voto nº: 29620)

**ACORDAM**, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram os embargos, com aplicação de sanção. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente) e VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 26 de agosto de 2013

ITAMAR GAINO, Relator

**Ementa: Embargos de declaração – Omissão - Contradição - Prequestionamento.**

**1. Inexiste contradição quando o julgado contém análise das questões devolvidas, em absoluta consonância com os elementos dos autos e com as normas legais e a jurisprudência, incidentes na espécie.**

**2. A exigência de prequestionamento deve ser cumprida pela parte e não pelo julgador, que não precisa apontar expressamente se restaram ou não violados dispositivos legais ou constitucionais apresentados para sustentar a argumentação do recurso.**

**3. Reconhecido o caráter manifestamente protelatório do recurso, aplica-se multa, em favor do embargado, nos termos do parágrafo único do artigo 538 do CPC. Embargos rejeitados.**

## VOTO

São embargos de declaração opostos ao acórdão que deu provimento ao recurso de apelação da embargada, interposto contra sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução.

Argumenta a embargante, com intuítos modificativo e de prequestionamento, que há omissão, contradição e obscuridade no acórdão, eis que a Turma Julgadora considerou que o pagamento da verba sucumbencial não guarda relação com a dívida por ela assumida e nega que a confissão de dívida tenha relação com o acordo. Ainda, diz que houve omissão quanto à distribuição do ônus da prova e à apreciação das demais cláusulas do acordo havido entre a embargante e o HSBC, pleiteando também a nulidade do julgado em razão à

violação do princípio da ampla defesa e do contraditório.

### **É o relatório.**

Os presentes embargos, a rigor, não apresentam os pressupostos exigidos à sua admissibilidade, visto que não há no julgado qualquer vício a ser sanado.

Como anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria A. Nery: “*Os embargos de declaração têm finalidade de completar a decisão em que haja omissão ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo, da decisão embargada, mas sim, integrativo ou declaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificativo ou infringente do julgado. Não mais cabem quando há dúvida na decisão* (CPC 535, I, redação da L. 8.950/94 1º)”<sup>1</sup> (grifo nosso)

Nesse sentido, segue nota contida em *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 698/700, *in verbis*:

*Art. 535:6. Efeitos modificativos. Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, “não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil” (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, rel. Min. Menezes Direito, j. 20.4.05, não conheceram, v.u., DJU 23.5.05, p.119).*

Ainda: “*O efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez, apenas, quando houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado do julgamento*” (STJ-Corte Especial, ED em AI 305.080-MG-AgRg-EDcl, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.2.03, rejeitaram os embs., v.u., DJU 19.3.03, p.108). (grifos nossos)

No mesmo diapasão é anotação no dispositivo legal supra, presente na obra *Código de Processo Civil Comentado e Interpretado* do Ilustre Misael Montenegro Filho, 1ª ed., 2ª reimpr., São Paulo: Atlas, 2008, p. 596:

“*Os embargos declaratórios são cabíveis apenas no caso de restar configurado algum dos requisitos estipulados pelo art. 535 do CPC, entre os quais não está incluída a possibilidade de revisão da decisão tomada pela Turma Julgadora, quando não se vislumbra contradição, omissão ou obscuridade no acórdão*” (ED 1.0024.05.774975-6/003, TJMG, rel. Des. EDUARDO ANDRADE, j. 28.11.2006, DJ 15.12.2006).

“*Os embargos declaratórios não são sede própria para rediscussão do que foi decidido, visto que os seus limites são aqueles traçados no art. 535 do CPC. Mesmo havendo prequestionamento explícito, o acolhimento dos embargos pressupõe a ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade*” (ED 2.0000.00.509569-0/001, TJMG, rel. Des. PEDRO BERNARDES, j.

1

Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, pág. 781.



3.10.2006, DJ 28.10.2006). (grifos nossos)

O que se vê dos termos deste recurso é o desejo da embargante de reprimir os argumentos de seus embargos à execução, a fim de lograr êxito na demanda, cujos argumentos já foram suficientemente analisados no acórdão, sendo inservível a via eleita para tal intento.

Aliás, ressalte-se que a contradição, para que se caracterize, há de ser intrínseca, isto é, os fundamentos do julgado devem ser conflitantes, sem o estabelecimento de uma relação de coerência entre eles.

É absolutamente inadequado falar-se em omissão no acórdão, quando o que foi decidido não se alinha aos interesses da embargante. A simples adoção de outro critério que não aquele por ele sustentado não significa, em absoluto, a existência de razões de decidir contraditórias.

Com relação à vinculação do pagamento realizado pelo HSBC com a dívida confessada pela embargante, esta Turma entendeu que “o pagamento da verba honorária sucumbencial realizado pelo HSBC não guarda relação com a dívida assumida pela embargante.”.

Isso porque, como bem explicitado pelo voto concordante do Des. Virgílio de Oliveira, o HSBC efetuou o pagamento de honorários sucumbenciais, enquanto a confissão de dívida versava sobre honorários contratuais.

No voto embargado também constou que “*no dito acordo não há qualquer menção àquele instrumento de confissão de dívida, sendo que também não há qualquer referência ao pagamento de honorários de êxito a favor da embargada, os quais, ressalte-se, não se confundem com os sucumbenciais. Frise-se, ainda, que, além de possuírem natureza diversa, não há equivalência entre o valor confessado e aquele pago pela instituição financeira, o que demonstra a verossimilhança da versão da embargada, de que o valor recebido do HSBC não guarda qualquer relação com a confissão de dívida firmada entre as partes.*”.

No tocante à distribuição do ônus da prova, por ser a embargante a autora dos embargos à execução, deveria provar fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Porém, ela não apresentou “*documento ou qualquer outro tipo de prova que demonstrasse a vinculação do pagamento realizado pela instituição financeira àquela confissão de dívida.*”.

Não se trata de “*juízo de presunção*”, como alardeia em seus embargos de declaração, mas simples regra processual.

Dessa forma, analisando-se todos os elementos dos autos, inclusive o inteiro teor dos instrumentos firmados pelas partes, esta Turma entendeu que o pagamento de R\$1.500.000,00 não guarda relação com a confissão de dívida.

Ainda, não há que se falar de nulidade do julgamento em razão à violação

aos princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que o parecer juntado pela embargada somente deu supedâneo à tese por ela defendida, a qual a embargante teve oportunidade de refutar em contrarrazões do apelo.

No que diz respeito ao prequestionamento, a simples afirmação de se tratar de embargos com propósito de prequestionamento não é suficiente, sendo necessário que se subsuma a irresignação integrativa a uma das hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil e não a mera pretensão de ver emitido pronunciamento jurisdicional sobre argumentos e dispositivos legais. Nesse sentido:

***“Não está o magistrado constrangido a fundamentar a sua decisão com base nos argumentos declinados pela parte, nem citar todos os dispositivos legais que a compõem”*** (TRF 5ª R., AC 2004.81.00.020088-9, 2ª T., rel. Des. Fed. Conv. Frederico Azevedo, DJU 28/2/07).

***“Ademais, a despeito da necessidade de interposição de embargos declaratórios para fins de futura interposição de recurso extraordinário e especial, não implica que se deva fazer expressa menção à violação de dispositivos legais, sob o argumento de que a ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento do referido recurso, pois o prequestionamento a ser buscado se refere à matéria versada no dispositivo de Lei tido por violado, não se exigindo sua literal indicação. Do mesmo modo, a simples afirmação do recorrente de se tratar de embargos com propósito de prequestionamento não é suficiente, sendo necessário se subsuma a irresignação integrativa a uma das hipóteses do art. 535 do CPC e não a mera pretensão de ver emitido pronunciamento jurisdicional sobre argumentos e dispositivos legais outros”*** (TRF 2ª R., AG 2000.02.01.035095-7, 6ª T.Esp., rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves, DJU 12/4/07). (grifos nossos)

O julgado, pois, encontra-se solidamente fundamentado, em absoluta consonância com o quadro descrito nos autos e a melhor exegese da lei, inexistindo qualquer vício no acórdão embargado.

Finalmente, vale ressaltar o consignado no julgamento do Recurso Especial nº 438.734/RJ, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na lição do Advogado Milton Campos “Os erros, se são de entendimento e não da vontade, devem ser reparados pelos recursos e não pelas más palavras. O advogado precisa ter a polidez necessária para praticar a censura sem excluir o respeito”.

Além disso, “não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão (...)” (EDcl no REsp. nº 739/RJ, rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 23/10/1990).

Diante disso, ostentando os presentes embargos caráter manifestamente

protelatório, fica a embargante condenada, com base no artigo 538, parágrafo único do Código de Processo Civil, a pagar ao embargado a multa de 1,0% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigido desde a data do ajuizamento.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos, com a imposição da multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, por manifestamente protelatórios.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0065202-59.2011.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante PORTO SEGURO CIA DE SEGUROS GERAIS, é embargado EDERSON LUIZ GABRIEL (JUSTIÇA GRATUITA). **(Voto nº 22.213)**

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Receberam, em parte, os embargos. V. U. de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e CESAR LACERDA.

São Paulo, 5 de agosto de 2013.

JÚLIO VIDAL, Relator

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Ocorrência. Cerceamento de defesa. Não identificada a necessidade ou mesmo a utilidade da produção da prova requerida, não há que se falar em cerceamento de defesa. Embargos de declaração acolhidos sem efeito modificativo do julgado.**

## VOTO

Vistos.

Cuida-se de embargos de declaração opostos ao v. acórdão de fls. 203/207 por **PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS S/A**, reputando haver omissão no julgamento que deu parcial provimento ao apelo para julgar parcialmente procedente a ação.

Alude o recorrente ao dar parcial provimento ao Recurso de Apelação sob

o argumento de que não foi produzida nos autos prova eficaz e determinante da real causa do acidente, não apreciou a matéria, sob o prisma de que a produção da prova testemunhal, que teria por finalidade e demonstração da existência de nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro, não foi produzida por tida como dispensável pelo Magistrado “a quo”, embora pleiteada sua produção pela Requerida, portanto no caso dos autos a anulação da sentença para a sua produção é medida de rigor que se requer, sob pena de cerceamento de defesa.

### **É o relatório.**

Acolhem-se os presentes embargos declaratórios, sem efeito modificativo do julgado.

O acórdão julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré a pagar ao autor o valor do veículo segurado, pois não foi produzida nos autos prova eficaz e determinante da real causa do acidente. Não sabendo se foi provocado por elemento externo ou se foi em razão da embriaguez. Diante dessa incerteza, não se podia admitir a exclusão do pagamento.

Ocorre que a irresignação da embargante não comporta acolhida, pois o julgamento antecipado da lide importou em inadmissível cerceamento de defesa, consoante as razões a seguir expostas.

A ré pugnou pela produção de prova testemunhal e juntada de novos documentos (fls. 149), tendo sido reiterados em audiência preliminar.

No entanto o magistrado julgou antecipadamente o feito, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, entendendo que as provas constantes dos autos eram suficientes ao deslinde da questão colocadas na lide, não havendo necessidade da produção de outras provas, inclusive as de audiência.

Verifica-se no caso que a prova testemunhal em nada contribuiria para a demonstração da existência de nexo de causalidade entre a embriaguez e o sinistro. Quando muito poderia se provar por perícia técnica, o que não foi requerida pela seguradora.

Vale lembrar ainda, conforme previsto no art. 401, do CPC, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

Posta a discussão não resta dúvida que o objeto do pacto firmado entre os litigantes supera o décuplo do salário mínimo. Por ocasião da propositura da ação (16.12.2011) o valor a ser observado pelos interessados a possibilitar oitiva de testemunhas a comprovar a existência do contrato não poderia superar a R\$5.450,00 (Cinco mil quatrocentos e cinquenta reais). Nos dias atuais o valor do salário mínimo equivale a R\$678,00.

Face às regras estabelecidas pelo artigo 401 do CPC a oitiva de testemunhas

está limitada a R\$6.780,00. Valor que supera em muito a quantia reclamada pelo autor a título de indenização reclamada na inicial no valor de R\$23.770,00.

Por outro lado, tendo toda prova como objetivo a instrução da causa, para permitir a formação do convencimento do juiz, a este cabe conduzir o processo de modo a evitar a produção de diligências desnecessárias ou inúteis à solução da lide, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil. “Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (STJ-4ª T., REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.8.90). No mesmo sentido, RSTJ 102/500 e RT 782/302.

Dessa forma, não havendo pertinência na demonstração dos fatos pretendidos pela prova suprimida, de rigor o julgamento antecipado na forma como se deu, não havendo qualquer ofensa à ampla defesa ou ao contraditório, mas sim observância à celeridade processual e função social do processo.

Ante o exposto, acolhem-se os embargos de declaração apenas para aclarar o ponto omissis do acórdão sem efeito modificativo do julgado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 9174435-97.2000.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante RICARDO FRANCO DE MELO, são embargados KALLAS ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA (E OUTRA) e HTR CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Acolheram os embargos, sem efeito modificativo, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente) e ERICKSON GAVAZZA MARQUES.

São Paulo, 7 de agosto de 2013.

DIMAS CARNEIRO, Relator

**Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - FALTA DE APRECIACÃO DE DOIS AGRAVOS RETIDOS - INDEFERIMENTO DE REPERGUNTA E DE CONTRADITA - SEM RAZÃO EM AMBOS OS AGRAVOS - RECURSO IMPROCEDENTE - EMBARGOS ACOLHIDOS,**

## MAS SEM MODIFICAÇÃO DO RESULTADO DE JULGAMENTO.

### VOTOS

Vistos.

Baixados os autos, por falta de apreciação de dois agravos retidos interpostos pelo autor: contra o indeferimento de repergunta e em face do indeferimento de contradita, ambos no termo de audiência de instrução e julgamento (fls. 231 e seguintes).

A repergunta indeferida foi assim articulada: **“se a credibilidade de Maria Lúcia ficaria prejudicada ou abalada pelo teor do julgamento da demanda, em relação a seus clientes, consoante o entendimento da testemunha.”** (fls. 234).

É evidente o cunho subjetivo da indagação bem rechaçada pela MMA Juíza à qual compete indeferir perguntas dessa natureza.

Nesse sentido:

**“APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS DE CARÁTER SUBJETIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENTE. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. ADITAMENTO À INICIAL APÓS CITAÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. Justifica-se plenamente o indeferimento de perguntas feitas em audiência com caráter meramente subjetivo e que nada contribuem para esclarecimento dos fatos (...) AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.”** (Apelação Cível Nº 70035520287, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 15/07/2010).

0016429-77.2007.8.26.0590 Apelação

Relator(a): Luiz Antonio Costa

Comarca: São Vicente

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/01/2013

Data de registro: 31/01/2013

Outros números: 164297720078260590

**Ementa:** Agravo retido Contradita de testemunha Rejeição Possibilidade Não-apresentação, no ato de inquirição, de nenhuma prova sobre a afirmada incapacidade para testemunhar das pessoas arroladas Indeferimento de repergunta Cabimento Cumprimento ao juiz, destinatário primário das provas, fazer o controle sobre as perguntas

**sugeridas pelos advogados das partes a serem reperguntadas às testemunhas, indeferindo aquelas que reputar impertinentes Recurso improvido.**

Quanto à contradita baseou-se em apontada inimizade da testemunha com o autor, fato que foi negado pela testemunha a qual, por isso, prestou compromisso e foi inquirida (v. fls. 235). Ora! É esse mesmo o procedimento correto a ser observado em caso de contradita e, se porventura a parte arguinte vier a comprovar a existência efetiva do apontado impedimento, poderá atacar o depoimento pela sua credibilidade ou validade.

Nesse sentido:

**0003732-09.2011.8.26.0291 Apelação**

**Relator(a): Moreira Viegas**

**Comarca: Jaboticabal**

**Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado**

**Data do julgamento: 29/05/2013**

**Data de registro: 03/06/2013**

**Outros números: 37320920118260291**

**Ementa: AGRAVO RETIDO Testemunha Contradita Indeferimento Admissibilidade - A singela alegação de ser empregado da parte não torna a testemunha suspeita de depor em Juízo Interesse no resultado do litígio não demonstrado - Agravo retido não provido.**

**“APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO RETIDO. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO. NATUREZA DA CAUSA. PRELIMINARES REJEITADAS. ATUAÇÃO DOS DEMANDADOS QUE SE DEU DE ACORDO COM AS SUAS ATRIBUIÇÕES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 20 DO CPC. MANUTENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. (...) Atendido o art. 523 do Código de Processo Civil, merece ser apreciado o agravo retido interposto pelo autor. Contradita de testemunha que foi corretamente indeferida, uma vez que não possuía vinculação com nenhuma das partes a ponto de comprometer o conteúdo de suas declarações. Existência de posicionamento político pessoal da testemunha que não leva à desconsideração de seu depoimento, ante a própria natureza dos fatos que embasam a pretensão autoral (...) AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO E**

**RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. UNÂNIME.” (Apelação Cível Nº 70052222700, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 30/01/2013).**

Sem razão portanto o autor, em ambos os agravos .

A omissão consistiu somente na falta de apreciação dos dois agravos retidos e, no mais, trata-se de discordância com o entendimento da Turma Julgadora.

Acolho, sem modificação do resultado de julgamento.

## Embargos Infringentes

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0001707-94.2010.8.26.0311/50000, da Comarca de Junqueirópolis, em que é embargante BRAZ HERNANDES FILHO, é embargado COMPANHIA DE SEGUROS MINAS BRASIL. **(Voto nº 15.007)**

**ACORDAM**, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. M. V., vencido o 3º juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente), CAMPOS PETRONI, MORAIS PUCCI E CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

BERENICE MARCONDES CÉSAR, Relatora

**Ementa: SEGURO DE VIDA SEMI-DOTAL A CAPITAL CRESCENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NA APÓLICE. Perda do valor do capital segurado em decorrência das modificações na economia. Necessidade de incidência da correção monetária sobre o capital segurado, ainda que ausente previsão contratual expressa, sob pena de enriquecimento sem causa da seguradora, que recebeu os prêmios semestrais pagos pelo segurado. A incidência da correção monetária não representa ganho**

**de capital ou sanção, mas tão somente a recomposição do valor da moeda corroído pela inflação. RECURSO DO EMBARGANTE PROVIDO.**

## VOTO

Trata-se de embargos infringentes (fls. 181/221) opostos por BRAZ HERNANDES FILHO contra v. acórdão proferido pela 27ª Câmara deste E. Tribunal (fls. 164/174), publicado em 19.FEV.2013 (fls. 179), que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso de apelação interposto por COMPANHIA DE SEGUROS MINAS BRASIL (Apelante), reformando a r. sentença para acolher os embargos à execução, com a extinção da execução e a inversão da sucumbência. Participaram do julgamento os ilustres Des. Gilberto Leme (Relator), Des. Moraes Pucci (Revisor) e Des. Cláudio Hamilton (3º Juiz).

Em suas razões (fls. 388/403), o Embargante/Apelado alegou, em síntese, que deveria prevalecer o voto vencido do i. Revisor, que decidiu pela incidência da correção monetária sobre o capital segurado.

A Embargada/Apelante apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 237/246), refutando as razões recursais do Embargante e requerendo a rejeição dos embargos.

O recurso foi recebido (fls. 250). É o relatório sucinto.

Trata-se de recurso de embargos infringentes oposto contra acórdão não unânime que reformou sentença de improcedência de embargos à execução.

No caso em exame, o ora Embargante ajuizou ação de execução de contrato de “seguro de vida semi-dotal a capital crescente” (fls. 11/14 dos autos em apenso), firmado em 09.AGO.1978, o qual previa o pagamento de indenização securitária para o caso de morte, e também para o caso de sobrevivência após o prazo de 30 anos, com acréscimo anual de 20% ao capital segurado.

Após o decurso dos 30 anos estipulados na apólice, o Embargante, segurado sobrevivente, pretendeu o recebimento do capital segurado por meio de ação de execução, dando azo à oposição de embargos à execução pela seguradora, com a finalidade de obstar a execução. Alegou-se, em síntese, nos embargos à execução a falta de pagamento dos prêmios pelo segurado e a perda de expressão econômica do capital segurado em virtude das alterações na economia e da ausência de previsão contratual para que incidisse sobre ele a correção monetária.

Com o julgamento de improcedência dos embargos em 1º Grau, foi interposto recurso de apelação pela Embargada, julgado pelo acórdão embargado.

Inicialmente, cumpre registrar que tanto o voto vencedor (fls. 167/172) quanto o voto vencido (fls. 173/178) entenderam pela existência do direito do Embargante ao recebimento da indenização securitária, divergindo tão somente

quanto à possibilidade ou não de incidência da correção monetária sobre o capital segurado.

Portanto, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil, o objeto de análise do presente recurso restringe-se à questão da correção monetária.

O recurso merece acolhimento, para que prevaleça a conclusão do voto vencido.

Isso porque a correção monetária não representa um acréscimo patrimonial, tampouco uma sanção, mas tão somente recomposição do valor da moeda corroído pelo decurso do tempo.

Nesse sentido, esclarece o i. Arnaldo Rizzardo<sup>1</sup>: “*A correção monetária não remunera o capital, mas apenas assegura a sua identidade no tempo*”.

Destarte, ainda que não haja previsão contratual expressa, nada impede a sua aplicação sobre o capital segurado no caso em exame, com o objetivo de garantir a preservação do contrato.

A incidência da correção monetária no caso em exame tem o efeito de obstar a pulverização do valor do capital segurado em virtude das sucessivas alterações na economia durante o período de vigência do contrato, garantindo que a avença atinja a finalidade para a qual foi estipulada.

O acolhimento da alegação da Embargada de que a expressão econômica do capital segurado esvaiu-se diante das modificações na economia equivaleria a prestigiar o enriquecimento sem causa, uma vez que, ainda que haja divergências entre as partes quanto ao pagamento dos prêmios pelo segurado, é incontroverso que ao menos até meados da década de 80 o Embargante arcou com os pagamentos dos prêmios.

Por outro lado, diante da ausência de caráter sancionatório ou remuneratório da correção monetária, não se verifica vantagem indevida do segurado em relação à seguradora.

Assim, era de rigor a procedência da ação, devendo ser mantida a r. sentença, prevalecendo o voto vencido.

Diante do exposto **ACOLHO** e **DOU PROVIMENTO** aos embargos infringentes interpostos pelo Autor/Apelado/Embargante, para que prevaleça o voto vencido do i. Des. Moraes Pucci, e fique mantida a r. sentença recorrida.

1 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 9. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 358.

## Impugnação ao Valor da Causa

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Impugnação Ao Valor da Causa nº 0230096-97.2012.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é impugnante LUIZ MANIERO NETO, é impugnado REIFENHAUSER INDÚSTRIA DE MÁQUINAS LTDA (EM LIQUIDAÇÃO).

**ACORDAM**, em 17º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Acolheram parcialmente a impugnação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.263)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), GOMES VARJÃO, LUIZ EURICO, MARIO A. SILVEIRA, SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

NESTOR DUARTE, Relator

**Ementa: Impugnação ao Valor da Causa. Ação rescisória. Processo em fase de execução. Utilização deste valor, excluindo-se a multa do artigo 475-J do CPC. Impugnação parcialmente acolhida.**

### VOTO

Visto.

Trata-se de impugnação ao valor atribuído a ação rescisória de acórdão.

O impugnante sustenta que o valor deve corresponder ao valor da execução ajuizada com lastro na decisão rescindenda (no caso, R\$ 3.863.251,64), e não ao valor desatualizado da demanda originária (R\$ 400.000,00), como fez a autora.

Instada nos termos do artigo 261 do CPC (fls. 05/06), a impugnada silenciou (fl. 07).

Ouvida, a d. Procuradoria Geral de Justiça não viu razão para sua intervenção (fls. 09/12).

***É o relatório.***

A impugnação procede em parte.

Quando a ação rescisória ataca por completo a decisão rescindenda, e esta

já está em fase de execução, o valor da rescisória deve corresponder ao valor da execução, porque esse é, no fundo, o benefício econômico perseguido com o ajuizamento da demanda rescisória. Nesse sentido caminha a jurisprudência majoritária, conforme anota Theotônio Negrão in “CPC e legislação processual civil em vigor”, Saraiva, 40 ed., nota 21 ao art. 259 do CPC.

No caso, porém, deve-se excluir do valor da execução (fls. 254/255 dos autos da rescisória) a multa do art. 475-J do CPC, por força da situação descrita na decisão copiada às fls. 275/276 dos autos da rescisória.

Uma vez que a impugnada não se manifestou a respeito da correção dos valores apresentados na execução (fl. 05/06 dos autos deste incidente), a impugnação fica parcialmente acolhida para que o valor da rescisória passe a ser R\$ 3.560.910,21.

A diferença nas custas - que será calculada com observância do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei Paulista 11.608/2003 - e no depósito do art. 488, II, do CPC será recolhida a final, pelo vencido, sob pena de inscrição do nome no cadastro de dívida ativa.

***Isto posto, pelo meu voto, acolho a impugnação parcialmente, na forma acima.***

## Mandados de Segurança

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0226184-92.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES e SCOPE SYSTEMS SISTEMAS CORPORATIVOS LTDA, é impetrado EXMO SR DESEMBARGADOR DA 38 CAMARA DE DIREITO PRIVADO. **(Voto nº 14.875)**

**ACORDAM**, em 19º Grupo de Câmaras Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam a segurança. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente), JOSÉ TARCISO BERALDO, RENATO RANGEL DESINANO, MAURO CONTI MACHADO, ISRAEL GÓES DOS ANJOS E PEDRO KODAMA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

**Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Decisão monocrática que negou seguimento à Agravo Interno. Inadmissibilidade. Direito líquido e certo do impetrante ao julgamento colegiado. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da fungibilidade do Agravo Interno em substituição aos embargos declaratórios. Decisão cassada ante o cerceamento do julgamento colegiado. Segurança concedida.**

## VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por André Bruni Vieira Alves e outro contra decisão proferida pelo eminente Desembargador Maury Ângelo Bottesini que instado a explicitar voto vencedor (fls. 122/128) indeferiu por decisão monocrática o processamento dos Embargos Declaratórios e impôs multa de 10% do valor da causa aos embargantes (fls. 138/139). Ante a interposição de Agravo Interno (fls. 143/169) o eminente Desembargador em decisão monocrática (fls. 171/173) negou seguimento, daí o *mandamus*.

Este Relator deferiu liminar para sustar os efeitos das eminentes decisões de fls. 138/139 e 171/173 (fls. 267).

Informações da douta autoridade impetrada (fls. 272/273).

Manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 288/292) pela procedência da ação mandamental.

Cinpal-Cia. Industrial de Peças para Automóveis, parte interessada pronunciou-se (fls. 315/330) pelo não conhecimento da pretensão exordial ante a possibilidade de utilização de recursos preordenados pelo sistema processual. No mérito postula a improcedência do mandado de segurança.

É a síntese do necessário.

A impetração do mandado de segurança merece conhecimento porquanto “em tese” direito líquido e certo do impetrante ao julgamento colegiado foi coarctado com o não seguimento do Agravo Interno.

Com efeito, a incidência do art. 557 do Código de Processo Civil na espécie pode ser admitida, todavia faz-se mister não olvidar que **“O relator atua como espécie de porta-voz do colegiado; cumpre, no entanto, abrir a quem se sinta injustamente agravado o ensejo de pleitear que também se ouçam os outros membros – que “se complete”, por assim dizer, o julgamento”**(Comentários ao Código de Processo Civil, pág. 683, Recursos (art. 557), José Carlos Barbosa Moreira, volume V, Editora Forense, 15ª edição, 2010).

A dicção do art. 537 do Código de Processo Civil indica que a decisão dos

Embargos de Declaração é colegiada já que o Relator apresentará os embargos em mesa na sessão seguinte, proferindo voto.

A indicar a necessidade do órgão colegiado para proferir a decisão há a imposição de multa (fls. 138/139) de 10% do valor da causa. A situação jurídica em exame não está entre aquelas que a decisão monocrática não rende ensanchar ao Agravo Interno (artigo 527, II e III, CPC), consoante magistério dos professores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (notas ao art. 557 CPC, item 4, pág. 1001, CPC Comentado, 11ª edição, RT, 2010).

Impensável entender preclusão consumativa no caso sob exame quando vetado à parte o exame colegiado do Agravo Interno. O remédio jurídico utilizado mandado de segurança tem aptidão para dirimir a questão. A jurisprudência construiu o entendimento acerca da fungibilidade do Agravo Interno em substituição aos embargos declaratórios como medida de economia processual (ED no Resp 697.964, Rel. Min. João Otávio, 22.05.06, e AgRg no Ag 519454/DF, Rel. Min. Castro Filho).

Descabe no âmbito estreito do mandamus o exame do mérito dos embargos, bem assim acerca da viabilidade ou não da imposição da multa por litigância de má fé. Tais questões têm foro adequado em outra sede.

Ante o cerceamento do julgamento colegiado é de rigor o albergamento do mandado de segurança para o fim de cassar a decisão (fls. 171/173) já que o destinatário do Agravo Interno é a Turma Julgadora (fls. 122/128).

É o meu voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0276250-76.2012.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é impetrante IESA - PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A, é impetrado EXMO. SR. DES. RELATOR DA 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

**ACORDAM**, em 19º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam em parte a ordem, prejudicado o agravo regimental. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.884)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente sem voto), DIMAS CARNEIRO, FERNANDO SASTRE REDONDO, FLÁVIO CUNHA DA SILVA, JOSÉ TARCISO BERALDO, ISRAEL GÓES DOS ANJOS E PEDRO KODAMA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013

SERGIO GOMES, Relator

**Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Cabimento - Indeferimento do processamento de agravo regimental e imposição de multa de 20% sobre o valor da causa - Decisão monocrática do relator que causou gravame à parte - Aplicação dos arts. 253 e seguintes do Regimento Interno desta egrégia Corte - Concessão parcial da ordem, prejudicado o agravo regimental apresentado contra decisão desta relatoria.**

## VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por IESA - Projetos, Equipamentos e Montagens S/A em face do Exmo. Desembargador Relator da 38ª Câmara de Direito Privado deste egrégio Tribunal de Justiça, contra decisão que indeferiu processamento do agravo regimental por falta de amparo legal e determinou aplicação de multa de 20% do valor da causa, entendendo a existência de erro grosseiro ou com manifesto propósito protelatório.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que ajuizou ação de obrigação de fazer objetivando que a requerida Pulsar Comercial e Industrial Ltda. emitisse nota fiscal em virtude de serviços prestados, conforme contrato celebrado entre as partes e, posteriormente, rescindido. A r. sentença julgou procedente seu pedido, concedendo antecipação de tutela e condenando a ré na emissão da nota fiscal, além das cominações legais. A ré interpôs embargos de declaração, os quais não foram acolhidos. Em seguida, apresentou recurso de apelação, recebido indevidamente no duplo efeito. Por esse motivo, opôs embargos de declaração perante o juízo, apontando para a necessidade de recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo, por força do art. 520, VII, do CPC. A decisão foi, então, reconsiderada, reconhecendo-se o equívoco e determinando-se o prosseguimento da execução provisória. A requerida, por seu turno, no intuito de reaver o efeito suspensivo e atravancar o curso regular do processo, alegando possível ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, requereu, em sede de tutela recursal, novamente a concessão do efeito suspensivo, o que foi deferido pelo ilustre Desembargador ora impetrado. Em razão disso, alega que apresentou novos embargos de declaração, sendo indeferido o seu processamento sob o fundamento de que não teria cabimento em face de despacho de ordenação do processo. Dessa decisão interpôs, então, agravo regimental, oportunidade em que foi aplicada multa de 20% sobre o valor da causa. Aponta para a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo presente mandado de segurança, já que sofreu abuso da autoridade coatora. Acrescenta, ainda, que não se pode confundir ampla defesa e uso dos instrumentos processuais, no intuito de obter

um correto julgamento, com litigância de má-fé. Outrossim, no que toca ao art. 520 do CPC, diz que possui caráter definitivo e taxativo, não havendo que se falar em sentido exemplificativo ou possibilidade de uso de analogia por parte do Magistrado. O impetrado, ao pretender ampliar o que é atacado pelo artigo em grau taxativo, coloca-se no papel de legislador, tentando criar nova regra, cometendo, assim, ato de ilegalidade. Desta feita, encontram-se presentes os requisitos para a concessão da liminar, a fim de que seja suspensa a cobrança da multa imputada, bem como seja recebido o recurso de apelação interposto pela ré Pulsar apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do art. 520, VII, do CPC.

A liminar foi indeferida (fls.240), sendo apresentado o agravo regimental de fls. 254/258.

A digna autoridade impetrada prestou informações a fls. 244/246.

A douta Procuradoria Geral de Justiça declinou de oficiar no feito (fls.249/252).

### **É O RELATÓRIO.**

Com efeito, cabível a impetração de mandado de segurança quando houver direito subjetivo a ser tutelado, pois, segundo doutrina assente, direito líquido e certo é aquele manifesto em sua existência no momento da impetração.

Sobre o conceito de direito líquido e certo, Hely Lopes Meirelles esclarece: “... é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, 18ª ed., Malheiros Editores, págs. 34-35).

Ao que consta dos autos, a impetrante ajuizou ação de obrigação de fazer (fls.33/38) em face de Pulsar Comercial e Industrial Ltda., requerendo, em sede de antecipação de tutela, fosse condenada a emitir nota fiscal representativa dos serviços prestados no valor de R\$ 43.878,65. A tutela antecipada foi inicialmente indeferida pelo despacho de fls. 62/63. Posteriormente, quando da r. sentença (fls. 141/142), a ação foi julgada procedente, concedendo-se, naquela oportunidade, a antecipação de tutela, determinando o juízo a emissão da nota fiscal, em cinco dias contados da intimação da decisão.

A ré Pulsar apresentou recurso de apelação (fls.157/163), o qual foi recebido no duplo efeito pelo despacho de fls. 164.

Inconformada, a ora impetrante opôs os embargos de declaração de fls.

171/173, insurgindo-se contra o recebimento do apelo no efeito suspensivo, já que houve a antecipação de tutela na sentença. A fls. 181 o juízo reconsiderou o despacho anterior, recebendo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

Remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça, os autos foram distribuídos ao ilustre Desembargador Maury Bottesini (fls.185), o qual, em sede de tutela recursal, entendeu admissível a concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação, com o seguinte teor:

*“Se a tutela antecipada não foi deferida initio litis, como se vê do indeferimento de fl. 32/33, e se não há prova nem indícios de que a situação de fato da autora tenha se modificado entre o ajuizamento e a prolação da sentença, quando decorridos mais de 5 meses, é evidente que não há porque modificar a decisão que recebeu o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo....”.* (fls.195/196).

A ora impetrante, então, apresentou embargos de declaração dessa decisão (fls.205/216), requerendo o restabelecimento da tutela antecipada, nos termos do art. 520, VII, do CPC. A ilustre autoridade impetrada, contudo, indeferiu o processamento desse recurso por falta de amparo legal, porque tirado contra despacho de ordenação do processo, assim decidindo:

*“Quem mascateia rudimentos da processualística sabe que não são admissíveis os Embargos Declaratórios contra decisão de ordenação do processo, ainda mais quando têm manifesto intento infringente, quando deixam entrever a tentativa de reabrir discussão de questão já julgada ou coberta pela preclusão lógica, temporal ou consumativa. O CPC, art. 535 I, diz “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição”, não especifica o despacho de ordenação do processo com os defeitos listados no caput, maior razão assiste para o indeferimento do processamento dos Embargos Declaratórios contra decisão fundamentada e correta. Recurso interposto em razão de erro grosseiro ou com manifesto propósito protelatório, exige multa de 5% do valor da causa (CPC, arts. 17 e 18, c.c. art. 538, § único), para ser elevada até 20%, em caso de reiteração.”* (fls.216).

Em seguida, a impetrante apresentou agravo regimental (fls.220/230), o que motivou a prolação da decisão de fls. 232 pela autoridade impetrada, a qual, entendendo pela reincidência na interposição de recurso em razão de erro grosseiro ou manifesto propósito protelatório, aplicou multa de 20% sobre o valor da causa, indeferindo seu processamento, sob o fundamento de que se tratava de decisão ordinatória.

Na espécie em análise, a questão relevante a ser dirimida é se a decisão do relator que concedeu efeito suspensivo ao apelo interposto seria passível de recurso, no caso, através de agravo regimental.

Neste sentido dispõe o art. 253 do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça:

*“Salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte.”*

Na hipótese, tal ocorre, porquanto a parte pretende a revogação do efeito suspensivo concedido à apelação, além do que houve a imposição de sanção, questões que, logicamente, são relevantes, causando-lhe gravame, não tendo a r. decisão monocrática caráter meramente ordinatório, mas decisório.

Destarte, a r. decisão monocrática do digno relator deverá ser submetida à colenda Turma Julgadora, consoante o previsto nos arts. 253 e seguintes Regimento Interno desta Corte.

Isto posto, concedem em parte a ordem, a fim de que o agravo regimental (fls.220/230) seja regularmente processado para julgamento pela C. Turma Julgadora, prejudicado o agravo regimental de fls. 254/258, apresentado contra a decisão deste relator (fls. 240).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0140624-85.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SERIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAL PROMOCIONAL LTDA., é impetrado EXMO. SR. DES. RELATOR DA 37ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

**ACORDAM**, em 19º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram a segurança. V. U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.308)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente), MAURY BOTTESINI, MAURO CONTI MACHADO, SERGIO GOMES, SPENCER ALMEIDA FERREIRA E FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

### **Ementa: Mandado de Segurança.**

**Conversão de recurso de agravo de instrumento em agravo retido - Declaração de preclusão de ouvida de testemunhas pela ora impetrante - Inexistência de direito líquido e certo a ser protegido por meio**

**de mandado de segurança - Conversão que não torna preclusa a discussão sobre o cabimento e necessidade da prova, o que afasta, ao menos por ora, a caracterização de cerceamento de defesa - Matéria que pode ser conhecida pela Colenda Superior Instância caso reiterada em sede de eventual apelação - Descabimento da utilização da estreita via do mandado de segurança para defesa dos direitos que afirma possuir a impetrante.**

**Denega-se a segurança.**

## VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Serix Indústria e Comércio de Material Promocional Ltda. contra ato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Dimas Carneiro, integrante da Colenda 37ª Câmara de Direito Privado, que, por R. Decisão monocrática, converteu em retido agravo de instrumento interposto pela ora impetrante contra decisão do MM. Juízo “a quo” que declarou a preclusão para arrolamento de testemunhas e designou audiência de instrução.

Indeferida a liminar (fls. 450/451), foram prestadas as informações de fls. 469/471.

A Douta. Procuradoria de Justiça recusou parecer (fls. 447/448).

É o relatório.

2. A denegação da segurança é de rigor.

Consoante ensina o mestre Hely Lopes Meirelles,

*“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”* (cf. *“Mandado de Segurança e Ação Popular”*, 13ª ed., RT, 1988, p. 14).

A conversão do recurso de agravo de instrumento em agravo retido, na forma prevista no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, não fere direito líquido e certo da impetrante, até porque a discussão da eventual necessidade da prova não se encontra preclusa.

A matéria cujo conhecimento pretendia a agravante, ora impetrante (cabimento e necessidade da prova, sob pena de cerceamento de defesa) pode ser conhecida caso reiterada em caso de eventual apelação, não importando a

conversão determinada em decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Ademais, é forçoso lembrar ser o juiz de primeiro grau o primeiro destinatário da prova, podendo, na forma do artigo 130 do Código de Processo Civil decidir sobre a produção das provas requeridas pelas partes, afastando aquelas que se mostrarem inúteis ou desnecessárias, sem que isso em tese implique de plano em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Anote-se, por oportuno, que, quando do julgamento de eventual recurso de apelação, poderá ser a matéria novamente analisada por esta Colenda Superior Instância, o que, repita-se, demonstra não existir risco de dano pela conversão determinada ou direito líquido e certo a ser protegido por meio do presente “writ”.

Custas pela impetrante, não havendo condenação em verba honorária.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, denego a segurança.

## Ações Rescisórias

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0049786-33.2011.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é autor GUARACY SILVERIO DE SANT’ANA, é réu HORSEBACK INVESTMENT CORPORATION (REPRESENTADA NO BRASIL POR MARIA CRISTINA PEDROSO AMBROZINO).

**ACORDAM**, em 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram improcedente a ação rescisória. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3997)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente sem voto), CESAR MECCHI MORALES, SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, JOSÉ MARCOS MARRONE, PAULO ROBERTO DE SANTANA, ERSON DE OLIVEIRA E J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 7 de agosto de 2013.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - ACÓRDÃO - Arguição de irregularidade da representação**

processual da ré - Inocorrência - Procuração outorgada por instrumento público, lavrada no Panamá, com outorga dos poderes “ad judicium et extra” - Instrumento traduzido por tradutor público juramentado, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Civil - Substabelecimento outorgado à advogada que subscreveu a contestação - Irregularidade da representação inexistente - Preliminar rejeitada.

**AÇÃO RESCISÓRIA** - Alegação de dolo da parte vencedora, em detrimento da parte vencida - Vício não demonstrado - Argumentos aduzidos pelo autor que não influíram nas conclusões expostas no acórdão rescindendo, o qual apenas reconheceu a nulidade da arrematação em razão de dois vícios: primeiro o de que o arrematante foi o próprio depositário do bem, o que era vedado pela lei então vigente à época (inciso III do § 1º do artigo 690 do CPC, revogado somente em 2006, pela Lei 11.382); segundo, o preço vil do lance.

**AÇÃO RESCISÓRIA** - Alegação de ofensa à coisa julgada - Inocorrência - O acórdão rescindendo não tratou de fraude de execução, para a qual a argumentação da autora foi voltada, mas apenas reconheceu vícios na arrematação que acarretaram a sua anulação - A matéria decidida no acórdão rescindendo nunca foi objeto de outra decisão judicial anteriormente proferida.

**AÇÃO RESCISÓRIA** - Embargos à arrematação opostos por terceiro - Alegação de violação ao art. 746, do CPC - Inocorrência - Dispositivo legal que não prevê a legitimidade exclusiva do executado para opor embargos à arrematação - Reconhecimento da legitimidade concorrente do terceiro, adquirente do bem penhorado, cuja venda foi declarada ineficaz, por fraude de execução - Tese que não viola o art. 746, do Código de Processo Civil.

**AÇÃO RESCISÓRIA** - Alegação de erro de fato - Inocorrência - Imóvel arrematado pelo próprio depositário - Infringência ao art. 690, § 1º, inciso III, do CPC, vigente à época da arrematação -

**Alegação do autor de que o encargo de depositário era exercido pelo seu antigo advogado, em nome próprio - Descabimento - O credor, representado por seu procurador, foi expressamente nomeado depositário do imóvel, por força da decisão judicial que reconheceu a ineficácia da venda, em razão de fraude de execução - Erro de fato inexistente.**

**AÇÃO RESCISÓRIA - Alegação de que o preço da arrematação não foi vil, tal como proclamou o acórdão rescindendo - Entendimento adotado pela Turma Julgadora, que considerou vil o preço correspondente a 46,68% do valor venal do imóvel - Inexistência de violação a disposição da lei - Inocorrência de erro de fato - Tese adotada pelo Órgão Colegiado que não se reveste de ilegalidade e tampouco configura causa legal de ação rescisória.**

**AÇÃO RESCISÓRIA - Não se presta a apreciar a justiça ou a injustiça da decisão rescindenda - Precedente do STJ - Impossibilidade de ser utilizada como sucedâneo de recurso - Inocorrência das hipóteses previstas no art. 485 do CPC - Ação improcedente.**

**SUCUMBÊNCIA - Ônus carreado ao autor, parte vencida na demanda - Art. 20 do CPC - Verba honorária advocatícia fixada em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC, levando em conta as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 3º do referido artigo, valor este corrigido a partir da data do acórdão.**

**AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.**

## VOTO

**GUARACY SILVÉRIO DE SANT’ANNA** propôs a presente ação rescisória contra **HORSEBACK INVESTMENT CORPORATION**, em face do venerando acórdão da 23ª Câmara de Direito Privado, cuja cópia se encontra a fls. 148/150, que deu provimento a recurso de apelação para julgar procedentes os embargos e anular a arrematação de imóvel.

O autor alegou dolo da parte vencedora; ofensa à coisa julgada; violação a literal disposição de lei e erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (artigo 485, incisos IV, V e IX, do Código de Processo Civil).

Afirmou que a ré era uma empresa de “fachada”, cuja existência era meramente virtual, sem patrimônio, que foi constituída apenas 45 dias antes do vencimento da dívida exequenda, sem comprovação de ingresso de divisas junto ao Banco Central do Brasil, de modo a justificar a aquisição do imóvel objeto desta ação.

Disse, ainda, que, por mais de um ano após a suposta aquisição do imóvel em litígio pela ré, os alugueres continuavam sendo creditados na conta corrente da executada Shirlei Cardoso de Araújo, razão pela qual foi declarada a ineficácia da fictícia compra e venda por manifesta tentativa de fraude à execução. Em consequência, foi determinado o cancelamento do registro da alienação do imóvel para ora ré.

Acrescentou que, até os dias atuais, o referido imóvel continuava cadastrado junto à Prefeitura de Santo André em nome dos vendedores e não no nome da ré.

Alegou que a ré ingressou nos autos com uma “manifestação à arrematação”, juntando cópia extemporânea de carnê de IPTU, manifestação esta que foi acolhida pelo Desembargador Rizzatto Nunes, que ignorou também o fato de não ter sido recolhida, em primeira instância, a taxa judiciária relativa à oposição de embargos.

O autor alegou que o v. acórdão rescindendo, reconheceu a legitimidade ativa da embargante, não obstante a fraude de execução anteriormente reconhecida.

Procurou demonstrar ter ocorrido ofensa à decisão proferida pelo Juízo deprecante, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não sendo admissível a reapreciação da questão relativa à legitimidade da ré para embargar a arrematação do imóvel.

Insistiu na violação ao artigo 746, do Código de Processo Civil, que faculta somente ao devedor executado opor embargos à arrematação, nunca ao terceiro.

O autor alegou ainda a inexistência de preço vil na arrematação questionada, pois correspondeu a 74,90% do valor de mercado do imóvel, apurado pelo perito.

Ressaltou, ainda, que o arrematante, autor desta ação rescisória, jamais exerceu a função de depositário deste bem, pois este encargo, na verdade, foi assumido por seu antigo advogado, em nome próprio, por mera liberalidade.

Requeru, então, a procedência da presente ação rescisória para o fim de rescindir o v. acórdão hostilizado para restauração e manutenção da r. sentença reformada, além da condenação da ré ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência. Postulou, também, a antecipação da tutela.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 384.288,50 (trezentos e oitenta e quatro

mil, duzentos e oitenta e oito reais e cinquenta centavos).

Juntou os documentos de fls. 40/1856.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pela decisão proferida a fls. 1.858/1859, contra a qual foi interposto agravo de instrumento, que não foi conhecido pelo v. acórdão de fls. 2.404/2.407.

A ré contestou a ação (fls. 2.370/2.378), alegando que era uma companhia “*offshore*”, regularmente constituída e situada no exterior.

Sustentou a sua legitimidade para opor embargos à arrematação, tendo em vista a sua condição de possuidora do imóvel arrematado, já que é locadora deste bem. Acrescentou que, se tem legitimidade para opor embargos de terceiro, também o tem para opor embargos à arrematação.

Sustentou que, não obstante o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a fraude de execução, a hipoteca outorgada em garantia jamais foi registrada pelo autor.

O v. acórdão rescindendo deve ser mantido por seus próprios fundamentos, quais sejam: o arrematante foi o próprio depositário do bem, o que era vedado pela Lei então vigente no ano de 2004; lanço vil e ainda que o valor da avaliação deveria ter sido atualizado, conforme constou do próprio edital o que não ocorreu.

Requeru, afinal, a improcedência desta ação rescisória, com a condenação do autor ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência.

O autor apresentou réplica a fls. 2.385/2.400.

Em seguida, as partes foram instadas a especificar provas (fls. 2.413), mas apenas o autor se manifestou, requerendo o julgamento antecipado da lide (fls. 2.416).

Finalmente, o autor juntou diversos julgados, visando demonstrar a sua tese (fls. 2.428/2.440).

### **É o relatório.**

Inicialmente, cumpre observar que o autor, no item 3 da sua réplica à contestação (fls. 2388), arguiu irregularidade na procuração outorgada pela ré, representada pela Sra. Maria Cristina P. Ambrozino (fls. 2.365), sustentando a necessidade de apresentação da ata na qual foi eleita representante da empresa.

Disse, ainda, que a Sra. Maria Cristina, conquanto tenha se qualificado como advogada, não está inscrita em nenhuma das Seccionais da OAB em todo o País.

Entretanto, a Senhora Maria Cristina Pedroso Ambrosino foi constituída procuradora da empresa ré, recebendo poderes para representá-la, com a cláusula “*ad judicium et extra*” (item 9º), por força do instrumento de mandato cuja cópia foi juntada a fls. 58/63, lavrada no Panamá. O referido instrumento

foi traduzido por tradutor público juramentado, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Civil.

A referida representante, por sua vez, outorgou poderes “ad judicium” à advogada, Dra. Luciane Brandão (fls. 2.365), que subscreveu a contestação de fls. 2.370/2.378.

Nestas condições, a ré está devidamente representada em Juízo, de conformidade com o artigo 12, inciso VIII, do Código de Processo Civil, inexistindo o defeito de representação processual apontado.

De resto, as hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 485. “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

No caso vertente, a presente ação rescisória foi fundada nos incisos III (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei); IV (ofensa à coisa julgada); V (violação a literal disposição de lei) e IX (erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa) do referido artigo 485 do Código de Processo Civil.

O v. acórdão rescindendo foi proferido nos seguintes termos:

“Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 42, cujo relatório se adota, que julgou extinto os embargos à arrematação, por ilegitimidade ativa da embargante.

Apela esta (fls. 44/56) arguindo, preliminarmente, que como teve bem particular seu arrematado tem legitimidade para opor os presentes embargos. No mérito, afirma que o terceiro de boa-fé não pode ser penalizado com a decretação de fraude à execução. Ademais, alega ser patente a ilegitimidade do arrematante para praticar o ato da arrematação e, ainda, que não houve intimação pessoal do executado. Por fim, afirma falta de formalidade no edital e ocorrência de preço vil.

Recurso preparado (fls. 57/58/97/98) e respondido às fls. 65/71.

É o relatório.

Trata-se de embargos à arrematação opostos por Horseback Investment Corporation nos autos da execução promovida por Guaracy Silvério de Sant’ana, com os elementos descritos à s fls. 42.

Os embargos foram extintos por ilegitimidade ativa da parte, mas em equívoco.

Com efeito, a embargante é parte legítima para opor embargos à arrematação, pelos seguintes motivos.

Trata a ação principal de execução embasada em escritura de confissão de dívida com garantia hipotecária não registrada, figurando como devedores Oswaldo Ferreira de Araújo e Shirlei Cardoso de Araújo e como credor Guaracy Silvério de Sant’ana.

Os executados devedores foram citados aos 01.11.98 e 07.12.98, quando indicaram à penhora o bem imóvel sito na cidade de Santo André, no estado de São Paulo, consistente no prédio nº 254 da Avenida Dom Pedro I e respectivo terreno. A penhora não foi registrada na matrícula imobiliária.

No dia 29.01.99, os referidos devedores venderam o bem à embargante, conforme escritura de compra e venda com pacto de retrovenda, já juntada aos autos, registrada aos 09.02.99, sob matrícula nº 50.216, Livro 2 do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Santo André.

Ora, apesar de ter sido reconhecida a ineficácia da transação em relação à embargante, evidentemente esta é legítima adquirente do bem penhorado e, como tal, uma vez levado à praça, pode interpor os recursos e as ações que entender necessárias. Aliás, bastava que a dívida fosse remida para que a embargante adquirisse a plenitude da propriedade do bem. E, ela própria poderia quitar a dívida.

Reconhecida, pois a legitimidade ativa da embargante e preenchidos

os requisitos do artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, passa-se ao exame de mérito e, neste, também tem razão a embargante.

Para que a arrematação de um bem imóvel seja feita, há que se cumprir rigorosamente o rito processual e as determinações legais.

*In casu*, há dois vícios graves a determinar a nulidade da alienação judicial.

Primeiro o de que o arrematante foi o próprio depositário do bem, o que estava vedado pela lei então vigente à época (inciso II do § 1º do artigo 690 do Código de Processo Civil, revogado somente em 2006, pela Lei 11.382).

Segundo o do preço do lance que foi vil.

O arrematante comprovou que o valor venal do imóvel em 2004 era de R\$ 498.248,76, valor este não impugnado. Logo, a arrematação feita no lance de R\$ 232.590,36 implica no correspondente a 46,68% daquele valor. E, se for considerado que os imóveis sempre têm preço de mercado superior a seu valor venal, o lance atingirá percentual menor ainda.

Não resta, pois, dúvida de que a arrematação se deu fora dos parâmetros legais.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos supra, para julgar procedentes os embargos e anular a arrematação.

As custas e despesas processuais devidas ficam a cargo do arrematante, que também pagará honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fundamento no § 4º do artigo 20 do Código de processo Civil” (fls. 148/150).

Da leitura do aresto supra mencionado, verifica-se que a Colenda Turma Julgadora reconheceu a legitimidade da embargante para opor os embargos à arrematação, na condição de adquirente do bem penhorado, e, com fundamento no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, deu provimento ao recurso de apelação para julgar procedentes os embargos à arrematação, em razão de dois vícios graves: primeiro o de que o arrematante foi o próprio depositário do bem, o que era vedado pela lei então vigente à época (inciso II do § 1º do artigo 690 do Código de Processo Civil, revogado somente em 2006, pela Lei 11.382); segundo, o preço vil do lance.

Com relação ao primeiro fundamento invocado pelo autor, qual seja, dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, previsto no inciso III, do artigo 485 do Código de Processo Civil, tal vício não foi demonstrado.

Com efeito, conforme comentários dos eminentes Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “o dolo rescisório consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC 17, de ardis, maquinações e

atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade (Rizzi. *Ação resc.*, 74/75). A utilização do processo pelas partes com o fim de fraudar a lei (CPC 129) também é o caso de rescisão da sentença” (Código de Processo Civil Comentado, editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, página 812).

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCISO III DO ART. 485 DO CPC. DOLO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCISO V DO ART. 485 DO CPC. LITERAL OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI. VIOLAÇÃO DIRETA E ABERRANTE NÃO CONFIGURADA. INCISO IX DO ART. 485 DO CPC. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA. DESCABIMENTO NA VIA DA RESCISÓRIA”.**

1. “É pressuposto do dolo processual, a ensejar o ajuizamento da ação rescisória com base no inciso III do art. 485 do CPC, a demonstração da má-fé na conduta da parte vencedora, tal como previsto no art. 17 do Diploma Processual, ou seja, deveria o Autor comprovar a utilização de expedientes e artifícios maliciosos capazes de influenciar o juízo dos magistrados, o que não ocorreu na hipótese.

2. É pacífico na jurisprudência e na doutrina que a ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, aberrante, observada *primo oculi*, não a configurando aquela que demandaria, inclusive, o reexame das provas da ação originária.

3. O erro de fato, capaz de justificar o ajuizamento da ação rescisória, nos termos dos §§ 1º e 2º do inciso IX do art. 485 do CPC, somente se configura quando o decisum rescindendo tenha admitido como fundamento um fato inexistente, ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido; sendo indispensável que, em qualquer hipótese, não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato.

4. A via rescisória não é adequada para a aferição da existência de injustiça do decisum rescindendo, tampouco para corrigir interpretação equivocada dos fatos, reexaminar ou complementar as provas produzidas no processo originário.

5. Recurso especial conhecido e desprovido” (REsp 653613 / DF - Recurso Especial 2004/0060182-4 - Relatora: Ministra LAURITA VAZ

- Quinta Turma - Data do Julgamento: 26/05/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 15/06/2009).

No caso vertente, nos itens 5º, 6º e 7º da petição inicial (fls. 20/21), o autor alegou que a ré era uma “empresa de fachada”, de existência meramente virtual, desprovida de patrimônio e de recursos financeiros para adquirir o imóvel em questão.

Disse, também, que, por mais de um ano após a suposta aquisição do imóvel em litígio pela ré, os alugueres continuavam sendo creditados na conta corrente da executada Shirlei Cardoso de Araújo, razão pela qual foi declarada a ineficácia da fictícia compra e venda por manifesta fraude de execução.

Asseverou, ainda, que a ré, em nenhum momento, impugnou o laudo de avaliação e, apenas, protocolou uma “manifestação à arrematação”, ao invés de opor embargos, deixando de recolher a respectiva taxa judiciária.

Entretanto, nenhum destes argumentos influiu nos fundamentos expostos no aresto rescindendo, que apenas reconheceu a nulidade da arrematação em razão dos indigitados vícios.

Ressalte-se que, o acórdão em questão não tratou de fraude de execução, para a qual a argumentação da autora foi voltada, mas apenas reconheceu vícios na arrematação que acarretaram a sua anulação.

Assim, afasta-se a alegação de dolo da parte vencedora, prevista no inciso III do citado artigo 485 do Código de Processo Civil, pois os fatos alegados pelo autor não tiveram qualquer relevância para o referido acórdão.

O autor apontou, também, ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do Código de Processo Civil). Mas, o seu argumento é equivocado, porquanto, conforme já foi dito, o acórdão rescindendo limitou-se a reconhecer a legitimidade da embargante para opor os embargos à arrematação, e os mencionados vícios que causaram a sua nulidade, questões estas que nunca foram objeto de decisão anterior transitada em julgado.

Conforme já foi dito, o acórdão, cuja rescisão foi pleiteada, não afastou a fraude de execução anteriormente reconhecida. Ao revés, reconheceu-a expressamente, no seguinte tópico:

“Ora, apesar de ter sido reconhecida a ineficácia da transação em relação à embargante, evidentemente esta é legítima adquirente do bem penhorado e, como tal, uma vez levado à praça, pode interpor os recursos e as ações que entender necessárias” (fls. 149).

Ressalte-se que o v. acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela ré, manteve o reconhecimento da fraude à execução (fls. 102/111), mas nada deliberou a respeito da legitimidade da ré para opor embargos à arrematação. A mesma situação ocorreu com o v. acórdão que julgou improcedente a ação rescisória

anteriormente intentada pela ré (fls. 116/118), que não afastou a possibilidade e a sua legitimidade para opor embargos à arrematação.

Por conseguinte, não ocorreu violação à coisa julgada, porquanto a matéria decidida no acórdão rescindendo nunca foi objeto de outra decisão judicial anteriormente proferida.

O autor apontou, também, violação ao artigo 746, do Código de Processo Civil, que faculta ao devedor executado opor embargos à arrematação, nunca a terceiros.

Entretanto, de conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “o cabimento da ação rescisória, com base no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, reclama que a interpretação apresentada pela decisão rescindenda seja de tal forma afrontosa ao ordenamento jurídico que maltrate o preceito legal em sua literalidade” (AgRg no REsp 1332603 / SP - Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0139031-7 - Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Quarta Turma - Data do Julgamento: 21/03/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 02/04/2013).

No caso vertente, a Turma Julgadora da Colenda 23ª Câmara de Direito Privado não negou vigência ao citado artigo 746 do Código de Processo Civil, pois este dispositivo não prevê a legitimidade exclusiva do executado para oferecer embargos à arrematação. No aresto rescindendo, foi reconhecida a legitimidade concorrente da embargante, na condição de adquirente do bem penhorado “e, como tal, uma vez levado à praça, pode interpor os recursos e as ações que entender necessárias. Aliás, bastava que a dívida fosse remida para que a embargante adquirisse a plenitude da propriedade do bem. E, ela própria poderia quitar a dívida” (fls. 149).

Nestas condições, não havendo previsão legal de legitimidade exclusiva do executado para o oferecimento de embargos à arrematação, evidentemente, o acórdão rescindendo não violou a lei.

O autor alegou, também, erro de fato, argumentando que nunca exerceu o encargo de depositário do bem penhorado, função que foi exercida pelo seu antigo advogado, em nome próprio.

Ocorre que, conforme constou do auto do segundo leilão e arrematação, cuja cópia se encontra a fls. 282, o arrematante do imóvel penhorado foi o autor, representando, na ocasião, por seu advogado Dr. Paulo Sergio Biamino.

Cumprir observar que, na r. decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Jacarezinho, Estado do Paraná, cuja cópia foi juntada a fls. 566/569, que reconheceu a ineficácia da venda do imóvel perante o credor, em razão de fraude de execução, e determinou a penhora sobre o aludido bem, foi expressamente nomeado, como depositário deste imóvel, o credor, representado por seu procurador (fls. 569). Em cumprimento a esta decisão, foi lavrado o

auto de penhora do aludido imóvel, no qual foi nomeado, como depositário, o representante do autor, Dr. Paulo Sérgio Biamino (fls. 612).

Contudo, o Dr. Paulo não agiu em nome próprio, mas na condição de representante do credor, seu cliente, consoante constou expressamente da referida decisão xerocopiada a fls. 566/569.

Por tais razões, não houve o alegado erro de fato no acórdão rescindendo.

Finalmente, o autor sustentou a inexistência de preço vil na arrematação em questão, porque fundada no valor da efetiva avaliação do imóvel.

Tal questão foi analisada no v. acórdão rescindendo, nos seguintes tópicos:

“O arrematante comprovou que o valor venal do imóvel em 2004 era de R\$ 498.248,76, valor este não impugnado. Logo, a arrematação feita no lance de R\$ 232.590,36 implica no correspondente a 46,68% daquele valor. E, se for considerado que os imóveis sempre têm preço de mercado superior a seu valor venal, o lance atingirá percentual menor ainda.

Não resta, pois, dúvida de que a arrematação se deu fora dos parâmetros legais” (fls. 150).

Tal conclusão da douta Turma Julgadora não violou disposição da lei e tampouco foi fundada em erro de fato, de modo a justificar a rescisão do aresto em questão.

Trata-se, na verdade, de entendimento adotado pelo Órgão Colegiado, que considerou vil o preço correspondente a 46,68% do valor venal do imóvel. Esta orientação não se reveste de ilegalidade e tampouco configura causa legal de ação rescisória.

Conforme decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “a ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar a justiça ou a injustiça da decisão rescindenda” (AR 3052 / CE - Ação Rescisória 2004/0022995-5 Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Revisor: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento: 24/04/2013 - Data da Publicação/Fonte: DJe 07/05/2013).

Na espécie, o v. acórdão que o autor pretende rescindir observou o devido processo legal, sendo a presente ação rescisória fruto do inconformismo do autor com o resultado do julgamento, o que é incabível.

A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso.

Impõe-se, destarte, a manutenção do v. acórdão de fls. 148/150.

Finalmente, nos termos do artigo 494 do Código de Processo Civil, (...) “declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20”. No caso vertente, diante da improcedência da presente ação, o valor depositado pelo autor a fls. 45,

em cumprimento ao artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil, reverte a favor da ré, de conformidade com o citado artigo 494, do referido Estatuto Processual Civil.

Ante o exposto, e o que mais dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente ação rescisória proposta por **GUARACY SILVÉRIO DE SANT'ANNA** contra **HORSEBACK INVESTMENT CORPORATION**. Em razão da sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, levando em conta as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 3º do referido artigo, valor este corrigido a partir da data deste acórdão. Após o trânsito em julgado desta decisão, fica autorizado o levantamento, pela ré, do depósito cuja guia se encontra a fls. 45.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0253233-11.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor BANCO SANTANDER BRASIL S/A, são réus LUIS CARLOS BOKOR e FATIMA ANGELICA KOPTCHINSK BOKOR.

**ACORDAM**, em 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Indeferiram a inicial, extinguindo-se o feito, sem resolução de mérito, nos moldes do artigo 267, inciso I, do CPC. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 14.333**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente), SALLES VIEIRA, SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, JOSÉ MARCOS MARRONE, PAULO ROBERTO DE SANTANA E PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 7 de agosto de 2013.

SÉRGIO RUI, Relator

**Ementa: Ação rescisória cumulada com pedido liminar de suspensão do cumprimento de sentença. Pretensão à rescisão de V. Acórdão trânsito em julgado sob os auspícios do artigo 485, incisos IV, V e IX, do CPC. Descabimento. Hipótese avessa aos dispositivos elencados no diploma processual civil. Em que pese o inconformismo carece de lastro a argumentação**

**deduzida mormente por se tratar de rediscussão da matéria anteriormente agitada. Extinção do feito, sem resolução do mérito, nos moldes do artigo 267, incisos I e VI, do CPC.**

## VOTO

Trata-se de ação rescisória visando desconstituir V. Acórdão trânsito em julgado proferido nos autos do agravo de instrumento tirado de decisão interlocutória que indeferiu pleito de nulidade da execução promovida pelo Banco Santander Brasil S/A em face de Luis Carlos Bokor e Fátima Angélica Koptchinsk Bokor.

Alega o autor - em apertada síntese - que o venerando Acórdão de fls. 1938/1942 ofendeu a coisa julgada, violou dispositivos de lei bem como se firmou em erro de fato, à luz dos incisos IV, V e IX do diploma processual civil.

Advoga-se afronta ao preceito constitucional do devido processo legal e pugna-se pela concessão liminar do direito para suspensão do cumprimento de sentença.

Pleiteia-se, ainda, concessão de prazo de 05 dias para realização do depósito de 5%, nos moldes elencados no artigo 488, inciso II, do CPC.

É o relatório.

A petição inicial não inspira adequação e sequer colhe complacência.

Inferre-se dos autos o aperfeiçoamento de celebração de contrato de compra e venda de imóvel com garantia hipotecária firmado entre os litigantes em 15/12/1994 - fls. 59/64.

Deu-se ajuizamento de ação revisional pelos réus em 20/08/1998 e três medidas cautelares, que colheram decreto de improcedência pelo juízo monocrático - fls. 241/246.

Operada a inadimplência, a instituição bancária propôs ação de execução extrajudicial com fulcro no Decreto-Lei 70/66 e, em 22/05/1997, procedeu-se à arrematação do bem **sub judice** por terceiros.

Decisão colegiada proferida pela Colenda 23ª Câmara de Direito Privado julgou procedente em parte a apelação interposta na revisional para dela expurgar a capitalização de juros ante a incidência da Tabela **Price**, limitar os juros a 10% a.a e reconhecer a inconstitucionalidade do ato de expropriação prevista no aludido Decreto-Lei - fls.1011/1017.

De agravo de instrumento tirado de decisão denegatória de recurso especial, conferiu-se parcial provimento para afastar a limitação dos juros remuneratórios e permitir a execução extrajudicial nos termos do Decreto-Lei 70/66 - fls. 1533/1534.

Sobreveio pleito dos devedores para anulação da execução extrajudicial sob alegação de iliquidez, incerteza e inexigibilidade do título, mormente pelo afastamento da capitalização de juros - fls. 1817/1820.

Ante o indeferimento, os réus agravaram de instrumento daquela decisão e, aos 15/10/2010, deu-se provimento ao recurso, por votação unânime, para declarar a nulidade da arrematação, determinando-se a manutenção dos autores agravantes na posse do imóvel dado em garantia hipotecária e a devolução ao arrematante, pelo banco, do valor recebido acrescido de juros e correção monetária - fls. 1937/1942.

Operou-se trânsito em julgado em 02/02/2011 - fls. 1944.

A pretensão recursal almejada não se coaduna com as hipóteses elencadas no artigo 485 do CPC.

Correta a decisão atacada que entendeu que o título executivo extrajudicial não se revestia de liquidez por conta do afastamento da capitalização de juros.

Como bem destacou o Nobre Relator: **A cautelar, na qual foi reconhecida a constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, só faz coisa julgada formal (artigo 468 do Código de Processo Civil). O que importava, repita-se, era a ação revisional, na qual os autores tiveram parcial ganho de causa** - fls. 1941.

Considerando-se que o afastamento da aludida prática repercutirá no montante consolidado da dívida, impõe-se o recálculo da obrigação para apuração do efetivo saldo devedor.

Vale ressaltar, que o expurgo da capitalização de juros no caso **sub judice** tem o condão de elidir a mora, segundo posicionamento esposado pelo STJ em sede de recursos repetitivos. **“O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora”** (REsp 1061530/RS - 008/119992-4 - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Segunda Seção - J. 22/10/08).

Destarte, o título que originou a lide não se revestia de liquidez, certeza e exigibilidade.

De outra sorte, a arrematação do imóvel por terceiro se revelou prematura diante da prejudicialidade externa entre a ação revisional e a execução.

Outrossim, procedido ao cancelamento da medida, a ação de imissão de posse interposta pelos terceiros interessados restou julgada extinta e os mesmos foram compelidos a desocupar o imóvel - fls. 2714/2715.

Ademais, decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 0000453-78.2012.8.26.0000 em que figuram como agravantes os arrematantes do bem, negou provimento ao recurso consignando que lhes fora garantido o direito ao recebimento do **quantum** efetivamente gasto com a arrematação,

devidamente corrigido - fls. 2776/2779.

O brocardo jurídico - sempre atual - **dormientibus non succurrit ius** merece ser lembrado diante da inércia do autor que não se insurgiu no momento oportuno para expressar indignação contra o decreto de extinção, vale dizer, não interpôs recurso especial a teor da Súmula 86 do C. STJ.

Portanto, não se vislumbra afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

Ausente ofensa à coisa julgada, violação aos dispositivos de lei invocados ou o aventado erro de fato, enaltece-se a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 812/813 e 817:

A sentença rescindível é aquela que se pronunciou sobre o mérito e, portanto, foi acobertada pela *auctoritas rei iudicatae* (coisa julgada material). A coisa julgada apenas formal - *preclusão* - não enseja a *rescindibilidade* da sentença, porque, não sendo de mérito, não faz coisa julgada material.

“A ação rescisória é cabível quando a sentença de mérito viole *cláusulas gerais*, tais como a função social do contrato (CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170 III; CC 1228, § 1º), função social da empresa (CF 170; CC 421 c/c 981) etc.

Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato, que há entre aquela e este um nexo de causalidade” (Sidney Sanches, RT 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.”

Nessa esteira, são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“A ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, tem cabimento tão-somente quando demonstrada violação da literalidade de lei, hipótese não caracterizada na espécie, em que o acórdão decide a controvérsia com base em interpretação cabível do texto legal. O reexame da matéria fática da demanda é providência que extrapola os lindes não só do recurso especial, mas da própria rescisória. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 725579/ DF; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2005/0200280-5; Ministro FERNANDO GONÇALVES, T4 - QUARTA TURMA; j. em 12/02/2008).

“Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica” (STJ - 2ª Seção, AR 720-PR-EI, Relatora: Min. Nancy Andrichi; rejeitaram os embargos, v.u., j. em 09.10.02; DJU 17.2.03, p. 214).

“Para que erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que “Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade.” (AR nº 624/SP; Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca; j. em 23/11/98)” (AR 3.535/SP; Relator: Min. Hamilton Carvalhido; 3ª Seção; j. em 4/5/20008).

“Erro de fato, capaz de justificar o ajuizamento da ação rescisória, nos termos dos §§ 1º e 2º do inciso IX do art. 485 do CPC, somente se configura quando o “decisum” rescindendo tenha admitido como fundamento um fato inexistente, ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido; sendo indispensável que, em qualquer hipótese, não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato. A via rescisória não é adequada para aferição da existência de injustiça do decisum rescindendo, tampouco corrigir interpretações equivocadas dos fatos, reexaminar ou complementar as provas produzidas no processo originário.” (REsp 653.613/DF; Relator: Min. Laurita Vaz; 5ª Turma; j. em 26/5/2009).

Em que pese o inconformismo, carece de lastro a argumentação deduzida mormente por se tratar de rediscussão da matéria anteriormente agitada.

Cabe anotar:

**“a ação rescisória não se presta a novo exame dos fatos colhidos nos autos, a fim de reparar possível injustiça”** (AR 1198 / DF; Ação Rescisória; Relator: Min. Djaci Falcão; Órgão Julgador: Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, j. em 23/03/1988; DJ 17-06-1988).

**AGRAVO REGIMENTAL.** Interposição contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial e extinguiu a ação rescisória. Decisão monocrática que deve prevalecer, eis que busca o autor utilizar a presente ação como sucedâneo de recurso, buscando nova apreciação

da matéria, o que não pode configurar causa de rescindibilidade do pronunciamento jurisdicional. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável ao autor, não justifica o ajuizamento da ação rescisória. RECURSO. NÃO PROVIDO (Agravo Regimental nº 0179150-24.2012.8.26.0000; Barueri; 18º Grupo de Câmaras de Direito Privado; relator: Renato Rangel Desinano; j. em 25/03/2013 - in “site” do Tribunal de Justiça de São Paulo).

**ACÃO RESCISÓRIA** - Petição inicial - Alegada hipótese do inciso V do art. 485 do CPC - Ausência de qualquer afronta a literal disposição de lei - Inexistência de aberração jurídica - Incabível ação rescisória, pois constitui-se de remédio extremo, e assim não pode ser confundida como mero recurso - Indeferimento da petição inicial - Extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil (Ação rescisória nº 0025182-08.2011.8.26.0000; São Paulo; 21ª Câmara de Direito Privado; relator: Ademir Benedito; j. em 25/02/2013).

Por tais razões, pelo meu voto, indefere-se a inicial, extinguindo-se o feito, sem resolução de mérito, nos moldes do artigo 267, incisos I e VI, do CPC.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Rescisória nº 2000902-65.2013.8.26.0000, da Comarca de Valparaíso, em que é autor RAÍZEN ENERGIA S.A., é réu DORI ALIMENTOS LTDA..

**ACORDAM**, em 16º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram parcialmente procedente a petição inicial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.316)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, FRANCISCO CASCONI, RUY COPPOLA, PAULO AYROSA E KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. DECISÃO EM PROCESSO DE CONHECIMENTO QUE NEGOU CORREÇÃO MONETÁRIA AO**

**PREÇO UNITÁRIO DE SACA DE AÇÚCAR OBJETO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL NÃO HONRADO PELA VENDEDORA ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ATUAL. JUÍZO RESCINDENTE CABÍVEL POR VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI Nº 6.899/81 E ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL (LICC - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA). AÇÃO PROCEDENTE, EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO.**

*1.- Celebrado contrato de compra e venda mercantil, com novação posterior para entrega de sacas de açúcar pelo mesmo preço unitário e à vista antes da vigência do Código Civil atual, a inexecução pela vendedora ensejou demanda condenatória, observado amplo contraditório. Porém, em apelação, foi negada a esta atualização monetária do preço calcada em fundamento de nítido caráter punitivo decorrente de sua mora.*

*2.- Contudo, observada a natureza e estrutura do contrato de compra e venda mercantil, este comando decisório não pode prevalecer, por violação literal ao art. 1º da Lei nº 6.899/81 e ao princípio do enriquecimento sem causa inserido no teor da regra do art. 4º da LICC antes da vigência do Código Civil atual. Daí, a autorização legal da rescisão parcial do julgado, atinente à correção monetária, nos termos do art. 485, V, do CPC, sem interferir nos demais comandos decisórios. E o seu termo inicial é regido pelo ajuizamento da ação de conhecimento, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81.*

*3.- Havendo condenação definitiva, estando o processo em fase de cumprimento de sentença, improcede a pretensão da autora de não ser compelida ao cumprimento da obrigação de entrega antes de receber o preço atualizado, observada, porém, a ressalva de aplicação do art. 582, parágrafo único, do CPC.*

## VOTO

Cuida-se de ação rescisória de acórdão ajuizada pela empresa **RAÍZEN ENERGIA S.A.** (sucessora de “Univalem S.A. Açúcar e Alcool”, incorporada

por “FBA - Franco Brasileira S.A. Açúcar e Álcool”, incorporada pela “Cosan S.A. Açúcar e Álcool”, anterior nome da autora) em face da empresa **DORI ALIMENTOS S.A.**, com fundamento no art. 485, V, do CPC.

Tem por escopo desconstituir o V. Acórdão proferido nos autos da apelação nº 979.343.0/8 (outros números: 992.05.090026-8 ou 0090026-74.2005.8.26.0000), complementado em embargos de declaração contidos no V. Acórdão nº 979.343-1/0 (outro número: 0090026-74.2005.8.26.0000/50000), da Colenda 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), sob o fundamento de violação literal dos seguintes dispositivos legais: art. 1º da Lei nº 6.899/81; art. 191 do Cód. Comercial (CCo); arts. 1.122 e 1.126, do Código Civil de 1916 (CC/1916); e 1.092 e 1.130 do CC/1916 c.c. os arts. 466-C, 582 e 615, IV, do CPC.

Aduz a ora autora, em resumo, por sua antecessora, ter vendido à ora ré, em 25/4/2000, mediante contrato de venda e compra, 40.000 sacas de 50 kg de açúcar cristal ao preço unitário de R\$ 15,00, com IPI incluso. Restando 30.000 sacas para entrega, ajustaram-na para julho de 2001, com o mesmo valor unitário (novação). A ora ré ajuizou ação de “obrigação de fazer” na comarca de Valparaíso para execução do contrato (Processo nº 0102680-22.2001.8.26.0651). Julgada precedente, restou condenada à entrega no prazo de 15 dias, ao preço à vista de R\$ 15,00 a unidade, incluído o IPI, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00, arcando, ainda, as custas do processo e honorários advocatícios. Em sede de apelação, a C. 32ª Câmara de Direito Privado desta Corte negou provimento aos recursos interpostos pelas partes, assim como em sede de embargos de declaração opostos pela ora autora, de cujos julgamentos foram lavrados os acórdãos objeto desta rescisória, transitados em julgado em 27/11/2012.

Sustenta que os acórdãos negaram-lhe incidência de correção monetária ao preço ajustado de R\$ 15,00 pelo fundamento de ter dado causa à demora no adimplemento do contrato. Com isso, causaram o desequilíbrio para seu adimplemento, por não permitir que o pagamento a ser recebido antes da entrega da cana-de-açúcar corresponda ao ajuste firmado, caracterizando-se a efetiva quebra da comutatividade contratual. Na prática, tal decisão transitada em julgado impede-a de invocar agora a exceção do contrato não cumprido.

Ainda em relação à correção monetária, alega não se tratar de pena pela demora no cumprimento de sua obrigação de entrega, mas mera manutenção do poder aquisitivo da moeda para preservar a bilateralidade contratual. Isso por que, em relação ao preço, é credora da compradora, circunstância não considerada nos arestos.

A manutenção do julgado rescindendo, atinente à negativa da correção monetária, acarretará enriquecimento indevido da compradora, devendo ser

afastado na rescisória, por violação aos seguintes dispositivos legais: **(a)** art. 191 do CCo, por violação da comutatividade/bilateralidade do contrato mercantil de que trata; **(b)** 1.122 e 1.126 do CC/1916, comutatividade/bilateralidade do contrato de compra e venda; **(c)** 1.092 e 1.130 do CC/1916; e arts. 566-C e 582 c.c. art. 615, IV, do CPC, por impedir, na prática, a exceção do contrato não cumprido e seu manejo processual; **(d)** art. 4º da LICC, princípio geral aplicável para vedar o enriquecimento sem causa (positivado no art. 884/02 do CC/2002); **(e)** por não se aplicar os efeitos da mora, não incidem os arts. 956 e 1.056 do CC/1916; **(f)** 1.059, 1.060 e 1.061 do CC/1916, que dispõem sobre perdas e danos, as quais não justificam punição do afastamento da correção monetária pela discussão judicial do contrato.

Aduz que a negativa isolada de aplicação da Lei nº 6.899/81 na decisão rescindenda não poderia ocorrer, porque é credora do preço na relação jurídica contratual estabelecida. Com efeito, sua incidência resulta da eficácia dos dispositivos legais regentes dos contratos de compra e venda, quer mercantil, quer de natureza civil, considerada também a possibilidade de arguição da exceção do contrato não cumprido em sua etapa executiva, inclusive no âmbito processual.

Requer, assim, a procedência da ação para desconstituição dos acórdãos proferidos no julgamento do recurso de apelação, no que tange à negativa de atualização monetária do valor unitário da saca de café a partir de julho de 2001, para **(a)** ser reconhecido seu direito de que o valor de R\$ 15,00 por saca, incluso o IPI, seja corrigido monetariamente segundo o índice IGP-M/FGV ou, quando não, pelos índices da Tabela Prática do TJSP, ou ainda outro expressivo da alteração do custo de vida, tudo até o efetivo cumprimento da prestação pela ora ré; e **(b)** não ser compelida ao cumprimento da obrigação de entrega das sacas enquanto a ré não comprovar o pagamento, devidamente atualizado, como ser-lhe garantido o direito de invocar a exceção do não cumprimento do contrato; **(c)** para a hipótese de se realizar a execução da obrigação de entrega antes da decisão desta ação rescisória favorável, seja a ré condenada ao pagamento da diferença, inclusive com juros de mora, entre o valor sem correção e o valor com correção desde julho de 2001, porque, com a procedência da rescisória, restará configurado que a compradora não poderia sequer iniciar a execução sem o pagamento com correção monetária; **(d)** condenação da ré nos ônus da sucumbência e honorários advocatícios, bem como na restituição do depósito realizado para o ajuizamento desta ação rescisória (fls. 1/58).

Negada a tutela antecipada e efetuada a citação da ré, veio contestação. Nela, a ré arguiu a inépcia da petição inicial, porque apresenta conteúdo de mera rediscussão da decisão atacada, não se tipificando qualquer das hipóteses do art. 485 do CPC. No mérito, correta a decisão correspondente à comutatividade do contrato celebrado, esclarecendo que o pagamento somente ocorrerá após

a entrega das sacas. Não pode ser a autora beneficiada pela sua confessada inadimplência. Pediu, também, seja reconhecida a litigância de má-fé, por infringência aos preceitos do art. 17, IV e VI, do CPC (fls. 1.258/1.267).

A autora manifestou-se em réplica (fls. 1.291/303). Há, também, agravo regimental tirado por ela contra a decisão monocrática do relator que negou seu pedido de tutela antecipada (apenso).

### **É o relatório.**

1.-

FLÁVIO LUIZ YARSHELL, em livro específico sobre os juízos na ação rescisória, resultante de tese de livre docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, ensina:

“No contexto específico da chamada ação rescisória, de que tratam os arts. 485 e ss. do CPC, ‘rescindir’ é, ao menos em princípio, abrangente de dois momentos, que são, ou podem ser, etapas do julgamento do mérito dessa demanda: o *judicium rescindens*, em que o tribunal determina a cassação ou desconstituição do ato impugnado (se procedente o pedido), e o *judicium rescissorium*, em que se opera - se necessário - o novo julgamento da matéria...”<sup>1</sup>

Na petição inicial, a autora pediu a disposição de ambos os juízos, porém limitados à comutatividade do contrato e correção monetária.

A presente ação encontra-se apta para julgamento, sem dilação probatória (art. 330, I, c.c. art. 491, ambos do CPC), porque as questões postas são exclusivamente de direito e os fatos se encontram demonstrados nos autos da ação originária, cujas cópias essenciais foram juntadas nestes autos.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público na ação em causa, por se tratar de conflito de interesses que envolvem apenas interesses privados.

2.-

A ré arguiu a inépcia da petição inicial com o argumento de que a autora busca rediscussão da decisão definitiva transitada em julgado.

Contudo, esta matéria preliminar, no caso, confunde-se com o mérito e nele será enfrentada. A estrutura da petição inicial apresenta mais de um fundamento para adequação da decisão com a alegada violação literal a dispositivo legal. Evidentemente que, se acolhido um deles, o juízo de admissibilidade da ação rescisória estará realizado, viabilizando conhecimento de seu mérito.

Na expressa lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “...a ação rescisória será admissível desde que a ‘causa petendi’ se enquadre em qualquer das hipóteses taxativamente catalogadas no art. 485 e estejam satisfeitos todos os demais requisitos do seu legítimo exercício. O juízo positivo de admissibilidade

1 “Ação Rescisória - Juízos Rescindente e Rescisório”, Malheiros Editores, 2005, pág. 27.

*pode ser implícito: sempre que o tribunal passa ao exame do mérito, entende-se que considerou admissível a ação...*” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, Ed. Forense, 2006, págs. 206 e 190).

É o que se fará em seguida.

3.-

### 3.1.- *Decisão atacada*

Celebrado contrato mercantil de compra e venda de sacas de açúcar pelo valor unitário de R\$ 15,00, com IPI incluso, para pagamento a prazo, a antecessora da autora não o cumpriu no tempo inicial ajustado (vendedora). Feita novação, foi mantido o preço unitário, com IPI incluso, mas alterados o prazo de entrega e a forma de pagamento passou ser à vista. Seu adimplemento pela mesma deveria ter ocorrido em julho de 2001, mas a ora autora tornou-se inadimplente.

Na ação ajuizada pela compradora (ora ré), debateu-se a pretensão da ora autora de reajuste do preço para R\$ 26,00 a saca para justificar desequilíbrio contratual (valor de mercado na época do processo), porém mantido o original. Na interposição do recurso de apelação, a vendedora (ora autora) reiterou seu pleito de reajuste, com pedidos sucessivos, dentre os quais a aplicação da correção monetária do valor unitário da saca a partir de julho de 2001 até a efetiva entrega do produto.

Sobrevieram os acórdãos rescindendos (apelação e embargos de declaração). No julgamento da apelação, foi rejeitada a alegação de defasagem do preço acordado ao fundamento de que “...o alegado enriquecimento ilícito decorre de fato que somente a ela própria pode ser imputado. Destarte, tendo o suposto desequilíbrio sido criado por ato exclusivo da ré, não se presta a motivar a exceção ao princípio da obrigatoriedade dos contratos de forma a possibilitar a alteração do pactuado...” (fls. 277).

Nos embargos declaratórios, a ora autora sustentou violação ao art. 1º da Lei nº 6.899/81, que dispõe sobre a correção monetária resultante de débito por decisão judicial, na hipótese de falta da correção pedida. No julgamento, a Turma Julgadora reconheceu existência de inconformismo e pretensão infringente, com a seguinte conclusão:

“Não se ignora que a correção monetária consiste em simples índice de atualização de valor que incide em débito judicial (Lei nº 6.899/81, art. 1º), mas em benefício do credor e não do devedor que descumpriu a obrigação assumida. Não pode a embargante pretender o valor médio da saca de açúcar a preço de mercado por via oblíqua, *data vênia*, beneficiando-se de sua confessada inadimplência em detrimento do credor, pois, como dito na r. sentença, *‘em nenhum momento recusou-se a requerente ao pagamento à vista do preço do açúcar, como menciona a requerida. Ao*

*contrário, a mora ficou caracterizada mediante a ausência de resposta da requerida relativamente à data da retirada da mercadoria' fls. 107." (fls. 291/292).*

Suscitada a violação ao art. 1º da Lei nº 6.899/81 no recurso especial interposto, teve seu seguimento denegado pelo Exmº Presidente da Seção de Direito Privado desta Corte, sob o fundamento de que as “*exigências legais na solução das questões de fato e de direito da lide foram atendidas pelo acórdão ao declinar, no julgado, as premissas nas quais assentada a decisão*” (fls. 361).

Interposto agravo do despacho denegatório, o C. Superior Tribunal de Justiça (STJ), por decisão monocrática do eminente relator Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, negou provimento. Segundo ele, não se controverteu sobre a incidência da correção monetária aos débitos tratados no art. 1º da Lei nº 6.899/81, mas em relação ao direito de que assistiria à parte inadimplente de, ao cumprir tardiamente sua obrigação contratual, obter contraprestação em dinheiro não conforme aos valores originariamente contratados, e sim por montante equivalente ao que seria por uma contratação celebrada à época do efetivo cumprimento (fls. 514/516).

Negada a instância extraordinária em dois julgamentos sucessivos ainda no próprio STJ (fls. 528/530 e 603/606), com trânsito em julgado no dia 27/11/2012 (fls. 609).

Com essa situação fática, examino a pretensão rescisória.

### 3.2.- *Fundamentos*

#### 3.2.1.- *Juízo rescindente*

Questiona-se violação literal a dispositivos legais na postulação rescisória de ter sido proferida decisão judicial negando à vendedora, em contrato de compra e venda mercantil, receber o valor pactuado sem correção monetária na época da entrega da mercadoria a ser feita muito tempo depois da data inicialmente apazada, violando, assim, os preceitos legais atinentes à estrutura jurídica do aludido contrato.

Sem ordem de atualização na sentença monocrática *ex vi legis*, o tema foi suscitado no último pedido sucessivo formulado nas razões de apelação. Nesta peça, depois de sustentar ter-lhe sido imposto “congelamento” do preço, a ora autora pediu, inicialmente, a imposição do preço de mercado na data da efetiva entrega, mediante liquidação por arbitramento; em primeiro pedido sucessivo, o preço 20% menor do praticado no mercado na data da efetiva entrega; o segundo pedido sucessivo de correção monetária simples do valor nominalmente ajustado a partir de julho de 2001.

No julgamento da apelação, integrada pelos embargos declaratórios opostos em seguida, todos os pleitos foram negados pelo reconhecimento de que a defasagem foi provocada por ela própria. E sobre a alegada violação do art. 1º

da Lei nº 6.899/81, a douta Turma Julgadora concluiu não ter ocorrido, porque sua aplicação se dá em benefício do credor e não do devedor que descumpriu o contrato, ratificando o argumento de que a correção pedida se fundou em pretensão de reajuste do preço médio praticado no mercado por via oblíqua.

Conquanto respeitável esse entendimento, verifica-se que o julgamento rescindendo vetou a correção monetária do valor unitário da saca sob a premissa equivocada de que a mora na entrega não a autoriza para o valor do preço pactuado.

Sucedendo que a correção monetária de que trata a Lei nº 6.899/81 não exclui sua incidência sobre eventual crédito reconhecido em favor do demandado na ação decorrente da comutatividade do contrato de compra e venda, conforme se infere da redação do art. 1º (disposto na decisão que terá direito ao preço convencionado para a entrega). Logo, não poderia ter sido negada, ainda que por mora.

Sem embargo, está sedimentado o conceito de que a correção monetária não representa qualquer acréscimo patrimonial ao credor ou, inversamente, à própria dívida de responsabilidade do devedor. Constitui eficiente mecanismo de preservação do valor da moeda, como bem enfatizou ORLANDO GOMES:

“Importa frisar que a correção monetária nada acrescenta à dívida reclamada (ao valor devido), em nada mais consistindo do que ser um método de atualização do valor da moeda pelo qual, no caso, não se entrega a soma devida na conformidade do princípio nominalista da moeda, mas no montante revalorizado. Para calculá-la, toma-se como padrão dos valores para a prestação, não a moeda nacional, mas um índice, que funciona como medida de conta”.<sup>2</sup>

A propósito, o próprio C. STJ assim vem decidindo:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DÉBITO JUDICIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

**- A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual pode ser postulada a qualquer tempo e conhecida de ofício, o que possibilita seja debatida em embargos, por não se submeter à preclusão.**

**- A correção monetária plena é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original.**

**- Agravo não provido.”<sup>3</sup>**

2 “Questões mais recentes de direito privado: pareceres”, Ed. Saraiva, 1988, pág. 229.

3 AgRg no REsp 1309004-MG, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. em 05/02/2013, em DJe 14/02/2013, grifo em negrito meu.

Elucidativa a lição apresentada pelo eminente Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO em outro julgamento da mesma Corte<sup>4</sup>:

“A correção, reitero, não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas um *minus* que se evita. Quem paga com correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve, mantendo o valor liberatório da moeda. Quem recebe sem correção, não recebeu aquilo que por lei ou pelo contrato lhe era devido; recebeu menos do que o devido, recebeu quiçá quantia meramente simbólica de valor liberatório aviltado pela inflação”.

A aplicação da atualização monetária não se confunde com multa decorrente da mora ou sanção de outra natureza por inadimplência contratual.

Importante realçar que a compra e venda encerra obrigações para ambas as partes (contrato bilateral ou sinalagmático): ao vendedor, a entrega da coisa; ao comprador, o pagamento do preço. São obrigações inerentes à comutatividade dessa espécie de contrato (equivalência entre sacrifício e proveito, nas palavras de ORLANDO GOMES<sup>5</sup>).

No caso, a ação iniciou-se para cumprimento e execução de contrato de compra e venda mercantil de sacas de açúcar (celebrado antes da vigência do atual Código Civil). Ele é representado pelo pedido nº 1.186, no qual consta que a retirada a ser feita no depósito da vendedora seria a partir do dia 20/5/2000, e pagamento da respectiva fatura 28 dias a partir dela (fls. 91). Houve novação para entrega em julho de 2001 de 30.000 sacas, pelo mesmo preço, mas mediante pagamento à vista.

Ajuizada ação para adimplemento do contrato em 12/9/2001, foi prolatada sentença condenatória, com disposição do preço a ser pago pela compradora (ora ré), vedada depois, pelo Tribunal de Justiça, em sede recursal, sua atualização monetária com fundamento divorciado de sua razão de ser.

Com efeito, a negativa de atualização monetária abordou o tema pelo viés da mora da vendedora, com nítido caráter punitivo, negando, por consequência, sua natureza de mera recomposição do valor aquisitivo da moeda. Isso é comprovado pela rejeição da tese da ora autora (vendedora) de modificação do preço ajustado para o praticado na época da entrega ou deste, com desconto de 20%, ou seja, negativa do caráter revisional, mas deixou de avançar ao último pleito sucessivo de aplicação da correção monetária. E, instada a respeito deste, sob a ótica de violação da Lei nº 6.899/81 nos embargos de declaração, a douta Turma Julgadora refutou sua aplicação com o argumento de que se aplica apenas em proveito do credor, justificando-a como pretensão de aumento do preço latente à correção.

Tal negativa, a rigor, gerou a obrigação da ora ré de pagar muito menos

4 Resp 7.326-RJ, j. em 23/4/91, *apud* petição inicial, fls. 20.

5 “Contratos”, Ed. Forense, 8ª ed., 1981, pág. 259.

pelas sacas em relação ao preço ajustado na época. Inexoravelmente, terá ela efetivo ganho patrimonial sem causa pela discrepância alargada na relação preço-coisa. O propósito da correção monetária aplicada no Brasil consiste no instrumento adequado para coibir o enriquecimento econômico sem causa.

Há de se ter por injusto o enriquecimento não apenas quando gera uma elevação direta do patrimônio de alguém, mas também se ocorrer de forma indireta, como proveitos, majorações e acréscimos não previstos (serve de exemplo a hipótese daquele que, indevidamente, cobra juros abusivos). O que importa para caracterização do enriquecimento sem causa é a verificação de que houve elevação na disponibilidade econômica sem a correspondente sustentação legal à custa da diminuição patrimonial da outra parte.

Sensível a isso, o C. STJ reconheceu a rescindibilidade de decisão pelo fundamento da ocorrência desse enriquecimento sem causa para aplicar a correção monetária respaldada na Lei nº 6.899/81 e no princípio geral do direito que veda essa maneira de acréscimo patrimonial (art. 4º da LICC):

“Processual Civil. Ação rescisória. Cabimento. Correção monetária. Termo a quo. Incidência a partir da data em que foi procedido o indevido expurgo do índice inflacionário do mês de janeiro do ano de 1989. IPC. Plano verão. Lei n. 6.899/91. Princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem justa causa. Art. 485, inciso V, do CPC.

- A expressão ‘violar literal disposição de lei’, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito.

- A adoção de critério de correção monetária deve observar, como termo inicial, a data em que o índice oficial foi expurgado, indevidamente, qual seja, no caso concreto, o IPC, a partir do mês de janeiro do ano de 1989, e, assim, recompor o patrimônio do poupador.”<sup>6</sup>

Em seu voto, a ilustre ministra cita a doutrina de PONTES DE MIRANDA: “Quanto à ‘literal disposição de lei’, que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil não pode ser postergado: ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. Dizer-se que, ao sentenciar, invocando costume ou princípio geral de direito, o juiz, que o ofende, apenas erra ‘in procedendo’,

6 Resp nº 329.267-RS, 3ª Turma, Rel. Minª NANCY ANDRIGHI, v.u., j. em 26/8/2002, DJ 14/10/2002.

é erradíssimo. Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito ('literal'), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica.”<sup>7</sup>

Essa decisão apresentou tal fundamento porque o fato julgado ocorreu na vigência do Código Civil anterior, no qual não existia previsão expressa sobre o enriquecimento sem causa (hoje, o art. 884 do CC/2002 regula a restituição do excesso na hipótese).

Ora, tendo o negócio jurídico em julgamento ocorrido antes da vigência do Código Civil atual, e como a singela correção monetária não possui índole de modificação do patrimônio, mas mera recomposição da moeda, não tem consistência jurídica a decisão rescindenda, por violar literalmente o art. 1º da Lei nº 6.899/81 e o princípio que veda o enriquecimento sem causa inserido no art. 4º da LICC. Como consequência, deu causa à quebra da comutatividade natural da compra e venda, consistente, também nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, na equivalência das prestações aferível, de imediato, pelos contraentes<sup>8</sup>.

Não se vislumbra a quebra da força obrigatória do contratado pelas partes (violação do princípio da intangibilidade do contrato). A atualização monetária, no caso, não representa revisão material do preço contratado ou decretação judicial de sua alteração.

Merece destaque que o fundamento utilizado pelo C. STJ na negativa de admissibilidade ao recurso especial (fls. 511/513 e 528/531) não interfere no presente juízo rescindente. É que na referida negativa ficou assentada a deficiência de fundamentação para a exata compreensão recursal, por não ter havido controvérsia acerca da incidência da correção monetária sobre débito reconhecido judicialmente, “...mas por montante equivalente ao que seria uma contratação celebrada à época do efetivo cumprimento” (sic), ou seja, visar o universo do direito contratual, suas regras e princípios, em especial sobre a teoria da vedação do enriquecimento em causa, com remissão ao art. 884 do Código Civil de 2002 (fls. 515).

Não significa que esse juízo negativo tenha esgotado a jurisdição do conflito, com abrangência à perspectiva agora apresentada. Nesta ação rescisória há um *plus*, pois a causa de pedir repousa justamente na alegada violação de dispositivos legais, dentre os quais o da correção monetária e da Lei

7 “Tratado da ação rescisória”, atualizado por VILSON RODRIGUES ALVES, Campinas: ed. Bookseller, 1998, pág. 267, *apud* local citado.

8 “Curso de Direito Civil Brasileiro”, vol. 3, Ed. Saraiva, 23ª ed., 2007, pág. 82.

de Introdução ao Código Civil pela então falta de artigo de lei sobre o princípio que veda o enriquecimento sem causa, para excluir o viés punitivo atribuído à correção monetária pela inexecução inicial por uma das partes de contrato sinalagmático.

Claro está, portanto, que a solução jurídica aplicada atinente à correção monetária do preço violou literalmente o disposto no art. 1º da Lei nº 6.899/81 e o art. 4º da LICC (infringência ao princípio que impede o enriquecimento sem causa), ensejando, por isso, a procedência da ação rescisória de ataque a esta questão objeto do dispositivo do julgado transitado em julgado (art. 485, V, do CPC).

Acolhida a pretensão rescisória por esses dois fundamentos, não há que se cogitar ainda de suposta inadimplência da ora ré na execução do contrato pelo não pagamento antecipado do preço para justificar os demais dispositivos legais invocados pela ora autora, dada a falta de disponibilização das sacas de açúcar na época aprazada e título executivo firmado pelo valor original, como será reconhecido a seguir.

### 3.2.2.- *Juízo rescisório*

#### 3.2.2.1.-

Em novo julgamento da matéria, os fundamentos ora expostos permitem que o preço permanecerá o mesmo, sem juízo de sua revisão em relação ao ajustado na novação; todavia, sujeito apenas a sua correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação de conhecimento (setembro de 2001 art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81), calculada segundo a Tabela Prática do Tribunal de Justiça elaborada pelos índices do INPC, amplamente difundida e reconhecida pela jurisprudência no Estado de São Paulo e aceita sucessivamente pela ora autora em sua petição inicial.

Como visto, a solução não implica revisão do contrato - especialmente do preço, nem mesmo de maneira oblíqua -, porque o açúcar deverá ser entregue, mediante pagamento do preço ajustado à vista, porém corrigido. Apenas para exemplificar: o preço da saca de açúcar praticado pelo mercado no dia 28/6/2013 era de R\$ 45,03 (fonte: *site* <http://cepea.esalq.usp.br/acucar/>); e a atualização monetária de R\$ 15,00 a partir de setembro de 2001, segundo a Tabela Prática do TJSP, alcança R\$ 32,44 na mesma data atualizada (fonte: *site* [tjsp.jus.br](http://tjsp.jus.br)).

Observadas as peculiaridades do mercado açucareiro, a diferença entre o valor hoje praticado e o preço ajustado no caso em julgamento, devidamente atualizado, não a qualifica como mera revisão aos fundamentos e respectivo dispositivo da decisão proferida por este Tribunal no ano 2008, para fim de juízo rescisório. Os recursos posteriores no processo original com efeito suspensivo postergaram ainda mais o adimplemento desde a época ajustada para execução bilateral do contrato. Aliás, na própria petição inicial, a autora reconheceu

expressamente que “...*não está a sustentar o recebimento do valor de mercado que atualmente é de R\$ 45,29 (doc. 12), mas está a tratar de correção do valor, que, para 30/4/2013, significa R\$ 37,29 pelo IGP-MFGV (doc. 13), para manutenção da equivalência (comutatividade) ‘preço’ e ‘coisa’ em julho de 2001...*” (fls. 34).

### 3.2.2.2.-

Considerando a novação realizada e a natureza do contrato de compra e venda mercantil, com pagamento à vista, o termo inicial da correção monetária rege-se pelo disposto no parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 6.899/81 (data do ajuizamento da ação em setembro de 2001). Esta a época em que passou a ser exigida a obrigação de entrega e, logicamente, a do pagamento. Aliás, houve reconhecimento da violação desse dispositivo, devendo, assim, ser amplamente aplicado.

Igualmente, não procede a pretensão da autora em relação à impossibilidade de deflagração da execução antes de realização do pagamento pela compradora pelo preço atualizado.

Foi acionada em processo de conhecimento porque não se dispôs a cumprir sua parte no contrato na data convencionada (julho de 2001) e nem apresentou evidências de que tinha mercadoria para entrega imediata. Exerceu seu amplo direito de defesa (questionou, inclusive, o preço como fator de desequilíbrio do contrato pelo decurso do tempo, em verdadeira exceção do contrato não cumprido). Foi condenada, mas com direito reconhecido à percepção do preço “à vista” (fls. 200), encontrando-se hoje o processo em fase de cumprimento de sentença para a realização efetiva do contrato.

Nesta ação rescisória questiona a decisão sob o aspecto da violação literal de lei permissiva da correção monetária (e não do preço) e do enriquecimento sem causa da parte contrária. O objeto litigioso não possui o elastério pretendido de interferência sobre as demais questões de direito material já decididas, especialmente o reconhecimento de sua obrigação de entrega, o que implicaria em rediscussão ampla da justiça do julgamento anterior que a ordenou mediante pagamento à vista. A rediscussão é vedada em ação rescisória, segundo a doutrina e jurisprudência torrenciais.

Em decorrência, impossível o manejo, nesta rescisória, da exceção substancial do contrato não cumprido, consistente em primeiro receber o preço e, depois, entregar, com os seus consectários legais antes do início da fase executória. Isso porque, com o resultado da demanda, emergiu o título de obrigação de entrega, sobrevivendo, com ele, a coetaneidade do adimplemento do preço<sup>9</sup> (similar a contemporaneidade).

9 RAFAEL VILLAR GAGLIARDI, em “Exceção de Contrato Não Cumprido”, Ed. Saraiva, 2010, págs. 91/92.

Por ela, a ora autora poderá valer-se, agora, do disposto no art. 582, parágrafo único, do CPC:

“Art. 582 - Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe a satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.

**Parágrafo único. O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar.”** (grifo em negrito meu).

A solução torna-se correta em respeito à bilateralidade do contrato, ao ajuste de pagamento à vista na novação realizada, à decisão judicial confirmatória desta modalidade de pagamento e porque já deflagrada a fase de cumprimento da sentença. Efetuado o depósito das sacas de açúcar, a ora autora exonerar-se-á de sua obrigação; ficando autorizada a exigir o preço ajustado com correção monetária, mediante simples petição, com o que viabilizará o adimplemento do contrato de maneira coetânea.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao comentar o art. 582 do CPC, destacou o seu parágrafo único:

“Neste caso, o magistrado não autorizará ao exequente levantar o depósito ou a coisa, medidas voltadas à *satisfação* de seu crédito, ‘sem cumprir a contraprestação que lhe tocar’.”<sup>1</sup>

É evidente que, com a incidência da correção monetária sobre o preço ora determinada, na hipótese de já ter ocorrido a entrega das sacas no processo de execução em trâmite, com pagamento pelo preço original, a presente ação constituirá título executório à vendedora para receber a diferença.

### 3.3.- *Disposições finais*

Resta claro que, com a procedência da demanda rescisória, não se tipifica litigância de má-fé da autora por resistência injustificada ao andamento do processo e criação de incidente infundado.

Nítida a sucumbência mínima (art. 21, parágrafo único, do CPC), a autora tem direito ao ressarcimento das despesas processuais (taxa judiciária e outras despesas), atualizáveis a partir de cada desembolso, e seu patrono a honorários advocatícios por inteiro, nos termos do art. 20 do CPC.

Desde já, arbitro, por equidade (§ 4º), os honorários advocatícios a serem pagos pela vencida, considerando os parâmetros do § 3º, ambos do referido dispositivo. Considerando não ser a causa de elevada complexidade; o local

1 “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - Tutela Jurisdicional Executiva”, vol. 3, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2011, pág. 102.

da prestação do serviço; processo com julgamento antecipado, sem dilação probatória que demandasse outras intervenções dos causídicos e o elevado grau de zelo na causa, ficam arbitrados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), atualizáveis a partir do primeiro julgamento desta ação.

A autora faz jus à restituição do depósito feito com o ajuizamento da ação rescisória (art. 488, II, c.c. 494, primeira parte, ambos do CPC).

4.-

Pelo exposto, por meu voto, **(a) julgo procedente, em parte, a petição inicial para (a1) rescindir os venerandos acórdãos hostilizados apenas em relação à negativa de correção monetária ao preço ajustado de R\$ 15,00, com IPI incluso, a partir de julho de 2001; (a2) e, em novo julgamento, determinar sua incidência a partir de setembro de 2001, calculada segundo a Tabela Prática do TJSP, pelos índices do INPC, que acarreta título executório à ora autora neste valor, com observação atinente à execução dos demais termos dos julgados rescindendo não abrangidos por esta decisão; (b) condenar a ré ao pagamento das despesas processuais, atualizadas a partir de cada desembolso, e de honorários advocatícios ao patrono da autora no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), atualizáveis a partir do primeiro julgamento desta ação rescisória (art. 20 do CPC); (c) determinar a restituição do depósito a que alude o art. 488, II, do CPC, à autora, nos termos do art. 494 do mesmo Código, e (d) indeferir o pedido formulado pela ré de aplicação de sanções à autora por litigância de má-fé.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0132667-67.2011.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é autor BANCO DO BRASIL S/A, são réus FERNANDA DE SOUSA GAVA, EDSON LUIZ GAVA, ELISABETE GAVA DE ANDRADE, JUVENAL GAVA, GLADYS MAY FARES DE CAMPOS, ANABEL LEE FARES DE QUEIROZ, REGINA ELIANE FARES DE CARVALHO, NICOLAU FARES, NAIR DA SILVA CALVO, PEDRO ZUCON e MARIA MAFALDA PERRI MORAIS.

**ACORDAM**, em 19º Grupo de Câmaras Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8986)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente), DIMAS CARNEIRO, FERNANDO

SASTRE REDONDO, FLÁVIO CUNHA DA SILVA, JOSÉ TARCISO BERALDO, ISRAEL GÓES DOS ANJOS E PEDRO KODAMA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DO JULGADO PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO A OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DOS EXPURGOS DE POUPANÇA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NO CASO VERTENTE - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL.**

**Analisando detidamente os autos, verifica-se que ao interpor recurso de apelação a fls. 147/176, o Autor teceu considerações genéricas a respeito dos Planos Governamentais, não se insurgindo principalmente sobre a questão que agora contesta. Assim, não se pode aceitar a utilização da presente ação rescisória, tendo em vista que, implicitamente, o autor aceitou a condenação. AÇÃO RESCISÓRIA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.**

## VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por BANCO DO BRASIL S/A em face de FERNANDA DE SOUSA GAVA, EDSON LUIZ GAVA, ELISABETE GAVA DE ANDRADE, GLADYS MAY FARES DE CAMPOS, ANABEL LEE FARES DE QUEIROZ, REGINA ELIANE FARES DE CARVALHO, PEDRO ZUCON e MARIA MAFALDA PERRI MORAIS.

O Autor, em sua inicial, alega que: a) os ora Réus, ingressaram com ação de cobrança em face do ora Autor, visando ao recebimento das diferenças monetárias relativas ao plano econômico denominado “Verão”, em quinze contas poupança; b) a referida ação foi julgada totalmente procedente e transitada em julgado “em patente confronto com a atual interpretação dada à lei que instituiu o “Plano Verão”, sendo que somente fazem *jus* ao recebimento das diferenças de rendimentos as contas cuja “data de aniversário” se encontram na 1ª quinzena. Contudo, os ora Réus incluíram nos cálculos 7 (sete) contas pertencentes à segunda quinzena”; c) no caso vertente, “operou o trânsito em julgado de decisão maculada por **FRONTAL VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**, passível de ser rescindida”;

d) “não pretende o Banco furtar-se da obrigação de pagar, mas o que pretende é pagar o valor correto, isto é, somente o que se refere às contas pertencentes à primeira quinzena”; e) “a ação que originou a r. decisão objeto da presente ação deveria ter sido julgada parcialmente procedente apenas no tocante às contas de primeira quinzena e extinta sem julgamento do mérito, com relação às contas pertencentes à segunda quinzena, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil (fls. 02/15).

Às fls. 16/23 foram acostadas aos autos guia de recolhimento referente às custas judiciais e ao valor da causa.

Às fls. 512/513 foi determinado que o Autor promovesse o aditamento da inicial no tocante ao valor da causa, bem como, providenciasse o complemento das custas judiciais e da multa prevista no artigo 488, inciso II do Código de Processo Civil, sobre o valor total da execução, ou seja, R\$ 1.168.342,40.

Às fls. 706/710 foi reconsiderada a decisão de fls. 512/513 para que o Autor providenciasse o recolhimento da taxa judiciária e a multa prevista no artigo 448, II do Código de Processo Civil sobre o valor de R\$ 753.878,25, o que foi cumprido a fls. 715/717.

Ato contínuo, foi determinado a fl. 719, que o Autor promovesse o aditamento do valor da causa, de acordo com o decidido a fls. 706/710, o que foi cumprido a fl. 722, conforme decisão de fl. 741.

Às fls. 759/760 foi negada a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Às fls. 767/771 foi apresentado pelo Autor pedido de reconsideração da decisão que não deferiu a antecipação de tutela e caso a mesma não fosse reconsiderada, requereu que a petição fosse recebida como Agravo Regimental, tendo em vista que os requisitos necessários para o seu deferimento estão presentes.

Às fls. 783/792 os Réus apresentaram contrarrazões ao Agravo Regimental interposto.

Às fls. 922/940 os Réus apresentaram contestação alegando, em síntese: a) a intempestividade da presente ação; b) como o Autor não devolveu a presente questão no apelo, patente, portanto, a ocorrência de preclusão no caso em tela.

Às fls. 1067 foi determinada a manifestação do Autor, conforme o disposto nos artigos 327 e 491, ambos do Código de Processo Civil.

Às fls. 1090/1096, o Autor apresentou réplica pugnando pela procedência da ação.

É o relatório.

Por primeiro, passo a analisar a preliminar de intempestividade arguida pelos Réus.

Segundo dispõe o artigo 495 do Código de Processo Civil:

“O direito de propor ação rescisória se extingue em **2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão**”. (Grifei)

A jurisprudência majoritária é no sentido de que o termo *a quo* para o cômputo do prazo decadencial da ação rescisória é o trânsito em julgado da **última decisão da causa**, que no caso vertente, é o acórdão de fls. 311/328. Vejamos:

“(…) **O direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa** (...)” (AR 1.328/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/10/2010). Nesse mesmo sentido: AR 1.328/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/10/2010; (REsp 404.777/DF, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJU de 11.04.05). 3. Agravo regimental provido. (AgRg na AR2.785/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 17/12/2010)

**Conforme certidão de fl. 330 o v. acórdão transitou em julgado em 25/10/2010 e a presente Ação Rescisória foi proposta em 16/06/2011 (fl. 02).**

Assim, afasto a preliminar de intempestividade, tendo em vista que a ação poderia ter sido proposta até **25/10/2012**.

Por outro vértice, a presente ação rescisória deve ser extinta sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, diante da falta de interesse de agir.

Com efeito, é de se destacar que: “**A ação rescisória constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de se transformar em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.**” (RSTJ vol. 196 p. 380) (Grifei)

Vale dizer, a ação rescisória “(...) é ação desconstitutiva ou, como diz parte da doutrina, “constitutiva negativa”, na medida em que seu objeto precípua é o desfazimento de anterior coisa julgada. Ao julgar a ação rescisória, o tribunal deverá, **caso procedente o pedido de rescisão por uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil, proferir novo julgamento em substituição ao anulado, se houver pedido nesse sentido.**” (STJ; AR 3.686/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009) (Grifei)

Analisando detidamente os autos, verifica-se que a ação de cobrança sobre a qual recai a presente ação rescisória foi ajuizada pelos ora Réus em 14/03/2003, pugnando, dentre outros pedidos, pelo recebimento das diferenças monetárias

devidas e não creditadas relativas ao plano governamental denominado “Verão”.

Em 27/05/2003, a ação foi julgada procedente (fls. 132/141), para, dentre outras determinações, condenar o Banco Réu, ora Autor, ao pagamento da “correta remuneração da caderneta de poupança dos autores, da seguinte forma: “referente ao mês de janeiro/89, com correção monetária de 42,72% (quarenta e dois inteiros e setenta e dois centésimos por cento), abatendo-se o percentual já pago de 22,97 (vinte e dois inteiros e noventa e sete centésimos por cento) acrescidos dos juros capitalizados de 0,5% (meio por cento) e juros moratórios de 1 (um por cento) ao mês até 11.01.03, após essa data os juros de mora deverão ser contados nos termos do art. 406 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002)”.

Em face da citada decisão, o Autor interpôs embargos de declaração (fls. 143/145) aduzindo a ocorrência de contradição no julgado, tendo em vista que as cadernetas de poupança que possuem aniversário na segunda quinzena não fazem jus ao índice de 42,72%.

Os embargos foram **rejeitados** à fl.146.

Às fls. 147/176 foi interposto pelo ora Autor, recurso de Apelação tecendo **considerações genéricas** a respeito dos Planos Governamentais.

**IMPORTANTE RESSALTAR NESSE MOMENTO, QUE O AUTOR NÃO SE INSURGIU NO RECURSO DE APELAÇÃO SOBRE A NÃO INCIDÊNCIA DO ÍNDICE DE 42,72% SOBRE AS CADERNETAS DE POUPANÇA QUE POSSUEM DATA BASE NA 2ª QUINZENA.**

Às fls. 311/328 foi proferido acórdão, negando provimento ao recurso de apelação, por unanimidade.

Anoto que o próprio acórdão deixa clara a omissão do Autor no tocante a tal questão. Vejamos:

“Verifica-se nos extratos de 31, 34, 36, 38, 42 e 48 que as cadernetas de poupança ali indicadas possuem data base na segunda quinzena do mês o que conduziria à improcedência do pedido inaugural em relação às mesmas.

Não obstante, a matéria não pode ser reconhecida pelo órgão colegiado, pois os arts. 515, § 1º, e 516, ambos do Código de Processo Civil não autorizam.

**O efeito translativo do recurso não permite ao órgão colegiado conhecer matéria de mérito não impugnada nas razões recursais** (art. 515, § 1º, do Código de processo Civil) (REsp 493940/PR, Primeira Turma, Relator Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/05, p.124)”. (Grifei)

Em suma, **O AUTOR NÃO SE INSURGIU NA ÉPOCA OPORTUNA**

## **A RESPEITO DA CONDENAÇÃO QUE AGORA CONTESTA.**

Assim, por ser a ação rescisória modalidade processual de natureza extraordinária, não se pode aceitar sua utilização como meio de impugnação de decisão que não foi combatida por completo na época oportuna.

**É de se aplicar, portanto, o princípio “*dormientibus non succurrit jus*”.**

Nesse sentido, inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, II E V, CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. 1. O autor trouxe aos autos documentos capazes de demonstrar que não houve o decurso do prazo decadencial, por isso deve ser rejeitada a preliminar de inépcia da inicial por falta de documento essencial à propositura da ação. 2. O prazo prescricional de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, qual seja, o acórdão do STF. Precedentes. 3. O requisito de depósito previsto no art. 488, II, do CPC deve considerar o valor da causa da ação rescisória, que é o mesmo da ação principal, corrigido monetariamente. Precedentes. 4. O acórdão rescindendo foi proferido por autoridade competente, que não exorbitou suas atribuições, motivo pelo qual, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha conhecido do recurso extraordinário interposto pela parte, na mesma ocasião em que fora interposto o recurso especial, não é nula a decisão proferida por esta Corte Superior. 5. **Não cabe ação rescisória para revisão da decisão rescindenda em substituição a recurso específico, o qual deveria ter sido interposto no momento oportuno. Precedentes.** 6. Pedido rescisório improcedente. (AR 1.277/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 30/08/2011)

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - ARTIGO 485, INCISO V, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - UTILIZAÇÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO - VIOLAÇÃO LITERAL DO § 4º, DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO OCORRÊNCIA - UTILIZAÇÃO, COMO CRITÉRIO PARA O ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EM SEDE DE DECISÃO QUE JULGA PROCEDENTE EMBARGOS DE TERCEIRO, DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - **REVISÃO DA JUSTIÇA DA DECISÃO - INADMISSIBILIDADE,**

**EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Na hipótese dos autos, constata-se que, além de o Banco-recorrido ter-se valido de ação rescisória como sucedâneo de recurso não interposto no momento oportuno, o que, na compreensão desta Relatoria, já seria suficiente para inadmitir o cabimento daquela, não restou demonstrada a alegada violação literal do § 4º, do artigo 20 do Código de Processo Civil; II - Não se olvida que o ajuizamento de ação rescisória tem por pressuposto legal, simplesmente, o trânsito em julgado, seja pelo exaurimento dos recursos postos à disposição da parte sucumbente, seja pelo transcurso in albis do prazo para recorrer. Entretanto, não se pode deixar de reputar indevida a utilização da ação rescisória como sucedâneo de recurso ordinário não interposto oportunamente, sob pena de se respaldar a conduta negligente da parte, em manifesta contrariedade ao princípio geral de direito, sintetizado no brocardo jurídico ‘dormientibus non succurrit jus’ - Precedente da Segunda Seção; III - O entendimento adotado pelo Tribunal de origem, no sentido de que, quando do arbitramento dos honorários advocatícios, em sentença sem preceito de cunho condenatório, caso dos autos, é vedada a adoção de percentual sobre valor da causa, sob pena de afronta ao § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, diverge do posicionamento pacífico desta a. Corte; IV - Na esteira da jurisprudência deste Tribunal Superior, o magistrado, quando da fixação da verba honorária, em sentença sem preceito condenatório, e, portanto, amparada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pode eleger como base de cálculo tanto o valor da causa, como arbitrar valor fixo, levando em consideração o caso concreto à luz dos preceitos constantes das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do referido preceito legal; V - Eventual inconformismo quanto à quantificação do referido percentual não fora objeto, no momento oportuno, de recurso ordinário próprio, nem foi, como visto, objeto da ação rescisória, sendo certo, ainda, que eventual invocação de violação à equidade não se prestaria, também, a lastrear, data venia, a pretensão rescisória, porque não contemplada essa hipótese nos estritos limites do art. 485 do Código de Processo Civil. VI - Recurso Especial provido. (REsp 1105134/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 22/06/2010) (Grifei)**

**AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. DESCABIMENTO. A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever**

**decisão já ao abrigo da coisa julgada.** Pedido rescisório improcedente. (AR 3.219/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/02/2007, DJ 11/10/2007, p. 282) (Grifei)

**AÇÃO RESCISÓRIA** de sentença - Impugnação ao valor da causa - Acolhimento, com fixação de prazo para o complemento do depósito de que trata o art. 488, II, do CPC - Comando não atendido - Quadro impondo a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de pressuposto - **Demanda, de toda sorte, improcedente - Ação rescisória inapropriada como sucedâneo recursal e, muito menos ainda, como instrumento destinado a suprir deficiência no exercício do direito de defesa - Hipótese em que o autor desta ação rescisória, descurando do elementar princípio da eventualidade, deixou de impugnar o aspecto quantitativo do pedido formulado na ação de cobrança em face dele endereçada** - Acolhimento daquele pedido, em relação a cujo montante não havia controvérsia, não caracterizando erro de fato, ao menos por parte do sentenciante. **Processo que se julga extinto sem resolução do mérito, responsabilizado o vencido pelos encargos da sucumbência e revertendo em favor dos vencedores o depósito do art. 488, II, do CPC, aí incluída a parcela a ser complementada.** (TJSP, Ação Rescisória nº 0308791-70.2009.8.26.0000, 19ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, D.J. 12/11/2012, D.R. 11/12/2012) (Grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. **AÇÃO RESCISÓRIA.** REVISÃO DE APOSENTADORIA. SUBSTITUIÇÃO DE PROVIDÊNCIA QUE DEVERIA TER SIDO ADOTADA NO CURSO DO PROCESSO ANTERIOR. **IMPOSSIBILIDADE. MANEJO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO.** FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. 1. **É vedado o manejo da ação rescisória para substituir providência que deveria ter sido adotada no curso do processo rescindendo.** 2. A verificação da violação de dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, porquanto a ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante. O fato de o julgado haver adotado interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo da rescisória, porque não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. 3. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (Súmula 283/

STF). 4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 1.284.013/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 01.02.2012).(Grifei)

Ação rescisória de sentença - **Manifesta inadequação da ação rescisória para a situação exposta** - Processo em que proferido o julgado rescindendo decidido de plano, com base na revelia - Quadro que autorizava o pronto acolhimento do pedido em razão da presunção de veracidade oriunda da contumácia - **Ação rescisória inapropriada como sucedâneo recursal e, muito menos ainda, como instrumento destinado a suprir a falta de oportuno exercício do direito de defesa** - Causa de pedir desta rescisória limitando-se a deduzir alegações que haveriam de ter sido apresentadas na contestação do processo em que proferido o julgado rescindendo - Ausência de interesse processual. Petição inicial indeferida e julgado extinto o processo sem resolução do mérito, com base nos arts. 295, III, e 267, I, do CPC. (TJSP, Ação Rescisória nº 0119606-42.2011.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, D.J. 20/07/2011, D.R. 25/07/2011) (Grifei)

Ao julgar recentemente a Ação Rescisória nº 0489299-74.2010.8.26.0000 em 28/11/2012, o Ilustre Desembargador REBOUÇAS DE CARVALHO, integrante da 9ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, assim decidiu:

“(…) Conquanto seja conveniente à autora a propositura de ação rescisória, sob o fundamento de que seus interesses foram lesados, **não se pode, evidentemente, transformá-la em mais um recurso com a finalidade de reformar a decisão com trânsito em julgado** (AR nº 398, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda).

Conforme lapidar lição de José Carlos Barbosa Moreira, a “decisão que se afaste da jurisprudência não terá de ser vista, só por isso, como necessariamente violadora da lei, ainda que o entendimento adotado divirja de proposição constante de Súmula” (“Comentário ao CPC”, Forense, RJ, 1978, Vol. V, p. 155).

Nesse quadro, lembrando as palavras do notável Desembargador Thales do Amaral, **admitir a rescisória em casos como esses redundava em perigosa ameaça à estabilidade das relações jurídicas, bastando ao perdedor invocar violação a algum dispositivo legal ou constitucional para obter a quebra da coisa julgada, instituto que está garantido pela Carta Magna** (Cf Ação Rescisória nº 428 479-5/4- 00).” (Ação Rescisória nº 546.026-5/9 – 2º Grupo de Direito Público, j . 01.03.07, v.u., Relator Ricardo Anafe).

Ademais, em sede de ação rescisória não cabe fazer o reexame

de julgado para verificar se a tese defendida é ou não a mais adequada, embora o seja à autora.

**A ação rescisória não é nova apelação, aliás a autora por ocasião da ação principal se conformou com a decisão prolatada em primeiro grau de jurisdição, e não pode ter por escopo corrigir eventual injustiça da decisão rescindenda.(...)**” (Grifei)

Em resumo, a ação rescisória não é a via processual idônea para corrigir eventual injustiça, por não ser sucedâneo de recurso.

Assim, é de ser julgada extinta, sem resolução de mérito a presente ação rescisória, com a consequente condenação do Autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios do patrono dos Réus que ora fixo em 10% do valor da causa.

Diante da presente decisão e com base no disposto no artigo 494 do Código de Processo Civil, perderá o Autor em favor dos Réus o valor do depósito realizado na forma do artigo 488, inciso II, do mesmo diploma legal.

Em razão da presente decisão, resta prejudicada a análise do agravo regimental de fls. 767/771.

Ante o exposto, **julgo extinto o processo, sem resolução do mérito**, nos termos do art. 267, inc. VI, ambos do Código de Processo Civil.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0308505-24.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor VILA REAL FACTORING MERCANTIL LTDA, é réu SANTA HELENA PRESENTES LTDA.

**ACORDAM**, em 19º Grupo de Câmaras Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram improcedente a ação rescisória. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10486)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDUARDO SIQUEIRA (Presidente), CARLOS ABRÃO, MAURY BOTTESINI, MAIA DA ROCHA, SERGIO GOMES E DIMAS CARNEIRO.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Acórdão - Alegação de erro de fato - Artigo 485, inciso IX do Código de**

**Processo Civil.**

**NÃO OCORRÊNCIA: O erro de fato admissível para embasar a ação rescisória é aquele que efetivamente pode influir diretamente no julgamento da causa. Ausência de causalidade entre fatos arguidos pela autora e o resultado da decisão. Razões desenvolvidas que não afastam a emissão irregular da duplicata e seu protesto indevido. Alegações da autora que visam rediscutir a causa, o que é inadmissível. Documentos citados pela autora não provam a regularidade da emissão da duplicata.**

**AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.**

**VOTO**

Vistos.

Trata-se de ação rescisória movida por Vila Real Factoring Mercantil Ltda. contra Santa Helena Presentes Ltda., que objetiva a desconstituição do acórdão de fls. 112/121, que deu provimento parcial ao recurso de apelação da autora da ação originária e condenou solidariamente as rés da ação ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, e as custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

A autora pretende a rescisão do v. acórdão de fls. 112/121. Sustenta que o v. acórdão ignorou provas documentais contundentes que demonstravam a culpa exclusiva da ré da ação rescisória pelo protesto da duplicata nº 110-C. Alega que a decisão rescindenda considerou fatos existentes como inexistentes sobre as alegações das partes e que o v. acórdão pode ser rescindido porque está fundado em erro de fato. Requer a antecipação dos efeitos da tutela e a procedência da ação rescisória.

O eminente desembargador relator inicial indeferiu o pedido de antecipação de tutela e determinou a citação da outra parte (fls. 137).

Os autos vieram conclusos a este relator, ocasião em que foi determinada ciência à autora a respeito da tentativa de citação da empresa ré (fls. 148/149).

Em contestação, a empresa ré da rescisória sustenta a ausência de requisitos para a propositura da ação, porque entende que não há erro de fato que possibilite a rescisão do julgamento. No mais, rebate os argumentos da inicial e requer a improcedência da ação (fls. 157/173).

A autora da ação apresentou réplica à contestação (fls. 190/196).

A d. Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar, nos termos do parecer a fls. 200/201.

Foi comprovado o recolhimento da multa a que se refere o art. 488, inciso II do CPC (fls. 130).

### **É o relatório.**

Trata-se de ação rescisória movida por Vila Real Factoring Mercantil Ltda. contra Santa Helena Presentes Ltda., que objetiva a desconstituição do acórdão de fls. 112/121, cujo relator designado é o eminente Desembargador EDUARDO SIQUEIRA.

A decisão rescindenda foi proferida em ação declaratória de inexigibilidade de título c.c. indenização por danos morais, movida pela ré da rescisória contra duas empresas, uma delas é a autora desta ação e a outra é a Protec Instalações, Manutenção Comercial e Comércio Ltda., em razão de protesto de duplicata emitida sem causa (fls. 26/42).

A r. sentença daquele processo julgou a ação parcialmente procedente apenas para declarar a inexigibilidade do título (fls. 82/85).

Em sede de apelação, o v. acórdão deu parcial provimento ao recurso para condenar solidariamente as rés daquele processo (Villa Real e Protec) ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais e de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Ocorreu o trânsito em julgado do v. acórdão em 30.09.2011 (fls. 24).

Não prospera a pretensão da autora.

A autora sustenta erro de fato no julgamento da ação, nos termos do art. 485 do CPC:

***“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:***

***[...]***

***IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;***

***§1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.***

***§2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”***

Erro de fato é um erro de apreciação ou de percepção da prova trazida aos autos, em que o magistrado supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente.

A respeito do erro de fato, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa ensinam que são requisitos para a sua configuração: ***“i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável***

**mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato (STJ - 2ª Seção, AR 1.421, Min. Massami Uyeda, j. 26.5.10, um voto vencido, DJ 8.10.10)”** (in “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Editora Saraiva, 44ª edição, 2012, p. 605, nota art. 465:41a).

Assim, o erro de fato admissível para embasar a ação rescisória é aquele que pode influir diretamente na apreciação da causa, de modo que a sua percepção possa alterar o resultado do julgamento.

É o que ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves: **“Para que o erro de fato embase a rescisória é indispensável que mantenha nexos de causalidade com o resultado, que a sentença esteja nele fundada.”** (Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011).

Não é o que ocorre no caso em tela.

A autora alegou na inicial que o v. Acórdão deixou de considerar existentes alguns fatos que ela considera que aconteceram, tais como o fato de que a duplicata protestada e outras faziam parte da mesma nota fiscal, como o fato de que a sacada foi negligente em comunicar a irregularidade da duplicata emitida antes do protesto ocorrido e que a endossatária enviou imediatamente instrução para o banco mandatário sustar o protesto tempestivamente e a cobrança de dívida que não estava paga.

Quanto aos dois últimos fatos articulados pela autora, verifica-se que esses apontamentos constam do voto do relator que ficou vencido no julgamento da apelação (fls. 123/126). Neste ponto, a pretensão da autora da rescisória é direcionada contra o voto vencido, que não produziu efeitos jurídicos, o que prejudica a análise desses fatos.

No que tange ao voto vencedor, a autora sustenta que o v. acórdão seguiu a linha simplista ao entender que o protesto de duplicata irregularmente emitida autoriza a indenização por danos morais. Afirma que o v. acórdão ignorou o conteúdo das provas documentais.

Ocorre que não há nexos de causalidade entre os fatos arguidos pela autora da rescisória e o resultado contido no v. Acórdão rescindendo, porque ele não se lastreou nesses fatos para a conclusão do julgamento.

A alegação de que as duplicatas faziam parte da mesma nota fiscal, que a sacada foi negligente em comunicar a irregularidade da duplicata emitida antes do protesto e que a endossatária enviou instruções para o banco mandatário sustar o protesto, em nada influiria no julgamento do recurso, porque o que se apreciou foi a ocorrência do efetivo dano com o protesto indevido. Esses fatos não tinham aptidão para influir no resultado do julgamento.

Se a autora não se conformou com o resultado do julgamento, deveria ter interposto o recurso cabível no prazo legal, o que não foi feito.

Além disso, as razões desenvolvidas pela autora não afastam os fatos de que houve emissão irregular da duplicata e seu protesto indevido, sobre os quais se fundou o acórdão e legitimaram a condenação à indenização por danos morais. Ao contrário, nada mais visam do que retomar a discussão acerca da sua responsabilidade a respeito da indenização por danos morais em virtude do protesto indevido da duplicata nº 110-C emitida irregularmente.

A conduta da empresa autora e sua responsabilidade pelo dano moral já foram analisadas pelo v. acórdão transitado em julgado (fls. 117).

Logo, o que pretende a autora é a reapreciação de matéria de prova sob a alegação de erro de fato, com o objetivo de impor a interpretação das provas do modo que entende mais adequado a seus interesses, o que é vedado em sede de ação rescisória.

Saliente-se que a matéria de prova já foi analisada na ação originária e não mais pode ser revista.

Neste sentido:

***“AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO - Sentença que reconhece a prescrição da pretensão ao recebimento de honorários advocatícios - Natureza excepcional da ação rescisória - Inviabilidade da utilização da via rescindenda como sucedâneo recursal - A ação rescisória, estreita via pela qual é atacada a decisão com força de coisa julgada, deve ser resguardada aos estritos casos previstos nos incisos I a IX do artigo 485 do diploma processual - Controvérsia relativa ao marco inicial para contagem do lapso prescricional - Disposição contratual aplicada pelo Juízo de Primeiro Grau que soluciona a questão - Autor que não demonstra a alegada ofensa frontal a dispositivo de lei ou erro de fato a embasar a sentença rescindenda - Impossibilidade de reapreciação de argumentos ou da justiça da decisão - Requisito para admissibilidade da ação rescisória não observado - Ausência de interesse processual - Indeferimento da petição inicial e extinção do feito sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.”*** (AR nº 0177215-46.2012.8.26.0000, Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado).

***“AÇÃO RESCISÓRIA. Da simples leitura da peça vestibular faz concluir que a autora pretende, mediante mero inconformismo com os r. julgados, sob a alegação da ocorrência de erro de fato, a reapreciação da matéria de prova e de direito, referindo-se à prova documental produzida nos autos da ação de origem, a qual, como pode ser contemplada, foi***

*efetivamente examinada nos momentos oportunos. Inexistência de erro de fato, mas sim, efetiva apreciação, pela decisão rescindenda, da prova produzida e dos valores atribuídos ao negócio jurídico celebrado entre os demandantes. O erro de fato decorre da admissão de fato inexistente ou da não admissão de fato existente, e não quando a prova é apreciada de forma contrária à pretensão deduzida por um dos demandantes. Ação improcedente.” (AR nº 9002347-38.2009.8.26.0000, Des. Roberto Mac Cracken, 11º Grupo de Direito Privado).*

É, inclusive, o entendimento do C. STJ:

**“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. NÃO CABIMENTO. 1. É incabível ação rescisória por violação de lei (inciso V do art. 485) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos. 2. Não cabe ação rescisória para “melhor exame da prova dos autos”. Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, §§ 1º e 2º). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ - 1ª Seção, AR 3.731-AgRg, Min. Teori Albino Zavascki, d.j. 23.05.2007).**

A eventual admissão da existência dos fatos tido como inobservados também não afasta a irregularidade da emissão da duplicata em tela e o seu protesto indevido. Os documentos mencionados pela autora não provam a regularidade da emissão da duplicata.

Deste modo, o v. acórdão proferido pela 38ª Câmara de Direito Privado apreciou a matéria de prova no julgamento da questão e deve ser mantido.

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

Ante todo o exposto, **JULGA-SE IMPROCEDENTE** a ação rescisória, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, condenando-se a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados por equidade em R\$ 1.000,00 e à perda em favor da parte contrária do valor da multa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0075614-60.2013.8.26.0000, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que é autor PONTAL AGROPECUÁRIA S/A, é réu JOSÉ ORLANDO PEREIRA DA SILVA.

**ACORDAM**, em 15º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “indeferiram a inicial e julgaram extinto o processo, sem honorários e correndo as custas por conta da autora, vu.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.355)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores S. OSCAR FELTRIN (Presidente), FRANCISCO THOMAZ, ORLANDO PISTORESI, FERRAZ FELISARDO, ANDRADE NETO, SILVIA ROCHA E PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

S. OSCAR FELTRIN, Relator

**Ementa: Negado, por intempestividade, seguimento aos recursos Especial e Extraordinário, o prazo decadencial da ação rescisória (2 anos - CPC, art. 495) deve ser contado não da data em que eles não foram conhecidos, mas do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, intempestivamente recorrido.**

## VOTO

Pretende a autora, Pontal Agropecuária S.A., com fundamento no artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil, rescindir o acórdão proferido pela 30ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Lino Machado (ap. n. 992.05.043635-9 - fls. 327/333), que na ação indenizatória fundada no direito comum que lhe moveu José Orlando Pereira da Silva, condenou-a ao pagamento de R\$ 25.000,00 por danos morais e concedeu pensão mensal vitalícia de 50% do último salário, corrigido anualmente pelo dissídio da categoria, sem prejuízo dos juros moratórios, cuja decisão, segundo afirma, transitou em julgado em 19 de abril de 2011.

Para tanto, colaciona, como documentos novos “a anexa ficha de registro de empregado, exame admissional e fichas financeiras, os quais demonstram que o réu está empregado desde 16.7.2010, na empresa Usina Conquista do Pontal, no município de Mirante do Paranapanema e está executando as mesmas atividades que exercia nas dependências da empresa-Autora relativas à função

de trabalhador rural”. Afirma tratar-se de fato novo, já que a admissão do réu se deu 4 meses após a prolação do acórdão rescindendo, impondo-se por isso sua rescisão, uma vez que houve o reconhecimento de suposta incapacidade laboral para a mesma função que exercia enquanto empregado da autora. Logo e porque incapacitado para o trabalho não está, não faz jus à pensão mensal vitalícia deferida, a qual deverá ser eliminada da condenação, bem assim a obrigação de incluí-lo em folha de pagamento, além da devolução dos valores pagos a partir de julho de 2010. Pede, a final e nos termos propostos, a procedência desta ação rescisória, concedendo-se também liminar para determinar a imediata suspensão da execução da decisão rescindenda.

Atendendo despacho de fls. 519, atribuiu à causa o valor de R\$ 64.280,23, comprovando o recolhimento do preparo e da caução de que trata o artigo 488, II do CPC.

É o relatório.

Do exame das peças que instruem esta ação verifica-se que a ora autora, ré na ação indenizatória que lhe foi desfavorável, interpôs Recurso Especial e Extraordinário (fls. 347/379).

A ambos foi negado seguimento por serem intempestivos (fls. 423/426), certificado o decurso de prazo sem outro recurso em 19 de abril de 2011 (fls. 428), data que a autora considerou como transitado em julgado o acórdão rescindendo e apto a justificar a tempestividade da presente ação rescisória protocolada no dia 18 de abril de 2013 (fls. 02).

A decadência, contudo, deve ser desde logo reconhecida.

O artigo 495 do CPC dispõe expressamente que *O direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*

No caso destes autos, como já afirmado, a ambos os recursos - Especial e Extraordinário - foi negado seguimento por serem eles extemporâneos, o significa dizer que o prazo decadencial da rescisória deve ser contado não do posterior recurso não conhecido, mas do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, intempestivamente recorrido.

Entendimento contrário levaria a parte a alongar, por vontade própria e mesmo sabendo da intempestividade desses recursos, o início do prazo decadencial, o que é inadmissível.

Nessa linha Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao artigo 495 do CPC, 10ª ed. RT, pg. 805, ensinam que “O *dies a quo* do prazo é o do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Caso o recurso interposto contra a sentença ou acórdão seja conhecido, a partir do trânsito em julgado do acórdão que apreciou o mérito do recurso é que se conta o prazo para a propositura da rescisória. Caso o recurso não seja conhecido, o trânsito

em julgado terá ocorrido a partir do momento em que se verificou a causa da inadmissibilidade do recurso, no momento em que se tornou intempestivo; no momento em que o recorrente desistiu do recurso ou renunciou ao direito de recorrer etc. O recurso não ficou intempestivo quando o tribunal assim declarou, mas já era intempestivo quando ultrapassado o prazo legal para sua interposição. Neste sentido: Barbosa Moreira, Coment., ns. 147 e 221, p. 265/267 e 396/397; Barbosa Moreira, Juízo, n. 114, p. 195/196; Nery, Recursos, n. 3.4, p. 266/270.”

Também Theotônio Negrão e colaboradores, em seu CPC, 44<sup>a</sup> ed. nota 6 ao artigo 495, lembram julgados no mesmo sentido, qual seja, “de que o prazo para a ação rescisória se inicia já com a ocorrência da preclusão temporal, ou seja, não se leva em conta a interposição do recurso intempestivo, que não seria apto a obstar a formação da coisa julgada: RTJ 104/1.265, 110/880, 112/989, 117/1.361, 121/209 (agravo intempestivo contra decisão denegatória de recurso extraordinário), STF-RT 596/233, 609/153, em., 609/261, em.; STJ-1<sup>a</sup> Seção, AR 3.758-EDcl-AgRg, Min. Herman Benjamin, j. 28.4.10, DJ 30.6.10 (caso de recurso extraordinário intempestivo); STJ-RF 379/284 (1<sup>a</sup> T., REsp 611.506; caso de apelação intempestiva), RJTJESP 89/430, 113/489, JTA 93/128.”

Ainda que para o início da contagem do prazo decadencial sejam considerados os recursos (Especial e Extraordinário), a decisão que reconheceu sua intempestividade transitou em julgado em *23 de março de 2011* e não *19 de abril de 2011* como afirmado pela autora, sendo esta última apenas a data em que a certidão cartorária foi lavrada (fls. 428).

Assim, iniciado o prazo em 23 de março de 2011, o prazo de dois anos venceu em 23 de março de 2013, enquanto que a ação rescisória somente foi ajuizada em 19 de abril de 2013.

Em qualquer das hipóteses, portanto, deve ser reconhecida a decadência do direito à rescisão (CPC, art. 495).

Isto posto, com fundamento nos artigos 269, IV e 295, IV do CPC, indefiro a inicial e julgo extinto o processo, sem honorários e correndo as custas por conta da autora, levantando- se oportunamente, em seu favor, o depósito de que trata o art. 488, II do CPC.

# SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

## Agravos de Instrumento

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0015726-63.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante EMPORIO DO VOVÓ - BAR E RESTAURANTE LTDA, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 16 de julho de 2013.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Ação anulatória de débito tributário - É preciso que se deem às leis que temos interpretação no sentido de que elas servem à população em geral, não a certos espertalhões que buscam garantir-se em entendimentos garantidores de proteção a irregularidades. Não é possível continuar a proteger quem procura fazer o incorreto e lesar terceiro ou toda a população, mesmo que por via do Estado - A fiscalização, através de levantamento fiscal, apurou diferença decorrente de operações de saída de mercadorias tributadas, com base nos valores de receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito - A presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo, conforme arts. 1º e 37 da CF e art. 334, IV do CPC, por outro lado, garantem a manutenção do ato que se quer invalidar, ao menos nesta fase de análise perfunctória deles**  
**Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Empório do Vovô - Bar e Restaurante Ltda.** contra ato que considera ilegal do **MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas**, e consistente em indeferir a liminar pleiteada, isto nos autos da ação anulatória de débito tributário que moveu contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**.

Informações a fls. 100.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 110.

A Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer (fls. 114)

### É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, que indeferiu o pedido liminar para a suspensão da exigibilidade de crédito tributário de ICMS. Contra essa decisão é que se tirou o presente recurso.

Aduz o agravante, em síntese, que o agente fiscal fazendário realizou “lançamento de ofício e efetuou a lavratura de Auto de Infração e Imposição de multa” (...) “*sem prévia instauração de procedimento administrativo*” (fls. 11). Reclama ainda que houve quebra do sigilo bancário referente às informações de cartões de crédito e débito.

O julgado do Supremo Tribunal Federal evocado pela recorrente contém a seguinte ementa:

**SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO.** Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante o Judiciário e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

**SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive por seu plenário, parece ser dominante no sentido da impossibilidade de utilização pela Receita de dados do contribuinte nas instituições bancárias, os quais se assemelham a dados das administradoras de cartões de crédito que, embora não sejam instituições financeiras, a estas correspondem no tocante aos registros de débitos e créditos.

Com todo respeito ao entendimento acima esposado, não se pode entender

irregular a atuação do fisco paulista, ora combatida.

Primeiro porque os dados constantes nos cartões de crédito são comerciais e, portanto, abertos.

O dispositivo constitucional citado garante, em primeiro lugar, direitos das pessoas físicas não das jurídicas. A esse entendimento leva, de início, o caput do artigo que fala em proteção a brasileiros e estrangeiros residentes no país. Residência é conceito ligado à pessoa física, não jurídica. As pessoas jurídicas podem ter domicílio, mas não têm residência.

Depois, basta uma leitura nos direitos elencados pelo dispositivo para verificar que o alvo de proteção foi o homem, não a pessoa moral, que, quando citada, é meio de proteção do cidadão, não objeto de proteção em si mesma.

Ainda assim não fosse, quando o legislador fala em proteção de dados quer garantir o sigilo de informações que possam constranger ou por em risco a pessoa física. É forma de garantir a privacidade de quem não quer se expor. De garantir a segurança de quem, sendo identificado por situação que lhe é peculiar, corra risco.

Garante-se proteção de silencia tanto ao verdadeiro nome do artista como ao tamanho da fortuna do empresário; tanto ao endereço do jogador de futebol quanto à idade da mulher que, posto vaidosa, queira esconder a sua idade.

Mas não é possível proteger com sigilo aquilo que demanda divulgação. A fotografia e as características do assassino que se quer prender são passíveis de propagação, por mais que tenha ele interesse em escondê-las. O mesmo se pode dizer da situação financeira do falido.

Não pode ter tratamento diverso, máxime para o fisco, os dados referentes à movimentação comercial realizada por um estabelecimento comercial, pela via de cartões de crédito. Primeiro porque está esse estabelecimento obrigado a informar essa movimentação ao fisco. Se não o faz espontaneamente, a descoberta dessa movimentação por via diversa não pode ser considerada irregular.

Depois, essa transação comercial é pública, tanto que divulgada entre o comerciante, a empresa portadora do cartão, o consumidor e, em geral, outra empresa que faz a formalização da relação jurídica. Além do fisco que deve ser cientificado, ao menos do valor das transações efetivadas.

É preciso que se deem às leis que temos interpretação no sentido de que elas servem à população em geral, não a certos espertalhões que buscam garantir-se em entendimentos garantidores de proteção a irregularidades. Não é possível continuar a proteger quem procura fazer o incorreto e lesar terceiro ou toda a população, mesmo que por via do Estado.

O débito foi apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, embasado nas informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito e débito:

“Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74).

§ 1º - No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.

§ 2º - O levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.

§ 3º - A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada.

§ 4º - O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal será calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento”.

A fiscalização, através de levantamento fiscal, apurou diferença decorrente de operações de saída de mercadorias tributadas, com base nos valores de receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito.

Tal diferença se deu pela existência de venda não contabilizada de mercadorias, o que levou a fiscalização a presumir que houve saída de mercadorias sem documentação fiscal, sobre as quais o imposto não foi recolhido.

Nessa análise provisória para efeito de apreciação do pedido de tutela antecipada, não se vislumbra irregularidade na atuação do fisco. Muito menos quebra de sigilo das informações das operadoras de cartão de crédito, uma vez que consistem em mera relação das vendas ao consumidor final que deveria constar também da escrituração fiscal da contribuinte.

Se levam à presunção de que se tratam de operações realizadas, compete ao contribuinte afastar tal presunção provando que as operações questionadas não existiram.

Ainda não fez essa prova, o agravante, razão pela qual não há verossimilhança em suas alegações que permitam a suspensão da exigibilidade do crédito liminarmente.

O artigo 509, parágrafo 3º, do Regulamento do ICMS estabelece que as diferenças apuradas por meio de levantamento fiscal serão consideradas como decorrentes de operações tributadas. Portanto, observou o lançamento, ao menos nessa análise provisória, o artigo 142 do CTN.

Não havendo decreto de inconstitucionalidade da Lei Estadual 12.186/2006, não se pode considerar a atuação do fisco como ilegal ou irregular.

A presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo, conforme arts. 1º e 37 da CF e art. 334, IV do CPC, por outro lado, garantem a manutenção do ato que se quer invalidar, ao menos nesta fase de análise perfunctória deles.

Destarte nega-se provimento ao agravo de instrumento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0022497-57.2013.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é agravante DEIVIDI ROBISON PIO, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS181383SP.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.776)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 16 de julho de 2013.

LUIZ DE LORENZI, Relator

**Ementa: AÇÃO ACIDENTÁRIA - PERÍCIA MÉDICA A SER REALIZADA PELO IMESC - IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO DO PERICIANDO POR ESTAR PRESO - ORDEM DE REALIZAÇÃO DA PROVA NO PRÓPRIO PRESÍDIO.**

**“Ante a impossibilidade de comparecimento do autor ao IMESC para a perícia médica por estar preso, a única alternativa plausível, face à peculiaridade do caso, é autorizar a realização da prova nas dependências do próprio Presídio”.**

**Agravo de instrumento provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Deividi Robison Pio,

nos autos da ação acidentária que promove em face do INSS, contra a r. decisão que indeferiu o pedido para que fosse a perícia médica deprecada à Comarca a qual pertence o estabelecimento prisional onde encontra-se o ora agravante recluso, ou que fosse requisitado o seu comparecimento ao IMESC (cópia da r. decisão às fls. 100).

Em resumo, ressaltando a peculiaridade do caso, insiste o agravante no pedido de realização da perícia médica no presídio onde se encontra.

Processado o recurso no efeito devolutivo, o INSS não ofereceu resposta (certidão às fls. 114).

É o relatório.

Passo a decidir.

A controvérsia no caso concreto é claramente peculiar.

O Segurado, autor da ação acidentária, encontra-se recolhido em Presídio em Comarca do interior, o que obsta, obviamente, a sua saída para se submeter a perícia médica cuja realização, conforme ordenado pelo Juízo singular, caberia ao IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo - que, como se sabe, está localizado na Capital.

Logo, diante de tal circunstância, a única alternativa plausível, a meu juízo, é de se determinar no caso, via carta precatória a ser expedida pelo Juízo de Origem, a realização da prova médica nas dependências do Presídio, seja por médico do próprio Sistema Prisional, ou na impossibilidade, por médico da Comarca a ser nomeado pelo Juízo deprecado.

Impõe-se, pois, a reforma da r. decisão agravada de forma a possibilitar a realização da prova médica nos moldes supra.

**Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo de instrumento.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0078437-07.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRISCILA GUEDES MARQUES, é agravado DIRETOR DE BENEFÍCIOS MILITAR ( DBM ) DA SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.703)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO E DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 3 de julho de 2013.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de segurança - Pretensão de restabelecimento da pensão - Liminar indeferida – Inadmissibilidade - Na hipótese dos autos, a cessação do pagamento do benefício se deu prematuramente, sem que a Agravante exercesse o seu direito de ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Carta Constituinte de 1988, inobstante a regra do art. 60, da Lei Estadual nº 10.177/98 - Presente a relevância da medida, já que se trata de verba de caráter alimentar. R. decisão reformada.**

**Recurso provido.**

## VOTO

Vistos.,

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 42/43 destes autos que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar para o restabelecimento da pensão.

Aduz ilegalidade do ato que cancelou o pagamento da pensão, devendo ser observado o contraditório e a ampla defesa. Assevera a decadência do direito da Administração para rever seu ato e sustenta o direito adquirido.

Concedida a tutela recursal liminar, foram dispensadas as informações, e manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, que tem deixado de se manifestar em casos que tais (fls. 70/71).

Contraminuta a fls. 79/94.

É o Relatório.

Cuida-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado por pensionista de ex-policiaI militar, visando ao restabelecimento do pagamento integral de sua pensão, a partir da data do corte, e a decretação da decadência do direito da impetrada de rever seus atos (fls. 21/36).

Ao receber a inicial, o MM. Juiz de Direito indeferiu a liminar, devido à ausência dos requisitos legais a sua concessão, enfatizando a presunção de legitimidade dos atos administrativos, advindo daí o recurso em tela.

O presente recurso se limita ao exame dos requisitos da liminar almejada,

sob pena de invasão à matéria de mérito em momento inapropriado.

Neste passo, em que pesem os fundamentos da decisão hostilizada, o caso impõe a concessão da medida liminar.

É certo que a Administração Pública, com base na autotutela, tem o poder de rever e de anular seus próprios atos.

Há legislação estadual expressa nesse sentido (Lei nº 10.177/98), prevendo prazo de até 10 anos para que a Administração Pública Estadual anule seus atos inválidos:

*”Artigo 10 - A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:*

*1 - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;”*

Entretanto, se a anulação do ato afetar interesses dos administrados, deve ser instaurado processo administrativo, conferindo a eles o exercício do contraditório e da ampla defesa.

No caso da Agravante, conforme se pode observar a fls. 49 (DOE, de 02.02.2013), a autoridade coatora instaurou procedimento destinado a invalidar o ato administrativo que concedeu a pensão por morte, por estar em desacordo com o art. 5º, da Lei Federal nº 9.717/98, suspendendo sumariamente o pagamento do benefício (art. 60 da Lei Estadual nº 10.177/98), para evitar prejuízos de reparação onerosa ou impossível, até decisão final do procedimento de invalidação.

Dessa forma, sem prejuízo do que será decidido definitivamente na esfera administrativa, verifica-se que o ato de suspensão de pagamento do benefício se deu prematuramente, sem que se permitisse à pensionista o exercício do direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Carta Constituinte de 1988, norma que se sobrepõe à legislação estadual.

Importa destacar alguns precedentes do STJ, acerca do tema:

*“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO-PREVIDENCIÁRIO-ACUMULAÇÃO DE PENSÃO DE VIÚVAS DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ E PENSÃO PAGA PELO IAPEP - IMPOSSIBILIDADE - INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DEPENDENTE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - NECESSIDADE DE AMPLA DEFESA - POSSIBILIDADE DE ESCOLHA PELAS VIÚVAS DA PENSÃO A SER RECEBIDA - RECURSO PROVIDO.*

*1. É impossível a acumulação de pensão paga pelo Estado do Piauí a viúvas de membros do Ministério Público Estadual com a pensão paga pelo IAPEP. Precedentes da Corte.*

*2. Não obstante, tratando-se de invalidação de ato administrativo*

*classificado como ampliativo de direito, é mister a observância de prévio processo administrativo, em respeito ao art. 5º, inciso LV, CR/88, concedendo às viúvas o direito de ampla defesa ou, no mínimo, de optar pela continuidade do recebimento de quaisquer das pensões, até então, recebidas.*

3. *Recurso provido.*” (RMS nº 12471/PI, Relator Ministro PAULO MEDINA, 6ª Turma, j. 09.02.2006).

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. CANCELAMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.*

1. *Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal.*

2. *Hipótese em que, sem observância do devido processo legal, foi cancelado o pagamento de pensão vitalícia especial, ao fundamento de que não poderia ser paga cumulativamente com outra, oriunda do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS.*

3. *No caso em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade dos enunciados das Súmulas 269/STF e 271/STF.*

4. *Recurso ordinário provido.*” (Grifei. RMS nº 24.175/RS, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, j. 28.08.2008).

Convém observar que a aplicação das leis atinentes à concessão ou não da pensão por morte à filha maior e capaz é matéria controvertida, mas não se deve cessar o pagamento do benefício sem o devido processo administrativo, onde se assegure o amplo direito de defesa, já que tem nítido caráter alimentar.

Destarte, é de rigor a reforma da r. decisão *a quo*.

O resto em discussão é mérito e deverá ser apreciado quando do julgamento em Primeiro Grau.

E, só à luz do contraditório e com os argumentos deduzidos pelas partes, é que a matéria será analisada de forma apropriada, daí porque, até lá, é de rigor a reforma da decisão impugnada.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0078455-28.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÃO PAULO TRANSPORTE S/A - SPTRANS, e agravado EDMAR CELESTINO DE OLIVEIRA.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7985/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO E TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

**Ementa: Ação de obrigação de fazer. Pretensão ao fornecimento de transporte público gratuito a portador de surdez parcial e esôfago de Barret. Não preenchimento dos requisitos legais pertinentes a tutela antecipada. Exegese da legislação sobre a matéria. Agravo de instrumento provido.**

## VOTO

### VISTOS.

Contra decisão que, em “ação declaratória de nulidade de ato administrativo c.c. obrigação de fazer”, deferiu a tutela antecipada para efeito de expedição do Bilhete Único Especial a portador de deficiência auditiva e de pós operatório tardio de funduplicatura esôfago de Barret, com base na Lei Municipal n. 11250 de 01.10.92 (fls. 62/63), opôs a requerida agravo de instrumento alegando que há vulneração ao disposto na referida lei e na Lei n. 14988 de 29.09.09 c.c. Portarias Intersecretariais n. 003/06-SMT/SMS de 04.10.06, n. 004/08-SMT/SMS de 01.10.08 e n. 001/11-SMT/SMS; disse que os documentos juntados não comprovam as limitações funcionais autorizadoras da isenção tarifária, que a úlcera de esôfago não consta do Anexo I das normas administrativas indicadas e que somente por meio de perícia médica poder-

se-á constatar o atendimento dos requisitos legais pertinentes; afirmou que não estão presentes os requisitos legais aplicáveis, que o autor tomou ciência do indeferimento administrativo de sua pretensão em 10.08.11, que só ajuizou esta ação em 09.08.12 e que não estão presentes os requisitos legais da prova inequívoca e verossimilhança nos termos do artigo 273 do CPC. Concedido efeito suspensivo/ativo para tornar sem efeito a antecipação de tutela (fls. 64), foi apresentada contra-minuta defendendo a decisão recorrida.

### **É o relatório.**

Como constou da petição inicial desta ação, “O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais” (ONU, apud Ribas, 1985, p.10, ref. fls. 25).

Não cabe ao Poder Judiciário interferir nas previsões orçamentárias, mas é inevitável assegurar o exercício de direito cuja existência força o Estado a fazer essas previsões, posto que não é dado à Administração ignorar as determinações constitucionais e legais que lhe são dirigidas e estabelecer discriminações entre os contribuintes e destinatários dos serviços públicos. Mesmo as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.

Por outro lado, toda limitação física ou psíquica implica certa forma de deficiência. Contudo, se não há dúvida de que os favores legais se destinam às deficiências decorrentes de problemas mentais e/ou de ausências ou atrofia de membros ou órgãos não compensadas, que tornem impossível a deambulação não assistida, o mesmo não se pode dizer de outras deficiências, como as relativas a diminuição da visão sem perda de ambos os olhos, como as decorrentes de miopia, etc, as relativas a audição, a fala, a falta de um rim, ou até a falta total ou parcial de um dos membros superiores ou inferiores compensada por prótese ou insuficiente para impedir ou dificultar a deambulação e/ou o acesso autônomo aos veículos de transporte público. Nestas situações em que a pessoa controla o próprio corpo e não necessita de auxílio de outra pessoa ou de equipamento para se deslocar, não se justifica o favor legal, respeitado o entendimento contrário.

No caso concreto, o autor fez prova de é maior e capaz e de que exerce profissão remunerada (cf. fls. 32), em que pesem os diagnósticos de esôfago de Barret e de surdez parcial (fls. 40/50), que não implicam necessariamente deficiência justificadora do favor legal almejado, e ele próprio admitiu a eventual necessidade de perícia médica ao reiterar o pedido inicial (fls. 56)

Dos mesmos males padecem milhares e milhares de pessoas que

não podem ser vistas como deficientes físicas de acordo com o senso comum.

Razoável, então, entender que a “limitação da mobilidade e deambulação” a que diz respeito o artigo 3º da Resolução Conjunta SS/ATM n. 03/2004, assim como as referências a portadores de deficiência constantes da Lei Municipal n. 11250/92 e da LC n. 666/91 (artigo 1º, I), não podem ser interpretadas sem “granus salis”, de modo a possibilitar reconhecimento do direito ao transporte gratuito em favor de qualquer pessoa em qualquer situação de deficiência, com ou sem redução da mobilidade.

**Ante o exposto**, dá-se provimento ao agravo de instrumento para tornar sem efeito a medida liminar concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0084550-74.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP, é agravado DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DAEE.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U. Afastaram preliminar.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 29.116**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

***Ementa: INTERESSE DE AGIR***

***Tem a SABESP quanto ao levantamento do precatório a ser pago pelo DAEE.***

***Preliminar afastada.***

***PROTESTO INTERRUPTIVO DE PRESCRIÇÃO***

***Decisão que determinou a manifestação do DAEE para apresentação de defesa, no prazo de 60 (sessenta) dias. Descabimento. Aplica-se o art. 871 do CPC. Cassado o efeito inicialmente concedido, em parte.***

***Recurso provido.***

## VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 76) rejeitando **embargos de declaração** (fls. 74/75) de decisão determinando a citação do DAEE para apresentar defesa, em 60 dias, a **protesto interruptivo de prescrição** (fls. 18/27).

Sustentou, em resumo, ser caso de reforma. Descabida defesa. Trata-se de medida conservativa. Não há qualquer prejuízo. Desnecessário contraditório. Não há discussão. Pretende-se tão somente assegurar a utilidade e eficácia de outro processo. Tem como fim prevenir a responsabilidade, prover a conservação e ressalvar seus direitos. Daí o efeito suspensivo e a reforma (fls. 02/16).

Concedido, em parte, o efeito pretendido (fls. 85). Vieram informações (fls. 90/91) e resposta (fls. 93/99) arguindo, preliminarmente, falta de interesse de agir da SABESP. Instada (fls. 101), manifestou-se a SABESP (fls. 104/108).

É o relatório.

### 2. a) Quanto ao interesse de agir.

Ao lado da **legitimidade** e da **possibilidade jurídica do pedido**, o **interesse de agir** é apontado como uma das **condições da ação**.

E há **interesse de agir**, quando “... *configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto*” (**FREDERICO MARQUES** - “Manual de Direito Processual Civil” - vol. I - 1.975 - Ed. Saraiva - nº 137 - p. 159/160).

É preciso, acrescentam **ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA**, **ADA PELLEGRINI GRINOVER** e **CÂNDIDO R. DINAMARCO**, “... *pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e adequada*” (“Teoria Geral do Processo” - Ed. Revista dos Tribunais - 1.984 - p. 222/223).

Ora, evidente o interesse da SABESP, ainda que de ordem econômica, quanto ao levantamento do precatório a ser pago pelo DAEE. Ela não figura como parte na desapropriação, todavia, em razão do pagamento por ela realizado, restou reconhecido seu direito ao reembolso (fls. 100). Presente, portanto, o **interesse de agir**, ao menos quanto à cautelar em questão.

**Afasto** a preliminar.

### b) Quanto ao mais.

**Restringe-se**, no mais, o julgamento do presente agravo única e exclusivamente à análise da possibilidade ou não de apresentação de defesa no **protesto interruptivo de prescrição** apresentado (fls. 18/27). **Inadmissível**

avanzar considerações sobre o mérito.

Assim consignou a r. decisão agravada:

*“Fls. 495-496.”*

*“Recebo os embargos de declaração porque tempestivos.”*

*“Antes e acima do Código de Processo Civil há uma Constituição, e nela é que se prevê expressamente o devido processo legal enquanto direito fundamental. (art. 5º, LIV e LV).”*

*“Claro que não haverá aqui a defesa a respeito do crédito que é imputado.”*

*“Mas é inadmissível que de modo tão singelo afirme-se que um procedimento em contraditório no qual se alegam fatos e imputam-se responsabilidades “não admite defesa” (fls. 494).”*

*“Ainda que a defesa deva restringir-se ao tema da interrupção do prazo prescricional, de todo modo há uma defesa.”*

*“Não pode o procedimento previsto no Código de Processo Civil ser visto como uma expressão unilateral e mesmo arbitrária em favor de quem propõe a ação de modo a permitir que se diga o que se quer, sustente-se o que se pretende, junte-se documentos, e absolutamente nada se permita à parte contrária responder.”*

*“Repito, que ao menos em relação ao que se pede interrupção da prescrição há um direito constitucional de defesa.”*

*“Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os embargos de declaração.” (fls. 76).*

Em que pese o efeito concedido, em parte (fls. 85), melhor apreciando os dispositivos legais, **reconsidero** decisão anterior para sujeitar o caso ao disposto no **art. 871, do CPC** (“*O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; mas o requerido pode contraprotestar em processo distinto.*” - grifei), **sem** identificar, nesse proceder, afronta a princípios constitucionais (contraditório e ampla defesa).

Como se observa, **não** se nega o direito de defesa. Apenas seu exercício é diferido a outro meio ou momento processual. Viável, quando efetuado em autos apartados, e não nos mesmos, como permitiu o MM. Juízo **a quo** (fls. 72 e 76). Condicionam-se, contraditório e ampla defesa, ao **devido processo legal** e esse estabelece o meio pelo qual é exercida a defesa. No caso, **não** nos próprios autos.

Nesse sentido:

*“Forçoso convir, entretanto, que o processo do protesto, da notificação e da interpelação, porque veicula a vontade do requerente, é basicamente unilateral. Por essa razão, não cabe ao requerido veicular,*

*de seu turno, a sua pretensão perante o requerente. Daí a proibição do contraprotesto nos mesmos autos (rectius: processo).”*

*“Desejando o requerido, por sua vez, prevenir responsabilidade, prover a conservação e a ressalva de seus direitos ou manifestar, formalmente, alguma intenção, deverá ingressar um seu protesto, notificação ou interpelação (art. 870, caput, segunda parte). Nada mais natural e lógico à vista da natureza dessas medidas.” (ARRUDA ALVIM, ARAKEN DE ASSIS e EDUARDO ARRUDA ALVIM - “Comentários ao Código de Processo Civil” - Ed. GZ – 2012 - p. 1.318).* Daí a **reforma** da r. decisão, **cassado** o efeito inicialmente concedido (fls.

85).

### **3. Afasto a preliminar. Dou provimento ao recurso.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0087260-67.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS, é agravado GUARUBEL IMÓVEIS LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.175)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 26 de julho de 2013.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

**Ementa: DESAPROPRIAÇÃO. Perícia. Honorários. Arbitramento definitivo em R\$ 15.907,00. Cifra elevada pois, malgrado a envergadura da perícia, não houve variáveis ensejadoras de arbitramento tão expressivo. Ausência de memorial de atividades desempenhadas pelo perito capaz de embasar o número de horas efetivamente gastas no trabalho. Redução para R\$ 10.000,00, em consonância com precedentes dessa Col. Câmara. Recurso provido.**

## VOTO

Agravo de instrumento tempestivamente interposto pela expropriante contra a decisão reproduzida a f. 9, que em ação de desapropriação, arbitrou honorários definitivos de perito contábil em R\$ 15.907,00.

Bate-se pela redução da verba. Aponta inconsistências no laudo e sobre o tempo despendido para o trabalho.

Processado no efeito suspensivo (f. 99/100).

Contramínuta a f. 105/7.

É o relatório.

Acolhendo totalmente a estimativa apresentada por perito nomeado em ação expropriatória, o juízo a quo arbitrou seus honorários em R\$ 15.907,00.

A cifra mostra-se exagerada.

Sem querer menoscar a envergadura ou a qualidade da perícia realizada, conforme destacado pelo assistente técnico da agravante, a ausência de benfeitorias do imóvel somada à localização do terreno em área de fácil acesso e fácil pesquisa de mercado facilitam o trabalho do profissional.

O tempo assinalado como gasto à conclusão dos trabalhos - 75,4 horas contínuas, equivalente a nove e meio dias úteis, considerando-se oito horas diárias de trabalho -, outrossim, carece de embasamento, mercê da ausência de memorial descritivo das atividades desempenhadas.

De resto, a hora/trabalho com base na tabela de honorários do IBAPE não tem o condão de vincular o arbitramento, porquanto regulamento interno de instituto sem força legal.

Nesse sentido o julgamento dos agravos de instrumento 990.10.451141-0 e 990.10.141592-5, de minha relatoria.

De rigor, pois, a revisão da honorária arbitrada.

Posto isso, e conforme a jurisprudência dessa Câmara, dou provimento ao recurso para fixar em R\$ 10.000,00 a remuneração definitiva do perito, sem levar em consideração o valor da hora/trabalho, dada a falta de elementos para sua correta aferição.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0089248-26.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HOSPITAL DAS CLINICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO HCFMUSP, são agravados SONIA MARIA CAVALCANTI BATISTA, PEDRA DE OLIVEIRA HILARIO, ALZENIR LEANDRO, ANTONIO BELIANO ROMUALDO, CARLOS FAGUNDES DOS SANTOS, ELIAS ABDIAS SANTOS, GENILDE DE OLIVEIRA BARRETO, ISABEL DOS SANTOS, JOÃO MENDES DA CUNHA, JOSE HENRIQUE ROMUALDO, LAERCIO FIRMINO PINHEIRO, LUIZA APARECIDA DA SILVA VITORIANO, MARIA EDITE SANTANA, MARIA MERCEDES FERREIRA, NIVALDO MOREIRA BORJA e VALDENI SILVA DE SOUZA.

**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 12.107)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), CRISTINA COTROFE E JOÃO CARLOS GARCIA.

São Paulo, 10 de julho de 2013.

RUBENS RIHL, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Pretensão do Hospital das Clínicas para a aplicação da Lei 11.960/09 nos cálculos da correção monetária e juros moratórios - Despacho denegatório – Decisório que merece subsistir - Julgamento das ADIs nºs 4.357 e 4.425 que declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, devendo ser afastada a forma de cálculo por ele determinada – Negado provimento ao recurso.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão de fls. 16 que, nos autos da ação ordinária movida por SÔNIA MARIA CAVALCANTI BATISTA E OUTROS em face do HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE

SÃO PAULO, determinou a remessa dos autos ao contador para reelaboração dos cálculos, de modo a afastar a aplicabilidade da Lei nº 11.960/09.

Alega o agravante, em síntese, que a r. decisão contraria entendimento dos Tribunais Superiores no sentido da imediata aplicação da Lei nº 11.960/09 aos processos em curso, independentemente da data de ajuizamento da ação (fls. 02/14).

Recurso tempestivo, tendo sido instruído com os documentos obrigatórios exigidos por lei.

Dispensável o pedido de informações ao nobre Juízo agravado, bem como a intimação da parte adversa para resposta.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que o recurso não comporta provimento.

Com efeito, em que pese o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Lei 11.960/09 se aplica aos processos pendentes, novo fato veio a afastar a possibilidade de sua utilização.

Isso porque o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no dia 14.03.2013, julgou parcialmente procedentes as ADIs nºs 4.357 e 4.425, que atacavam a EC 62/09, declarando a inconstitucionalidade “(...) *por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009*” (v. Informativo de Jurisprudência nº 698 do STF).

Dessa forma, a citada norma, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.494/97 para determinar o cálculo da correção monetária e dos juros, nas condenações impostas à Fazenda Pública, com base nos índices oficiais da caderneta de poupança, foi excluída do ordenamento jurídico, de forma a não produzir qualquer efeito.

Sendo assim, deve prevalecer a forma de cálculo estabelecida na sentença condenatória para a atualização monetária e os juros moratórios.

Diante do exposto, de rigor o improvemento do recurso interposto, mantendo na íntegra a r. decisão de primeiro grau.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do julgado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do **decisum**, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX). De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha

sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí por que, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0020268-95.2011.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (E OUTROS(AS)) e FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.433)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES (Presidente), TORRES DE CARVALHO E RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 18 de julho de 2013.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

**Ementa: \*Agravo de Instrumento - Ação civil pública ambiental - Ocupação irregular de áreas públicas inseridas em reserva de desenvolvimento sustentável na antiga Estação Ecológica Juréia-Itatins, criada pelo Decreto Estadual nº. 24.646/86 e pela Lei nº. 5.649/87 - Danos ambientais que se estenderiam sobre o território de 04 (quatro) municípios do Estado de São Paulo (Peruíbe, Itariri, Miracatu e Iguape) - Declaração, de ofício, da incompetência absoluta do Juízo da Comarca de Peruíbe e determinação de remessa dos autos a umas das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital – Inadmissibilidade - Competência, na hipótese em que os danos perpetrados na Unidade de Conservação se estendem para além de um Município, definida pelo local do dano - Aplicação do art. 2º., “caput”, da Lei nº. 7.347/85, e, não, do art.**

**93, II, da Lei nº. 8.078/90 - Recurso provido.\*****VOTO**

Vistos.

1 - Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto, no prazo legal, pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da ação civil pública, que move à **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e à **FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO SÃO PAULO**, contra o r. despacho que declarou, de ofício, a incompetência absoluta do Juízo, para julgar a ação, porque os danos ambientais se estenderiam sobre o território de 04 (quatro) municípios do Estado de São Paulo (Peruíbe, Itariri, Miracatu e Iguape), e determinou a remessa dos autos a umas das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital. (fls. 20/23).

O agravante assevera, em síntese, que o juízo competente para o processamento das ações coletivas é o do local do dano; que a citação válida torna prevento o juízo; que o art. 93, do CDC, é aplicável, apenas e tão somente, às relações jurídicas materiais de consumo; que, na ação civil pública, não se considera a extensão dos efeitos do dano para a fixação da competência do juízo; que, com a remessa dos autos à Comarca da Capital, haverá maior dificuldade de coleta de provas, gerando, inclusive, tumulto e desordem processual e que deve ser reconhecida a competência do Juízo, mantendo-se o andamento da causa principal e acessória (cautelar nº. 441.01.2010.005168-8) e o apensamento da ACP 501/03, na 1ª. Vara da Comarca de Peruíbe. (fls. 02/19).

Processado com efeito suspensivo (fls. 83), o MM. Juiz “a quo” prestou as informações solicitadas (fls. 212/227, 228/303) e as agravadas apresentaram respostas. (100/103, 106/116, 117/189).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso. (fls. 305/311, 312/323).

**É o relatório.**

2 Merece prosperar o recurso.

O **Governo do Estado de São Paulo**, por meio do **Decreto Estadual nº. 26.646/86**, posteriormente, **ratificado pela Lei Estadual nº. 5.649/87**, de **dos Decretos Estaduais nos. 26.714/87, 26.715/87, 26.716/87 e 26.717/87**, declarou de utilidade pública algumas áreas situadas nos municípios de **Peruíbe, Itariri, Miracatu e Iguape**, perfazendo o total de **79.270 hectares**, e criou a denominada **Estação Ecológica Juréia-Itatins**.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, o autor, ora agravante, sustentando que, devido a falhas na fiscalização da **Estação Ecológica Juréia-Itatins**, ocorreram invasões e intervenções por inúmeras pessoas, o que provocou danos ambientais de toda espécie supressão de

vegetação nativa, construções de moradias, contaminação do solo por esgoto, etc..., ajuizou ação civil pública contra a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e à **FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO SÃO PAULO**, as rés, ora agravadas, visando a desocupação do local e a recomposição da área degradada. (fls. 28/64).

A ação foi distribuída à **1ª. Vara da Comarca de Peruíbe**, onde estava a se processar, normalmente, inclusive com o deferimento, em parte, em despacho proferido no dia **27/04/10**, da tutela antecipada consistente em determinação, à **fundação-ré**, ora agravada, para que promova a fiscalização ininterrupta da área em questão, evitando novas invasões e construções, e, à **Fazenda-ré**, ora agravada, para que adote as medidas cabíveis para a total retirada dos ocupantes do local, no **prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias**, e, à **ambas**, para que forneçam cadastramento físico e pessoal atualizado, no **prazo máximo de 90 (noventa) dias**, com informações sobre a exata localização das invasões, o número de habitantes de cada moradia, a descrição do estabelecimento comercial ou similar, a área ocupada pela moradia e/ou estabelecimento comercial, bem como todas as informações pertinentes ao conhecimento da real situação da degradação decorrente das invasões por eventuais veranistas, investidores ou moradores locais, pena de multa diária de 10.000 UFESPs. (fls. 65/71).

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e a **FUNDAÇÃO PARA A CONSERVAÇÃO E A PRODUÇÃO FLORESTAL DO ESTADO SÃO PAULO**, as rés, ora agravadas, apresentaram contestação conjunta, protocolada no dia **18/11/10**. (fls. 117/188).

Na sequência, em decisão prolatada no dia **27/12/10**, considerando que a ação civil pública fundada em direito ambiental tem por objeto a implantação de efetivo controle e fiscalização de ingresso de pessoas no interior da Estação Ecológica Juréia-Itatins, mediante interdição, embargo, notificação do infrator a proceder a demolição, plano de manejo e realocação das famílias tradicionais, vedação de novas invasões, etc..., cuja área se estende sobre **04 (quatro) Municípios do Estado de São Paulo PERUÍBE, ITARIRI, MIRACATU e IGUAPE**, e que entre outras, a MM<sup>a</sup>. Juíza “a quo”, de ofício, declinou da competência e determinou a sua redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, o que ensejou o recurso ora em julgamento. (fls. 20/23).

A rigor, o juízo competente para o processamento das ações coletivas, que versam sobre agressão ambiental, é o do local do dano, competência funcional, portanto, absoluta, de acordo com o prescrito no **art. 2º., “caput”, da Lei nº. 7.347/85**:

**“As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para**

**processar e julgar a causa.”**

E, na hipótese de o dano ambiental atingir mais de um Município, uma das Comarcas será a escolhida para o processamento da ação civil pública, ainda que a execução das medidas judiciais, inclusive a prova pericial, seja concretizada além dos limites da jurisdição por onde está sendo processada.

No caso, o deslocamento da competência para a Capital do Estado afrontaria o princípio da efetividade da tutela dos interesses metaindividuais, eis que, afora as muitas dificuldades para o ajuizamento da ação ambiental, prejudicaria, não só o exercício da atividade jurisdicional pelo Magistrado, como a produção das provas imprescindíveis para a apuração dos danos.

O **art. 93, do CDC**, por sua vez, é aplicável, apenas e tão somente, às relações jurídicas materiais de consumo, e, não, às ações de natureza ambiental, justamente, porque é mais fácil a apuração do dano e a obtenção de provas na Comarca onde os fatos ocorreram.

É o que enfatiza o I. Procurador de Justiça oficiante, no seu mui bem lançado parecer:

**“Assim, sendo o dano perpetrado na Unidade de Conservação que se estende para além de um Município, aplicar-se-á a regra do artigo 2º, da LACP, definida a competência pelo local do dano, ainda que em diversos Municípios, o que se resolve pela prevenção, inclusive diante da instrumentalidade e conveniência na produção da prova.”** (fls. 305/311).

Neste sentido, o entendimento doutrinário, destacando-se as seguintes lições:

“(…)

**Nos termos do art. 2º, caput, da LACP, ‘as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa’.**

**Como vimos, trata-se de competência absoluta, e versa os interesses transindividuais de que cuida a LACP, que são difusos e coletivos (LACP, art. 1º, especialmente inc. IV).**

(…)

**c) Em se tratando de tutela coletiva que objetive a proteção a lesados em mais de uma comarca de um mesmo Estado, mas sem que o dano alcance todo o território estadual, o mais acertado é afirmar a competência segundo as regras de prevenção, reconhecendo-a em favor de uma das comarcas atingidas nesse Estado;”** (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. pgs. 260, 271).

“Determina o art. 2º da Lei de Ação Civil Pública que o juízo competente para processar e julgar ações coletivas ambientais é o do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

(...)

Esse sistema de competência encontra-se respaldado no *princípio da efetividade da tutela dos interesses metaindividuais*, porque, além das dificuldades naturais do ajuizamento da respectiva ação ambiental, regra diversa de competência prejudicaria o exercício jurisdicional do magistrado, dada a maior facilidade de apuração do dano e de suas provas na comarca em que os fatos ocorreram. Nesse sentido, pondera René Ariel Dotti:

‘... o sentimento de reação emocional ao dano melhor vivenciado pelo agente do Ministério Público (e outras autoridades) que habita na mesma cidade, que convive com as mesmas vítimas e testemunhas e assim poderá, com mais eficiência que outro colega distanciado da área das consequências do fato, promover as medidas adequadas à perseguição dos agressores bem como lutar pela prevenção’. (René Ariel Dotti, *A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos*, apud Milaré, Ferraz e Nery, *A ação civil pública*, cit., p. 60).

Oportuno frisar que, pela própria dimensão do dano ao meio ambiente, este poderá assumir proporção que atribua competência concorrente para o deslinde do feito e diferentes órgãos jurisdicionais. Nessa situação, o critério apto a resolver a concorrência é a *prevenção*.” (FIORILLLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. pgs. 645/646).

A jurisprudência, também, aos poucos está adotando a posição de que a competência, para as ações ambientais, é a do local dos danos, mesmo que abranjam mais de um Município, ou Estado.

É o que se infere do julgado do E. STJ, ora transcrito:

**“AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA A UNIÃO E AUTARQUIAS FEDERAIS, OBJETIVANDO IMPEDIR DEGRADAÇÃO AMBIENTAL NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL. EVENTUAIS DANOS AMBIENTAIS QUE ATINGEM MAIS DE UM ESTADO-MEMBRO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LOCAL DO DANO.**

(...)

**1. Conflito de competência suscitado em ação civil pública, pelo juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no qual se discute a competência para o processamento e julgamento dessa ação, que visa obstar degradação ambiental na Bacia do Rio Paraíba do Sul, que banha mais de um Estado da Federação.**

(...)

**3. Isso considerado e verificando-se que o Ministério Público Federal optou por ajuizar a ação civil pública na Subseção Judiciária de Campos dos Goytacazes/RJ, situada em localidade que também é passível de sofrer as consequências dos danos ambientais que se querem evitados, é nela que deverá tramitar a ação. A isso deve-se somar o entendimento de que “a ratio essendi da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo federal do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide” (CC 39.111/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 28/02/2005). A respeito, ainda: AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2009; CC 60.643/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 08/10/2007; CC 47.950/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 07/05/2007.” (STJ Primeira Seção, AgRg no CC 118023/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28/03/12, DJe 03/04/12) - grifei.**

Neste contexto, fixada a prevenção em uma das Comarcas, dentre aquelas em que ocorreu o dano ambiental, esta se torna preventiva para todas as demais ações que tenham a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, como dispõe o **parágrafo único, do art. 2º., da Lei nº. 7.347/85:**

**“A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.”**

Em suma, tratando-se de tutela coletiva que visa a proteção ao meio ambiente, se os danos atingem mais de uma comarca de determinado Estado, mas não toda a sua extensão territorial, impondo-se o reconhecimento da competência de uma das Comarcas, prevalecendo, em seguida, o critério da prevenção.

Deste modo, de ser reconhecida a competência absoluta da 1ª. Vara da Comarca de Peruíbe-SP, com base no art. 2º., parágrafo único, da Lei nº. 7.387/85, revogado o r. despacho agravado.

**3 - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim especificado.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0112120-35.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SABÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTOPEÇAS LTDA.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10833)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 7 de agosto de 2013.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução Fiscal. Decisão que indeferiu o pedido da exequente de penhora sobre 5% do faturamento da executada. Total da dívida ativa que perfaz o valor de R\$ 53.648.679,47 (fls. 224). Agravante que demonstrou ter esgotado os meios hábeis à satisfação do crédito antes de requerer a penhora sobre o faturamento da empresa. Inexistência de outros bens. Agravada que não demonstrou, apesar de ter alegado, que a incidência de 5% sobre seu faturamento comprometerá suas atividades. As cautelas, no caso, como insiste a jurisprudência mais autorizada são: (i) que o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; (ii) seja promovida a nomeação de depositário e que apresente plano de pagamento; (iii) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Decisão agravada reformada. Pedido da agravante eivado de legalidade. Fica fixado em 5% do faturamento -inicialmente- o valor da penhora, podendo tal percentual, ser alterado pelo Magistrado ‘a quo’, após a manifestação do depositário a ser nomeado. Recurso provido, em parte, com observação.**

## VOTO

### I. RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interposto contra a r. decisão de **fls. 409** que, em ação de execução fiscal aforada pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra **SABÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, indeferiu o pedido de penhora de faturamento por entender ser medida custosa e ineficaz. A MM.<sup>a</sup> Juíza houve por bem indeferir tal requerimento por entender que na maioria dos casos resulta no esvaziamento da execução com perda de oportunidade de construção de ativos e a movimentação útil do processo. A execução fiscal objetiva o recebimento de ICMS que, em outubro de 2011 perfazia o montante de **R\$ 53.000.000,00**. A agravante requereu a penhora sobre o faturamento porquanto, conforme se depreende da inicial do recurso, após sua recusa fundamentada quanto aos bens nomeados à penhora foi requerida expedição de ofício ao **BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN**, resultando negativo, não restando outra alternativa a não ser a penhora de percentual de 5% do faturamento mensal da empresa. Não há pedido liminar. Recebido o recurso e apresentada contraminuta às fls. **422/448**, com alegação de não conhecimento do recurso face à falta de juntada de documento essencial para formação do convencimento deste relator e, no mérito, pleiteia a manutenção da decisão agravada.

**É o relatório.**

### II. FUNDAMENTO E VOTO

1. A r. decisão agravada **deve ser reformada**, com as observações feitas.

2. Inicialmente o pedido da agravada inserto em contraminuta de não conhecimento do agravo por ausência de peça essencial ao deslinde do recurso não comporta respaldo. O fato de não ter sido juntada a decisão judicial de primeiro grau que deferiu a penhora ‘on line’ de recurso da agravada não implica em não conhecimento porquanto há notícia nos autos que tal penhora ‘on line’ restou infrutífera e, ainda, o recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a penhora ‘on line’ fora julgado por este relator, que manteve tal determinação. Deste modo, não se mostra peça relevante a modificar o posicionamento deste magistrado.

**2.1. Mérito recursal.** Pese o conhecido princípio da menor onerosidade da execução previsto pelo artigo 620 do Código de Processo Civil, deve ser ressaltado que a execução fiscal, em princípio, deve atender ao interesse do credor, devendo-se sempre harmonizar os dois princípios. Assim, tratando-se de medida de caráter excepcional o deferimento da penhora sobre o faturamento da agravada deve ser analisado caso a caso. Na hipótese dos autos tem-se que o saldo devido em 13 de agosto de 2012 perfazia o montante de R\$ 53.648.679,47 (**fls. 224**) e, inicialmente houve a oferta de bens do ativo imobilizado para garantia do juízo cuja discordância da agravante se dera em razão da falta de interesse

em leilão e por insuficiência da garantia integral do débito exequendo. Com a nomeação de novos bens à penhora consistentes em produtos integrantes de seu estoque (retentores, basicamente) houve novamente a recusa da agravante sob o fundamento de dificuldades para exigir reposição de bens não constatados e pela baixa liquidez (**fls. 294**). Diante da recusa houve o deferimento de penhora de dinheiro mantido nas instituições vinculadas ao Banco Central do Brasil (BACEN- JUD) mediante bloqueio de valores financeiros e, em face de ausência de resposta positiva à ordem de bloqueio (**fls. 369**) a agravante requereu penhora sobre 5% do faturamento declarado pela agravada. E contra o indeferimento do requerimento é que se insurge a agravante. Todavia, razão lhe assiste.

3. Pelo que se depreende da prova dos autos, a agravante efetuou todas as diligências possíveis à satisfação de seu crédito antes de requerer a penhora sobre o faturamento da empresa. Ressalte-se que o princípio da menor onerosidade não deve significar ausência de onerosidade, competindo ao magistrado encontrar solução hábil a encontrar um ponto de equilíbrio entre a satisfação do crédito e a preservação dos direitos da executada, ora agravada. Deste modo, diante deste contexto de inexistência de outros bens idôneos a garantir a execução, revela-se perfeitamente adequada a penhora sobre o faturamento da empresa diante da ausência de notícias de existência de outros bens passíveis de constrição que fossem absorvidos no mercado com facilidade.

4. Observa-se, portanto, que muito embora a penhora sobre o faturamento da empresa consista medida excepcional, por importar, em tese, na redução de recursos financeiros para o desenvolvimento das atividades, a pretensão da agravante comporta respaldo diante de seu pedido encontrar **previsão legal nos termos do § 3º do art. 655-A do CPC**, inexistindo qualquer ilegalidade na determinação da penhora sobre o faturamento. Ademais, advirta-se que a agravada não demonstrou que a penhora sobre 5% de seu faturamento implicaria em comprometimento de seu funcionamento, ou ainda, que o faturamento mensal já estivesse comprometido, embora tenha alegado.

5. Esta Corte tem entendido da mesma forma:

“Agravado de Instrumento. Execução fiscal. Decisão agravada que deferiu o pedido de penhora de 5% sobre o faturamento mensal da executada. Esgotados todos os meios de localização de bens que satisfaçam o crédito. Embora se constitua em medida excepcional, possível a penhora sobre o faturamento, nos termos do § 3º do artigo 655-A do CPC. Ademais, a agravante não comprovou que a penhora inviabilizará suas atividades. Decisão mantida. Recurso improvido.” (Ai nº 0009046-62.2013.8.26.0000, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em 27/05/2013);

“Agravado de Instrumento. Execução Fiscal. Penhora sobre faturamento. Possibilidade. Exegese do artigo 655-A, § 3º do Código de Processo

Civil. A penhora sobre faturamento da empresa sonegadora, mais do que recomendável e admitida na legislação, é necessária à celeridade da execução, Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido em parte. Depósito infiel. Análise do sistema constitucional inscrito no art. 5º, inc. LXVII e § 3º da Carta de 1988, após a adesão do Brasil ao pacto de São José da Costa Rica. Antijuridicidade da prisão do depositário infiel. Jurisprudência consolidada na Súmula Vinculante 25 do E. STF e Súmula 419 do Eg. STJ. Precedente doutrinário. Agravo provido somente neste capítulo.” (AI nº 0029087-21.2011.8.26.0000, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. em 21.11.2011);

‘0055597-03.2013.8.26.0000. Agravo de Instrumento. Relator Des. Décio Notarangeli. Comarca: Itapira. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 03/07/2013. Data de registro: 05/07/2013. Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL ICMS EXECUÇÃO FISCAL SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. PENHORA DE CRÉDITOS. ADMISSIBILIDADE. 1. É direito da Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, obter a substituição dos bens penhorados por outros, bem como o reforço da penhora insuficiente (art. 15, II, da Lei nº 6.830/80). 2. É legítima a penhora de créditos ou outros direitos patrimoniais (arts. 655, XI, e 671, CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80). Modalidade constritiva própria que não se confunde com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC). 3. A fim de não atingir a totalidade ou mesmo parcela que possa inviabilizar o prosseguimento da atividade empresarial da executada, razoável a penhora do percentual de 10% dos créditos atuais e futuros da executada referentes aos clientes indicados, respeitado o valor do crédito fazendário. Recurso provido, em parte.’

6. Em suma, a penhora sobre dinheiro tem preferência sobre todas as demais modalidades nos termos do artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo que, mesmo em razão do grande valor da execução, admissível o pedido da exequente de ser efetivada a penhora sobre 5% do faturamento da empresa ora agravada. As cautelas, como insiste a jurisprudência mais autorizada são: (i) que o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado; (ii) seja promovida a nomeação de depositário; (iii) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

### 6.1. Diz a lei de processo:

‘Art. 655. A penhora observará, **preferencialmente**, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

- II - veículos de via terrestre;
- III - bens móveis em geral;
- IV - bens imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
- VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
- VIII - pedras e metais preciosos;
- IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
- X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- XI - outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.

Art. 655-A. (...)

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado **depositário**, com a atribuição de submeter à **aprovação judicial** a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (...)

No caso o percentual requerido, 5%, mostra consentâneo com a jurisprudência deste E. Tribunal.

Como lembra o insigne CANDIDO RANGEL DINAMARCO, após transcrever o art. 655-A do CPC: “dessa confusa redação pode-se razoavelmente entender que, feita a penhora de algum percentual de faturamento e nomeado o depositário, a este caberá, desde logo sugerir como serão feitas as penhoras sucessivas - a saber, sugerirá ao juiz como, onde e quanto se penhorará periodicamente, e em qual periodicidade. Não se concebe, como o texto daria a entender, que pudesse ser um depositário nomeado e investido do ‘munus’ antes de qualquer penhora feita.” (Instituições de direito processual civil, p. 608, Malheiros, IV, 3.<sup>a</sup> ed).

**6.2.** Notícia, agora, na proximidade do julgamento deste recurso, a agravada, o que chama de ‘fato novo’, ou seja, elaborou petição dirigida à autoridade judiciária de Primeira Instância na qual, após considerações, diz-se disposta ao pagamento de 1% de seu faturamento (e não 5%), o que seria razoável, insistindo em que este agravo estaria prejudicado ou, ao menos que

seja nomeado depositário para elaboração de plano de penhora, antes da fixação do percentual.

Tal fato não está nos autos, que versa sobre a decisão tal qual foi impugnada, à época em que impugnada. De todo modo, **a decisão a ser tomada aqui poderá ser revista na instância monocrática, se o caso, especificamente sobre o percentual da penhora.** É que a lei prevê a nomeação de depositário para que elabore plano de penhora, sendo que o percentual de 5%, aqui determinado, poderá ser alterado, **para mais ou para menos**, se o depositário a ser nomeado assim entender cabível e se houver *placet* do Magistrado ‘a quo’, obviamente (CPC: ‘§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado **depositário**, com a atribuição de submeter à **aprovação judicial a forma de efetivação da constrição**, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida...).

Maiores considerações sobre percentual, aqui, são impossíveis, até pelo fato de que o agravante, **o maior interessado e o credor do tributo**, não dispor mais de chances de manifestação nesta instância.

7. Ante o exposto, por meu voto, dou provimento ao recurso em parte, ficando fixado em 5% do faturamento, **inicialmente**, o valor da penhora, podendo tal percentual, como se disse, ser alterado pelo Magistrado ‘a quo’, após a manifestação do depositário a ser nomeado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0251165-88.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado EDMILSON APARECIDO DE ARAÚJO.

**ACORDAM**, em 16ª 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 20.021)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

LUIZ DE LORENZI, Relator

**Ementa: ACIDENTÁRIA - SENTENÇA DE**

**PROCEDÊNCIA PROFERIDA JÁ PUBLICADA  
E COM APELAÇÃO DO RÉU RECEBIDA -  
POSTERIOR ANTECIPAÇÃO DE TUTELA  
DEFERIDA PELO JUÍZO SINGULAR -  
INADMISSIBILIDADE.**

**“Já proferida e publicada a sentença, inclusive com apelação já recebida, é defeso ao Juízo singular deliberar sobre antecipação de tutela sob pena de ofensa à regra do artigo 463 do Código de processo Civil”.**

**Agravo de instrumento provido.**

## **VOTO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS, nos autos da ação acidentária que lhe é movida por Edmilson Aparecido de Araújo, contra a r. decisão na qual o Juízo singular, após prolatada a r. sentença, deferiu a tutela antecipada para a imediata implantação do benefício concedido (cópia às fls. 57).

Pugna o agravante pela reforma da r. decisão aduzindo, em resumo, que o deferimento da tutela antecipada pelo Juízo singular após a prolação da r. sentença, no caso já inclusive publicada, implica violação à disciplina do artigo 463 do Código de Processo Civil. Acrescenta, ademais, inexistirem na hipótese os requisitos autorizadores da concessão da medida.

Comprovou-se o recolhimento da despesa atinente ao porte de retorno (fls. 67).

Processou-se o recurso no efeito devolutivo.

O agravado não ofereceu resposta (certidão às fls. 76). É o relatório.

Passo a decidir.

A meu Juízo procede o inconformismo do agravante.

De fato, na forma da fundamentação trazida pelo INSS nas razões do recurso, uma vez prolatada e publicada a sentença como no caso, o Juiz esgota o ofício jurisdicional nos termos do artigo 463 do Código de Processo Civil, de modo que no feito não mais pode decidir, excetuada a hipótese de correção de erro material e/ou apreciação de embargos de declaração.

Se assim é, no caso em apreço a meu ver era manifestamente defeso ao Juízo, após prolação do julgado e inclusive já com apelação do INSS recebida, deliberar pela concessão de tutela antecipada em favor do autor, ora agravado, em inequívoca dissonância coma regra processual.

Nesse sentido é a posição esposada por esta Câmara consubstanciada em

Acórdão prolatado em feito paradigma de lavra do eminente Desembargador Antônio Tadeu Ottoni em sede do agravo de instrumento nº 0195164-83.2012.8.26.0000 (DJE de 26.10.2012).

Logo, impõe-se a reforma da r. decisão agravada para a conseqüente revogação da tutela antecipada.

**Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo de instrumento nos termos e para os fins supra.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0104224-38.2013.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é agravante MARIA DA CRUZ BENEDITO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 16 de agosto de 2013.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

**Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. Prescrição. Multa administrativa.**

**1. É quinquenal o prazo de prescrição de crédito fundado em receita não tributária, na inteligência do artigo 1º do Decreto 20.910/32, não se aplicando *in casu* as regras do Código Civil.**

**2. Não configurada, todavia, a inércia fazendária a ensejar o reconhecimento da prescrição.**

**3. Recurso não provido.**

## VOTO

Tempestivo agravo de instrumento interposto pela embargante contra a decisão reproduzida a f. 62/3 que, em embargos à execução para cobrança de multa administrativa, afastou a arguição de prescrição, aplicando o prazo geral

dos artigos 205 e 2.028 do Código Civil.

Bate-se pelo reconhecimento da prescrição quinquenal estabelecida no Decreto nº 20.910/32. Pede provimento.

É o relatório.

1. Assiste razão à agravante na tese relativa ao prazo quinquenal incidente na execução, que tem como objeto crédito de natureza não tributária.

Nesse sentido já se manifestou expressamente esse Eg. Tribunal, em consonância com o entendimento esposado no Col. STJ:

*Trata-se de execução fiscal de dívida não-tributária, consubstanciada em multa de obra geral cuja notificação ocorreu em 13.04.1989, com vencimento legal em 29/05/1989 (CDA - fls. 22). Em que pese não possuir natureza tributária, adota-se o entendimento de que seu prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, na forma do art. 1º, do Decreto 20.910/32, em consonância com o princípio da isonomia. Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o STJ, nos seguintes termos: “Todavia, em se tratando da prescrição do direito de a Fazenda Pública executar valor de multa referente a crédito não-tributário, ante a inexistência de regra própria e específica, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no artigo 1º do Decreto 20.910/32. De fato, embora destituídas de natureza tributária, as multas impostas, inegavelmente, estão revestidas de natureza pública, e não privada, uma vez que previstas, aplicadas e exigidas pela Administração Pública, que se conduz no regular exercício de sua função estatal, afigurando-se inteiramente legal, razoável e isonômico que o mesmo prazo de prescrição - quinquenal seja empregado quando a Fazenda Pública seja autora (caso dos autos) ou quando seja ré em ação de cobrança (hipótese estrita prevista no Decreto 20.910/32). Precedentes: Resp 860.691/PE, DJ 20/10/2006, Rel. Min. Humberto Martins; Resp 840.368/MG, DJ 28/09/2006, Rel. Min. Francisco Falcão; Resp 539.187/SC, DJ 03/04/2006, Rel. Min. Denise Arruda” (STJ, REsp 905932-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22.05.2007).<sup>1</sup>*

2. Ocorre que, a despeito da aplicação do prazo nos moldes em que colimado, a prescrição do crédito fazendário *in casu* não se consumou.

Com efeito, ainda que a autuação tenha ocorrido já há muito, no ano de 1999, a dívida só pôde ser definitivamente inscrita em agosto de 2003 (f. 96), frente ao esgotamento dos recursos administrativos interpostos pela agravante em março de 2003 (f. 105).

Enquanto não finalizado o procedimento administrativo via do qual a executada pretendia infirmar a dívida, não havia como efetuar a inscrição definitiva do débito, pois sua inscrição antes de sobredito esgotamento acarretaria em inadmissível abuso por parte da Administração, em prejuízo ao direito de defesa da executada. E é nesse sentido a regra do art. 4º do diploma de regência.

<sup>1</sup> Agravo de Instrumento nº 936.697-5/8-00, Rel. Beatriz Braga.

Assim, porquanto ajuizada a execução fiscal em agosto de 2005, com um lapso de cerca de dois anos da inscrição, não há que se cogitar do decurso do prazo prescricional.

De rigor, portanto, a manutenção da decisão vergastada, ainda que por fundamentos distintos.

3. No mais, sendo o título atacado revestido de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, cabe ao executado desconstituí-lo, não porém na estreita via da exceção.

Aguarde-se, pois, o oportuno processamento dos embargos noticiados na decisão vergastada.

4. Posto isso, nego provimento ao recurso.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

Sujeitar-se-ão a julgamento virtual eventuais embargos de declaração que venham a ser tirados deste acórdão. No caso a objeção deverá ser manifestada no prazo de sua oposição.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0103399-94.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LEÔNIDAS FERNANDES DA SILVA, é agravado DELEGADO DE POLÍCIA DIRETOR DA CORREGEDORIA DO DETRAN/SP.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), CRISTINA COTROFE E JOÃO CARLOS GARCIA.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

RUBENS RIHL, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança -Irresignação contra r. decisão de primeiro grau que indeferiu a liminar - Pretensão do impetrante de desbloquear seu prontuário - Bloqueio**

**determinado pela Corregedoria do Detran-SP em razão de inúmeras fraudes envolvendo os prontuários de habilitação dos condutores oriundos do Estado de Minas Gerais, que tiveram suas CNHs emitidas pela Ciretran de Ferraz de Vasconcelos, a partir de janeiro de 2005 - Decisório que merece subsistir - Apreciação de liminar inserida no poder geral cautelar do juiz - Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável - Hipóteses não configuradas no presente caso - Inexistência de abuso de poder ou flagrante ilegalidade - Ausência dos requisitos legais para concessão da liminar, notadamente a fumaça do bom direito - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão reproduzida às fls. 24 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por LEÔNIDAS FERNANDES DA SILVA em face do DELEGADO DE POLÍCIA DIRETOR DA CORREGEDORIA DO DETRAN DE SÃO PAULO, indeferiu a liminar a fim de desbloquear a Carteira Nacional de Habilitação do impetrante, bem como assegurar o seu direito de realizar a renovação junto ao DETRAN na cidade de Itajubá/MG.

Inconformado, apela o impetrante buscando a inversão do julgado. Relata que sua primeira habilitação data de 20 de junho de 1978, sendo que desde 09 de março de 1992 exerce na cidade de Itajubá/MG a atividade de motorista de táxi profissional. Ocorre que, no início do ano de 2007, por motivo profissional, foi obrigado a transferir a sua CNH para a cidade de Ferraz de Vasconcelos/SP. Assim, foi realizada a transferência, sendo que após exames de praxe obteve a categoria “AD”. Atesta que a nova categoria somou a categoria “B”, que já possuía anteriormente, sendo que ao tentar renovar sua CNH foi surpreendido com a notícia de bloqueio por suspeita de fraude na troca de categoria, o que lhe está acarretando inúmeros transtornos profissionais. Aduz que o bloqueio da CNH de forma sumária, sem a conclusão da investigação mencionada pelo apelado em sua defesa é ilegal, uma vez que fere os direitos constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e bem como o princípio da inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Ressalta que, não se pode perder de vista a Resolução nº 182 de 09/09/2005 do COTRAN, que em seu artigo 24 dispõe sobre a necessidade de processo administrativo para

a imposição de penalidades. Julgados são colacionados em favor da sua tese. Destarte, requer a concessão a concessão da liminar, com o posterior provimento do recurso (fls. 02/14).

Recurso tempestivo e regularmente processado.

Dispensável as informações do Douto Juízo monocrático, bem como a intimação do agravado para resposta.

É, em síntese, o relatório.

Examinadas as questões trazidas pela agravante, bem como os fundamentos adotados pelo nobre Magistrado *a quo*, tem-se que a r. decisão de primeiro grau deve mesmo subsistir.

Com efeito, o mandado de segurança é ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo do impetrante, violado em razão de abuso de poder do impetrado. Está inteiramente disciplinado pela Lei nº 12.016/2009.

A concessão de liminar em mandado de segurança tem como pressupostos a aparência do bom direito, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, num primeiro juízo de mera verossimilhança, bem como o fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave ou de difícil reparação.

Em outras palavras: a liminar em mandado de segurança é medida que fica a critério do juiz, que ao examinar a inicial e os documentos anexados pode concedê-la, ou não, de acordo com o seu livre convencimento, não podendo o Tribunal substituí-lo nesta questão, a menos que a decisão seja teratológica ou de manifesta ilegalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito do tema, anota Theotônio Negrão:

***“a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato denegatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior”.*** (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 37ª ed., pág. 1.828, nota 21b ao art. 7º da Lei nº 1.533/51).

E, ainda, como dilucida Hely Lopes Meirelles:

***“A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade***

*da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, 17ª ed. atual., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 58).*

A mesma trilha é compartilhada por esta Colenda Oitava Câmara de Direito Público, conforme julgados a seguir:

*“Mandado de Segurança - Deferimento de liminar - Recurso de Agravo - livre convencimento do juiz na apreciação da liminar - Decisão bem fundamentada - Questões invocadas pela agravante que só podem ser decididas na sentença - Recurso improvido”. (Agravo de Instrumento nº 409.494-5/3, rel. Desembargador Toledo Silva).*

*“Agravo de Instrumento - indeferimento de liminar em mandado de segurança - legalidade - ausência dos requisitos do fumus boni iuris e o periculum in mora - apreciação de liminar inserida no poder geral cautelar do juiz - inexistência de abuso de poder ou flagrante ilegalidade a autorizar a revisão do ato - recurso não provido”. (Agravo de Instrumento nº 365.318-5/2, rel. Desembargador Celso Bonilha).*

*“Mandado de Segurança - liminar indeferida - revogação de termo de permissão de uso para exercer atividade de comércio ambulante - inexistência de teratologia ou abuso na decisão agravada - precariedade de atividade que pode ser revogada a qualquer tempo pela Administração - necessidade de aferição dos motivos do ato - Recurso improvido”. (Agravo de Instrumento nº 431.347-5/0, rel. Desembargador Mauricio Ferreira Leite).*

No caso em tela, a decisão, restrita ao deferimento da liminar, não se mostra ilegal e tampouco abusiva, porque, como bem declarou o douto magistrado *a quo*:

*“Uma enorme gama de fraudes foram perpetradas na jurisdição do CIRETRAN de Ferraz de Vasconcelos, dentro do período em que o impetrante obteve sua habilitação, de modo que, em uma análise perfunctória, não vislumbro a presença do fumus boni iuris para a concessão da liminar, que resta indeferida.” (fls. 24)*

Não se vislumbra, assim, qualquer vício na decisão hostilizada a permitir a sua reforma, não sendo convenientes maiores digressões a respeito da matéria nesta oportunidade, as quais podem ser interpretadas como antecipação do julgamento e supressão de um grau de jurisdição.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao improvimento do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0275697-29.2012.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante ELAINE CRISTINA DE ALMEIDA, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

**ACORDAM**, em 16ª 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 15.457**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), LUIZ FELIPE NOGUEIRA E LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATRASO NA IMPLANTAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE - MULTA DIÁRIA - INDEFERIMENTO - DESÍDIA**

**DA AGRAVADA NÃO COMPROVADA - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ABUSO OU ARBITRARIEDADE DO INSS - DECISÃO MANTIDA.**

**Recurso desprovido.**

**VOTO**

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de fixação de multa diária e de danos morais pelo atraso na implantação do auxílio-acidente.

Sustenta a agravante, em síntese, que ao postular o cumprimento da decisão que lhe concedeu o auxílio-acidente requereu a fixação de multa diária de R\$ 100,00 em caso de atraso. Ocorre que, muito embora tenham sido depositados valores pretéritos, o INSS deixou de implantar seu benefício, fazendo-o somente cerca de um ano depois de citado. Aduz que a multa diária deve ser fixada de acordo com o que preveem os artigos 461 e 461-A do CPC.

Acrescenta que a atitude da autarquia lhe causou privações e nervosismo, o que conduz ao direito à indenização por danos morais.

O recurso foi processado e recebido apenas no efeito devolutivo. Houve apresentação de contraminuta, comprovou-se o cumprimento do art. 526 do CPC e vieram as informações requisitadas ao MM. Juiz a quo.

**É o relatório.**

Busca a obreira a fixação de multa diária e indenização por danos morais em razão do atraso na implantação do auxílio-acidente concedido judicialmente. O MM. Juiz a quo negou o pedido por entender que no título executivo não estavam previstas tais verbas.

Com efeito, o que se verifica é que, iniciada a execução, não houve resistência por parte da autarquia, que concordou com os cálculos da obreira. A conta foi homologada e requisitado o precatório.

Ocorre que, por um lapso, não se procedeu à implantação do benefício, situação esta que entende a agravante ser de única e exclusiva culpa da autarquia.

Contudo, o que se vê é que não é o caso de fixação de multa diária pelo atraso ocorrido, pois a obreira, interessada em ver seu benefício implantado ficou silente por cerca de mais de um ano e quando pugnou pela implantação foi prontamente atendida pela autarquia.

Portanto, conclui-se que houve lapso de ambas as partes, pois poderia ter o INSS providenciado a implantação do benefício quando citado para se manifestar acerca da conta de liquidação e, de outro lado, ficou inerte a obreira que nada reclamou no período de mais de um ano.

De outro lado, o pedido de fixação de multa diária, foi tacitamente rejeitado quando do despacho que ordenou a citação da autarquia na fase executiva e deveria ter a parte interessada insistido na sua fixação naquele momento.

No tocante aos danos morais, tem-se que a obreira não demonstrou abuso ou arbitrariedade do INSS, tampouco comprovou as alegadas privações e nervosismo.

**Nesse contexto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0080131-11.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALEIXO NOGUEIRA DE LELLES FILHO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.408)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

LEME DE CAMPOS, Relator

**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de sentença - Pleito inicial relativo à Gratificação por Atividade de Polícia, quando o correto seria Gratificação por Atividade Penitenciária - Procedência do pedido, com trânsito em julgado - Equívoco que não foi alegado pela FESP na fase de conhecimento - Coisa julgada - Possibilidade material de execução do julgado, mormente diante do evidente equívoco material, corrigível de ofício nesta sede - Decisão reformada. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 18 que, em sede de ação de rito ordinário, ora em fase de execução, deu por cumprida a obrigação, determinando o arquivamento dos autos.

Registra o agravante, em síntese, que obteve o direito à incorporação da Gratificação por Atividade de Polícia (GAP) por meio de decisão transitada em julgado. Indica que, apesar disto, o juízo singular obstou o seguimento da execução, ao argumento de que o pedido formulado na inicial fora equivocado, já que o autor, na condição de agente penitenciário, não fazia jus a tal gratificação.

Sustenta que a decisão recorrida viola flagrantemente o seu direito, havendo de se manter a integralidade da condenação imposta, inclusive por se encontrar preclusa tal discussão.

Aduz que a magistrada singular não se ateve ao quanto disposto no v. acórdão, o qual expressamente atribuiu a aludida gratificação a todos que fazem parte da Secretaria de Segurança.

Alude, por fim, que a função de agente penitenciário se insere genericamente no contexto ou na qualificação da função policial.

Requer a antecipação da tutela recursal e, a final, o provimento do recurso.

Recurso devidamente processado apenas no efeito devolutivo (fl. 46).

Foi dado cumprimento ao disposto no art. 526, do CPC (fl. 51). Informações prestadas pelo insigne magistrado singular às fls. 55/56.

Contraminuta apresentada às fls. 58/61.

### **É o relatório.**

O recurso merece provimento.

De fato, o autor, agente de segurança penitenciário aposentado, ingressou com demanda judicial visando à incorporação de Gratificação por Atividade de Polícia, quando o correto seria fazer menção à Gratificação por Atividade Penitenciária.

Tal equívoco, no entanto, passou despercebido pelos órgãos julgadores e, em especial, pela Fazenda do Estado de São Paulo, a qual deveria ter questionado o fato no curso do processo de conhecimento.

Consequentemente, não há que se alegar por ocasião do momento qualquer matéria de resistência pertinente à fase de cognição, mormente por força de preclusão e para que se resguarde a coisa julgada (princípio da segurança jurídica).

Ora, o sistema processual não permite que a defesa do executado refira-se a fato que deveria ter sido alegado no curso do processo cognitivo.

Neste ponto, aplica-se à Fazenda o brocardo “dormientibus non succurrit ius”, não havendo que se falar na violação daquilo que ficou estabelecido no título judicial.

Assim, aliás, já decidiu este Eg. Tribunal de Justiça em caso semelhante:

*“Agravamento de Instrumento - Processual civil. Execução - Fase executiva - Arguição fundada na impertinência de relação de direito material, vez que o*

*processo de conhecimento condenou na extensão da GAP aos inativos policiais, enquanto uma das exequentes era Agente Administrativa da Secretaria da Segurança Pública e, portanto, não contemplada com a pseudo-gratificação - Arguição extemporânea, em maltrato a coisa julgada - Possibilidade material de execução do julgado, na medida em que a GAP foi fixada em lei em valor nominal. Admissibilidade de assinação de sanção cominatória, consoante consolidada jurisprudência do STJ - Razoabilidade do prazo assinado na hipótese, bem como do valor arbitrado. Nega-se provimento ao recurso interposto.” (AI nº 990.10.486078-4, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. de 15.12.10 grifos nossos).*

E, ainda que assim não fosse, melhor sorte não assistiria à FESP.

Isto porque houve evidente erro material no presente caso, o qual deve ser corrigido de ofício por ocasião do momento.

Por pertinente:

*“O erro material pode ser corrigido após o trânsito em julgado da respectiva decisão: ‘O erro material é corrigível a qualquer momento, de ofício ou a requerimento da parte, sem que daí resulte ofensa à coisa julgada’ (RSTJ 34/378). No mesmo sentido: STJ- Corte Especial, ED no REsp 40.892-4, Min. Nilson Naves, j. 30.3.95, um voto vencido, DJU 2.10.95; RSTJ 40/497, 88/224, STJ-RT 690/171, RT 725/289, JTJ 160/272, bem fundamentado. [...]” (NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor 45ª Ed. Rev e Atual., 2013, p. 546)*

Ora, é evidente que os órgãos julgadores incorreram em equívoco material ao considerar que o autor era Policial Militar, ao invés de agente penitenciário.

Em todo caso, a fundamentação jurídica dos julgados seria a mesma, porquanto, nos termos do aresto proferido às fls. 35/42, ficou assentado que:

*“Claro perceber que todas as vantagens que importem em aumento de vencimentos dos servidores em atividade devem ser, automaticamente, repassadas para o pessoal inativo.*

*O fim último da norma é afastar disparidades entre as remunerações dos servidores ativos e inativos.*

*A revisão de proventos deve ser feita sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade, sob pena de inobservância da norma constitucional estadual que assim prescreve:*

*‘Art. 126 - ...*

*§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, ainda*

quando decorrente de reenquadramento, de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.’

Se a Constituição Estadual não tivesse inserido, em seu texto, o disposto do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, nem por isso o direito dos autores perderia sustentação legal, já que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal: ‘... A extensão aos inativos faz-se mediante aplicação do comando constitucional. A não se entender assim, atribuir-se-ia ao legislador ordinário a possibilidade de introduzir, até mesmo, tratamento diferenciado...’ (AI nº 141.189, rel. Min. Marco Aurélio).” (fls. 39/40)

Ou seja, o direito subsiste, embora tenha havido equívoco em relação ao nomen iuris da gratificação devida (GSAP Gratificação de Suporte à Atividade Penitenciária), bem como da legislação aplicável (Lei Complementar nº 899/01).

Não se olvide, no mais, que a execução do julgado é materialmente viável, uma vez que a gratificação ostenta caráter genérico, implementando-se em valor nominal.

Daí, corrige-se, de ofício, o erro material mencionado para que o título executivo seja modificado nos seguintes termos:

“[...] **JULGO PROCEDENTE** a presente ação e condeno a ré a pagar ao autor a **Gratificação de Suporte à Atividade Penitenciária** [no lugar de Gratificação por Atividade Policial] desde a promulgação da **Lei Complementar 899/2001** [no lugar de 873/2000] [...]”

Portanto, nos limites objetivos da coisa julgada, impõe-se a reforma da r. decisão singular, viabilizando-se ao agravante o devido cumprimento daquilo que ficou determinado na sentença, com as observações realizadas.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0038323-60.2012.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que são agravantes PALOMA MIKHAEL NASSAR (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), MIKAELLA MIKHAEL NASSAR (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e GEORGES NAGIB MIMASSI (TUTOR(A)), são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto**

nº 27819)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Ação civil pública - O simples cessionário de empresa não pode ser atingido pelos efeitos da desconsideração, é verdade. Mas não pode sê-lo nos seus bens próprios, que não foram, nem supostamente, obtidos pela má gestão da empresa executada e que teve sua personalidade jurídica desconstituída - Os herdeiros recebem o patrimônio deixado pelo falecido depois que as dívidas deste tiverem sido satisfeitas. Não se justifica beneficiar herdeiros e causar prejuízo aos credores - Nem se diga que deveria ter sido chamado o espólio de Marie Noel e não as herdeiras. O espólio tem apenas personalidade processual. Vem aos autos para facilidade do credor, para que este não fique obrigado a citar todos os herdeiros do executado falecido. Mas se o credor prefere trazer aos autos os próprios herdeiros, não há prejuízo a estes, nem necessidade de vir também o espólio, que apenas os representa - Relativamente ao valor da execução, insistem as agravantes que não poderia ter sido atendida a pretensão do Ministério Público que aditou a inicial para fazer pedido genérico. A questão era de ser apreciada na ação civil pública, na fase de constituição do título, não na fase de execução. Agora, precluso o direito de, por via de embargos ou agravo, modificar o título executivo judicial já formado - Recurso improvido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Paloma Mikhael Nassar e Mikaella Maikhael Nassar** contra ato que consideram ilegal do **MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bauru, Dr. Cláudio Augusto Saad Abujamra**, e consistente em não acolher preliminares que apresentaram na ação civil pública que lhes movem a **Prefeitura Municipal de**

**Bauru e o Ministério Público.**

O Ministério Público de primeiro grau apresentou manifestação a fls. 861, pugnando pelo improvimento do recurso.

Informações a fls. 874.

Recurso tempestivo.

A ilustrada Procuradoria de Justiça emitiu parecer no sentido do provimento parcial do agravo (fls. 878).

**É o relatório.**

A primeira das preliminares levantada diz respeito à ilegitimidade de parte passiva das agravantes. São elas menores de idade, filhas de Marie Noel e Georges Nagib, sócios da empresa Nassar Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda., condenada em ação civil pública promovida pelos agravados.

Na fase de execução não se encontrou bens da empresa citada, que teve sua personalidade jurídica desconstituída, com alcance dos bens dos seus sócios, Marie Noel e Georges Nagib.

Marie faleceu e, por isso, o bem que passou às suas duas filhas acabou sofrendo constrição.

Não se conformam as agravantes, menores impúberes representadas pelo seu pai Georges Nagib. Diz que o fato de serem cessionárias das quotas da empresa executada não é justificativa para que respondam pelas dívidas da sociedade. Sustentam que a responsabilidade na ação civil pública depende da comprovação de vantagem obtida com o ato invalidado, o que no caso não ocorre.

As agravantes, em inteligente argumentação, buscam desviar a via processual que as atinge, com argumentos corretos mas que não se aplicam ao caso.

O simples cessionário de empresa não pode ser atingido pelos efeitos da desconsideração, é verdade. Mas não pode sê-lo nos seus bens próprios, que não foram, nem supostamente, obtidos pela má gestão da empresa executada e que teve sua personalidade jurídica desconstituída.

A regra, no caso dos autos, verdadeira, não está sendo aplicada para responsabilizar as agravantes.

Ainda diz a inicial deste recurso que apenas aqueles que se beneficiam com a má gestão da empresa executada é que podem ser responsabilizados.

É ensinança correta, também, mas que não está sendo ofendida.

A desconsideração aconteceu para alcançar o patrimônio dos sócios, Marie Noel e Georges Nagib. E isso se fez.

Em razão do falecimento de Marie Noel, seu patrimônio inventariado passou a responder pela dívida que ela respondia. Essa a regra do artigo 943 do

Código Civil.

Os herdeiros recebem o patrimônio deixado pelo falecido depois que as dívidas deste tiverem sido satisfeitas. Não se justifica beneficiar herdeiros e causar prejuízo aos credores.

Mas hoje as dívidas se transferem até as forças da herança (artigo 1792 do Código Civil). E para garantia disso é que os herdeiros são chamados à ação de execução.

Nem se diga que deveria ter sido chamado o espólio de Marie Noel e não as herdeiras. O espólio tem apenas personalidade processual. Vem aos autos para facilidade do credor, para que este não fique obrigado a citar todos os herdeiros do executado falecido. Mas se o credor prefere trazer aos autos os próprios herdeiros, não há prejuízo a estes, nem necessidade de vir também o espólio, que apenas os representa.

As agravantes não estão tendo seus bens particulares atingidos por serem simples cessionárias das quotas da mãe sócia devedora. Se isto estiver acontecendo, podem defender seu patrimônio particular que, entretanto, parece não existir, pois não é mencionado no recurso.

A casa que herdaram, entretanto, não está sofrendo constrição por ser bem particular das cessionárias, mas porque é bem da falecida sócia, que não se transmite, como se disse, antes de responder pelas dívidas.

Relativamente ao valor da execução, insistem as agravantes que não poderia ter sido atendida a pretensão do Ministério Público que aditou a inicial para fazer pedido genérico. A questão era de ser apreciada na ação civil pública, na fase de constituição do título, não na fase de execução. Agora, precluso o direito de, por via de embargos ou agravo, modificar o título executivo judicial já formado.

Dessarte nega-se provimento ao agravo de instrumento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0103067-30.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GIANCARLO PANSONATO PRESSOTO, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17354)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 29 de agosto de 2013.

VERA ANGRISANI, Relatora

**Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. Multa ambiental. Penhora em conta poupança. Impossibilidade de constrição de valores até o limite de 40 salários mínimos. Documento que indica intensa movimentação da conta, perdendo ela sua natureza típica, de reserva de numerário para segurança alimentícia pessoal e familiar a médio/longo prazo. Precedentes. Decisão mantida, por fundamento diverso. Recurso desprovido.**

## VOTO

I- Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **GIANCARLO PANSONATO PRESSOTO** em face da r. decisão de fl. 73 (fl. 48 do feito na origem) que, nos autos da ação de execução fiscal movida pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, indeferiu o requerimento de desbloqueio de valores penhorados, forte na tese de que se trata de “conta poupança” e não de “caderneta de poupança”, não incidindo a regra do art. 649, IV do CPC.

Sustenta o recorrente, em resumo, que o requerimento baseou-se no disposto no inciso X do art. 649 do CPC, e não no constante do inciso VI, além do que as expressões “caderneta de poupança” e “conta poupança” são sinônimas. Salienta ainda que nenhuma providência tendente à localização de outros bens penhoráveis foi adotada pela exequente antes do pedido de bloqueio *on line*.

Negado o efeito suspensivo pleiteado (fl.76), a parte contrária apresentou resposta (fls. 83/88).

### **É o relatório.**

II- A decisão combatida há de ser mantida, embora por fundamento diverso.

De início, afasta-se a tese da necessidade de outras providências da exequente antes de determinar o bloqueio dos depósitos. O C. STJ já decidiu, na apreciação do REsp nº 1.112.943/MA<sup>1</sup>, julgamento este na forma do art. 543-C do CPC, que “*Após o advento da Lei n.º 11.382/2006, o Juiz, ao decidir*

1 Corte Especial, rel. Mina. Nancy Andriighi, DJe 23.11.2010

*acerca da realização da penhora on line, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.”*

De fato não há qualquer diferença entre “caderneta de poupança” e “conta poupança”, pois ambas as expressões referem-se a uma única espécie, a qual mereceu especial proteção do legislador quando da edição da Lei nº 11.382/06. Também em momento algum se alegou que os valores penhorados referem-se a vencimentos, subsídios, proventos de aposentadoria, pensões ou qualquer das figuras elencadas no inciso IV do art. 649 do CPC. A questão limita-se a discutir se são ou não penhoráveis as quantias existentes em cadernetas de poupança até o limite de 40 salários mínimos.

A resposta, de início, é negativa. Vários são os precedentes da Corte Superior no sentido de que “(...) valores até o limite de 40 salários mínimos, aplicados em caderneta de poupança, são impenhoráveis, nos termos do art. 649, X, do CPC, que cria uma espécie de ficção legal, fazendo presumir que o montante assume função de segurança alimentícia pessoal e familiar. O benefício recai exclusivamente sobre a caderneta de poupança, de baixo risco e retorno, visando à proteção do pequeno investimento, voltada à garantia do titular e sua família contra imprevistos, como desemprego ou doença (...)”<sup>2</sup>.

Contudo, há de se analisar as circunstâncias peculiares do caso concreto. Da leitura do extrato da conta bloqueada (fl. 68), vê-se que há intensa movimentação de valores expressivos num intervalo curto, de 20 dias: em 21/01/13, saldo de R\$ 17.002,50; no dia seguinte, depósito em dinheiro de R\$ 1.000,00; no dia 28, mais dois depósitos, um em dinheiro de R\$ 1.630,00 e outro, em cheque, de R\$ 2.500,00; no dia 06/02, novo depósito em cheque de R\$ 900,00, e no dia seguinte, um saque de R\$ 11.250,00; seis dias depois, novo depósito, de R\$ 1.000,00; no dia 15/02, novo saque, de R\$ 1.850,00.

O bloqueio ocorreu em 19/02, e mesmo assim ainda restaram em conta R\$ 2.510,57, dos quais R\$ 1.128,00 foram sacados três dias depois. Entre as movimentações, muitos registros de “aniversário” da aplicação, com o correspondente pagamento de juros, indicando a existência de depósitos anteriores em datas diversas (dias 06, 09, 13, 19, 22 e 27).

Desta forma, o que se tem é, na verdade, uma conta que não guarda as características de poupança típica, que visa à formação de reserva para o futuro, de médio ou longo prazo, mas sim de conta corrente, com saques e depósitos frequentes. Resta evidente que a conta sobre a qual recaiu a penhora não possui as características daquelas protegidas pelo texto legal, o que, por consequência, autoriza a constrição. Neste sentido:

2 REsp 1330567/RS, rel. Mina. Nancy Andrichi, DJe 27.05.2013; ainda, AgRg no REsp 1291807/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14.08.2012

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Bloqueio judicial de numerário existente em conta poupança integrada. Possibilidade. O extrato da conta bancária indica claramente que ela não tem a finalidade precípua de uma caderneta de poupança. Impenhorabilidade não caracterizada. Não aplicação da regra trazida pelo artigo 649, inciso X do Código de Processo Civil. Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento nº 0308155-07.2009.8.26.0000, rel. Des. Paulo Galizia, j. 24.08.2009).

“Agravo regimental. Impenhorabilidade de conta poupança afastada. Artigo 649, X, do Código de Processo Civil. Caderneta de Poupança. Diferença de finalidade. Manutenção da penhora. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.” (Agravo Regimental nº 0070482-61.2009.8.26.0000, rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 13.04.2009).

Assim, considerando as circunstâncias peculiares do caso concreto, deve ser mantida, por fundamento diverso, a decisão guerreada.

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

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000260-46.2009.8.26.0363, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é apelante IN VITRO BRASIL LTDA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI MIRIM.

**ACORDAM**, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por V.U., deram provimento ao recurso.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.860)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSVALDO CAPRARO (Presidente) e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 25 de julho de 2013.

CARLOS GIARUSSO SANTOS, Relator

**Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA - ISSQN - COBRANÇA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL - EMPREGADOS COMO MEIO PARA A VENDA DE EMBRIÕES**

**BOVINOS - IMPOSSIBILIDADE - TRIBUTO QUE INCIDE APENAS QUANDO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FOR A ATIVIDADE-FIM DO CONTRIBUINTE.**

Consistindo a atividade do contribuinte na venda de embriões bovinos inseminados em novilhas receptoras (barrigas de aluguel), é impossível a cobrança do ISSQN, na medida em que, nessa hipótese, a prestação de serviços de fertilização in vitro e inseminação artificial (item 5 subitem 5.04 da lista anexa à LC 116/03), constitui mera etapa intermediária (atividade-meio/obrigação acessória) para o exercício da obrigação principal (circulação de mercadoria), inexistindo, portanto, o fato gerador da respectiva obrigação tributária. RECURSO PROVIDO.

**VOTO**

Ao relatório da r. sentença, acrescenta-se que a ação anulatória ajuizada por IN VITRO BRASIL LTDA. contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI MIRIM foi julgada improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (cf. fls. 452/455).

Não se conformando, dessa r. sentença, recorre a autora, alegando, em síntese, a nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa e, no mérito, que não estaria sujeita ao recolhimento do ISSQN no desempenho de sua atividade, mas sim do IPI e do ICMS, na medida em que “...realiza contratos nos quais se compromete a entregar coisa determinada (embriões), não havendo, desta maneira, obrigação de fazer assumida perante terceiros mediante remuneração apta a configurar hipótese de incidência do ISS” (cf. fls. 478/501). Em contrarrazões, pugna a ré pela manutenção da

r. sentença (cf. fls. 535/566).

É o relatório.

Dá-se provimento ao recurso.

Como se observa, IN VITRO BRASIL LTDA. promove ação anulatória contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI MIRIM, sob alegação, em síntese, de que, exercendo a atividade de venda de embriões de gado bovino, “...o objeto principal, ou seja, a atividade-fim da Autora corresponde à atividade mercantil e não à prestação de serviços, estando sujeita, portanto, à incidência do ICMS e não do ISS como pretende o Município de Mogi Mirim” (cf. fls. 02/22).

Na contestação, foi alegada, em síntese, a regularidade da cobrança,

eis que “...mesmo que o serviço termine com a entrega de um bem, se estiver constando na lista de serviços estará sujeito ao ISS”, de modo que, “Não há que se falar em ICMS quando houver prestação de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003” (cf. fls. 312/329). Diante disso, a ação foi julgada improcedente, no essencial, *verbis*:

*“A ação não prescinde (sic) da produção de outras provas, pois a questão é exclusivamente de direito.*

*Razão não assiste à autora.*

*(...)*

*...conforme se verifica pelas notas fiscais carreadas aos autos, parte da atividade da autora consiste na venda de fêmeas, já prenhas, portanto, com embriões que ela produz já devidamente inseminados.*

*Não se trata, portanto, de venda pura e simples de um animal, mas sim de prestação de serviços de inseminação neste animal, a fim de prepará-lo para a venda, o que engloba, portanto, a prestação de serviços. Trata-se, pois, de produto final obtido após determinado serviço prestado, o que nos confirma a competência do Município para a tributação, até porque constante da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.”* (cf. fls. 452/455)

Por primeiro, não houve o alegado cerceamento de defesa (cf. fls. 480/486), na medida em que inexistiu controvérsia acerca da atividade desempenhada pela autora (cf. fls. 2/22 e fls. 312/329).

Dessa forma, a pretendida prova pericial é desnecessária para a aferição da incidência (ou não) do ISSQN sobre a atividade desenvolvida pela autora (art. 130 do CPC), tratando-se de questão exclusivamente de direito, como, ademais, será demonstrado.

Superada tal premissa, cumpre observar que o ISSQN tem por fato gerador a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), que envolve obrigação de fazer e não de dar, bem como que o imposto incide sobre “5 Serviços de medicina e assistência veterinária e congêneres; 5.04 Inseminação artificial, fertilização *in vitro* e congêneres” (item 5 subitem 5.04 da lista anexa à LC 116/03).

No caso, alega a autora que “...tem como objetivo social principal a produção e a comercialização de embriões bovinos”, afirmando, ainda, que tal atividade “pode ser desenvolvida de duas maneiras : (i) produção a partir de material genético enviado pelos próprios clientes; e (ii) produção a partir de material genético adquirido pela própria *In Vitro*” (cf. fls. 2/3), sendo que, “Além da produção de embriões e conseqüente comercialização, a Autora realiza venda de animais. Referidas vendas, em sua maioria de novilhas e receptoras...” (cf. fls. 8).

Com efeito, o objeto social é “(i) produção e comercialização de embriões bovinos; e (ii) pecuária bovina” (cf. fls. 27).

Por outro lado, a Fazenda Municipal admite que “*Foi lavrado Auto de Infração e Imposição de Multa referente aos serviços de fertilização in vitro, enquadrado no subitem 5.04 da Lei Municipal n. 192/05*”

(cf. fls. 314).

Ocorre que, como já salientado, a prestação de serviços envolve obrigação de fazer e não de dar.

Por esse motivo, “*O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte transmunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil, que se traduz numa ‘obrigação de dar’ (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num ‘dar um produto industrializado’ pelo próprio realizador da operação jurídica*” (STJ 1ª Turma - REsp 888.852/ES rel. Min. Luiz Fux j. 4.11.2008 - grifado).

Desta forma, tem-se que o ISSQN incide apenas quando o cerne da atividade do contribuinte for a prestação de serviços, eis que, nessa hipótese, a obrigação de fazer constitui a essência da prestação colocada à disposição do contratante.

Nesse sentido, como aponta Aires F. Barreto, é importante observar que “*Em toda e qualquer atividade há ‘ações-meio’ (pseudo-serviços) cujo custo é direta ou indiretamente agregado ao preço dos serviços. Mas isso não autoriza possam ser elas tomadas isoladamente, como se cada uma fosse uma atividade autônoma, independente, dissociada daquela que constitui a atividade-fim. (...) É preciso discernir, concretamente, essas situações: (a) as atividades desenvolvidas como requisito ou condição para a produção de outra utilidade qualquer são sempre ações-meio; (b) essas mesmas ações ou atividades, todavia, consistirão no fim ou objeto, quando, em si mesmas, isoladamente consideradas, refletirem, elas próprias, a utilidade colocada à disposição de outrem. (...) Tais considerações prestam-se à demonstração da absorção das atividades-meio pela atividade-fim que é aquela a ser considerada como geradora do fato imponible*” (in Curso de Direito Tributário Municipal, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355).

Desta forma, tem-se que os serviços empregados como etapa intermediária para a realização de outra atividade, como, por exemplo, a compra e venda, por serem meras obrigações acessórias (atividade-meio), não configuram hipótese de incidência do ISSQN, o qual, como visto, incide apenas quando a prestação de serviços, ela mesma, configura a atividade-fim do contribuinte.

Como, aliás, já decidiu o C. STJ:

**TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS. ATIVIDADE-MEIO. NÃO-INCIDÊNCIA.**

1. **Não incide o ISS sobre serviços prestados que caracterizam atividades-meio para atingir atividades-fim, no caso a exploração de telecomunicações.**

2. Marcelo Caron Baptista, em “ISS - Do Texto à Norma”, editada pela Quartier Latin, p. 692, doutrina: “**A prestação de serviço tributável pelo ISS é, pois, entre outras coisas, aquela em que o esforço do prestador realiza a prestação-fim, que está no centro da relação contratual, e desde que não sirva apenas para dar nascimento a uma relação jurídica diversa entre as partes, bem como não caracteriza prestação do serviço de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação, cuja tributação se dará pela via do ICMS**”.

3. São serviços-meio para o alcance dos serviços-fim de telecomunicações os de secretaria, datilografia, habilitação, mudança e religação de aparelhos, despertador, processamento de dados, entre outros. Não-incidência de ISS (...) (STJ 1ª Turma - REsp 883.254/MG rel. Min. José Delgado j. 18.12.2007 - grifado).

No caso, a abrangência da atividade desenvolvida pela autora permite a conclusão de que seria possível, em tese, vislumbrar três diferentes hipóteses: (i) a prestação de serviços de fertilização *in vitro* e de inseminação artificial, realizada de forma independente “...com os insumos agropecuários (sêmen e ovócitos) enviados pelos clientes”, sujeita à incidência do ISSQN (item 5 subitem 5.04 da lista anexa à LC 116/03), eis que, nessa hipótese, a atividade-fim da autora é viabilizar a reprodução bovina (prestação de fazer), utilizando-se do material genético e do gado do próprio contratante; (ii) a produção e a circulação de embriões, “através dos insumos agropecuários adquiridos pela própria empresa”, junto a seus fornecedores, sujeita à incidência do IPI ou do ICMS, eis que a atividade concentra-se na venda dos embriões cultivados a partir do material genético adquirido de terceiros (prestação de dar); e (iii) a circulação de gado bovino (prestação de dar), sujeita à incidência do ICMS.

Como se observa, diante da amplitude das atividades, é impossível determinar *a priori* qual o fato gerador efetivamente praticado pelo contribuinte, que, no caso, também não pode ser determinado pela análise das notas fiscais carreadas aos autos, as quais não indicam claramente a natureza jurídica da operação desempenhada pela autora, limitando-se a apontar a circulação de mercadorias, sob a rubrica de “*EMBRIÕES FIV*” (cf. fls. 69/74), “*NOVILHA FEMEA DE 24 A 36 MESES*” e “*RECEPTORA EF*” (cf. fls.

118/219), sem esclarecer se os embriões cultivados e implantados foram obtidos a partir do material genético de terceiros ou dos próprios clientes da autora.

Entretanto, em sua contestação, a ré admite que a autuação se deu em razão da incidência do ISSQN sobre os serviços de fertilização *in vitro* e de

inseminação artificial prestados como etapa intermediária da compra e venda de embriões, operacionalizada mediante a introdução do material genético em novilhas receptoras (barrigas de aluguel), no essencial, *verbis*:

***“...se a encomenda de embriões requer os mesmos dentro de uma receptora (barriga de aluguel) é nítida a tipificação de serviços em dois momentos: (i) fertilização in vitro, no momento da geração de embriões e (ii) inseminação artificial, no momento da transferência do embrião para a receptora. (...) Resta, portanto, a prevalência da prestação de serviço constante na lista de serviços anexa à Lei de ISS (...)”, eis que “...quando um produtor rural, ou qualquer outro cliente do contribuinte, encomenda embriões com prenhez já inseminado na receptora, para atender à sua necessidade específica, esta hipótese está sujeita à competência tributária deste município. (...) Assim, mesmo que o serviço termine com a entrega de um bem, se estiver constando na lista de serviços estará sujeito ao ISS”*** (cf. fls. 315/329 - grifado).

Admite a Fazenda Municipal, outrossim, que a atividade que deu ensejo à cobrança do tributo é aquela detalhada no que chamou de “contrato padrão” celebrado pelo contribuinte (cf. fls. 327).

Nesse ponto, cumpre observar que o “*contrato de compra e venda de embriões com garantia de prenheses*”, celebrado em novembro de 2007 com a cliente “Integralat -Integração Agropecuária S/A” (cf. fls. 353/361), tem como objeto a venda de embriões de gado bovino do sexo feminino, resultantes do cruzamento da raça holandesa, sendo que a autora se compromete a obter o material genético (sêmen e ovócitos) junto a seus fornecedores, com a finalidade de produzir os embriões, os quais, por sua vez, serão posteriormente introduzidos nas vacas receptoras de propriedade do contratante, responsabilizando-se, inclusive, pela confirmação das gestações.

Impende destacar, ainda, que o pagamento do preço pelo contratante leva em conta a quantidade de embriões produzidos, por gestação confirmada, o que demonstra que a atividade-fim (obrigação principal) do contrato, embora envolva a prestação dos serviços de fertilização in vitro e a inseminação artificial como atividade-meio (obrigação acessória), é venda dos embriões cultivados.

Outrossim, como bem ressaltado nas razões de recurso, “*...não há um conteúdo econômico na fertilização, mas apenas na comercialização de seu resultado (embriões). Ou seja, na hipótese da atividade de fertilização não resultar em nenhum embrião apto a ser transferido, nada poderá ser cobrado do cliente, assumindo, destarte, a Apelante integralmente o risco da atividade desempenhada (custos de produção)*” (cf. fls. 498).

Assim, a análise do indigitado “contrato-padrão” corrobora as alegações da autora, no sentido de que, “*Na verdade, o cerne dos contratos não é a fertilização in vitro em si, configurando-se esta como meio para a realização*

da atividade principal, consistente na comercialização dos embriões, os quais podem ser classificados como mercadorias” (cf. fls. 495/498), o que torna impossível, realmente, a cobrança do ISSQN.

É que, como aponta Marcelo Caron Baptista, somente *“Ingressando-se na intimidade do ato jurídico é que será possível identificar o seu objeto como prestação de dar ou de fazer. Em outras palavras, o ato jurídico revela a natureza da prestação-fim. Definida essa prestação como prestação de dar, não cabe cogitar de incidência do ISS. (...) Quando a prestação-fim descrita pelo ato jurídico focalizar o dar, as prestações de fazer necessárias para o seu adimplemento somente poderão ser qualificadas como prestações- meio, inviabilizando a incidência do ISS”* (in ISS do Texto à Norma, p. 300, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2005 - grifado).

Com efeito, diante alegações das partes e da análise da natureza jurídica do referido contrato, restou incontroverso que, embora tenha, realmente, realizado as atividades descritas no subitem 5.04 da lista anexa à LC 116/2006 (fertilização *in vitro* e inseminação artificial), a autora não o fez de forma independente e autônoma, mas como etapa intermediária (atividade-meio/obrigação acessória) da operação principal consistente na comercialização de embriões bovinos (atividade-fim), o que foi, inclusive, admitido pela ré na contestação, quando afirmou que *“...mesmo que o serviço termine com a entrega de um bem, se estiver na lista de serviços estará sujeito ao ISS”* (cf. fls. 316).

Desta forma, uma vez demonstrado que a atividade-fim da autora consiste na circulação de mercadorias (venda de embriões bovinos), é impossível a cobrança do ISSQN, na medida em que, nessa hipótese, a prestação de serviços de fertilização *in vitro* e inseminação artificial constituem meras etapas da referida atividade principal, inexistindo, portanto, o fato gerador da respectiva obrigação tributária.

Por tais razões, **dá-se provimento ao recurso**, para, julgando procedente a ação anulatória, determinar a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 062/2008, condenando ré ao reembolso das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 10.000,00 art. 20, § 4º, do CPC.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000427-15.2008.8.26.0067, da Comarca de Boreborema, em que é apelante é apelante SALETE APARECIDA MENDES SERENO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BOREBOREMA.

**ACORDAM**, em 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 21111**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores e FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), LEONEL COSTA E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de julho de 2013.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, Relator

Assinatura Eletrônica

**Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUTENÇÃO DO LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

**1. Ação proposta por servidor municipal ocupante do cargo de agente de educação infantil, pleiteando o recebimento dos valores correspondentes ao adicional de insalubridade no período compreendido desde o início das atividades junto à Municipalidade de Borborema.**

**2. Impossibilidade: laudo pericial constatou que o trabalho exercido pela autora não se insere dentro daquelas compreendidas pelo adicional de insalubridade (ausência de grau médio e máximo de exposição a agentes insalubres), bem como ausentes quaisquer outros meios de prova a corroborar o direito invocado pela autora.**

**Recurso desprovido.**

## VOTO

Vistos;

SALETE APARECIDA MENDES SERENO interpôs recurso de apelação em face da sentença de fls. 251/254, nos autos da ação condenatória processada no rito ordinário, movida contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE BORBOREMA, cujo relatório integro a este voto, por meio do qual o DD. Magistrado julgou a demanda improcedente, por considerar que a atividade exercida pela autora não se compreende no rol das atividades insalubres. Em face da sucumbência, condenou-a ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) incidentes sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a exequibilidade, contudo, ao disposto



pelo artigo 12, da Lei federal nº 1.060/50, em razão da gratuidade concedida inicialmente.

Inconformada com referida decisão dela recorre buscando reformá-la.

A apelante insurge-se contra o desfecho atribuído à lide pelo juízo sentenciante, impugnando o laudo pericial de fls. 174/185. Observa a apelante que o laudo elaborado pelo perito judicial limitou-se a analisar as condições laborais atuais da autora, desconsiderando as diferentes condições a que esteve submetida até o ano de 2008, as quais caracterizavam a insalubridade a justificar a concessão do adicional reclamado. Requer, assim, seja a sentença reformada, proferindo este Colegiado o decreto de procedência do pedido inicialmente feito, por estarem reunidos os requisitos exigidos para a concessão do adicional de insalubridade, ou, subsidiariamente, a realização de nova perícia técnica, a fim de se analisar as condições do serviço prestado a Municipalidade de Borborema antes do ano de 2008. Pleiteia, outrossim, a inversão dos ônus sucumbenciais, com a condenação da apelada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 133, da CF/88, dos artigos 389 e 404, do Código Civil e artigo 20, do Código de Processo Civil.

Recurso que se acha em ordem e bem processado, devidamente instruído sem o suprimento das razões adversas.

#### **É o relatório. Passo ao voto.**

1. Conheço do recurso de apelação interposto, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade recursais. No mérito, anoto não comportar provimento o pedido recursal da autora, consoante fundamentação infra.

2. Compulsando-se os autos, constata-se que os argumentos levantados pela apelante, *v.g.*, não sustentará a reforma da sentença.

Assim o concludo de vez que logo em seguida à impugnação do conteúdo da perícia judicial, sustentou a apelante ter o r. juízo “a quo” elegeu interpretação restritiva ao laudo pericial de fls. 174/185, e o Sr. perito limitou sua conclusão às condições atuais do local de trabalho da autora, sem considerar, contudo, o período anterior ao ano de 2008 (no qual afirmara submeter-se a condições insalubres de trabalho). A autora apoiou-se apenas nas alegações inicialmente feitas na exordial, sem reunir evidências sobre as impugnações feitas, faltamos: prova documental, prova testemunhal ou qualquer outra natureza. Limitou-se a afirmar não concordar com as conclusões do Sr. Perito, requerendo que o D. Magistrado “a quo” considerasse as observações feitas pela autora a fls. 190/193, bem como as constantes do laudo técnico realizado por perito judicial referente a outro processo judicial, de servidor ocupante do cargo de faxineiro no Município de Bauru.

Ora bem, *in casu*, não há falar-se em cerceamento de defesa a justificar a realização de nova perícia técnica, na medida em que a fase saneadora e a

fase instrutória seguiram-se em conformidade com as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil e, quando instada à manifestação sobre a produção de provas, a autora requereu a prova pericial para a apuração do adicional de insalubridade e testemunhal para a jornada de trabalho alegada (fl. 129) - todavia, sem arrolar as testemunhas. Deferido o pedido de realização de prova pericial, a autora formulou quesitos (a fls. 132/133), mas de forma genérica para todo o período em que trabalhou na Prefeitura de Borborema, isto é, desde de 2002 até a atualidade.

Assim procedeu o perito ao longo de seu exame, fazendo levantamento das atividades exercidas pela autora. Não seria plausível exigir do perito a análise específica de atividades diversas daquelas atribuídas ao que cargo que a autora ocupa, o de “*agente de educação infantil*”, pois dentro das atividades exercidas por ocupantes deste cargo, as variáveis decorrentes do sistema de “rodízio” de local de trabalho a que a autora está submetida foram consideradas para a elaboração do laudo, como consta de fls. 175/176, assim como analisadas as atividades desempenhadas pela autora no início de seu contrato com a Prefeitura Municipal de Borborema, em que exercia a função e “*agente de comunidade*” (fl.177).

Apesar da insatisfação com as conclusões apresentadas pelo perito manifestada pela autora a fls. 191/193, e a despeito da denominada “*impugnação ao laudo pericial*”, a autora limitou-se a retomar alegações feitas ao longo da petição inicial, sem requerer complementação de informações ao perito judicial, complementação de perícia ou a realização de qualquer outro meio de prova, a fim de comprovar os fatos por ela asseverados. Impossível adotar o laudo pericial realizado por perito federal em processo trabalhista, cujas partes, legislação e cargos diferem da presente ação. Figuram aqui os efeitos dados tanto pela preclusão lógica, bem como da consumativa.

Inexistem, assim, elementos passíveis de pôr em dúvida o laudo de fls. 174/185, de modo que a sentença que se baseou nas informações prestadas pelo perito deve ser mantida.

Isso posto, voto no sentido do **desprovemento** do recurso interposto pela autora, nos termos da fundamentação supra.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000781-10.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SIDNEY SANTOS CHAVES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados A TRIBUNA DE SANTOS JORNAL E EDITORA LTDA e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 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 11614**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

**Ementa:** **RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO - Publicação de matéria jornalística baseada em informações do Chefe dos Investigadores do 1º Distrito Policial de São Vicente - Menção à suposta ligação do autor com a facção criminosa do PCC - Equívoco que seria relacionado à tatuagem impressa no braço, com a expressão “Talibã da Baixada” - Dano moral - Não configuração - Ausência de caráter ofensivo no texto publicado, que teve o cuidado de evidenciar as suposições e incertezas da qualificação e ligação do autor com o Primeiro Comando da Capital - Prevalência do ‘animus narrandi’ - Precedentes jurisprudenciais - Signo delineado no braço que se conecta, aos valores dominantes em determinada época, às ações terroristas - Ofensa à honra não caracterizada.**  
**Apelação não provida.**

## VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Sidney Santos Chaves contra r. sentença do digno Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos (fls 232/239), que julgou improcedente ação indenizatória ajuizada em face da Fazenda Paulista e de “A Tribuna de Santos Jornal e Editora Ltda. Demanda cujo objeto consistia no pedido de reparação moral em razão de publicação supostamente inverídica, ligando-o ao crime organizado (PCC).

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) irresponsabilidade das informações veiculadas; b) a palavra talibã não é sinônimo de terrorismo internacional; c) ofensa à honra (fls 241/247).

Apelo respondido (fls 254/261 e 262/267). É o relatório.

Ação indenizatória ajuizada por Sidney Santos Chaves, contra a Fazenda Paulista e “A Tribuna de Santos Jornal e Editora Ltda”, pleiteando a indenização moral, em razão de publicação veiculada no jornal “Expresso Popular”, em que se veiculou a ligação do autor com o Primeiro Comando da Capital (PCC), com base em informações obtidas do Chefe dos Investigadores do 1º Distrito Policial de São Vicente.

Diz o autor que, em razão de tatuagem existente em seu braço, com a inscrição “Talibã da Baixada”, foi confundido com indivíduo conhecido como “Talibã”, matador da facção PCC. A notícia publicada no Jornal continha a seguinte manchete: “Preso suposto ‘faxineiro’ do PCC na Baixada” e “Apontado como responsável pelos homicídios da Facção, o rapaz era foragido de Mongaguá”.

A r. sentença deve ser mantida.

Discute-se aqui a agressão à honra, o que se imbrica à proteção penal destinada a este bem jurídico, de extremo relevo. Neste passo, *o interesse jurídico que a lei penal protege na espécie refere-se ao bem imaterial da honra, entendida esta quer como o sentimento da nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade de seu corpo e de seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral. Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (isto é, como condição do indivíduo que faz jus à consideração do círculo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranquila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade* (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, página 309,2005).

O autor declara na petição inicial a existência de condenação pela prática do crime de roubo, já havendo cumprido sua pena, sendo absolvido da acusação de porte ilegal de arma de fogo. Mesmo assim, pode-se dizer que sempre restará um reduto intangível, um verdadeiro *oásis moral*, em que permanece íntegra a dignidade tão aclamada hodiernamente. Mas há que convir que os parâmetros de confrontação tornam-se mais rijos, reclamando cautela redobrada para aferição da ofensa apontada.

Cabe destacar, inicialmente, que a matéria veiculada não extrapola a intenção de noticiar determinado fato (prisão), co’a cautela de enunciar a incerteza da qualificação: “suposto”, “apontado”. Assim, de plano evidencia-a a inoportunidade de qualquer exposição sensacionalista e desmedida.

Ademais, em que pese a ligação cultural e religiosa relacionada à expressão “Talibã”, que padeceria de um preconceito ditado pelo imperialismo

americano, é mister não olvidar que o termo ultrapassou os contornos que o apelante pretende dar, ligando-se às ações terroristas reconhecidas no mundo todo, ainda que o impacto destacado tenha partido do evento ocorrido em 11/09/2001, sendo o estopim para caçada do mentor Osama Bin Laden que se espria atualmente em vários setores<sup>1</sup>.

Inscrever na pele expressão que se conecta a personalidades ou movimentos que tenham de alguma forma ultrajado o sentimento de um povo ou de um país, ainda que não haja a intenção de deliberadamente identificar-se com a figura retratada no corpo, é sujeitar-se à valoração realizada pela população em geral, ou pelos padrões de moralidade vigentes - como o ocidental. Seria o caso, por exemplo, do delineamento de uma suástica no próprio peito, mesmo sabedor do que significa o símbolo.

Os signos, como um estudo semiótico revela, apontam para algo, representam alguma, e nem mesmo o relativismo cultural pode afastar a dominância de determinados padrões.

Decidiu esta Eg. Corte:

*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão contra cobertura jornalística por desvirtuar a verdade e ser sensacionalista. Sentença de improcedência, sob o fundamento de que não foi extravasado o direito de informação. Data da distribuição da ação: 27/05/10. Valor da causa: 255.000,00. Apela o autor sustentando que sua imagem foi atrelada a atitudes delituosas de forma indevida, sofrendo abalo em sua reputação, em prejuízo às suas atividades, inclusive tendo que se desligar do cargo de secretário-adjunto da Secretaria de Segurança Público do Estado de São Paulo para se defender das acusações. Descabimento. Inexistência de ato ilícito por restar inócua a extrapolação do chamado “animus narrandi”. Cobertura jornalística baseada em investigação do Ministério Público Estadual. Circunstância sempre delineada nas matérias, concedendo a todos os envolvidos o direito de se manifestar em defesa. Interesse público envolvido autoriza as publicações sobre a apuração de supostos crimes. Ausente sensacionalismo ou reportagem infundada. Honorários advocatícios. Fixação em R\$ 2.500,00 para cada réu. Montante total de R\$ 15.000,00. Inócua excessão. Valor arbitrado é inferior ao percentual mínimo de 10% sobre o valor da causa, que seria aplicável no caso de procedência. É necessário remunerar condignamente o advogado da parte vencedora, sob pena de aviltamento da profissão. Decisão con- firmada. Recurso improvido (Apelação Cível nº 0148116- 90.2010.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador James Siano, j. 23/05/2012).*

1 Veja-se a filmagem de “A Hora Mais Escura” (Zero Dark Thirty), que faz referências explícitas à caçada de Osama Bin Laden.

Da imprensa, exige-se cautela na veiculação das informações, mas não um rigorismo técnico, típico dos órgãos de investigação. Veja-se o trecho destacado, oriundo do Eg. STJ:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OBRA JURÍDICO-INFORMATIVA QUE FAZ ILAÇÕES SOBRE A AUTORIA DE CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ASSERTIVAS ADSTRITAS AO ÂMBITO DAS COGITAÇÕES. PRUDÊNCIA DO AUTOR EVIDENCIADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito. 2. No caso, as “conclusões” a que chegou o réu, no âmbito de obra jurídica intitulada “Crimes Famosos”, acerca do “Crime da Rua Cuba”, encontram-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra. O recorrido não se descuroou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de “conclusão possível”, de inclinação à “versão por muitos abraçada”, de “cenário, por muitos vislumbrado”, no qual não haveria imperfeição lógica. 3. É evidente que não se permite a leviandade por parte de quem informa e a publicação absolutamente inverídica que possa atingir a honra de qualquer pessoa, porém não é menos certo, por outro lado, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato. 4. Ademais, ressalte-se que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 205, inciso II, da CF/88 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n.º 9.394/96), positivamente esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e, por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas. 5. Recurso especial improvido (REsp 1193886/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 09/11/2010).*

Enfim, o conteúdo jornalístico não tem feição incontrastável, baseando-se em suposições, o que afasta qualquer ofensa à honra. Aquilo que *pode ser*, não necessariamente o é. Predomina, pois, o *animus narrandi*. Deste modo, há apenas que se lamentar de infeliz e eventual coincidência dos portadores de mesmo cognome.

Por meu voto, nego provimento à apelação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000948-55.2011.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que são apelantes CLAUDIA FERNANDA MARQUES CORREA MARTINS e GENIVALDO DE BRITO CHAVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial aos recursos dos corréus, v. u. Sustentou oralmente a Dra. Eliana Bottaro e a Procuradora Geral de Justiça Dra. Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

**Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Ex-Prefeito da Municipalidade de Sales que nomeia assessoria jurídica sem concurso público - Hipótese em que não caracterizada a subsunção ao art. 25, II, c.c. 13, V, da Lei nº 8.666/93 - Conquanto mantida a condenação pelo ato ímprobo, cabível a redução da penalidade administrativa aplicada, em observância ao art. 12, par. único, da Lei nº 8.429/92 - Procedência parcial da ação - Recurso dos réus provido em parte.**

## VOTO

Ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Prefeito Municipal de Sales e da advogada Cláudia Fernanda Marques Correa, sob o argumento de que a contratação direta, sem singularidade na atuação profissional, acarretou em ofensa à Lei de Licitações, mais especificamente os artigos 10, II, e 11, I, da Lei nº 8.429/93, ante a constatada improbidade atentatória ao erário público e aos princípios da Administração Pública, cumprindo a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.633/10, com sua respectiva anulação, bem como a condenação dos corréus nas penas previstas no art. 12, II, e III, desta legislação regente do tema.

A r. sentença de fls. 531/538, cujo relatório se adota, julgou a ação procedente em parte em relação aos corrêus Genivaldo de Brito Chaves e Cláudia Fernanda Marques Correa, condenando-os às penas administrativas de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos e proibição de contratar com o poder público também por 3 (três) anos. E, improcedente em relação à corrê Municipalidade de Sales.

Inconformados, apelam os corrêus Claudia Fernanda Marques Correa Martins (fls. 541/548), Municipalidade de Sales e Genivaldo de Brito Chaves (fls. 556/578).

Argui a corrê Claudia que não houve qualquer dolo ou culpa no exercício do cargo em comissão. Subsidiariamente, pede a redução da pena aplicada.

A Municipalidade de Sales e o réu Genivaldo de Brito Chaves, a fls. 556/578, pleiteia o deferimento da assistência judiciária gratuita ao ex-Prefeito ou a prorrogação no pagamento das custas. No mérito, diz que não houve qualquer violação, pelo contrário, era inexigível a licitação (art. 25, II, da Lei nº 8.666/93), e que nenhum dolo restou comprovado.

Recursos recebidos, processados e contrariado (fls. 596/614).

Há manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo acolhimento do recurso Ministerial (fls. 618/622).

É o relatório.

Inicialmente, deve-se consignar que o Ministério Público não interpôs qualquer recurso.

A questão aqui em debate deve levar em consideração o contexto em que nomeados os cargos comissionados de assessor jurídico, pois, tal medida vem desde a Lei Municipal nº 258/72, sequenciada no mesmo padrão até a Lei Municipal nº 1.633/10, e, daí, não se deve legitimar o ato porque outras gestões assim procederam, mormente porque não se estava a realizar determinada e específica contratação para realização de serviços advocatícios especializados, mas a assunção de verdadeiro cargo público sem concurso, o que é inconstitucional e ilegal.

Conquanto o sistema jurídico autorize a prestação de assessoria jurídica especializada com inexigibilidade de licitação, a subsunção à previsão do art. 25, II, par. 1º, c.c. art. 13, II e V, da Lei nº 8.666/93, deve ocorrer de forma bem parcimoniosa, sem evasivas ou interpretações elásticas demais.

Na verdade, a previsão legal acima não está a permitir a institucionalização do cargo de assessoria jurídica definitiva, a ponto de criação de cargo público sem concurso, não é esta a intelecção que se deve ter da Lei de Licitações, mas apenas e tão somente aqueles casos esparsos em que imprescindível notória especialização, bem pontual e que exija uma prestação de serviço mais específico, o que não é o caso destes autos.

Convém transcrever as previsões legais acima citadas para que se possa,

posteriormente, cotejá-las aos fatos narrados pelo Ministério Público na exordial desta ação civil pública, a fim de se concluir pelo acerto ou não do julgamento de procedência desta ação.

**Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:**

**II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;**

**§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**

**Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:**

**II - pareceres, perícias e avaliações em geral;**

**V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;**

Os réus, ao admitirem a assunção da advogada em cargo público sem a submissão a concurso, não se caracterizando a contratação direta de procurador por notória especialização, ofenderam a regra do art. 11, I, da Lei nº 8.429/93.

E, em relação ao *quantum* das penalidades aplicadas, cabível a sua redução.

É expressa a previsão da Lei de regência no seguinte sentido:

**Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).**

**III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.**

Por outro lado, deve-se levar em consideração o que dito pelo art. 12, par. único, desta mesma legislação, segundo o qual:

**Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a**

**extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.**

Desta forma, levando em consideração todo o contexto em que praticado o ato ímprobo, melhor será readequar as penas a fim de se suprimir a proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 3 (três) anos, mantendo-se, por outro lado, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial aos recursos dos corréus, apenas para reduzir as penas nos termos acima expendidas.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001499-96.2011.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante ANA CARMEN TORRECILLAS MUNHOZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Fernanda Cardoso de Almeida Dias da Rocha. Fez uso da palavra o procurador de Justiça Dr. Dimitrius Eugênio Bueri.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS E LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO - Embargos de terceiro - Ajuizamento para proteção da meação da mulher casada sob regime da comunhão universal de bens - Penhora de cotas de sociedade comercial mantida com o marido, condenado em ação de improbidade administrativa - Licitude da sociedade constituída entre cônjuges antes do - Novo Código Civil - Cotas que admitem condomínio - Situação societária que, dado o regime patrimonial do casamento, apenas reproduz a situação conjugal - Inexistência de alegação e de prova de que a esposa tenha se beneficiado do ato ilícito praticado pelo marido - Meação que merece**

**proteção - Recurso provido.****VOTO**

Trata-se de *embargos de terceiro* ajuizados por *Ana Carmen Torrecillas Munhoz* contra o *Ministério Público do Estado de São Paulo e o Município de Itapira*, para afastar a penhora de cotas sociais de sua exclusiva propriedade, relativas à sociedade comercial denominada ITABELA AGROPECUÁRIA LTDA. que mantém com o marido, que, por sua vez, está sendo executado por condenação decorrente de improbidade administrativa e com quem é casada, sob o regime da comunhão universal de bens.

Por meio da respeitável sentença de fls. 279/284, o pedido foi julgado improcedente, condenada a embargante no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios então fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Inconformada, recorre a vencida (fls. 296/310) e, sem preliminares, insiste da pretensão originária.

Houve contrariedade apenas por parte do Ministério Público (fls. 316/322), que se absteve de manifestação neste grau de jurisdição, dado que a resposta recursal já foi subscrita pelo próprio Procurador-Geral de Justiça (fls. 327/329).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação e a ela dou provimento.

A empresa comercial ITABELA AGROPECUÁRIA LTDA., sociedade por cotas de responsabilidade limitada, foi constituída antes da vigência do atual Código Civil. Trata-se de fato incontroverso.

São sócios: o executado ANTONIO BARROS MUNHOZ (80%) e sua mulher, a embargante ANA CARMEN TORRECILLAS MUNHOZ (20%), com quem o executado é casado sob o regime da comunhão universal de bens.

Conforme registra a melhor doutrina, *“na omissão do Código Comercial, acirrada divergência estabeleceu-se entre os juristas, acerca da legitimidade ou não da sociedade comercial entre marido e mulher”* (ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais. 9ª Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 42).

Tal divergência foi pacificada na jurisprudência por meio do entendimento que se consolidou no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, à época competente para julgar a matéria: *“Sociedade entre cônjuges. Não merece ser considerada nula pleno jure, posto que passa ela a ser anulável segundo as circunstâncias que levaram à sua constituição”* (RE 76.953/SP, Rel. Min. THOMPSON FLORES, DJ 27.11.73).

O tema se encontra atualmente superado pelo art. 977 do Código Civil em vigor, que proíbe expressamente a sociedade entre cônjuges casados sob regime

de comunhão universal.

Mas, como foi admitido inclusive pelo Ministério Público, a alteração do quadro legislativo não pode retroagir para atingir ato jurídico perfeitamente formado na vigência do contexto legal anterior, na linha, aliás, da orientação firmada no enunciado n. 204 das III Jornadas de Direito Civil promovidas pela Justiça Federal: ***“a proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002”***.

Por outro lado, inexistente nos autos qualquer suscitação de nulidade na constituição da empresa ITABELA AGROPECUÁRIA LTDA., ou seja, sequer se cogitou de que ela tenha sido constituída, da maneira como foi, com o propósito específico de fraudar credores ou viabilizar a prática de qualquer ato ilícito.

Sendo assim, tenho por validamente constituída a empresa.

Nessa condição, muito embora respeitadas as posições contrárias, a sociedade comercial existente entre cônjuges casados sob regime de comunhão universal, não se mostra com finalidade de fraudar os credores, pelo menos aqueles que, como no caso, têm crédito contra a pessoa dos sócios, de modo que enxergar, nas cotas dos seus devedores, garantia do pagamento da dívida. ?????

De fato. Se há comunhão universal, então a condição societária fará apenas reproduzir uma idêntica condição já antes estabelecida no âmbito conjugal. Daí a razão pela qual ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA considera ***que “no tocante ao regime da comunhão universal de bens, a sociedade entre esposos seria pleonástica, porque, pelo casamento, marido e mulher já constituíram uma sociedade muito mais ampla”*** (“Sociedade entre Cônjuges” in RT 272/41).

Noutros termos - e especialmente porque o Decreto 3.708/19, sob a égide do qual foi constituída a empresa em questão, admite condomínio sobre cada cota social -, qualquer que seja a proporção da participação societária, os sócios cônjuges sempre terão, de direito, cada qual 50 % das cotas.

Não procede mesmo o argumento, trazido na contrariedade recursal, de que ***“numa sociedade entre cônjuges sob o regime da comunhão universal, em que “A” tem 80% e “B” 20% do capital social (...), o modelo de comunicação pelo regime de bens não pode ser aceito para permitir que o sócio “B”, por hipótese, tenha direito de meação sobre as cotas penhoradas de “A”, pois, nessa situação, se chegaria à conclusão absurda de que o sócio “B” (não executado), por força do casamento sob comunhão universal, tem, no exemplo, 40% das cotas de “A” mais os seus 20%, totalizando 60% do capital”*** (fls. 320).

Não é assim. Afinal, se cada cônjuge tem meação ideal em cada cota, então sobre os 80% de “A”, “B” tem metade (40%), mais igualmente sobre os 20% de “B”, “A” tem metade (10%), de modo que, sempre e sempre, qualquer que seja a distribuição nominal da participação societária, cada cônjuge, por

força do regime patrimonial do casamento, terá 50%.

Isso faz com que, de fato, na proteção da meação, a penhora somente possa incidir sobre as cotas do devedor, ou seja, 50% das cotas todas, preservadas as cotas (correspondentes a 50% do total), do cônjuge-meeiro.

A solução poderia ser diversa se se tratasse de bem indivisível. Nesse caso, poder-se-ia penhorar todo o bem e, após a hasta, reservar metade do valor arrecadado para o cônjuge-meeiro não executado.

Mas não é o caso. Afinal, o patrimônio é divisível e a metade exclusiva do devedor executada, suscetível de valor mercado, pode ser alienada separadamente.

Há mais.

Não se ignora a orientação de que a meação somente merece proteção se houver prova, a ser demonstrada pelo cônjuge que embarga a execução, de que o produto do ato ilícito praticado pelo executado não beneficiou, de alguma forma, o consorte.

No caso, contudo, verifica-se do título executivo que o executado foi condenado pela prática de ato de improbidade definido no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, daqueles que implicam lesão ao erário sem, contudo, enriquecimento ilícito.

Ora, se por força do ilícito, não houve incremento patrimonial em favor do executado, nem se pode cogitar – como, aliás, não se cogitou no curso do processo - de qualquer reversão patrimonial em favor da apelante.

Por tudo isso, tenho que merece ser invertida a respeitável sentença.

A solução assim alvitrada determina, também, a inversão da sucumbência, de modo que, isento o Ministério Público, o Município recorrido deverá suportar as custas do processo e os honorários advocatícios que, atenta aos critérios do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo, por equidade, em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação supra.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002415-54.2006.8.26.0160, da Comarca de Descalvado, em que são apelantes PAULO ROBERTO SAGGIORATO (E OUTROS(AS)), MARCO ANTONIO STROZZI e JOSÉ CARLOS CALZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram as preliminares, negaram provimento ao recurso de José Carlos Calza e acolheram os apelos de Marco

Antonio Strozzi e Paulo Roberto Saggiorato.V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), RUI STOCO E PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

RICARDO FEITOSA, Relator

**Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PUBLICIDADE DOS ATOS, PROGRAMAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DA MUNICIPALIDADE DE DESCALVADO NO PERÍODO DE 2011 A 2004 SEM A NECESSÁRIA LICITAÇÃO E COM A INVARIÁVEL MENÇÃO AO NOME E MUITAS VEZES COM O USO DA IMAGEM DO PREFEITO, EM MANIFESTA PROMOÇÃO PESSOAL - OFENSA AO ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI 8.666/93 - INADMISSIBILIDADE, TODAVIA, DE RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DE OCUPANTES DO CARGO DE ASSESSOR DE GOVERNO, QUE AO QUE TUDO INDICA NÃO TINHAM COMO IMPEDIR A PRÁTICA, E EM CUJAS CONDUTAS NÃO SE VISLUMBRA A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO - AÇÃO PROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA EM RELAÇÃO AO EX-PREFEITO MUNICIPAL - RECURSOS DOS EX-ASSESSORES DE GOVERNO PROVIDOS.**

**CAUTELAR DE SEQUESTRO PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AÇÃO PROCEDENTE SENTENÇA CONFIRMADA.**

## VOTO

Cuida-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público contra José Carlos Calza, Marco Antonio Strozzi e Paulo Roberto Saggiorato, figurando a Municipalidade de Descalvado como litisconsorte ativa, julgada procedente pelo r. sentença de fls. 11.358/11.368, que no mesmo fôlego acolheu a ação cautelar de sequestro em apenso.

Os réus apelaram, Marco Antonio Strozzi e outro preliminarmente,



aduzindo: a) inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos; b) carência de ação, ante a impropriedade da via eleita;

c) inépcia da inicial, que não descreve adequadamente os fatos; d) nulidade decorrente da não inclusão no polo passivo das empresas jornalísticas, como litisconsortes necessárias. No mérito buscam a inversão do resultado, sustentando em síntese que: a) as publicações não tiveram o intuito de promover o Prefeito Municipal, pois não teceram considerações valorativas a sua pessoa, mas apenas no campo informativo de realizações vinculadas à gestão administrativa; b) como as matérias foram publicadas em todos os jornais do município, desnecessário o procedimento licitatório; c) de todas a forma, não foram os responsáveis pela confecção ou divulgação do material tido como ofensivo à probidade.

José Carlos Calza suscitou preliminares de incompetência absoluta do juízo, inadequação da via eleita, ilegitimidade passiva de parte e necessidade de citação das empresas jornalísticas para integrarem o polo passivo. No mérito postula a improcedência, inclusive da cautelar, aduzindo em suma: a) não houve publicidade pessoal; b) não foi o responsável pela confecção, nem mesmo pela divulgação do material; c) publicadas as matérias em todos os jornais do município, não era caso de licitação; d) não existe prova de prejuízo ao erário; e) não estão presentes os requisitos da cautelar de sequestro. Finalizando, alega nulidade da decisão que rejeitou os embargos declaratórios.

Recursos regularmente processados, com respostas, opinando a douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento.

É o relatório.

Incumbe registrar, inicialmente, que não apresentando a sentença nenhum dos defeitos relacionados no art. 535 do estatuto processual civil, o fato dos embargos declaratórios de fls. 11.373/11.386 terem sido rejeitados com um “nada a declarar” (fls. 11.387), não implica em nulidade.

Na sequência, de rigor examinar conjuntamente as preliminares suscitadas.

Não é caso de inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos. Nos termos de seu art. 1º, os atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra as entidades que relaciona serão punidos na forma que especifica, deixando claro o art. 2º que “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”, contemplando também os agentes políticos, evidentemente.

Ao contrário do sustentado, perfeitamente adequado o meio processual eleito, enquadrando-se a hipótese no disposto no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, de acordo com o qual “Regem-se pelas disposições desta lei, sem

prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Consoante pontificou o eminente Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial nº 427.140 RO, “se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da ação civil pública fazendo as vezes de uma ação popular multilegitimária. As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam-se na definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio público e a LACP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral, etc. A moralidade administrativa e seus desvios, com conseqüências patrimoniais para o erário público, enquadram-se na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público a demandar em juízo acerca dos mesmos. Nesse sentido, são os precedentes recentíssimos do STJ no sentido de que o MP tem legitimação para a ação civil pública com o escopo de restaurar a moralidade administrativa malferida. (Resp. 291.747, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 05/02/2002 e Resp 261.691, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05/08/2002).

De outra parte, a peça vestibular preenche de sobejo os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, contendo inclusive descrição detalhada dos fatos, de forma a permitir sem dificuldade por parte dos réus o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Também não existe razão para a inclusão das empresas jornalísticas no polo passivo como litisconsortes passivos necessários, à míngua de lei ou de relação jurídica que a tanto obrigasse.

Não há falar também em incompetência absoluta da Magistrada de primeiro grau, na medida em que não se está aqui a discutir questão atinente a responsabilidade penal, sendo a hipótese de ação civil pública com que se visa a apurar responsabilidade por ato de improbidade administrativa. O art. 29, inciso X, da Constituição Federal, como sempre se decidiu, é regra referente ao processo criminal (JTJ 170/20). Confirma-se ainda o decidido nesta 4ª Câmara de Direito Público, em agravo de instrumento nº 011.064-5, rel. o Des. Souza Lima. E ainda os seguintes julgados: Agravo de Instrumento nº 101.424-5, 1ª Câmara de Dir. Público, rel. o Des. Octaviano Lobo, e Apelação nº 133.461.5, 6ª Câmara de Dir. Público, rel. o Des. Christiano Kuntz. As próprias sanções previstas na lei de improbidade administrativa, a lei 8.429/92, não são de caráter criminal.

Finalmente, saber se o co-réu José Carlos Calza cometeu ou não atos de probidade é de questão ligada exclusivamente ao mérito da demanda, não havendo lugar para cogitar-se de ilegitimidade passiva de parte.

Relativamente ao mérito, o primeiro registro necessário é no sentido de que os autos revelam hipótese flagrante de ofensa ao art. 37,

§ 1º, da Constituição Federal.

Com efeito, basta a simples leitura dos resumos relacionados na inicial e na sentença, amostragem significativa de matérias pagas publicadas durante todo o mandato de José Carlos Calza no cargo de Prefeito Municipal de Descalvado (período 2001 a 2004), para verificar que a publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas do órgão público era realizada com a invariável menção ao nome e muitas vezes com o uso da imagem do Chefe do Executivo, em manifesta promoção pessoal.

E ante o vultoso tomado pela burla ao texto constitucional e o largo tempo em que os fatos ocorreram, é evidente que o Prefeito Municipal não pode alegar ignorância e nem escapar de responsabilidade, ainda que como é natural as matérias tenham sido elaboradas e divulgadas por subordinados.

E a improbidade administrativa caracterizou-se igualmente pela realização das despesas com as publicações viciadas sem licitação, sendo que o fato de contemplarem todos os jornais do município não se enquadra entre as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade prevista na Lei nº 8.666./93.

Evidente, também, o prejuízo ao erário decorrente da utilização de dinheiro público para a realização de propaganda pessoal do Prefeito, ainda mais mediante infinidade de publicações contratadas sem a necessária licitação.

No que tange à medida cautelar, também é caso de confirmação da sentença, pelo motivo nela expandido e à luz da posição que vem sendo pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a indisponibilidade de bens pode prescindir da demonstração de indícios de dilapidação, de que é exemplo o julgamento proferido no Resp. 1.280.826 MT, relator o Ministro Herman Benjamin.

Mas no que diz respeito aos co-réus Marco Antonio e Paulo Roberto, a situação é diferente.

De acordo com a petição inicial, eles devem ser responsabilizados solidariamente porque ocupando sucessivamente o cargo de Assessor de Governo, seriam responsáveis pela elaboração de matérias e pela remessa de toda a publicidade aos jornais.

A primeira imputação não restou suficientemente comprovada sob o contraditório, e o fato de ambos, cada qual à sua época, serem encarregados de receber as matérias propagandísticas das diversas Secretarias e encaminhá-las aos periódicos para publicação não basta para firmar nas condutas a presença do indispensável elemento subjetivo apto a responsabilizá-los solidariamente pelos atos de improbidade, ainda mais que não existe nenhuma evidência de que no exercício das funções que desempenhavam tivessem como impedir as práticas viciadas.

Em tais condições, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso de José Carlos Calza e acolhem-se os apelos de Marco Antonio Strozzi e

Paulo Roberto Saggiorato, para em relação a ambos, julgar improcedente a ação civil pública, descabida a condenação do autor em honorários de advogado, custas e despesas processuais (art. 18 da Lei 7.347/85).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005420-57.2008.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante F. UBIRATA PAULO CAVALCANTE & CIA LTDA., é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 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 6874/2013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

JARBAS GOMES, Relator

**Ementa: ICMS - Lançamento. Alegação de que necessário o prévio lançamento do tributo para permitir ao contribuinte exercer ampla defesa. Descabimento. Hipótese em que incumbe ao contribuinte apurar os elementos da obrigação tributária, efetuar o pagamento e informar à autoridade fiscal, inexistindo prejuízo pela ausência de procedimento administrativo para esse mister.**

**Recurso não provido.**

**ICMS - Taxa SELIC. Pretensão à substituição da taxa SELIC pela de 1% a.m. aplicada aos tributos devidos à Fazenda Pública. Descabimento. Hipótese em que a utilização da taxa referencial do SELIC possui previsão legal, sendo obrigatória à Fazenda Pública tanto para atualização de seus créditos quanto para seus débitos, em respeito ao princípio da isonomia e ao equilíbrio das receitas fazendárias.**

**Recurso não provido.**

**ICMS - Cálculo “por dentro”. Alegação de que a metodologia adotada pela Fazenda Pública implica a inclusão do próprio valor do imposto na base de cálculo**

**sem previsão em lei. Descabimento. Hipótese em que o modo de se efetuar o cálculo do ICMS obedece ao princípio de não- cumulatividade dos tributos, visto que o valor do imposto constitui parte do valor final da operação de transferência de mercadoria.**

**Recurso não provido.**

**ICMS - Multa de 20%. Pretensão à redução da multa moratória para 2%, sob o fundamento de que o percentual de 20% possui caráter confiscatório.**

**Descabimento. Hipótese em que o percentual elevado da multa é justificado pelo seu caráter punitivo, necessário para coibir a elisão fiscal, revelando-se moderada tendo em conta o seu propósito.**

**Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de embargos à execução opostos por F. UBIRATA PAULO CAVALCANTE & CIA. LTDA. em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando à extinção da execução fiscal ou, subsidiariamente, à apuração do montante efetivamente devido.

A r. sentença de fls. 21-26, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos.

Inconformada, recorre a embargante buscando a reforma do julgado (fls. 28-33).

Sustenta, no essencial, ser necessário prévio procedimento administrativo para apuração e inscrição do débito fiscal.

Afirma, ainda, ser incabível o método de “cálculo por dentro” por implicar a inclusão do próprio valor do imposto na base de cálculo; ser confiscatória a multa de 20% aplicada; e ser inaplicável a taxa SELIC, que deve ser substituída pela de 1% a.m. aplicada aos tributos devidos à Fazenda Pública.

O apelo foi recebido (fl. 35) sem o recolhimento do preparo ante o diferimento do recolhimento das taxas judiciais (fl. 17).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 37-46). É o breve relato.

A despeito dos argumentos da embargante, não é necessário procedimento administrativo prévio para a cobrança do ICMS.

Em se cuidando de tributo sujeito a autolancamento, incumbe ao contribuinte apurar os elementos da obrigação tributária, efetuar o pagamento e informar à autoridade fiscal.

No mais, as questões referentes ao “cálculo por dentro”, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à multa de 20% já foram objeto de decisão pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário

582.461 RG/SP, reconhecida a sua repercussão geral sob a rubrica:

**“Tema 214 - a) Inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo; b) Emprego da taxa SELIC para fins tributários; c) Natureza de multa moratória fixada em 20% do valor do tributo”.**

Com relação à utilização da taxa referencial do SELIC para a atualização de débitos tributários, a análise no âmbito constitucional concluiu ser de rigor a sua incidência em consonância com o princípio da isonomia. Como se lê do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do processo:

**“Trata-se de índice oficial e, por essa razão, sua incidência não implica violação ao princípio da anterioridade tributária, tampouco confere natureza remuneratória ao tributo.**

**No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.**

**Entendimento diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos seria exonerados, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias”.**

Quanto ao método de cálculo “por dentro” do ICMS, pacificou-se o entendimento segundo o qual o jogo de compensações necessário para dar efetividade ao princípio da não-cumulatividade demanda nesse caso a inclusão do valor do próprio tributo em sua base de cálculo. Preleciona o Ministro Relator:

**“Na sessão de 23.6.1999, o Plenário do STF, vencido apenas o Min. Marco Aurélio, pacificou o entendimento no sentido de que a quantia referente ao ICMS faz parte do ‘conjunto que representa a viabilização jurídica da operação’ e, por isso, integra sua própria base de cálculo.**

**Em outras palavras, a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação”.**

(...)

**Destarte, assentou-se de maneira inequívoca que a Constituição Federal não torna imune o montante referente ao ICMS recebido pelo contribuinte de jure e repassado pelo contribuinte de facto, pois constitui parte do valor final da operação de transferência de mercadoria. Nesse sentido colaciono os seguintes julgados desta Suprema Corte: AI-AgR 633.911, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe, 1.2.2008; RE-AgR 358.911, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 4.7.2006; AI-**

*AgR 522.777, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 16.12.2005; AI-AgR 397.743, Rel.*

*Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 18.2.2005; AI- AgR 413.753, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 15.10.2004; RE-AgR 236.409, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 2.3.2001; RE 209.393, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 9.6.2000.*

*Consigne-se, por fim, que a Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea ‘i’ no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer consta que cabe à lei complementar ‘fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço’.*

*Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas.*

*Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado ‘por dentro’ em ambos os casos.*

*Ademais, diz o § 1º do art. 13 da Lei Complementar 87, de 1996, que integra a base de cálculo do ICMS o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.*

*Enfim, a incidência da alíquota sob a forma denominada ICMS ‘por dentro’ é compatível com a Constituição brasileira, motivo pelo qual julgo constitucional o art. 33 da Lei Estadual Paulista 6.374/89, tendo em vista a inexistência, na Lei Maior, de qualquer óbice à inclusão do montante do ICMS na sua própria base de cálculo”.*

Por derradeiro, a multa moratória de 20% não ofende o princípio da vedação do confisco.

A despeito de ser elevada, há que se ter em conta a sua finalidade precípua de coibir a sonegação de maneira efetiva.

Assume, portanto, caráter eminentemente punitivo e, sob esse aspecto, conclui-se estar dentro dos limites do razoável. Extrai-se do voto do Ministro Relator:

*“De fato, a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia,*

*mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos.*

(...)

*Destarte, o acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento)”.*

Isto posto, nega-se provimento ao recurso

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005893-04.2010.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante IVANILDA DE OLIVEIRA ALVES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ITANHAEM.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Recurso provido, em parte. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.589)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

DANILO PANIZZA, Relator

**Ementa: INDENIZATÓRIA - ATENDIMENTO HOSPITALAR - ERRO MÉDICO - PACIENTE - ATROPELADO, resgatado pelo samu e encaminhado ao pronto socorro de itanhaém - QUADRO DE PERFURAÇÃO DE PULMÃO e ARCOS COSTAIS FRATURADOS - MEDICAMENTADO COM DIPIRONA, recebeu ALTA HOSPITALAR - ÓBITO DO PACIENTE 8 (oito) HORAS APÓS A CONCESSÃO DA ALTA HOSPITALAR - NEXO DE CAUSALIDADE CONFIRMADO.**

**Sentença reformada Recurso provido, em parte.**

## VOTO

Vistos.

Ivanilda de Oliveira Alves dos Santos propôs ação de indenização por

danos morais e materiais, pelo rito ordinário contra a Prefeitura Municipal de Itanhaém, perante o Juízo da 3ª Vara da Comarca de Itanhaém, objetivando a indenização a título de danos morais e materiais, decorrente do falecimento de seu filho Felipe de Oliveira Santos, em 14.02.2010, em decorrência de atendimento médico ineficaz.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 60/62).

A r. sentença de fls. 133/135, julgou improcedente em a ação, condenando a autora a arcar com o pagamento de custas, despesas processuais e, honorários advocatícios em favor do patrono da ré, fixados em R\$622,00, com a ressalva da gratuidade concedida à autora, nos termos do artigo 12, da Lei nº 1060/50.

A apelação da autora a partir de fls. 141, recebido a fls. 154, reiterando os termos da inicial, pedindo provimento ao recurso.

As contra-razões vieram a partir de fls. 158.

É o relatório.

A pretensão indenizatória por danos materiais e morais, é decorrente de inadequado atendimento médico ao filho da autora, Felipe de Oliveira Santos, que no dia 14 de fevereiro de 2010, veio a falecer vítima de mal atendimento e erros cometidos por médicos do Município, o que implicaria nos efeitos do § 6º, do artigo 37 da CF, que

expressa:

*“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

A autora discorre que a vítima, Felipe de Oliveira Santos, de 26 anos, foi atropelado em 13.02.2010, razão pela qual foi levado ao pronto-socorro de Itanhaém, conforme Boletim de ocorrência n. 462/2010.

A ficha de evolução médica, menciona que a vítima encontrava-se com fraturas nos arcos costais e na clavícula, sendo receitado o medicamento para as dores e repouso, recebendo alta médica.

A conduta médica, demonstra ter sido inadequada, pois atestou alta para o paciente, que necessitava de atendimento médico e tratamento, de maneira mais consistente e cautelosa.

Inconcebível que um paciente com pulmão perfurado e fraturas nos arcos costais e clavícula, pudesse se recuperar apenas com repouso e medicamento para dor, até porque com esse quadro, não poderia sequer se movimentar, quanto mais ir até sua casa e depois ter que retornar, tanto que seu quadro se agravou.

Também, conforme Laudo de exame de corpo de delito, foi constatado perfuração do pulmão direito e fratura de 6 arcos costais direitos, concluindo que a morte ocorreu devido a insuficiência respiratória por perfuração do pulmão direito por fratura de arcos costais direito por ação contundente.

Assim, ainda que a vítima tenha sido atendida nas duas ocasiões em que ali esteve, porém, a gravidade de seu quadro (perfuração do pulmão, o qual nem constou na avaliação médica e fratura nos arcos costais), recomendava que o médico do hospital não lhe desse alta hospitalar. Certamente que a alta colaborou para o agravamento do quadro clínico, pois teve que se locomover até sua casa, e retornar 8 (oito) horas depois, vindo a falecer de insuficiência respiratória.

O erro ou falha do médico, no caso concreto, deve ser reconhecido como causa determinante da morte do filho da autora, causando preocupação a quem depende do atendimento médico do setor público, pois, se o paciente fez exames de Raio-X, e o médico observou que o paciente estava com fraturas na clavícula e arcos costais, no mínimo causando estranheza e indignação, o fato do médico, conceder alta, como se este, estivesse bem, podendo ir para casa, apenas ficar de repouso e tomar medicamento para dor, quando na realidade jamais poderia sair do hospital, diante daquele quadro de fratura óssea.

Não se vislumbra do quadro probatório produzido, um único aspecto plausível de ser admitido quanto à eventual ausência de omissão ou falha do serviço prestado.

Em conformidade com o lecionado por Hely Lopes Meirelles a responsabilidade do Estado, em situações como a presente, é objetiva com a obrigação:

*“de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão (...) Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, os alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa do dever daquela responsabilidade estatal”* (Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, Ed. Malheiros, 2005, pg. 635/636).

Os fatos que deram origem à causa propiciaram a responsabilização civil da demandada, decorrente de conduta de seu agente, consoante dispõe o artigo 37, § 6º da CF.

Também para o ressarcimento com fulcro na responsabilidade objetiva, assim também pauta a jurisprudência:

*“A teoria objetiva, a que se filiou nossa Carta Magna, dispensa a culpa do agente administrativo, mas condiciona a responsabilidade civil do Estado a alguma falha ou algum mau funcionamento do serviço público. Estabelecido o liame causal entre a falta administrativa e o prejuízo superveniente, sem culpa ou dolo da vítima, cabe à Administração*

*indenizar o lesado. A contrario sensu, sempre que a culpa da própria vítima for à causa imediata do acidente, ainda que envolvido se ache algum agente do Poder Público, não se configurará a responsabilidade civil da Administração” (RT, 611/221), resultando o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.*

A comprovação da culpa e o nexo de causalidade entre o dano causado pela má prestação do serviço público, em local gerido e administrado pela Municipalidade, impõe o dever de se responsabilizar e suportar as consequências, sendo assumida pelo ente jurídico público, na conformidade do previsto pelo artigo 37, em seu § 6º, C.F.

*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.*

*§ 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.”*

Portanto, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado (Entes Públicos) emerge de forma objetiva, na modalidade do risco administrativo. Isto quer dizer que não é necessário a vítima lesada demonstrar que o Ente Político agiu com culpa, necessitando apenas a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal, o que também ocorre quando do inadequado serviço prestado.

Assim, presentes os pressupostos caracterizadores da obrigação de indenizar, principalmente pela presença do nexo de causalidade entre a ação da ré e o dano, a morte do paciente, observando-se ainda, o princípio da razoabilidade.

A indenização por dano moral visa minorar o sofrimento causado a vítima, sem se esquecer do efeito pedagógico a que se destina, de molde a evitar que situações como a presente sejam reiteradas pela má prestação do serviço público.

Portanto cabível a indenização de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a natureza do dano, sendo que tal fixação está longe de ressarcir a dor da mãe que perdeu seu filho, com tão pouca idade, mas o valor da presente condenação tem caráter pedagógico, na medida em que, com a fixação, pretende-se evitar que situações semelhantes tornem a ocorrer.

Quanto a pretensão de pensionamento, não comporta acolhimento, considerando a ausência de demonstração de dependência econômica, considerando ainda que o filho da autora somente teve ganho certo até 2005 (fls.30).

No tocante aos honorários advocatícios, verificado haver verba a ser paga,

condeno a ré em 10% do valor da condenação, de acordo com os parâmetros indicados pelos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Desta maneira, de rigor a reforma da r. sentença, para a procedência parcial da ação.

Com isto, **dá-se provimento parcial** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006718-68.2010.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante ANTÔNIO ROBERTO DE SOUZA, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO E VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

CYRO BONILHA, Relator

**Ementa: ACIDENTÁRIA - Auxiliar geral - Depressão - Conversão do benefício de aposentadoria por invalidez previdenciária em seu homônimo acidentário - Exame pericial que concluiu pela ausência de nexo causal - Laudo não contrariado por nenhum outro trabalho técnico - Improcedência mantida - Recurso desprovido.**

## VOTO

Ar. sentença de fls. 142/144vº, cujo relatório se adota, julgou improcedente ação acidentária proposta por Antônio Roberto de Souza contra o INSS.

Inconformado, apela o autor, buscando a inversão do resultado. Sustenta que, em razão de problemas emocionais relacionados com os colegas de trabalho e algumas atividades laborativas, teve sua moléstia agravada. Entende que o trabalho contribuiu para a incapacidade, aduzindo que, ao menos, deve ser reconhecido o nexo de concausalidade. Tece considerações a respeito da matéria, mencionando jurisprudência que reputa respaldar sua pretensão.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária não apresentou

contrarrazões.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Trata-se de ação acidentária em que pretende o autor a conversão do benefício de aposentadoria por invalidez previdenciária que vem recebendo em seu homônimo acidentário, sob a alegação de que teve totalmente reduzida a capacidade laborativa em decorrência de quadro de depressão, mal advindo das condições de trabalho a que estava submetido na função de auxiliar geral.

É oportuno consignar que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário de 11/09/2007 a 10/03/2009, passando a receber aposentadoria por invalidez a partir de 11/03/2009 (fls. 86/87).

A prova pericial, via de regra essencial para o deslinde de feitos dessa natureza, não é, contudo, favorável ao obreiro.

Com efeito, realizados os exames pertinentes e efetuada a avaliação médica (fls. 107/111), apesar de o perito ter constatado que o autor é portador de “transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto com Síndrome do pânico”, que compromete total e permanentemente sua capacidade profissional, afastou onexo causal em resposta aos quesitos 2 e 3 (fls. 109).

Ressaltou o “expert” que “a doença começou a manifestar os sintomas quando tinha 17/18 anos, quando terminou o noivado e havia bebido. Trata-se de doença em que eles não aceitam de perder e então tentam contra a vida” (fls. 109).

Em que pese a argumentação desenvolvida no recurso, o trabalho pericial está suficientemente fundamentado e não foi contrariado por nenhum parecer técnico.

Vale lembrar que a concessão do benefício acidentário depende necessariamente da comprovação donexo causal entre a moléstia e o trabalho e da efetiva incapacidade profissional dela resultante. A falta de qualquer um desses requisitos inviabiliza a reparação no âmbito da legislação infortunística.

Dentro desse quadro, merece ser mantido o decreto de improcedência da ação.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007850-09.2012.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante CONCESSIONARIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A, é apelado G.S.J. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

**ACORDAM**, em 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 16.517**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE E MOACIR PERES.

São Paulo, 1 de julho de 2013

EDUARDO GOUVÊA, Relator

**Ementa: Apelação Cível - Ação de Indenização por Danos Materiais - Lançamento de pedras advindas de passarela, a veículo que trafegava em via administrada pela concessionária ré, com o provável intuito de prática criminal - Avarias no automóvel - Pedido de ressarcimento - Provas nos autos dos gastos dispendidos - Procedência na origem - Alegação de ilegitimidade de parte e ausência do direito pretendido - Descabimento - Aplicação subsidiária do artigo 14, do CDC, ante a não regulamentação do artigo 175, inciso II, da Constituição Federal - Proteção ao usuário - Dever de indenizar presente - Sentença mantida, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Justiça - Recurso desprovido**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls.145/158) interposto pela parte acima descrita, contra r. sentença (fls.138/143), que julgou procedente Ação de Indenização por Danos Materiais, cujo objeto era a reparação de danos causados em veículo atingido por pedradas enquanto trafegava pela via supervisionada pela concessionária requerida. A r. decisão condenou a requerida ao pagamento à autora, da quantia de R\$ 3.138,88, atualizada pela TPTJ, acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da citação. Custas, despesas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Alega a recorrente, em apertada síntese, ilegitimidade passiva e ausência do direito pleiteado. Requer a improcedência da demanda.

Contrarrazões às fls.162/171. É o breve relatório.

Não assiste razão à recorrente.

Assim, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de

decidir pelo improvemento 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*”.

Nesse sentido: Apelação Cível nº 994.08.158057-1, de relatoria do Des. Ricardo Anafe, *Impende consignar, que a manutenção do decisum por seus próprios fundamentos pela Corte ad quem não revela mácula aos preceitos insertos nos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil, sendo certo, outrossim, que a aplicação do referido dispositivo regimental, ao dispensar inúteis repetições, revela preciso alinhavo ao princípio constitucional da razoável duração do processo, inculcado no inciso LXXVIII, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 45/04.*

O Colendo Superior Tribunal de Justiça prestigiou o entendimento esposado, reconhecendo “**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, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534-DF, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 1.12.2003).

Por primeiro, quanto à preliminar aduzida em questão da ilegitimidade passiva em razão de não ser a concessionária a responsável pela segurança pública do local, confunde-se com o mérito e será com ele analisada.

De acordo com o teor dos autos, em 05/07/2012, um colaborador da empresa recorrida, agente de segurança, conduzia um automóvel na via administrada pela ora recorrente, quando foi atingido por pedradas advindas da passarela presente no local, por indivíduos que provavelmente teriam por intenção a prática criminosa de roubo ou furto. Narram os autos ainda, que mesmo percebendo os danos causados ao veículo, o condutor optou em não parar até chegar a um local seguro, mais precisamente um posto de gasolina, tendo acionado a Polícia. Alega que gastou o montante de R\$2.800,00 necessário para o conserto do carro, com a franquia do automóvel, bem como deixou de obter o desconto quando da renovação do seguro em consequência deste uso, no valor de R\$ 338.88. Alega também que teve seu pedido administrativo negado e a existência do dever de indenizar.

Juntou os documentos de fls. Boletim de Ocorrência (fls.22/25); orçamento (fls.26/28); pedido administrativo (fls.29/30) e documentos do seguro do auto (fls.31/36).

Em Audiência de Instrução (fls.119 e seguintes), foram ouvidas uma testemunha de cada parte. A testemunha da parte autora, o passageiro do veículo, confirmou os fatos narrados na exordial e acrescentou que o lugar estava muito escuro. Já a testemunha da própria concessionária informou que a passarela em questão é iluminada somente nas extremidades e que, em razão da existência de favelas próximas ao local dos fatos, tais ocorrências são frequentes. Disse ainda, que até veículos da concessionária já foram alvo de violência e que ausente sinalização de advertência na localidade.

Destarte, são incontroversos os danos sofridos pelo apelado. Resta saber sobre a responsabilidade da concessionária.

Conforme bem explanado pelo Magistrado de primeiro grau, “...*Todavia, é importante salientar que a administração da rodovia não se restringe apenas à manutenção da estrada e cobrança do pedágio. A Concessionária tem o dever de zelar pelas condições de tráfego seguro dos seus usuários e de manter dispositivos de segurança nas pontes, passarelas e viadutos, para evitar que sejam utilizados para atingir veículos que trafeguem no leito carroçável. Esta obrigação é ressaltada nas hipóteses em que a concessionária tem conhecimento prévio de que fatos semelhantes aos narrados na inicial acontecem com frequência...Com efeito, a conduta criminosa de pessoas de arremessar da passarela objetos ao leito carroçável não era fato desconhecido da concessionária ré. Por conseguinte, a requerida tem a obrigação de adotar medidas para impedir ou minimizar estas ocorrências, como por exemplo, mera colocação de grades e a iluminação adequada de toda a passarela. Certamente, a ausência de grades e de luz do local facilita a ação dos agressores. **Frise-se que é irrelevante que o dever de segurança pública não esteja inserido no contrato firmado com o poder concedente. A concessionária tem a obrigação de adotar cuidados mínimos com o fim de, se não impedir a ação dos criminosos, pelo menos diminuir a quantidade destes eventos.**” (grifo nosso).*

Assim, arrimo a presente decisão, tanto na decisão ‘a quo’, quanto em julgado desta C. 7ª Câmara de Direito Público do TJSP, em caso similar, em que a requerida era a Concessionária do Sistema Anhanguera Bandeirantes S/A: “Ação de Indenização Por Responsabilidade Civil - Concessionária de serviços públicos - Danos causados ao usuário do serviço, em razão do lançamento de pedras por pessoas localizadas à beira da rodovia - Descumprimento do dever de zelar pela segurança da via - Caracterização de responsabilidade objetiva em razão da prestação de serviço defeituoso, com base no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Manutenção da decisão de procedência - Recurso não provido.” (grifo nosso). E no corpo do acórdão: **“...No caso, o dano não foi causado a um terceiro, mas ao próprio usuário do serviço rodoviário perante o qual, em virtude da feição aproximada com a relação de consumo, a concessionária deve**

responder objetivamente pela má-prestação do serviço. Embora o usuário não possa ser equiparado ao consumidor de forma indistinta, em relação a todo e qualquer serviço público, como nos casos de prestação de serviços educacionais ou de saúde, é possível vislumbrar relação de consumo em determinadas hipóteses, ao menos até que seja editada a lei de defesa de usuários de serviços públicos, exigida pelo artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998. Devido às características do serviço notadamente em razão da contraprestação exigida sob a forma de pedágio, cobrada dos veículos que ali trafegam, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, subordinam-se ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seu art. 3º, § 2º. Entendimento em sentido contrário calcado na inexistência da lei de proteção ao usuário implicaria em inversão de valores, pois a defesa do usuário de serviço público é tão ou mais relevante do que a defesa do consumidor, já que, além de tutelar o indivíduo, envolve interesse coletivo primário. Existe, portanto, uma relação de consumo, mas diversamente da relação puramente consumerista, que envolve interesses privados, tutelando-se a parte hipossuficiente, a concessão de serviços públicos envolve interesse indisponível e o pressuposto básico do instituto da concessão recai justamente na prestação de um serviço adequado. **Assim, enquanto não editado o estatuto dos usuários de serviços públicos de que trata o artigo 175, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, os usuários de serviços rodoviários devem ser tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, sob pena de desamparar categoria que, em razão da relevância dos interesses protegidos, mereceria amparo ainda mais abrangente.** Dessa forma, o descumprimento do dever de manter a segurança na estrada caracteriza a conduta punível, tornado a concessionária responsável pelos riscos causados aos usuários. Neste sentido, há precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: ‘Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido (Resp nº 467.883- RJ, Terceira Turma, relator Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. em 17.06.2003.’ **Sequer há como sustentar a exclusão dessa responsabilidade por fato de terceiro, uma vez que a presença de marginais na pista que apedrejam o ônibus, implica no descumprimento do**

**dever de manter a segurança da via.”** A.C. 0016698-43.2010.8.26.0451, de relatoria do Des. Magalhães Coelho, de 06/08/2012.

Assim, é de rigor a responsabilidade da concessionária requerida.

Ante todo o exposto, **nego provimento ao recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007981-78.2012.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALMERINDA JESUS BARROS DA MOTTA.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Recurso interposto pela Municipalidade provido para acolher o pedido alternativo relativo aos juros e recurso adesivo interposto pela Autora parcialmente provido para acolher o pedido de majoração da verba honorária, fixando-a no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).Recurso interposto pela Municipalidade provido para acolher o pedido alternativo relativo aos juros e recurso adesivo interposto pela Autora parcialmente provido para acolher o pedido de majoração da verba honorária, fixando-a no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5750)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), URBANO RUIZ E ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

PAULO GALIZIA, Relator

**Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. Cemitério Municipal. Exumação de ossos. Pretensão de que a ré localize ossada de falecida enterrada em jazigo sob a administração do Município. Ilegalidade do ato administrativo que, sem comunicação e convocação dos parentes, retirou os restos mortais da falecida e depositou em local desconhecido e sem identificação. Sentença que julga procedente o pedido, determinando o prazo de 40 dias para a localização dos restos mortais da autora, sob pena de conversão da obrigação em perdas e danos.**

**Recurso interposto pela Municipalidade provido para acolher o pedido alternativo relativo aos juros e**

**recurso adesivo interposto pela Autora parcialmente provido para acolher o pedido de majoração da verba honorária, fixando-a no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 79/83 que julgou procedente a ação para condenar a ré na obrigação de fazer consistente em localizar os ossos da mãe da requerente, com a devida identificação, e restituí-lo à cova de origem, no prazo de 40 (quarenta) dias, sob pena de conversão da obrigação em perdas e danos, fixados no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros e correção monetária. A r. sentença também condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 15% do valor dado à causa.

Irresignada, apelou a Municipalidade. Em suas razões, alega, em preliminar, que houve cerceamento de defesa, na medida em que foi requerida a produção de prova testemunhal, a fim de comprovar a falta de pagamento da taxa de administração do cemitério e que foi dada ciência à família antes da remoção dos ossos depositados no jazigo, contudo, o juízo “a quo” julgou desnecessária a prova e julgou antecipadamente o feito. No mérito, pondera que a responsabilização da Municipalidade depende da comprovação da prestação de um serviço público que tenha ocasionado dano e que esse dano tenha sido causado por agente público no exercício das suas funções, o que não se observa no caso em questão. Aduz que não houve culpa, daí porque não há que se falar em responsabilidade civil. Pondera que o ato praticado pela administração pública - retirada dos ossos do jazigo - se deu em virtude da falta de pagamento da taxa de manutenção e administração do cemitério, conforme prevê a legislação municipal. Pleiteia a reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente, ou, caso esse não seja o entendimento, requer, alternativamente, sejam os juros aplicáveis conforme dispõe a Lei n. 11.960/09.

A autora também interpôs recurso adesivo, com fundamento no artigo 500 do Código de Processo Civil. Em suas razões, questiona os honorários fixados em valor muito baixo e pleiteia a sua majoração. Requer, também, que seja fixada multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo atraso e descumprimento da obrigação fixada na r. sentença. Impugna o recurso interposto pela Fazenda, alegando que, ao contrário do alegado pela Fazenda, efetuou o pagamento das taxas e que eventual descumprimento do pagamento poderia ensejar cobrança pelos meios próprios e não o ato imoral e a conduta abusiva de retirar compulsoriamente os restos mortais do jazigo, sem qualquer identificação e comunicação prévia à família da falecida. Pleiteia a reforma da r. sentença, determinando-se a aplicação de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais)

pelo descumprimento da obrigação.

Recursos tempestivos (fls. 91/99 e 101/109).

### **É O RELATÓRIO.**

Não houve cerceamento de defesa. O feito comportava julgamento imediato, nos termos do disposto do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, uma vez que, como bem salientado na r. sentença, a prova era exclusivamente documental. (fls. 80)

Passo ao exame do mérito.

É direito dos usuários receber serviços públicos adequados, cabendo à concessionária do serviço (administradora do cemitério) executá-los com perfeição e responder objetivamente por todos os prejuízos decorrentes do extravio dos restos mortais ou violação de túmulos.

In casu, restou inequívoco que a mãe da autora foi sepultada em 01/10/1987, no cemitério Horto da Igualdade, Quadra 8, fila 5, lote 22, após o que seus ossos mortais foram removidos e transferidos para o ossário do cemitério. (fls. 40/42)

Mesmo que não tenha sido juntada aos autos legislação municipal que regulamenta as questões ligadas ao sepultamento e exumação de corpos do Município de Presidente Epitácio, antes de eventual rescisão do contrato celebrado entre as partes - cujo objeto é a guarda dos restos mortais e a manutenção dos jazigos - mesmo à míngua de pagamento, era necessária a prévia comunicação à família da falecida ou ao detentor da concessão de uso do jazigo, o que não ocorreu.

Nesse sentido, confira-se o que dispõe o artigo 599 do Código Civil:

**Art. 599** Não havendo prazo estipulado nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, **mediante prévio aviso**, pode resolver o contrato.

A Municipalidade admite que, diante da falta de pagamento das taxas de administração do cemitério, removeu compulsoriamente os restos mortais da falecida, encaminhando-os ao ossário. Contudo, em nenhum momento, comprova que cuidou de notificar previamente a família ou o responsável pelo jazigo. Tampouco teve o cuidado de separar e identificar os ossos da falecida, tanto que até a presente data não comprovou a sua localização, com a conseqüente satisfação do objeto da ação.

Ademais, como bem salientado na r. sentença: “(...) além da ausência de legislação municipal que regulamente a matéria sobre exumação e transferência de restos mortais, o poder público possui procedimento próprio para a cobrança das taxas, regulamentada pela Lei n. 6.830/80, do que se verifica a desconformidade do ato praticado pela requerida, sem a utilização das vias administrativas para cobrança de seu débito, agindo em legítimo exercício arbitrário das próprias razões, ofendendo sentimento religioso da requerente e o

princípio do contraditório.” (fls. 82)

Ante a falta de comprovação, no curso da ação e até a presente data, da localização dos ossos por parte da Municipalidade, correta a conversão da obrigação em perdas e danos, uma vez que é inegável que o desaparecimento dos ossos de um ente querido, causa profunda dor e extremado sentimento de humilhação aos familiares.

Não há que se falar em fixação de multa diária porquanto a r. sentença estipulou o prazo de 40 dias para o cumprimento da obrigação sob pena de conversão da obrigação em perdas e danos. Vale dizer, se os ossos da genitora não forem localizados no prazo de 40 dias, a obrigação se converte em indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Observe que a pretensão à majoração da verba honorária merece acolhimento, uma vez que os honorários foram fixados em valor irrisório (R\$150,00). Assim, considerando a complexidade da demanda e o trabalho desempenhado pelo patrono da autora, entendo razoável fixar os honorários em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Por fim, em relação aos juros, o recurso interposto pela Municipalidade de Presidente Epitácio merece acolhimento.

Conquanto no passado já tenha decidido em sentido contrário, mais recentemente alterei meu posicionamento no sentido de que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, os juros de mora devem ser de 6% ao ano, como já constava da Lei 9.494/97, antes do advento da Lei nº 11.960/09, a contar da citação, bem como a correção monetária deve observar os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Essa mudança de posicionamento se deu com a finalidade de acompanhar o recente entendimento esposado pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, alterando a redação do artigo 1-F da Lei nº 9.494/97, por conter a expressão “índice oficial e remuneração básica da caderneta de poupança”.<sup>1</sup>

Assim sendo, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Municipalidade de Presidente Epitácio para acolher o pedido alternativo, fixando o percentual de juros de 6% ao ano, a partir da citação, bem como a correção monetária deve observar os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso adesivo interposto pela Autora para acolher o pedido de majoração da verba honorária, fixando-a no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). No mais, fica mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

## ACÓRDÃO

1 RF: Informativo do STF nº 698 de 11 a 15 de março de 2013.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008129-78.2010.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA CEETEPS, é apelado WILMAR PIERAZO.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

URBANO RUIZ, Relator

**Ementa: Colação de grau - Impetrante que foi impedido de colar grau no ensino técnico, em virtude de irregularidades no certificado de conclusão do ensino médio - Autorização de funcionamento do curso colegial cassada depois do autor ter concluído o curso e obtido o certificado. Aluno que revelou bom aproveitamento no ensino técnico - Teoria do fato consumado – Autoridades de ensino que não fiscalizaram eficientemente o colégio no qual o autor estudou - Colação de grau válida - Ação procedente – Recurso desprovido.**

## VOTO

O autor, que cursou ensino técnico em segurança do trabalho junto à ETEC Pedro Badran, foi impedido de colar grau porque sua documentação relativa ao ensino médio continha irregularidades. Por entender inadmissível o impedimento, impetrou segurança, buscando participar da colação de grau, marcada para o dia 20.12.2010. A inicial foi aditada a fls. 75 transformando a ação em ordinária e a tutela foi antecipada a fls. 76/7, para permitir a colação de grau e a ação foi julgada procedente. Sobreveio apelação buscando a improcedência da ação. Sustenta, em síntese, a não comprovação dos fatos constitutivos de seu direito. Sem razão, contudo. O documento de fls. 60, emitido pela Diretoria de Ensino Leste 5, esclarece que a autorização de funcionamento do Colégio São José de Vila Zelina foi cassada por Resolução do Secretário da Educação 109, de 12.07.2002, publicada no D.O.E. de 13.07.02. O certificado de conclusão do colegial, exibido pelo autor e emitido por aquele estabelecimento é de março de

2001. Os documentos de fls. 55, do Centro Paula Souza mostram que o autor teve bom aproveitamento no curso de segurança do trabalho, registrando, ademais, a presença necessária. Como assentado no precedente reproduzido as fls. 68/73 - apel. 564.399.5/1-00, relatada pela Desembargadora Cristina Cotrofe, que se reportou à fala do promotor de justiça para assentar que a falta de fiscalização por parte do Poder Público, nos estabelecimentos escolares não habilitados para a emissão de certificados de conclusão de ensino médio, devidamente reconhecidos pelo MEC, não pode atingir e responsabilizar o cidadão, quando este cursou e frequentou tais escolas, com base no desconhecimento da situação de irregularidade do instituto educacional, como no caso em tela. A teoria do fato consumado autoriza a validação de situação de fato ilegal, que perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Não há, pois, como invalidar agora o certificado obtido no Centro Paula Souza - ETEC Pedro Badran, sob alegação de que irregular o certificado de conclusão do curso colegial. A ação de fato é procedente, razão pela qual se nega provimento ao recurso, subsistindo a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009186-38.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INSTITUTO DE ASSISTENCIA MEDICA DO SERVIDOR PUBLICO ESTADUAL IAMSPE, é apelado IRENE CARDOSO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Desacolheram o reexame necessário, considerado interposto, e negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.505)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

**Ementa: CONSTITUCIONALE PREVIDENCIÁRIO – ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – IAMSPE - SERVIDOR FALECIDO – BENEFICIÁRIA – COMPANHEIRA – INSCRIÇÃO – ADMISSIBILIDADE.**

**São considerados beneficiários do contribuinte falecido o cônjuge ou companheiro; os filhos solteiros**

**até vinte e um anos; os filhos de até vinte e cinco anos, desde que cursando estabelecimento de ensino médio ou superior; os filhos maiores desde que incapacitados para o trabalho, sem economia própria e não amparados por outro regime previdenciário (artigos 7º e 8º, Lei nº 11.125/02). Reexame necessário, considerado interposto, desacolhido. Recurso desprovido.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 60/62, cujo relatório se adota, concedeu segurança determinando a manutenção da impetrante como beneficiária de ex-contribuinte junto ao IAMSPE.

Inconformado apela o vencido objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta que: a) a Lei nº 11.127/02 não tem aplicação retroativa; b) o contribuinte faleceu enquanto vigente o Decreto-Lei nº 257/70 que não previa a inscrição como beneficiário de cônjuge ou companheiro; c) é inaplicável ao caso dos autos o art. 226, § 3º, da CF.

Recurso recebido e processado, com contrarrazões. É o relatório.

Inicialmente considera-se submetida a reexame necessário a r. sentença apelada por não se tratar de condenação de valor certo (art. 475, I, CPC).

A matéria suscitada não é nova e já foi apreciada nesta Corte quando do julgamento da Apelação Cível nº 0019662-05.2011.8.26.0053 pela 3ª Câmara de Direito Público da qual foi Relator o eminente Desembargador Ronaldo Andrade.

Por sua exata adequação à espécie, pede-se vênia para transcrever parte do v. aresto, cujos fundamentos ficam integralmente adotados. Eis como se acha motivada a aludida decisão:

“A questão envolve *writ of mandamus* impetrado para garantir a impetrante a manutenção de sua inscrição junto ao Hospital do Servidor Público Estadual, como beneficiária de contribuinte falecido em 17.01.2.002. O documento de fls. 14 acostado aos autos informa que a manutenção da inscrição da beneficiária junto ao Hospital foi indeferida por falta de amparo legal, uma vez que a época do falecimento do contribuinte a legislação de regência do IAMSPE, Decreto-Lei 257/70, artigo 8º, não previa a possibilidade de inscrição do cônjuge ou companheiro como beneficiário de contribuinte falecido. No entanto, a redação original do artigo 8º do referido Decreto-lei foi alterada pela Lei Estadual nº 11.125, de 11/04/02, que passou a considerar “o cônjuge ou companheiro(a)”, sendo certo que esta regra se limitou a adequar o texto infraconstitucional à disposição do artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988, motivo pelo qual

não se pode argumentar com a doutrina da irretroatividade. O argumento de que o ex-contribuinte do IAMSPE ter falecido antes da alteração do Decreto-lei nº 257, de 27/05/70, também não pode prosperar a norma infraconstitucional que afronta texto constitucional. Em outros termos a regra do Decreto-lei, espécie normativa própria dos regimes de exceção, não foi recepcionada pela constituição federal. Ademais, a apelante sustenta que o pressuposto da permanência do beneficiário ou agregado é a contribuição, pois bem, como assinalado pelo juiz de 1ª instância, “A legislação existente permitiu em 1998 a inclusão da impetrante como agregada estabelecendo-se, a partir daí, um vínculo jurídico com o IAMSPE; este vínculo não pode ser desfeito por conta da morte de ex-servidor diante do permissivo normativo, exigindo do impetrado apenas que diligencie o desconto percentual de 2% do demonstrativo de ganhos do ex-servidor, ex-companheiro da impetrante”

No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0153004-19.2007.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 28/01/08; Apelação Cível nº 0000834-72.2009.8.26.0168, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, j. 02/05/11.

Se não fosse por isso, é inadmissível o comportamento contraditório da apelante que, após manter a autora como beneficiária por quase vinte anos após o falecimento do contribuinte, indefere sua pretensão sob o argumento de falta de previsão legal à época do óbito, sobretudo se de acordo com a atual legislação a pretensão possui amparo. Nesse sentido há precedentes na jurisprudência do C. STJ repudiando a prática desses atos:

“LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FE. ATOS PROPRIOS. - TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTA PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79. - A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PROPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO” (REsp nº 141.879, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ:22/06/98).

Por essas razões, desacolhe-se o reexame necessário, considerado interposto, e nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012042-39.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante JUN NAKABAYASHI (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso do Estado, prejudicado os demais. V.U. Declarará voto vencedor o Revisor”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.814)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEIRETTI DE GODOY (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 17 de julho de 2013.

RICARDO ANAFE, Relator

**Ementa: Apelação Cível - Ação de indenização.**

**Prisão ilegal do autor em razão de atividades políticas, sendo mantido incomunicável, e sofrendo torturas físicas e psicológicas - Perseguição após a soltura que impôs exílio no exterior - Pedido de reparação de danos morais e materiais.**

**Prescrição - Não ocorrência - Prejudicial de mérito afastada.**

**Recebimento, em outrora, de indenização no âmbito administrativo, fundada na mesma causa de pedir exposta na petição inicial – Manifesta improcedência do pedido - Sentença reformada.**

**Dá-se provimento ao recurso interposto, prejudicado no mais.**

## VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação de indenização, ajuizada por Jun Nakabayashi em face do Estado de São Paulo, deduzindo em síntese que foi preso ilegalmente em razão de suas convicções políticas, na década de 60, e embora tenha sido libertado após dois meses, foi obrigado a viver na clandestinidade e, depois, no exterior, retornando ao país somente em 1979. Sustenta que sofreu torturas físicas e psicológicas, foi privado da convivência com amigos e familiares e perdeu seus direitos políticos e oportunidades de trabalho, e nessa conformidade, postula a condenação do réu ao pagamento de indenização. Pedido julgado

procedente em parte (fl. 349/356).

Inconformadas, apelam as partes: o Estado de São Paulo busca a reforma do *decisum* com a inversão do julgado (fls. 361/385), ao passo que o autor postula a majoração da indenização concedida, bem como da verba honorária (fl. 389/397).

Processados regularmente, com respostas (fl. 401/416 e 417/421), subiram os autos a esta Instância.

É o relatório.

2. *Ex ante*, cumpre observar que a preliminar de carência de ação, por alegada falta de interesse de agir, de fato, na hipótese, se confunde com o mérito da causa, valendo lembrar que o interesse de agir nada mais é do que o intento dirigido à obtenção de um provimento, com observação estrita da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional e da adequação do *iter* eleito.

Não há falar, na espécie, em prescrição, aplicando-se o entendimento consagrado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido da imprescritibilidade do crime de tortura, que diz respeito à pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais praticada durante o período do regime de exceção (Cf. AOE 27/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.08.2011; ADPF153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010; HC 82424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.2003).

Esta, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se transcreve a seguir:

**“em face do caráter imprescritível das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional do Decreto 20.910/32. (AgReg no REsp nº 1.042.632/GO, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 2/6/2011). O STJ pacificou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Precedentes: REsp nº 959.904/PR, Relator Ministro Luiz Fux, j. em 23/4/2009; AgReg no AI nº 970.753/MG, Relatora Ministra Denise Arruda, j. em 21/10/2008, REsp nº 449.000/PE, Relator Ministro Franciulli Netto, j. em 5/6/2003”** (AgReg no REsp nº 1.160.643/RN, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. em 23/11/2010).

Afasta-se, pois, a prejudicial de prescrição.

Nessa linha, o argumento de *supressio*, deduzido pelo Estado de São Paulo em suas razões de recurso, é de rejeitar-se, também, porquanto inaplicável à espécie.

Com efeito, segundo a lição de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro,

**“diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”** (in Da Boa Fé no Direito Civil, Ed. Almedina, Coimbra, 1997, p. 796).

Sendo, pois, instituto afeito ao Direito Contratual, relativo ao fenômeno da supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo, exige-se a investigação acerca da *bona fide*, da qual não há que se falar, na espécie, fundado o pedido na responsabilidade extracontratual.

Do âmago da questão.

O autor ajuizou ação de indenização em face do Estado de São Paulo, deduzindo em síntese que em 1968, enquanto exercia o cargo de Diretor do Centro Acadêmico Horácio Lane, da Faculdade de Direito Mackenzie, foi preso ilegalmente em razão de suas convicções políticas, sendo mantido incomunicável e em condições deploráveis, somente libertado após dois meses e obrigado a viver na clandestinidade, fugindo depois para o exterior e retornando ao país somente em 1979, ainda sob perseguição e vigilância dos órgãos estatais. Sustenta que enquanto encarcerado, sofreu torturas físicas e psicológicas, sendo depois privado da convivência com amigos e familiares, além de perder seus direitos políticos e oportunidades de trabalho durante o período referido e, nessa conformidade, postula a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

Sem razão, todavia.

Com efeito, restou demonstrado nos autos que, no âmbito administrativo, o autor deduziu, em julho de 2002, pedido de indenização (fl. 129/134) fundado na Lei nº 10.726, de 8 de janeiro de 2001, valendo transcrever o seu artigo 1º, a dispor que

**“Fica o Estado de São Paulo autorizado a efetuar o pagamento de indenização, a título reparatório, às pessoas detidas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31 de março de 1964 a 15 de agosto de 1979, que tenham ficado sob a responsabilidade ou guarda dos órgãos públicos do Estado de São Paulo ou em quaisquer de suas dependências”.**

O pedido foi deferido pela Comissão Estadual de Ex-Presos Políticos, autorizado pelo Senhor Governador do Estado o pagamento de indenização no valor de R\$ 22.000,00, efetivamente recebida (Cf. fl. 273/277), impondo-se ressaltar o teor do disposto no artigo 2º do Decreto nº 46.397, de 19 de dezembro de 2001, que regulamentou a norma legal referida, assim redigido:

**“Terão direito à indenização aqueles que comprovadamente sofreram torturas que causaram invalidez permanente ou morte, transtornos psicológicos, invalidez parcial ou outras lesões, desde que não tenham obtido, pelo mesmo motivo, ressarcimento por dano material ou**

**moral”.**

*In casu*, o autor já percebeu, em outrora, indenização fundada na mesma causa de pedir exposta na petição inicial, sendo que a narrativa dos fatos exposta no pedido administrativo (Cf. fl. 129/134) se identifica, em sua totalidade, com a destes autos, e nessa linha, nada abona a tese, devendo, pois, prevalecer a antítese na síntese dialética processual civil, julgando-se improcedente o pedido, condenando-se o autor nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que se arbitra, com fundamento no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, em R\$ 2.000,00, corrigidos monetariamente pelos índices constantes da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça, observado o disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

Por epítome, se conclui que de rigor a reforma da sentença para reconhecer a manifesta improcedência do pedido, que tangencia a carência da ação, prejudicado o apelo do requerente.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto pelo Estado de São Paulo, prejudicado no mais.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR**

**(Voto nº 17.219)**

Entendo de todo convinável esta declaração porque, diferentemente do que deixei julgado em caso um tanto assemelhado, acompanhei o I. Desembargador Relator quanto ao resultado de provimento ao recurso da Fazenda do Estado, prejudicado o do autor.

É que no meu voto 7.035, proferido na Apelação 795.164.5/0-00, Comarca da Capital, entre partes, como apelante, PAULO ROBERTO BESKOW, e, apelada, a Fazenda do Estado, dei provimento ao recurso do lá autor para fixar indenização a maior do que ele recebera administrativamente.

Como se vê, lá esse tema veio como causa de pedir, pois o autor entendera diminuto o valor recebido e ajuizou ação para majorá-lo.

Aqui, contrariamente, o autor nada, absolutamente nada referiu sobre ter requerido e recebido indenização pelos mesmos e idênticos fatos articulados na petição inicial, a resultar, com a devida vênia, na inexorável conclusão posta no r. voto do D. Desembargador Relator, motivo por que esse também foi meu entendimento.

BORELLI THOMAZ, Revisor

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015220-

59.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GISELE MARTINS ALVIM.

**ACORDAM**, em 7ª 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 37.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), MOACIR PERES E COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

**Ementa: “I - Mandado de segurança. Licenciamento de veículo recusado pela autoridade. Existência de um ‘dublê’ que não pode ser invocada como fato impeditivo à transferência e ao licenciamento. Licenciamento condicionado ao prévio pagamento das multas. Inadmissibilidade. Aplicabilidade da Súmula 127 do Superior Tribunal de Justiça.**

**II - Segurança restrita à possibilidade de licenciamento, remetidas as partes às vias próprias para discutir sua desconstituição ou anulação, eis que se tem concedido a segurança, tão somente, para permitir o licenciamento de veículos na falta de inequívoca e prévia ciência das penalidades. A ausência de notificação ou a notificação irregular não implicam em nulidade da multa, mas apenas afetam sua exigibilidade.**

**III - Sentença concessiva da segurança. Recurso parcialmente provido, para relegar às vias ordinárias a apreciação das nulidades e cobrança das multas, ficando mantida a r. sentença no que se refere ao licenciamento do veículo, sem condicionamento ao pagamento das multas”.**

## VOTO

1. Mandado de segurança impetrado por Gisele Martins Alvim em face do Diretor Geral do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo - DETRAN, objetivando o licenciamento de seu veículo sem o prévio pagamento das multas, com a conseqüente ordem de cancelamento das multas e exclusão de seu prontuário da pontuação advinda dessas sanções, pois há recurso administrativo

pendente e o veículo autuado não é o da impetrante. A r. sentença de fls. 90/95, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para conceder a segurança. Recorre a Fazenda vencida postulando inversão de êxito (fls. 113/117). Aduz que não houve comprovação de que as multas aplicadas foram decorrentes do uso do veículo clonado. Não houve contrarrazões. A douta Procuradoria de Justiça deixou de oferecer manifestação porque o interesse público não é primário e nem ligado às suas funções ministeriais. Vieram os autos conclusos para os devidos fins.

## 2. Procede parcialmente o reclamo.

Pretende a impetrante, com o presente “writ”, proceder ao regular licenciamento e, conseqüentemente, anular as multas a ela impostas, uma vez que não se trata do mesmo veículo que foi autuado, apesar de ambos terem a mesma placa (fls. 13/40).

De fato, a recusa pela autoridade de trânsito em efetuar o licenciamento do veículo da autora é ilegítima, ante a inexistência de disputa de sua propriedade e a comprovada aquisição do veículo com a boa-fé da autora. Não se justifica a imposição das multas ao veículo da autora, uma vez que se constatou, através da documentação juntada e das informações da autoridade coatora, que o veículo foi realmente clonado. Ela não pode ser responsabilizada por infração de trânsito cometida por terceiro que adultera placas externas para lhe imputar tais infrações. Há nos autos documentos que comprovam a regularidade do automóvel da autora, como o Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (fls. 13), de modo que a concessão da segurança para efetuar o licenciamento é de rigor.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte de Justiça, ao decidir que:

*“Multa - Mandado de segurança - Renovação de licenciamento de veículo - Sentença concessiva - Reexame necessário - A existência de veículo adulterado, com os mesmos dados de identificação, circulando no município onde ocorreram a maioria das infrações, impede a negativa de renovação do licenciamento do veículo original pela falta de pagamento das multas - Direito líquido e certo do proprietário de licenciar o veículo original, sem os entraves da duplicidade - Negado provimento ao recurso.”* (Apelação Cível nº 90.923.5/4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relatora: Teresa Ramos Marques - 27.10.99 - v.u.).

3. A existência de veículo “dublê” e até mesmo a notícia de furto não pode impedir o licenciamento, bem como não pode imputar à autora infrações de trânsito que ela não cometeu. Cabe à autoridade de trânsito tomar as medidas pertinentes para esclarecer a situação, realizando perícia, se necessário, para conferir o número dos chassis do veículo em questão, o que é incabível, via de regra, no rito do mandado de segurança.

4. Por outro lado, o mandado de segurança não admite dilação probatória, pelo seu procedimento célere de cognição sumária, o que impede a declaração

de nulidade das multas. Neste “writ”, somente é possibilitado à impetrante efetivar o licenciamento de seu veículo sem o prévio pagamento das multas, que poderão ser discutidas posteriormente em via própria.

Segurança restrita à possibilidade de licenciamento, remetidas as partes às vias próprias para discutir sua desconstituição ou anulação. Tem-se concedido a segurança, tão somente, para permitir o licenciamento de veículos na falta de inequívoca e prévia ciência das penalidades; não sendo admitida a dilação probatória em mandado de segurança, resta obstada, por conseguinte, a análise da regularidade da autuação.

A ausência de notificação ou a notificação irregular não implicam em nulidade da multa, mas apenas afetam sua exigibilidade.

**5. Com base em tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso, para relegar às vias ordinárias a apreciação das nulidades e cobrança das multas, ficando mantida a r. sentença no que se refere ao licenciamento do veículo, sem condicionamento ao pagamento das multas.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016825-15.2012.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A, é apelado PANY PARTICIPAÇÕES LTDA.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, para acolher a preliminar de nulidade de citação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11935)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), AROLDI VIOTTI E RICARDO DIP.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

## VOTO

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais, morais e lucros cessantes - Colisão de automóvel contra objeto (pedra) que se encontrava na pista de rolamento - Preliminar de nulidade de citação acolhida - Não obstante a carta citatória tenha sido endereçada à sede da empresa ré, verifica-se que o responsável pelo seu recebimento não figura no quadro de funcionários - Carimbo e identificação que**

**permitem concluir que o recebedor da carta de citação não era ou é funcionário da ré, e sim de outra empresa – Citação viciada - Relação jurídica processual que não se encontra integrada - Ausência de pressuposto processual de validade.**

**Recurso provido, para o fim de anular o processo a partir do ato citatório e, de consequente, determinar a reabertura de prazo para que a ré apresente defesa, com o prosseguimento do feito em seus trâmites legais.**

Trata-se de ação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente de trânsito com pedido de lucros cessantes ajuizada por Pany Participações Ltda. contra a Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A - Intervias, visando à condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais sofridos por seu veículo (R\$ 7.407,48) em decorrência de ter se chocado contra um objeto (*pedra*) na pista de rolamento enquanto trafegava pela Rodovia SP-055 - Cônego Domênico Rangoni, no dia 06/03/2012, por volta das 21:40 horas, próximo ao km 250; bem como ao pagamento de indenização pelos danos morais, a ser fixado prudentemente pelo juízo, e de lucros cessantes.

A r. sentença de fls. 55/60 julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 7.407,48, corrigidos monetariamente desde a data da elaboração do orçamento (19 de março de 2012) e com juros de mora de 1% ao mês, devidos desde a data do evento, nos termos da Súmula 54 do STJ, bem como ao pagamento dos lucros cessantes sofridos em decorrência da impossibilidade de utilizar o veículo sinistrado pelo período de 10 dias, a ser apurado em liquidação. Em razão da sucumbência de maior parcela da pretensão deduzida, condenou a ré ao pagamento de 2/3 das custas e despesas processuais da ação principal, bem como dos honorários advocatícios do patrono da autora, arbitrados em 7% do valor atualizado da condenação, considerando-se o trabalho realizado e já feita a devida compensação.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação a fls. 63/76. Alega, preliminarmente, nulidade de citação. No mérito, pugna pela reforma do julgado, aduzindo ausência de prova para a condenação e culpa exclusiva da vítima. Impugna o valor fixado a título de danos materiais e lucros cessantes o valor do orçamento juntado aos autos é de R\$ 6.226,00, não havendo nada nos autos que justifique o valor arbitrado, e a inexistência de prova dos lucros cessantes.

O recurso foi respondido a fls. 101/104.

É o relatório.

Deve ser acolhida a preliminar de nulidade de citação.

Dispõe o art. 214 do CPC que **“para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu”**.

No escólio de **José Roberto dos Santos Bedaque**, “a citação visa a levar ao conhecimento do réu a existência da pretensão deduzida pelo autor, a fim de que ele tome as providências adequadas ao exercício do direito de defesa. Trata-se, evidentemente, de formalidade essencial à validade do processo, pois dela depende o próprio contraditório. Não obstante a inegável importância desse ato, não se pode ignorar que o réu é o maior beneficiário dele. As exigências rigorosas quanto à forma da citação visam a atender aos interesses do sujeito passivo, assegurando-lhe a possibilidade de defender-se”<sup>1</sup>.

Com efeito, “sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual, não se constitui nem validamente se desenvolve” (STJ, 3ª Turma, REsp 12586-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 08/10/91); “Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso” (RSTJ 25/439).

Pois bem.

No caso em análise, não obstante o aviso de recebimento de fls. 50 apresente o mesmo endereço constante do instrumento de mandato de fls. 90, qual seja, a sede da ré, situada no km 28,5 da Rodovia dos Imigrantes, em São Bernardo do Campo, verifica-se que a pessoa que recebeu a carta de citação não pertence e não pertenceu ao quadro de funcionários da ré.

Importante salientar que a ré buscou em suas razões recursais, inclusive, fornecer todos os elementos que estavam ao seu alcance para a comprovação de que o responsável pelo recebimento da carta de citação, Adilson dos Santos, não é ou foi seu funcionário. Para tanto, coligiu aos autos a relação com os nomes de todos os funcionários que trabalham em sua sede (fls. 77/87). Inaplicável, pois, a teoria da aparência, vez que a carta de citação sequer foi recebida por funcionário da ré.

Ademais, atentou muito bem para o fato de que junto com a rubrica e o nome do recebedor da carta de citação (*Adilson dos Santos*), consta a sigla “VW”, acompanhada de uma numeração (*possível matrícula ou identificação do funcionário*), o que também corrobora a hipótese de que se trata de carimbo de outra empresa, ou seja, de que a carta de citação não atingiu o seu mister, que era cientificar a empresa ré acerca do ajuizamento da presente demanda, com vistas à integração da relação jurídica processual, em obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, ausente pressuposto processual de validade (*citação válida*) e constatado o prejuízo, o reconhecimento da nulidade do processo, a partir da citação, é medida que se impõe, com o consequente retorno dos autos à Primeira

1

Efetividade do Processo e Técnica Processual, 3ª ed., 2010, São Paulo, Malheiros, p. 477/478.

Instância, de modo que seja aberto o prazo legal para que a empresa ré apresente defesa, com o efetivo exercício do contraditório, e prosseguimento do feito em seus regulares e ulteriores trâmites.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para acolher a preliminar de nulidade de citação e, de conseguinte, anular o processo a partir do ato citatório, determinando, com isso, seja reaberto o prazo legal para que o réu apresente defesa, com o prosseguimento do feito em seus trâmites legais.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017341-12.2002.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIAÇÃO AEREA SAO PAULO VASP (MASSA FALIDA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 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 9481)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER E LEONEL COSTA.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

FRANCISCO BIANCO, Relator

**Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO - PRETENSÃO À REPETIÇÃO DE INDEBITO-ICMS RECOLHIDO POR EMPRESA AÉREA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1989 E 1994 – INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA RECONHECIDA PELO E. STF, POR MEIO DA ADIN nº 1.089-1/DF - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O ENCARGO NÃO FOI TRANSFERIDO - INADMISSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, impossibilidade de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. 2. Ratificação do diferimento para o recolhimento das custas e despesas processuais. 3. No mérito, ausência de comprovação de que a empresa assumiu, com exclusividade, o encargo tributário. 4. Além disso, a apelante também não apresentou autorização para pleitear em juízo a restituição em favor daquele que,**

**de fato, teria arcado com o recolhimento do tributo, nos termos do artigo 166 do CTN. 5. Precedentes desta E. Corte de Justiça.**

**6. Sentença de improcedência ratificada, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça.**

**7. Recurso de apelação desprovido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1980/1982 que julgou improcedente ação de rito ordinário tendente à repetição de indébito relacionado com o ICMS recolhido no período compreendido entre junho de 1989 e junho de 1994. Sucumbente, a parte apelante foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Os embargos de declaração opostos pela parte apelante foram rejeitados (fls. 1984/1992 e 2004).

Em sede recursal, a parte apelante sustentou, em síntese, o seguinte: a) preliminarmente, a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, em razão da falência decretada, processo nº 0070715-97.2005.8.26.0000, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca da Capital; b) no mérito, aduziu a ausência de repercussão do ICMS, nos termos do artigo 166 do CTN, uma vez que, naquela época, o Departamento de Aviação Civil - DAC detinha o controle total do valor das tarifas aéreas; c) inconstitucionalidade da cobrança de ICMS, instituída pelo Convênio ICMS nº 66 de 14/12/88, por meio da ADIN nº 1.089-1/DF, no período compreendido entre 6/89 e 6/94; d) o tributo indevidamente pago deve ser restituído, sob pena de enriquecimento indevido da parte apelada; e) a devolução é devida em razão da impossibilidade de repasse do ônus financeiro do tributo aos usuários, na medida em que qualquer alteração no valor das tarifas era definida, apenas, pelo DAC; f) as certidões do DAC (Departamento de Aviação Civil) e SNEA (Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias) acostadas aos autos, comprovam que o ICMS não estava incluído na composição dos custos da empresa apelante; g) tratando-se de produto tabelado, há presunção relativa de que o repasse não deve ser realizado, invertendo-se o ônus da prova; h) o prazo prescricional para pleitear a restituição do ICMS iniciou-se com o trânsito em julgado da mencionada ADIN, aplicando-se os artigos 165, I, 168, I, do CTN e 1º do Decreto Federal nº 20.910/32; i) incidência de juros de mora de 1% ao mês, nos termos dos artigos 161, § 1º e 167, *caput*, do CTN; j) redução da verba honorária de sucumbência (fls. 2105/2135).

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, foi recebido em ambos os efeitos e respondido (fls. 2197/2204).

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovemento do inconformismo oferecido pela parte apelante (fls. 2210/2212).

É o relatório.

O recurso de apelação não comporta provimento, porque o MM. Juízo de primeiro grau deu a melhor solução ao caso concreto.

Inicialmente, no tocante ao deferimento da gratuidade processual tem-se que, de acordo com o artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, o benefício poderá ser concedido às pessoas, físicas ou jurídicas, sem distinção.

Todavia, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o deferimento do benefício está condicionado à apresentação de documentos comprobatórios das condições econômicas da pessoa jurídica. Confira-se:

*“PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI.*

*1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo imprescindível, contudo, distinguir duas situações:*

*(i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso;*

*(ii) já no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo.*

*2. A parte recorrente enquadra-se na hipótese (i), sendo, pois, bastante o simples requerimento.*

*3. Recurso especial provido” (STJ, RESP n.º 1152669/SP, Segunda Turma, Ministro Mauro Campbell Marques, v.u.j 12.04.2011).*

E neste sentido, foi editada a recente Súmula n.º 481 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte enunciado: *“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.*

No caso em apreço, a parte apelante comprovou a atual situação econômica de modo a justificar, apenas e tão somente, o diferimento do recolhimento das custas e despesas processuais. Desta forma, caso vencido na lide, deverá providenciar o recolhimento devido ao final do processo, nos exatos termos da r. decisão proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau (fls. 2179/2180, destes autos e fls. 64, dos autos em apenso).

Isso porque, não havendo demonstração de impossibilidade definitiva para arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, impossível a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ratificando-se o diferimento do pagamento para o final do processo, se for o caso.

Superada a questão prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

Cuida-se de ação de rito ordinário objetivando a repetição de indébito relacionada com o ICMS recolhido no período compreendido entre junho de 1989 e junho de 1994, declarado inconstitucional pelo E. STF, por meio da ADIN nº 1.089-1/DF.

O MM. Juízo *a quo* houve por bem julgar improcedente a ação, sob o argumento de que a parte apelante, a quem caberia a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC, não comprovou a ausência de transferência do encargo financeiro aos usuários dos serviços prestados.

A r. sentença recorrida não merece qualquer reparo.

Conforme dispõe o art. 252 do atual 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*”.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça legitima tal posicionamento, conforme se extrai dos venerandos arestos a seguir transcritos:

“*PROCESSO CIVIL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 535 E 475, II, DO CPC - ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÃO DE DECIDIR - POSSIBILIDADE. 1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente. 2. Não incorre em omissão o acórdão que adota os fundamentos da sentença como razão de decidir. 3. Recurso especial improvido*”. (STJ-2ª T., REsp 592.092-AL, Reg. 2003/0164931-4, J. 26.10.2004, vu, Rel. Min. Eliana Calmon).

“*PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. É predominante a juris prudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive*

*transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso especial não provido.”* (REsp 662.272/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 27/09/2007, p. 248).

De qualquer forma, não prosperam os argumentos apresentados pela parte apelante.

Pois bem. O ICMS é imposto indireto, cujo ônus financeiro é transferido ao consumidor, contribuinte de fato, no caso, o usuário do serviço de transporte aéreo.

Ocorre que a parte apelante não demonstrou ter assumido, com exclusividade, o encargo tributário que, usualmente, é repassado ao consumidor final. Além disso, também não apresentou autorização para pleitear em juízo a restituição em favor daquele que, de fato, teria arcado com o recolhimento do tributo, nos termos do artigo 166 do CTN, que dispõe o seguinte:

*“Art. 166. A restituição de tributos que compoitem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”*

Ademais, o relatório elaborado pela Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e as Demonstrações Contábeis relacionadas com o período compreendido entre 1989 e 1994, comprovam que o recolhimento do ICMS estava, de fato, incluído no valor das respectivas tarifas aéreas, cujo pagamento foi efetuado pelos consumidores e usuários do serviço. (fls. 315/341).

Logo, está claro que a parte apelante não suportou o ônus financeiro do imposto, uma vez que transferiu o encargo econômico ao consumidor final, sendo, portanto, indevida a repetição do indébito tributário.

De outra parte, o laudo pericial, complementado pelos esclarecimentos posteriormente prestados pelo perito oficial, confirmou a ausência de comprovação do alegado pela parte apelante (fls. 1705/1727 e 1811/1837).

É o que já decidiu este E. Tribunal de Justiça. Confira-se:

*“APELAÇÃO - ação de repetição de indébito - cobrança de ICMS de empresas cuja atividade é o transporte aéreo - reconhecimento de sua inconstitucionalidade - compensação dos valores pagos indevidamente - falta de provas nos autos de que a apelante suportou o encargo tributário, sem transferi-lo ao consumidor final - desrespeito ao artigo 166, do CTN - Recurso improvido.”* (Apelação nº 608.024-5/0-00, 5ª Câmara de Direito Público, Relator o Desembargador Franco Cocuzza, j. em 08/03/07, v. u.) *“ICMS. Serviço de navegação aérea. Pagamento indevido. Restituição do imposto recolhido entre dezembro de 1992 a abril de 1995. Incorporação pela autora da empresa que realizava transporte de mercadoria, alegando que assumiu todo o encargo do tributo. Petição inicial bem*

*instruída. Cerceamento de defesa não configurado. Ausência de prejuízo à parte que o alega. Prescrição. Inaplicabilidade da Lei Complementar nº 118/2005 às ações anteriormente ajuizadas. Ação proposta no ano de 2002. Entendimento do E. superior Tribunal de Justiça pela aplicação da 'tese dos cinco anos mais cinco'. Prescrição somente do tributo recolhido em dezembro de 1992. Restituição indevida. Tributo indireto, cujo ônus financeiro é repassado a terceiro. Exigência de comprovação de ausência de repasse do encargo financeiro ao contribuinte de fato ou autorização expressa deste para receber a restituição. Ausência de prova nesse sentido. Autora que não se desincumbiu de provar o fato constitutivo de seu direito. Demanda improcedente. Recurso e reexame necessário providos.” (Apelação nº 446.751.5/8-00, 12ª Câmara de Direito Público, Relator o Desembargador Edson Ferreira, j. em 21/10/09, v. u.).*

*“ICMS. Repetição do indébito. ICMS incidente sobre o transporte aéreo de passageiros e transporte internacional de cargas. Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Decisão administrativa que indeferiu requerimento de repetição de indébito. Imposto indireto. Autora que não demonstrou ter sofrido o respectivo encargo, nem foi autorizada a pleitear a restituição por quem o sofreu. Artigo 166 do Código Tributário Nacional. Inadmissibilidade da repetição. Sentença que julgou improcedente o pedido. Recurso improvido.” (Apelação nº 9105561-79.2008.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Relator o Desembargador Antônio Carlos Villen, j. em 30/05/11, v. u.).*

*“Declaratória - Valores recolhidos a título de ICMS por companhias aéreas - Inconstitucionalidade declarada pelo STF - Reembolso pela via indireta do creditamento - Aplicação do art. 166 do CTN - Tributo indireto, cuja repercussão econômica é suportada pelo contribuinte de fato - Necessidade de comprovação da assunção do encargo ou de sua transferência ao consumidor - Afastada a preliminar, recurso improvido.” (Apelação nº 265.226-5/3-00, 11ª Câmara de Direito Público, Relator o Desembargador Francisco Vicente Rossi, j. em 24/04/06, v. u.).*

Finalmente, com relação aos honorários advocatícios, melhor sorte não tem a parte apelante.

A remuneração do advogado da parte apelada, em razão da sucumbência não merece redução, lembrando que, na hipótese dos autos, deve ser fixada com base no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, com observância dos parâmetros contidos nas respectivas alíneas.

Assim, tendo em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza, importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a execução, afigura-se razoável a fixação da verba honorária de sucumbência no valor original de 10% sobre o valor atribuído à

causa, remunerando com dignidade e moderação o causídico envolvido na lide, cujo papel na Administração da Justiça é essencial, nos termos da Carta Magna.

Portanto, de rigor a ratificação da r. sentença impugnada, em todos os seus termos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantida, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021848-58.2004.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes PAULO SERGIO PRATAVIEIRA, WILTON HIROTOSHI MOCHIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), JOÃO OTAVIO DAGNONE DE MELO, MARCIO JOSE ROSSIT e MARCOS ANTONIO PIERRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte aos recursos. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Fernando Passos e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.400)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA E BURZA NETO.

São Paulo, 3 de julho de 2013.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

**Ementa: VISTOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Procedimentos licitatórios dirigidos - Participação de empresa clonada, sem cadastro na Receita e registro na Jucesp - Utilização de CNPJ de outra empresa - Licitações e contratos administrativos viciados na origem e na formação - Quadro confuso entre empresas e sócios, que denota conluio e fraude para contratação com a administração pública - Tipificação no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 – Sentença de procedência confirmada - Recursos providos, em parte, para redução das penas impostas.**

### VOTO

## Relatório

Ação de improbidade administrativa aforada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra JOÃO OTÁVIO DAGNONE DE MELO, MARCOS ANTONIO PIERRI, MÁRCIO JOSÉ ROSSIT, WILTON HIROTOSHI MOCHIDA, JOÃO PAULO PRATAVIEIRA, ANTONIO CARLOS PRATAVIEIRA, STARLIGHT SERVIÇOS S/C LTDA., CLARENCE CAPPS, PAULO SERGIO PRATAVIEIRA, CARLOS ALBERTO TALARICO e MUNICIPALIDADE DE SÃO CARLOS.

Segundo a denúncia, no ano 2000 Dagnone de Melo era prefeito de São Carlos; Pierri e Rossit eram secretários de Obras e de Fazenda, respectivamente; Mochida, chefe da divisão de compras, esses três compunham comissão de licitação; foram realizadas duas licitações para locação de máquinas de terraplanagem e serviços de aterramento, critério de menor preço; na primeira, venceu Star Terraplanagem e Pavimentação Ltda., *empresa clonada* que utilizou CNPJ de outra desativada, não tinha cadastro na Receita nem registro na Jucesp; na segunda, venceu a Starlight, formada Clarence Capps e Paulo Sérgio Pratavieira; foi representada na abertura das propostas pelo réu João Paulo Pratavieira; nas duas licitações foram emitidos três convites, mas somente dois foram encaminhados; as nulidades dos atos administrativos e reclamam imposição das penas por improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92.

A r. sentença,<sup>1</sup> de relatório adotado, acolheu em parte os pedidos e decidiu conforme os tópicos adiante transcritos:

*“declarar a nulidade das licitações na modalidade de carta-convite referidas na inicial;*

*b) declarar a nulidade da contratação das empresas STARLIGHT SERVIÇOS S/C e STAR TERRAPLANAGEM E PAVIMENTAÇÃO LTDA., na forma da fundamentação;*

*c) deixo de condenar os rr. João Otávio Dagnone de Melo, Marcos Antonio Pierri, Márcio José Rossit, Wilton Hirotoshi Mochida, João Paulo Pratavieira e Antonio Carlos Pratavieira a ressarcirem, solidariamente, os danos materiais que causaram ao erário público municipal, no valor de R\$ 149.342,00, por entender que haveria enriquecimento sem causa uma vez demonstrado que a obra foi realizada;*

*d) deixo de condenar os rr. Clarence Capps, Paulo Sérgio Pratavieira e Starlight Serviços S/C Ltda. a ressarcirem, solidariamente, os danos que causaram ao erário público municipal, no valor de R\$ 64.420,00, por entender que haveria enriquecimento sem causa uma vez demonstrado que a obra foi realizada;*

*e) aplico aos rr. Referidos nos itens “c” e “d” acima, excluída a*

*Starlight, a pena de perda da função pública que estiverem eventualmente exercendo por ocasião do trânsito em julgado desta decisão (art. 12 da Lei nº 8.429/92) e na forma do citado dispositivo, decreto a suspensão dos direitos políticos dos rr. referidos pelo prazo de cinco anos;*

*f) condeno-os (indicados nas letras “c” e “d”) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócio majoritários, pelo prazo de cinco anos (art. 12 da Lei 8.429/92);*

*g) fica afastada a pretensão em face de Carlos Alberto Talarico, por entender que, na função exercida, limitou-se a fiscalizar a obra e, como visto, foi executada;*

*h) deixo de condenar os réus rr. mencionados nos itens “c” e “d” à indenização por danos morais na forma do pedido por entender que não caracterizou-se (sic) dano moral;*

*i) condeno os réus ao pagamento de multa civil do valor do dano, ou seja, multa de R\$ 149.342,00 aos indicados na letra “c”, entre os quais existe solidariedade, e R\$ 64.420,00, àqueles indicados na letra “d”, existindo, igualmente, solidariedade entre eles, observado que se trata de valor equivalente a uma vez o do contrato e, ainda, que a quantia de R\$ 64.420,00 está contida naquela antes referida (R\$ 149.342,00);*

*j) julgo procedente a ação cautelar de indisponibilidade até porque, agora, tanto se faz em atendimento ao princípio constitucional de que os atos de improbidade administrativa importarão no ressarcimento ao erário. Aqui o periculum in mora é presumido, pois a dimensão do fundado receio de lesão se dá pela própria lei de improbidade e ante o juízo da probabilidade da existência de lesão patrimonial à Administração Pública, observando que a indisponibilidade não atinge bens de Carlos Alberto Talarico”.*

Recorrem: a) Paulo Sérgio Pratavieira; <sup>2</sup> b) Wilton Hirotoshi Mochida; <sup>3</sup> c) João Otávio Dagnone de Melo; <sup>4</sup> d) Márcio José Rossit e Marcos A. Pierre; <sup>5</sup> recursos recebidos e respondidos pelo Ministério Público. <sup>6</sup>

A digna Procuradoria de Justiça opina por que sejam desprovidos os recursos interpostos. <sup>7</sup>

Fundamentação

Questões preliminares arguidas nos recursos: confirma-se a sentença por

2 Fls. 654/656;

3 Fls. 661/690;

4 Fls. 710/742.

5 Fls. 745/763.

6 Fls. 767/783, 785.

7 Fls. 793/810.

seus próprios fundamentos; <sup>8</sup> desnecessário transcrever centenas e centenas de acórdãos deste Tribunal de Justiça e dos superiores (STJ e STF), matéria batida e amplamente debatida que se orienta no mesmo teor da sentença.

Ademais, julgamento *extra e citra petita* <sup>9</sup> não houve, a parte dá o fato, o juiz aplica o direito, diz o brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*; e a questão de inclusão do Município de São Carlos no polo ativo só interessa a ele, não diz respeito nem traz prejuízo aos apelantes. <sup>10</sup>

Na ação penal nº 755/04, que tramitou pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São Carlos, os réus Márcio J. Rossit, Marcos A. Pierri, Wilton H. Mochida, João P. Pratavieira e Antonio C. Pratavieira foram condenados como incurso nas sanções do art. 90 da Lei 8.666/93, à pena de dois anos de detenção e dez dias-multa; os Pratavieira a mais um ano de reclusão e dez dias-multa por infração ao art. 304, c.c. 298, ambos do Código Penal; as penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direitos, uma de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de dois anos, outra de prestação pecuniária de dois salários mínimos para entidade assistencial.

A sentença criminal, de 09/04/07, da lavra do MM. Juiz João Baptista Galhardo Junior, <sup>11</sup> absolveu o réu Carlos A. Talarico com fundamento no art. 386, inc. VI, do CPP; não alcançou os réus João O. Dagnone de Melo, Clarence Capps e Paulo S. Pratavieira, que não foram denunciados.

Em segundo grau, por v. acórdão de 12/02/08, a C. 15ª Câmara Criminal, Rel. Des. Aloisio de Toledo César, <sup>12</sup> foi declarada extinta a punibilidade por reconhecimento de prescrição retroativa (Código Penal, art. 107, IV); logo, não subsiste a condenação imposta pela r. sentença acima referida.

Registro, de início, que CARLOS ALBERTO TALARICO foi absolvido da imputação, sem recurso do autor da ação; e o MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS requereu sua admissão no polo ativo da ação. <sup>13</sup>

Examino os fatos e as conclusões da r. sentença em face dos recursos interpostos.

Houve um primeiro certame (Convite nº 1.13/2000), <sup>14</sup> vencedora a concorrente Star Terraplanagem e Pavimentação Ltda., CNPJ nº 59.233.080/0001-78, representada pelo réu João Paulo Pratavieira. <sup>15</sup>

Todavia, essa empresa (dos réus João Paulo e Antonio Carlos Pratavieira)

8 RITJSP, “Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.”

9 Fl. 723.

10 Fl. 724.

11 Cópia, fls. 243/249.

12 Cf. pesquisa no sítio do TJSP na web.

13 Fls. 82/84, 97.

14 Inquérito Civil (IC), fls. 21/51.

15 Idem, fls. 44/45.

não existia, não tinha cadastro na Secretaria da Fazenda nem registro na JUCESP; <sup>16</sup> foi *clonado* o número de inscrição de outra empresa, a JM Ind. e Com. de Equipamentos Automotivos Ltda., de Indaiatuba. <sup>17</sup>

Participaram dessa licitação três empresas, a Star Terraplanagem, Irmãos Deriggi Ltda. e Copam São Carlos Melhoramentos S/C Ltda.; embora conste que se apresentou, a Copam não assinou a ata de abertura das propostas, <sup>18</sup> seu nome foi lançado como que para conferir aparência de legalidade ao ato administrativo.

Tudo isso confirma a capciosa participação da [montada] *Star Terraplanagem* no certame público (Convite nº 1.13/2000), fato comprovado que compromete os respectivos sócios, os irmãos João Paulo e Carlos Alberto Pratavieira, além de Clarence Capps e Paulo Sérgio Pratavieira, sócios da Starlight.

Há outro *certame* (Convite nº 1.56/2000), <sup>19</sup> do qual participaram Irmãos Deriggi Ltda., OM Melhoramentos e Comércio Ltda. e Starlight Serviços S/C Ltda., CNPJ 66.999.673/0001-05, *vencedora*, sociedade formada pelos réus Clarence Capps e Paulo Sérgio Pratavieira. <sup>20</sup>

A proposta da Starlight contém assinatura ilegível associada ao RG 15.972.090, <sup>21</sup> provavelmente de Antonio Carlos Pratavieira, que tem o RG 14.972.090. <sup>22</sup> Será mera coincidência?

E consta o nome de João Paulo Pratavieira, da *Star Terraplanagem* (primeira *concorrência*), como representante da *Starlight* na abertura das propostas e assinatura do contrato junto com o prefeito João Otávio Dagnone de Melo. <sup>23</sup>

O que se colhe desse confuso conjunto de informações é verdadeiro imbróglio entre pessoas físicas e jurídicas, que intui no sentido de cooperação mútua para *vencer licitações*.

Leia-se o depoimento de João Paulo Pratavieira: “(...) *A firma de Clarence ganhava e todos trabalhavam juntos (...). Pode ser que tenha representado a Star em algum momento. Não sabe dizer se era sócio da Star*”. <sup>24</sup>

Também o de Antonio Carlos Pratavieira: “(...) *A empresa Star Light é de*

---

16 Idem, fls. 178, 186.

17 Idem, fl. 18.

18 Idem, fl. 44.

19 Idem, fls. 498/533.

20 Idem, fls. 626/628.

21 Idem, fl. 519.

22 Autos principais (AP), qualificação em audiência, fl. 408.

23 IC, fls. 524, 527/531.

24 AP, fl. 407.

*Clarence Capps. A Star Terraplanagem foi uma empresa que Paulo Edmundo Duarte arrumou para concorrer. A Star Terraplanagem só concorreu. A Star Light apresentou o menor preço e o depoente realizou o serviço em nome dela (...)*.<sup>1</sup>

E o de Clarence Capps: “(...) Não tinha empregados registrados e os operadores das máquinas eram de empresa terceirizada, e em relação a Antonio Carlos nada pode dizer (...)”.<sup>2</sup>

Sem dúvida, houve conluio entre os Pratavieira e Clarence Capps para firmar contratos administrativos com o poder público sancarlense mediante licitações a eles direcionadas.

Não há como negar conhecimento e coparticipação ativa dos membros da comissão de licitação, os servidores Rossit, Perri e Mochida, bem assim do prefeito Dagnone de Melo, ordenador de despesas que se descurou do cumprimento de seu dever na adjudicação dos contratos viciados na própria base. Pagamentos foram feitos sem comprovação de cumprimento de obrigações fiscais e sociais. Não há de escudar-se o prefeito no tamanho de sua cidade para justificar desvios grosseiros cometidos com sua expressa autorização; cerque-se de pessoas confiáveis e competentes.

De que, e para que, serve uma comissão de licitação, senão para fazer cumprir a lei de ponta a ponta? Quem não conhece a matéria, estuda e aprende ou pede para sair. Numa empresa privada, a prática imputada aos réus decerto seria mais que motivo suficiente para demissão sumária por justa causa.

É certo que uma irregularidade aqui, outra ali, uma simples formalidade que não fira a essência, que não ofenda o cerne do ato administrativo, não constitui, por si só, ato de improbidade. Mas os autos não tratam de meras irregularidades, tratam de conluio, de direcionamento de duas concorrências a pessoas certas.

Não pode haver dúvida de que promover procedimentos licitatórios direcionados e com licitantes fictícios é comportamento que atenta contra os princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente os da moralidade e da legalidade.

Se havia serviço a fazer e as obras de terraplanagem da estrada vicinal erodida foram realizadas, fato que a sentença reconhece expressamente, tanto melhor, mas não afasta os vícios de origem das contratações.

Pelo fato de os serviços terem sido prestados o MM. Juiz absolveu Talarico e não condenou os réus em ressarcimento ao erário para não promover enriquecimento sem causa. Também por isso as penas aplicadas aos condenados serão mitigadas; não me parece razoável impor perda de cargo que estejam desempenhando por ocasião do trânsito em julgado, nem pena de multa, por

1 Idem, fl. 408.

2 Idem, fl. 468.

reconhecida inexistência de dano ao erário.

Destarte, os recursos comportam parcial acolhimento ao fim de, classificando a conduta atribuída aos réus na figura do art. 10, inc. VIII, da Lei 8.429/92, reduzir as penas dos apelantes, da seguinte forma:

- a) condenar JOÃO OTÁVIO DAGNONE DE MELO, MARCOS ANTONIO PIERRI, MÁRCIO JOSÉ ROSSIT, WILTON HIROTOSHI MOCHIDA, JOÃO PAULO PRATAVIEIRA, ANTONIO CARLOS PRATAVIEIRA, CLARENCE CAPPS e PAULO SERGIO PRATAVIEIRA, na suspensão dos direitos políticos por cinco (5) anos; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco (5) anos;
  - b) condenar STARLIGHT SERVIÇOS S/C LTDA., à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco (5) anos;
- É como voto.

### **Dispositivo**

RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS, EM PARTE.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025361-74.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DIEGO ADRIANO PROCOPIO, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso, contra o voto do 2º juiz, que negava.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16386)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO DELBIANCO (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI E VERA ANGRISANI.

São Paulo, 2 de julho de 2013.

EDSON FERREIRA, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Ato jurisdicional. Citação por via postal em processo de ação de alimentos entregue a um terceiro por erro quanto ao número da residência. Julgada procedente,**

*à revelia do réu, que não contestou, a decisão transitou em julgado. O réu foi citado, pessoalmente, para pagamento do débito, com anotação da irregularidade da numeração, e teve a sua prisão decretada porque não o fez nem justificou. Foi preso e solto no dia seguinte, com a remissão da dívida pelos exequentes e consequentes extinção da execução e expedição de alvará de soltura. Alegou, depois, a nulidade da citação no processo de conhecimento, acolhida em grau de recurso, com consequente extinção do processo, o que implicou na invalidade de todos os atos subsequentes à citação, inclusive do que decretou a prisão civil do devedor. Cabível a responsabilização do Estado pela falha que permitiu prosseguir o feito, até a prisão do devedor, apesar da carta de citação ter sido entregue a um terceiro, como documentado nos autos, com olvido de que a validade da citação exigia a sua entrega diretamente ao citando, segundo o disposto no artigo 233, parágrafo único, do CPC. Assim, a título de dano moral, pela prisão civil decorrente de ato judicial inválido, o Estado pagará indenização no valor de treze mil, quinhentos e sessenta reais, equivalente a vinte salários mínimos, com correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora desde a data do fato danoso, segundo a redação que a Lei 11960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9494/1997, não adotada a orientação fixada pelo Plenário do STF, em 14-03-2012, no julgamento da ADI 4357, porque o acórdão ainda não foi publicado e pela possibilidade de modulação dos efeitos, segundo o artigo 27 da Lei 9868/1999. Porque o autor não comprovou que estivesse trabalhando e que tivesse sofrido desconto no salário por dois dias de ausência ao trabalho, em decorrência da prisão, não se acolhe o pedido de indenização a esse título. E porque decaiu de parte mínima dos pedidos, todas as despesas do processo a cargo exclusivo da ré, com honorários advocatícios fixados, por equidade, em dez por cento do valor da condenação. Recurso parcialmente provido.*

## VOTO

A sentença, proferida pela eminente juíza, Doutora Simone Viegas de

Moraes Leme, julgou improcedente demanda de indenização por danos materiais e morais, em razão de prisão civil indevida do autor, por falta de pagamento de alimentos, tendo fixado honorários advocatícios em quinhentos reais, suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 12 da Lei nº 1060/1950, em razão do benefício da gratuidade.

Apela o autor pela inversão do resultado. O recurso foi respondido.

É o relatório.

Em processo de ação de alimentos, o autor informou endereço incorreto do réu, com o número da residência como sendo “615”, em vez do correto, “612-B”. Em decorrência do engano, a citação, por via postal, foi recebida por um terceiro, que não a transmitiu ao réu (fls. 18), por cujo motivo deixou de se defender.

Sem detectar a irregularidade, o feito prosseguiu, a citação foi considerada regular e a demanda foi julgada procedente, condenado o réu a pagar ao autor, a título de alimentos, trinta por cento dos seus rendimentos líquidos, enquanto estiver trabalhando em emprego fixo ou com registro, ou um terço do salário mínimo enquanto estiver desempregado (fls. 19, 20), decisão que transitou em julgado em 28-04-2009 (fls. 28).

Posteriormente, quando da citação do réu na execução, feita pessoalmente, o oficial de justiça certificou a irregularidade da numeração (fls. 37):

*“(...) contudo, não encontrei o número 615-B. 2) No número 612-B/615, onde constatei haver uma viela, na entrada um garoto disse residir Diego subindo as escadas na 2ª (segunda) casa do lado direito, todavia ele havia acabado de sair. 3) Em 28-03-10 retornei ao local onde encontrei o requerido (...)”*

Citado para pagamento, não o fez e por isso foi decretada a sua prisão (fls. 43).

Preso em 15-07-2010, houve a remissão da dívida pelos exequentes, o que determinou a extinção da execução, com expedição de alvará de soltura, em 16-07-2010, de modo que o autor permaneceu preso de um dia para o outro (fls. 46/48).

Depois alegou a nulidade da citação no processo de conhecimento, o que foi acolhido, em segundo grau, pela Sétima Câmara de Direito Privado (fls. 101/105):

*Da análise dos artigos 215 e 223, parágrafo único, do CPC, se depreende o caráter personalíssimo do ato citatório da pessoa natural, pois a carta deve ser entregue pessoalmente ao citando que assinará pessoalmente o aviso de recebimento. E não há convalidação do ato citatório pelo mero fato de ter sido realizado, por aviso postal, em endereço correto do réu, mas na pessoa de terceiro, sem comprovação de poderes de representação. (...) Assim, recebida a carta de citação por pessoa diversa do réu, como se vê do “AR” acostado a fls. 21, não teve o agravante ciência inequívoca*

*da demanda contra ele ajuizada, sendo, de rigor, o reconhecimento do vício de citação, que torna inexistente o próprio processo em que se funda a pretensão de alimentos, porque não preenchido pressuposto processual de sua existência. Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para extinguir o processo diante da nulidade da citação.*

O processo, então, foi arquivado (fls. 107).

Da nulidade da citação no processo de conhecimento, decorre a invalidade de todos os atos subsequentes, inclusive do que decretou a prisão do autor, sendo cabível responsabilizar o Estado pelo erro, de dar prosseguimento ao feito e julgar à revelia do réu, apesar da carta de citação ter sido entregue a um terceiro, como foi documentado nos autos, com olvido de que era condição de validade do ato a sua entrega ao citando, segundo o disposto no artigo 223, parágrafo único, do CPC:

*Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência ou de administração.*

Portanto, a título de dano moral, pela prisão decorrente de ato judicial inválido, o Estado pagará ao autor indenização, ora fixada, por equidade, em treze mil, quinhentos e sessenta reais, equivalente a vinte salários mínimos, que se tem como compatível com a gravidade do abalo moral pela permanência na prisão de uma dia para o outro, com correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora a partir do fato danoso, segundo o disposto no artigo 398 do Código Civil e Súmula 54 do STJ, conforme a redação que a Lei 11960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9494/1997, não adotada a orientação fixada pelo Plenário do STF, em 14-03-2012, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357, porque o acórdão ainda não foi publicado e pela possibilidade de modulação dos efeitos, segundo o artigo 27 da Lei 9868/1999.

Em termos de danos materiais, o autor não comprovou que estivesse trabalhando e que tenha sofrido desconto no salário por dois dias de ausência ao trabalho, motivada pela sua prisão, não se acolhendo por isso o pedido que formulou a esse título.

Porque o autor decaiu de parte mínima dos pedidos, todas as despesas do processo por conta do Estado, sendo fixados honorários advocatícios, por equidade, em dez por cento do valor da condenação, o que atende à regra do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, além de remunerar o trabalho profissional de forma compatível com a expressão econômica da demanda.

Na forma do exposto, **DÁ-SE** parcial provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026251-47.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MILTON NEVES FILHO, são apelados CONRADO BRONZATI GIACOMINI, EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO S/A - EMTU/SP e JOSÉ LUIZ PORTELLA PEREIRA.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, com determinação. V. U. Sentença anulada com determinação.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.495)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 23 de julho de 2013.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO POPULAR - PRETENSÃO À ANULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE UM DOS CORRÉUS, BEM COMO DE TODOS OS EFEITOS DELA DECORRENTES - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - DECISÃO QUE, EM UM DE SEUS TÓPICOS, FUNDOU A IMPROCEDÊNCIA EM NÃO TER O AUTOR SE DESINCUMBIDO DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO, APESAR DE JULGAR ANTECIPADAMENTE A LIDE - PRODUÇÃO DE PROVA EXPRESSAMENTE REQUERIDA NA INICIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - PRELIMINAR ACOLHIDA - SENTENÇA ANULADA, COM DETERMINAÇÃO.**

## VOTO

Trata-se de ação popular proposta por MILTON NEVES FILHO, contra a EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS EMTU, JOSÉ LUIZ PORTELLA PEREIRA e CONRADO GIACOMINI, objetivando a procedência da ação para determinar definitivamente a nulidade de contratação do réu Conrado Giacomini, e todos os efeitos dela decorrentes, evitando, assim, grave lesão ao patrimônio público, corrigindo-se a ilegalidade do ato. Pleiteia, a cópia dos processos administrativos números 0114/09 e 0144/09, além da condenação dos réus ao pagamento das custas, despesas processuais e ônus da sucumbência.

A r. sentença, de relatório adotado, julgou improcedente o pedido e extinto o processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixou em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 438/446).

Opostos embargos de declaração (fls. 452/455), restaram rejeitados (fl. 456).

Apelou o vencido, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, bem como por cerceamento de defesa. No mérito, sustenta, em síntese, a ilegalidade do ato de contratação do corréu Conrado Giacomini para prestar serviços diversos daqueles para os quais foi contratado, caracterizando lesão à moralidade administrativa. Aponta, outrossim, desvio de finalidade do ato de contratação (fls. 459/475).

Processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 481/509, do corréu Conrado Bronzati Giacomini; fls. 511/530, da EMTU; e fls. 532/541, de José Luiz Portella Pereira).

Parecer, da douta Procuradoria de Justiça, pela anulação da sentença, por cerceamento na produção de provas e, sucessivamente, pelo desprovidimento do recurso (fls. 545/551).

É o relatório.

Inafastável a tipificação de cerceamento de defesa.

Ajuizada a ação popular a inicial postulou, expressamente, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como juntada de documentos, expedição de ofícios, prova oral, consistente no depoimento pessoal dos demandados, oitiva de testemunhas, já arrolando expressamente José Carlos Amaral Kfoury, bem como quaisquer outros meios de prova necessários (fl. 17). Os réus contestaram (fls. 88/100 EMTU; fls. 181/194 - José Luiz Portella Pereira; fls. 375/390- Conrado Bronzati Giacomini). O autor apresentou réplica (fls. 398/403; 404/408 e 410/414). O ilustre representante do Ministério Público, postulando o afastamento das preliminares, requereu fossem as partes intimadas a especificar as provas que pretendiam produzir, justificadamente, salientando que tanto o autor, quanto os corréus requereram as oitivas de testemunhas. Ao final, requereu o saneamento da ação e início da instrução (fls. 416/423). À fl. 426 foi determinada a especificação de provas (fl. 426). O autor postulou pela tomada dos depoimentos pessoais dos réus e daqueles que de forma direta participaram do processo seletivo de contratação do corréu Conrado Giacomini, bem como da produção de prova documental, principalmente através da exibição de toda a documentação necessária que conste dos arquivos da EMTU. A corré EMTU postulou pela oitiva de testemunhas (fls. 433/434). José Luiz Portella Pereira pugnou pelo depoimento pessoal do autor, pela oitiva de testemunhas e

pela produção de prova documental (fls. 436/437). Foi prolatada sentença, que com fundamento no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, julgou improcedente a ação (fls. 438/447).

No entanto, em sua fundamentação a sentença consignou:

*“Com efeito, não há qualquer outra prova nos autos que corrobore tal assertiva, a não ser as correspondências eletrônicas trocadas entre o autor da denúncia, Sr. Castiglieri e o autor popular. (...). Cobia, pois, ao autor popular, apresentar ao menos algum indício de que o corréu José Luiz Portella Pereira tivesse, de alguma forma, concorrido para a aludida contratação, o que não ocorreu, pois como já exposto, as denúncias feitas pelo Sr. Castiglieri não foram corroboradas por qualquer início de prova, e ademais, não são dignas de crédito, pelos motivos já expostos. (...). Enfim, não há um único indício sustentável de ilegalidade na contratação examinada, razão pela qual a dilação probatória mostra-se absolutamente dispensável, notadamente porque as partes arrolaram as mesmas pessoas que já foram ouvidas no processo administrativo, à exceção do próprio denunciante, o Sr. Castiglieri, com relação ao qual, diga-se, a oitiva se revela inócua, pela total ausência de credibilidade. (...). Com efeito, o autor popular ajuizou a presente ação mesmo sabedor da retração feita pelo Sr. Castiglieri (fl. 39), e sem apresentar uma única prova dos fatos articulados na inicial. Se efetivamente não teve acesso ao procedimento administrativo da Corregedoria Geral da Administração, como afirma, deveria ter se utilizado da medida judicial cabível para tal finalidade”* (fls. 438/447).

Tal constatação se mostra suficiente à caracterização de cerceamento de defesa, pois o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, pressupõe:

*“Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:*

*I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.*

Ora, postulada a produção de prova na inicial e especificadas no momento oportuno, inviável julgar antecipadamente a lide, para concluir que o autor, não tenha se desincumbido de seu ônus probatório.

Anote-se, no mais, que a retração por parte daquele que levou o conhecimento dos fatos ao autor popular, em nenhum momento reconhece ter inventado a história, aliás insiste em tê-la ouvido do próprio corréu Conrado Bronzati Giacomini, inclusive na presença de outras pessoas.

Nesse passo, inviável seria a prolação da sentença, com base no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Theotonio Negrão anota:

*“Se o juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia tal decisão ser invertida em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. Cabia, sim, cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes” (RTJ 119/1.235). No mesmo sentido: RSTJ 27/499, RT 845/292.*

*Com maior razão, ‘não é lícito ao juiz, após indeferir a produção de provas por uma das partes, decidir contra ela, sob o argumento de que suas alegações não foram comprovadas’ (STJ-3ª T., AI 679.462-AgRg, Min. Gomes de Barros, j. 9.8.07, DJU 27.8.07). Em outras palavras: ‘Cerceamento de defesa. Ocorrência. Impossibilidade de se impedir a produção da prova e julgar a lide improcedente com base justamente na falta dessa mesma prova’ (JTJ 304/257)” (in Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 476/477).*

De rigor, pois, a anulação da sentença, com a determinação de remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para que o feito tenha regular sequência, franqueando-se às partes a produção das provas requeridas.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0051702-42.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.420)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e AROLDI VIOTTI.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

LUIS GANZERLA, Relator

**Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Permissão para fechamento de ruas residenciais sem saída - Pretensão de inconstitucionalidade da lei e irregularidade do decreto regulador e suspensão dos decretos de permissão de fechamento das ruas e**

**vilas sem saída - Rejeição das preliminares arguidas - Sentença de procedência - Recursos providos - Nos termos do art. 30, I e VIII, da Constituição Federal, cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local bem como promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.**

## VOTO

O recorrente, **Ministério Público**, propôs ação civil pública dirigida à **Prefeitura Municipal de Sorocaba** com o intuito de obter a revogação de todos os decretos de permissão de fechamento de vias públicas por moradores e retirada de obstáculos à livre circulação de pessoas e veículos. Afirma a ilegalidade no fechamento das vias públicas, com prejuízo ao direito de ir e vir dos cidadãos, bem como a ausência de interesse público, pois beneficia uma parcela ínfima e privilegiada da população.

Pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.144/2000, a ilegalidade do Decreto Municipal nº 13.023/2001 e a determinação de abstenção da municipalidade-ré de expedir novos decretos de permissões de uso de ruas por moradores, com fechamento de vias e obstáculos à livre circulação de pessoas e veículos, com cominação de multa diária pelo descumprimento da medida coercitiva (fls. 02/17).

Sobreveio r. sentença de procedência da demanda para:

- declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.144/2000 e a ilegalidade do Decreto Municipal nº 13.023/2011;
- determinar a revogação de todos os decretos de permissão de uso exclusivo de vias públicas, apontados na inicial;
- determinar a abstenção da municipalidade-ré de expedir novos decretos impeditivos da livre circulação de pessoas e veículos nas vias públicas;
- retirar todos os obstáculos à livre circulação de pessoas e veículos em relação às áreas objeto da inicial, pena de multa diária de R\$5.000,00, até o limite de R\$1.000.000,00, corrigidos;
- condenação da municipalidade-ré no pagamento das despesas processuais (fls. 323/331, 430/430vr. e 438).

Recorrem, **Luiz Jorge de Moura Cuchiara e outros**, terceiros interessados, na busca de inverter o decidido, com preliminares de interesse de agir; litispendência em razão de outra ação idêntica proposta pelo Ministério Público; nulidade ante falta de integração da lide de todos os interessados em litisconsórcio passivo necessário; não cabimento de ação civil pública para a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. No mérito, afirma a

competência municipal para legislar assuntos de interesse local (fls. 350/381).

Também recorre a municipalidade-ré, com preliminar de prevenção da C. 4ª Câmara de Direito Público, em razão da conexão entre as ações; no mérito reitera suas ponderações apresentadas em contestação (fls. 440/450).

Contrariados os recursos, a Doutra Procuradoria opinou pelo não provimento dos apelos (fls. 454/468 e 476/482).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Afastam-se as preliminares arguidas.

Determinam os arts. 104 e 105, do Cód. de Processo Civil:

**Art. 104 - Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.**

**Art. 105 - Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.**

Extrai-se pela leitura dos dispositivos, o escopo da lei é evitar a possibilidade de decisões contraditórias.

Consigne-se, o objeto desta ação civil pública é mais amplo, pois pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6.144/2000, a ilegalidade do Decreto regulador, bem como a revogação de todos os Decretos de permissão de uso de vias públicas por moradores (fls. 2/17).

Ademais, a apelação interposta pelo Ministério Público de nº 9221615-65.2007.8.26.000, distribuída ao **DES. RUI STOCO**, integrante da C. 4ª Câmara de Direito Público, foi julgada em 11.07.2011 e não provida, considerado legal o Decreto Municipal nº 13.962/2003, ou seja, o ato permissionário de fechamento da Rua Geraldo Soares Leitão, Sorocaba, SP (fls. 47/51). Atualmente, está em fase de processamento de recursos aos Tribunais Superiores e, assim, não há se argumentar com conexão ou continência, em relação ao recurso já julgado pela C. 4ª Câmara de Direito Público (v. fls. autos).

Inviável, portanto, a litispendência, pois o objeto destes autos é, repita-se, mais amplo e as ruas atingidas pelos decretos reguladores são distintas.

Nesse sentido, a Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça:

*“A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”*

Em igual sentido, o v. aresto desta Corte na ap. nº 994.03.0726204-1, Laranjal Paulista, j. 26.07.2010, rel. **DES. OLIVEIRA SANTOS**, com a seguinte ementa:

*COMPETÊNCIA RECURSAL. Inexistência de conexão, ou de prevenção, com processo julgado extinto, antes do ajuizamento da presente demanda. Recurso não conhecido, representando-se ao Exmo. Sr. Des. Presidente*

*da Seção de Direito Público.*

Os recorrentes interpuseram apelo como terceiros interessados, em conformidade com o art. 499 do Cód. de Proc. Civil.

E têm legitimidade para recorrer, como assistentes da municipalidade-ré, pois eventualmente prejudicados pela suspensão das permissões de fechamento das ruas onde residem.

Entretanto, insubsistente a alegada nulidade pela ausência de citação dos litisconsortes necessários.

Consigne-se, há necessidade da observância da citação dos litisconsortes necessários para a eficácia da sentença, nos casos de exigência legal ou pela natureza da relação entre as partes, o que não é o caso dos autos.

A demanda visa à revogação dos decretos de permissão de fechamento de vias públicas expedido pela municipalidade-ré, assim atingida a esfera jurídica da população sorocabana e não somente dos moradores das ruas atingidas pelo fechamento.

Inexiste, portanto, motivo para a formação de litisconsórcio passivo.

No tocante à preliminar de impossibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública, reconhece-se a legitimidade ativa do Ministério Público em defesa dos interesses difusos e coletivos, como o direito à livre locomoção e a inconstitucionalidade das normas municipais.

O Ministério Público, nos termos do art. 127, da Constituição Federal, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis.

Saliente-se, o intuito da demanda é, repisa-se, a revogação das permissões de fechamento das vias públicas e, *incidenter tantum*, a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal e ilegalidade de decreto regulador.

Esse o entendimento do STF, conforme o RE 372571 AgR, relator **MIN. AYRES BRITTO**, Segunda Turma, j. 27.03.2012, com a seguinte ementa:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO CALÇADO EM PREMISSA AFASTADA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA.*

*1. A adoção explícita, pela instância julgante de origem, de tese afastada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia o debate da matéria constitucional deduzida no extraordinário.*

*2. É pacífico nesta Casa de Justiça a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade como pedido incidental em ação civil pública. Precedentes: AI 557.291-AgR, da minha relatoria; e RE 645.508-AgR, da*

*relatoria da ministra Cármen Lúcia.*

*3. Agravo regimental desprovido.*

Dispõe o art. 30, I e VIII, da Constituição Federal:

**Art. 30. Compete aos Municípios:**

**I - legislar sobre assuntos de interesse local;**

**VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;**

O dispositivo constitucional abriga permissão concedida aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e promover a ocupação do solo urbano.

E, de acordo com a competência outorgada, de forma a regular o fechamento de vias, foi promulgada pelo Município de Sorocaba a Lei nº 6.144, de 02 de maio de 2000, que autorizou o fechamento das vilas e ruas sem saída residenciais ao tráfego de veículos estranhos aos seus moradores, nos seguintes termos:

**“Art. 1º Fica autorizado o fechamento ao tráfego de veículos estranhos aos moradores, das vilas e ruas sem saída residenciais ficando limitado o tráfego local de veículos apenas por seus moradores e/ou visitantes.**

**Art. 2º O fechamento de que trata o artigo anterior só terá efeito se aprovado por 70 % (setenta por cento) dos proprietários dos imóveis do local.**

**Art. 3º Estas vilas e ruas sem saída deverão necessariamente ser apenas de uso residencial, não ter mais de 10 (dez) metros de largura de leito carroçável, e não podem, em hipótese alguma, servir de passagem a qualquer outro local que não sejam as casas destas.**

**Art. 4º Este fechamento ao tráfego de veículos estranhos aos moradores poderá ser feito através de portão, cancela, correntes ou similares, desde que não se impeça o acesso de pedestres.**

**Art. 5º As despesas com a execução da presente lei, correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.**

**Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”**

E, o Decreto nº 13.023, de 19.03.2001, regulamenta as permissões de uso de áreas públicas:

**Art. 3º - As permissões de uso serão concedidas para as seguintes finalidades:**

**III. fechamento de pista de ruas sem saída ou com tráfego restrito, através de correntes ou cancelas com construção de guaritas, visando a segurança da comunidade, mantendo o passeio público livre, sem prejuízo ao trânsito de pedestres, com manifestação prévia da URBES - Trânsito e Transportes;**

No entanto, noticia o *site* da Câmara Municipal de Sorocaba a revogação da Lei nº 6.144/2000 pela Lei Municipal nº 10.477, de 17 de junho de 2013:

**“Art. 1º Fica revogada a Lei nº 6.144, de 02 de maio de 2000.**

**Art. 2º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.**

**Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”**

A rigor, com a revogação expressa da Lei Municipal nº 6.144/2000, pela Lei Municipal nº 10.177/2013, restou prejudicado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do diploma legal anterior.

Mesmo, por hipótese, se em vigor a lei mencionada, não há se falar, assim, em incompetência do município para legislar sobre a ocupação do solo, pois apenas exercita a capacidade constitucionalmente conferida.

Também não prospera a alegação de danos à livre locomoção dos cidadãos, ante a instalação de portão, cancela, correntes ou similares.

Nos termos do fixado na lei municipal questionada o acesso de pedestres deveria ser respeitado e condutores de veículos visitantes teriam garantia de acesso às ruas. Ademais, observa-se, a autorização restringia-se a ruas e vilas sem saída.

E pela leitura dos decretos acostados aos autos, a restrição de uso restringia-se ao período das 19h00 às 7h00, com claro intuito de segurança da comunidade (fls. 63/106 dos autos do inquérito civil).

Ressalte-se, a outorga concedida poderia ser revogada a qualquer tempo pela municipalidade-ré, a seu critério de conveniência e oportunidade, o que realmente ocorreu ante a revogação expressa da Lei Municipal nº 6.144/2000.

Portanto, não se vislumbra inconstitucionalidade na lei municipal combatida.

Nesse sentido, o v. aresto desta Corte, já mencionado, proferido na ap. 9221615-65.2007.8.26.0000, Sorocaba, rel. **DES RUI STOCO**, com a seguinte ementa:

*Apelação Cível. Ação Civil Pública. Autorização de Uso. Fechamento de rua residencial sem saída. Autorização concedida por Decreto Municipal. Pretensão do Ministério Público dirigida à anulação do ato. Inadmissibilidade. Outorga de uso privativo que pode recair sobre quaisquer espécies de bens públicos, sejam eles dominicais, de uso especial ou uso comum do povo. Ausência de mácula ao interesse público, pois o bem não perde o caráter de público e nem - se o caso - sua afetação ao uso comum do povo. Autorização ou permissão de uso - cuja distinção é reputada irrelevante por abalizada doutrina - que possui caráter eminentemente precário, podendo ser revogada a qualquer momento, a critério de conveniência e oportunidade, relegado ao alvedrio do Poder Público. Precariedade que ressuma evidente no*

*caso dos autos. Característica expressamente prevista tanto no Decreto de outorga, quanto no termo de recebimento e responsabilidade assinado pelos moradores. Ato que encontra respaldo em legislação municipal sobre o tema. Ilegalidade não configurada. Ação julgada improcedente na origem. Sentença mantida. Recurso não provido*

Na mesma linha, v. aresto, desta 11ª Câmara, na ap. nº 0003890-17.2011.8.26.0048, Atibaia, j. 22.01.2013, desta relatoria, com a seguinte ementa:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Loteamento regular - Ação proposta com intuito de coibir a disseminação dos “loteamentos fechados” em Atibaia - Pedido de extinção da “Associação Amigos do Refúgio” - Pretensão de reconhecimento da inconstitucionalidade de leis e decretos municipais que regulam a matéria - Ação afastada, por extinção e improcedência - Sentença de primeiro grau mantida - Recurso não provido - Nos termos do art. 30, I e VIII, da Constituição Federal, cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local bem como promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.*

O caso é, assim, de rejeição das preliminares arguidas e de provimento dos recursos interpostos pela **Prefeitura Municipal de Sorocaba** e por **Luiz Jorge de Moura Cuchiarra e outros** nos autos da ação civil pública movida pelo **Ministério Público** (proc. nº 602.01.2011.051702-9/000000-000, 1ª Ofício da Fazenda Pública de Sorocaba, SP), para reformar a r. sentença recorrida e julgar improcedente a demanda, incabível a condenação em verbas sucumbenciais.

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas contrarrazões recursais, especialmente arts. 5º, XV, 30, I, da Constituição Federal; Lei Municipal nº 6.144/2000; Decreto Municipal nº 13.023/2001, art. 113 da Lei Orgânica do Município de Sorocaba.

**Resultado do julgamento: rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053470-20.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante RENATA RITA DE OLIVEIRA, é apelado PREVISCANIA - SOCIEDADE DE PREVIDENCIA PRIVADA.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso,

deferidos os benefícios da assistência judiciária, nos termos expostos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1254-13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

**Ementa: PREVIDÊNCIA PRIVADA. Previscância. Portabilidade do total dos valores depositados na conta do participante. Inadmissibilidade. Pretensão que representa verdadeiro resgate do total depositado, constituído pelas contribuições da patrocinadora. Plano de previdência privada que não prevê contribuições dos participantes, mas apenas da patrocinadora. Regulamento que prevê a portabilidade de percentual da conta do participante. Lei Complementar 109/01 que assegura a portabilidade de reservas constituídas pelas contribuições do participante, não das contribuições do patrocinador. Sentença de improcedência. Recurso não provido, concedido benefício da assistência judiciária, sem efeito retroativo.**

## VOTO

A r. sentença julgou improcedente ação ajuizada por ex-empregada da Scania Latin América que pleiteia o reconhecimento do direito de “reaver o fundo de previdência privada sem nenhum desconto” e a condenação da apelada Previscância - Sociedade de Previdência Privada a restituir os valores depositados em sua conta no plano de previdência privada.

Em suas razões recursais, a autora alega que o regulamento do plano de previdência privada, em seu item 7.1.3 prevê a portabilidade do saldo previdenciário para outra entidade de previdência complementar. Por isso, nem os arts. 14 e 15 da LC 109/2001, nem a Súmula 290 do STJ têm aplicação ao caso concreto. Pleiteia a concessão dos benefícios da assistência judiciária, pois, atualmente, não possui condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo da subsistência. Pede o provimento ao recurso para que a ação seja julgada procedente, concedida a assistência judiciária.

Recurso tempestivo e respondido.

É O RELATÓRIO.

O pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária, a teor

do art. 6º da Lei 1.060/50, pode ser formulado no curso da demanda. Contudo, nessa hipótese, para a obtenção do benefício, não basta a mera alegação de insuficiência de recursos para arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria subsistência. Nesse caso, quem pleiteia a gratuidade não se beneficia da presunção relativa de veracidade de que goza a declaração de pobreza quando o pedido é feito *initio litis* (art. 4º da Lei 1.060/50). Pleiteado no curso da demanda, são necessárias provas do estado de pobreza para que o benefício possa ser concedido, nos termos do referido art. 6º.

No caso concreto, os extratos bancários de fls. 156/162 demonstram que a apelante não possui condições de arcar com custas processuais (preparo do recurso de apelação) sem prejuízo de seu sustento e do de sua família. A assistência judiciária deve ser concedida. Contudo, o benefício não tem efeito retroativo, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.144.627-SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Dje 29.05.2012: “o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o benefício da assistência judiciária gratuita, conquanto possa ser requerido a qualquer tempo, não retroage para alcançar encargos processuais anteriores”. Em igual sentido, inúmeros precedentes daquela corte: AgRg nos EDcl no Ag 900.061/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 29.10.2007; AgRg no REsp. 839.168-PA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 30.10.2006; REsp 903.779-SP Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 07.12.2011; AgRg no REsp 1.282.835-RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 27.02.2012 .

Quanto à matéria de fundo, não assiste razão à apelante.

O plano de previdência privada ao qual ela aderiu em razão do vínculo empregatício com a Scania Latin América não prevê contribuições dos participantes (item 7.1.4 do regulamento do plano de previdência privada, fl. 51). Ao contrário do arguido, ainda que a contratação do plano pela empregadora constitua vantagem concedida ao empregado, isso não implica contribuição deste para o plano de previdência; o plano é mantido pelas contribuições da patrocinadora/empregadora (item 5 do regulamento do plano, fls. 40/42).

Após a cessação do vínculo trabalhista, em julho de 2007 (fl. 14), a apelante poderia optar, conforme o item 7 do regulamento, pelo “benefício proporcional diferido”, pelo “autopatrocínio” ou pela “portabilidade” do direito acumulado a outro plano de previdência privada (fls. 48/51).

A “portabilidade” regulamentada no item 7, subitem 7.1.3, é uma benesse conferida ao participante, já que não há contribuições deste para a “conta do participante”, mas apenas da patrocinadora/empregadora. Daí o regulamento ter previsto um percentual a ser transferido a outro plano de previdência, conforme o período de serviço contínuo prestado (fl. 51). O regulamento confere maior benefício que a própria LC 109/01, que assegura apenas a portabilidade das



“reservas constituídas pelo participante” ou da “reserva matemática” (arts. 14 e 15).

No caso dos autos, embora a autora alegue o direito à portabilidade, ela, na verdade, pleiteia o resgate da integralidade dos recursos depositados na conta do participante.

Com efeito, na inicial ela nem sequer indica para qual plano de previdência privada deve haver a transferência de recursos; simplesmente pleiteia que os valores depositados na conta do participante sejam “depositados em juízo” (fl. 9). Evidentemente apenas o percentual a que ela faz jus, de acordo com o regulamento (item 7.1.3.2), é que poderia ser objeto de portabilidade a outra entidade de previdência privada.

Por outro lado, ela não comprovou a negativa, pela apelada, do direito à portabilidade. O documento de fl. 116 indica que esta informou a autora das opções após o desligamento da empregadora e inclusive do montante “a portar”. Mas a autora insiste no pagamento da integralidade dos recursos. Pretende, em suma, verdadeiro “resgate” do total da conta do participante, constituída, frise-se, pelas contribuições da empregadora/patrocinadora. A pretensão não encontra amparo nem no regulamento do plano, nem na LC 109/01. Aplica-se à hipótese a Súmula 290 do STJ: “Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador”. O pedido não pode ser acolhido.

Cumpra mencionar a esse respeito o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 1.123.611-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJE 12/03/2010: “Nas razões do especial, o recorrente, alega violação ao art. 14, inciso II, da LC 109/01, além de dissídio jurisprudencial. Aduz, em síntese, direito à portabilidade das contribuições vertidas pelo patrocinador, bem como a ilegalidade da retenção de valores por ele depositados. Apresentadas as contrarrazões e, não ultrapassado o juízo de admissibilidade na origem, adveio o presente agravo de instrumento. É o relatório. DECIDO. A irresignação não merece acolhida. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que a devolução das contribuições destinadas às entidades de previdência privada alcançam somente as parcelas vertidas diretamente pelo associado, com exclusão dos valores relativos à contribuição patronal. Neste sentido: ‘CIVIL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. DESLIGAMENTO DO EMPREGADO. DEVOUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PAGA PELA EMPREGADORA. DESCABIMENTO. RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOALMENTE REALIZADAS. CORREÇÃO. “EXPURGOS INFLACIONÁRIOS”. I - Pertence exclusivamente à empresa empregadora a contribuição por ela vertida, como patrocinador, à entidade de Previdência Complementar. Descabida a pretensão de resgate da aludida parcela pelo ex-empregado. (...)’ (Resp n.º 187.192/DF, Rel.Min Aldir Passarinho Júnior, DJ

07.05.01)”.  
Por tudo isso, o pedido não pode ser acolhido. A r. sentença não comporta reparo.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso, deferidos os benefícios da assistência judiciária, nos termos expostos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053690-10.2007.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ALESSANDRA PONTES DE CASTRO, são apelados ESTER FUKIE SAVAKI, PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS, SILVIO LUIZ RODRIGUES DE CAMARGO, HERIC FABIANO DIAS, CLÁUDIO PEREIRA, WILSON GONÇALVES e ARLÉCIO ALISON MORAIS.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Thais de Albuquerque.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.077)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

MOACIR PERES, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - LEGITIMIDADE PASSIVA - Ilegitimidade passiva do Município bem reconhecida em primeiro grau - Comprovação de que o serviço funcionou adequadamente - Ausência de demonstração da responsabilidade do corrêu Silvio, vez que não era o responsável técnico pela obra - Montante fixado a título de danos morais mantido. Recurso improvido.**

## VOTO

Alessandra Pontes de Castro, inconformada com a r. sentença que julgou procedente o pedido de indenização por danos materiais e morais, apresentou recurso de apelação (fls. 1.299/1.306).

Argui a legitimidade passiva do Município de Guarulhos, vez que possui responsabilidade pela fiscalização de obras e eventos realizados de maneira irregular. Discorre sobre a responsabilidade do Estado por omissão. Invoca a teoria do risco administrativo. Volta-se contra o reconhecimento da ilegitimidade

do corréu Silvio Luiz Rodrigues de Camargo, engenheiro responsável pelo projeto e execução da obra. Transcreve os artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, bem como o 37, § 6º, da Constituição Federal. Pleiteia a majoração da indenização fixada a título de danos morais. Cita doutrina e jurisprudência em defesa de sua tese. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 1.319/1.348).

Com as contrarrazões, subiram os autos (fls. 1.354/1.356, 1.364/1.367 e 1.370/1.375).

É o relatório.

Desponta dos autos que a apelante participava de uma festa quando o imóvel desabou. O desabamento lhe causou lesão corporal de natureza leve (fls. 83), com hematomas e lesões no tórax e nas duas pernas, em decorrência das quais ficou imobilizada por 10 dias. Assim, objetiva, por meio da ação ordinária, indenização “a título de danos materiais no importe de R\$ 2.484,00, e ainda, uma indenização por danos morais no importe a ser fixado por Vossa Excelência”, declarando-se a “responsabilidade solidária dos Réus, em face da negligência ocorrida na construção, fiscalização e no evento realizado que ocasionaram o desabamento” (fls. 61/62).

A ilegitimidade passiva do Município de Guarulhos foi bem reconhecida no despacho saneador (fls. 1.219/1.220) e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0152173-92.2012.8.26.0000, desta Relatoria, do qual se extrai: “No tocante à Municipalidade, quando o prejuízo ao particular for causado por atividade estatal anormal, não prescrita em lei, isto é, se decorrer de ato ilícito ou de conduta omissiva nos casos em que há o dever legal de agir, adota-se, segundo entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência, a responsabilidade subjetiva do Estado. Esta Colenda Sétima Câmara de Direito Público, apreciando caso em que também se aplicava a responsabilidade subjetiva do Poder Público, assim dispôs: ‘Responsabilidade subjetiva é obrigação de ressarcir que incumbe a alguém por ato culposo ou doloso consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. No Direito Público, não é necessária a identificação da culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade. Esta noção individualista da culpa está ultrapassada pela idéia da ‘faute du service’ dos franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço, diz Celso Antônio, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Essa é a ligação entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a objetiva preceituada no artigo 37, § 6º da Constituição da República. [...] Acentue-se que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço é modalidade de responsabilidade subjetiva, como bem pontuava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: ‘Paul Duez, a quem se deve a sistemática da ‘faute’, faz expressa menção à culpa nominando ‘culpa in committendo’; ‘culpa in ommittendo’ e ‘service a fonctionné tardivement’. A jurisprudência francesa nesta linha de

raciocínio sempre apreciou ‘in concreto’ a falta, levando em conta a ‘diligência média que se poderia legitimamente exigir do serviço.’ (La Responsabilité de La Puissance Publique, Paris, 1927, p. 14). (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, pág. 579). Como o dano ocorreu em decorrência de uma omissão do Município (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), aplica-se a Teoria da Responsabilidade Subjetiva. O autor comprovou, ‘quantum satis’, o nexó de causalidade. Os danos ocorreram na forma dantes mencionada, por omissão na prestação dos serviços públicos, por falta de segurança e pela ausência de prevenção do perigo. Logo, a sua responsabilidade é por ato omissivo, não necessitando individualizá-la, eis que se aplica a Teoria francesa do ‘faute du service’. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva inominada, pois a conduta ilícita do Município ocorreu pelo descaso, desleixo e falta de prudência dos órgãos administrativos no trato das coisas públicas. Em suma, deveria agir, no mínimo, sinalizando o local, o que incorreu, já que se comportou abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, se responsabiliza pelos evidentes danos ocasionados.’ (Apelação nº 703.731.5/0-00 Rel. Des. Guerrieri Rezende j. em 5.11.07). No caso em tela, não se vislumbra o alegado nexó de causalidade, vez que não houve falha do serviço prestado pela Municipalidade. À evidência, a obra do prédio em que ocorreu a festa estava embargada, e o local não possuía alvará de funcionamento. O evento foi organizado por particulares, sem a devida comunicação aos órgãos competentes. Como se não bastasse, o número de pessoas que o prédio suportava foi excedido, e não havia licença do Corpo de Bombeiros para a realização da festa. Surge irrazoável que a Municipalidade tenha de destinar fiscais a todos os imóveis e a todo momento, em especial se o evento foi feito de maneira clandestina. A ré fez o que estava a seu alcance, prestando satisfatoriamente o serviço que lhe incumbia. Como já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, em caso análogo ao presente: ‘outra conclusão descabe, senão a de que a Municipalidade e o Estado apelados apenas não fiscalizaram o evento porque não tinham conhecimento da realização do mesmo, na medida em que os organizadores da festa sequer providenciaram a necessária autorização para sua realização, tendo desrespeitado, inclusive, a imprescindibilidade da aprovação do projeto de construção do local onde a festa ocorreu, a denotar, reitera-se, a clandestinidade e irregularidade da obra. Portanto, imputar ao Município de Guarulhos e ao Estado de São Paulo qualquer responsabilidade pelo evento descrito em exordial seria o mesmo que se exigir a atuação onipresente das respectivas pessoas políticas, situação esta absolutamente impossível no mundo dos fatos’ (Ap. Cível nº 0023445-50.2006.8.26.0224, Rel. Des. Wanderley José Federighi, j. em 28.11.12, v.u.). Ante o exposto, nega-se provimento recurso, para que subsista a r. decisão agravada”.

A responsabilidade do corrêu Silvio foi bem afastada pelo MM. Juiz de Primeiro Grau, que assentou: “Já em relação ao corrêu Silvio Luiz, muito embora tenha assinado projeto da planta e construção do prédio ao lado do que desabou, não restou comprovado tenha sido ele responsável pela construção do imóvel onde ocorreu o acidente. Silvio afirmou que o corrêu Wilson pediu, por conta própria, ampliação do projeto por ele assinado, o que foi indeferido pela municipalidade. Ainda assim, foi erigida construção à margem da ordem do município. Contudo o corrêu Silvio não sabe quem foi o responsável pela construção arbitrária. Tais assertivas foram corroboradas pelo depoimento da testemunha Manuel de Jesus Costa que afirmou que trabalhou com Silvio na obra ao lado do imóvel objeto do fato aqui analisado, e que Silvio era o engenheiro responsável unicamente por aquele projeto. Demais disso, o fator crucial para o episódio aqui tratado foi o ingresso de pessoas em grande número no interior do prédio, cujo peso não foi suportado pela estrutura, o que foi idealizado e permitido pelos corrêus Héric, Arlécio, Cláudio e Wilson, não restando configurada a responsabilidade do corrêu Silvio no evento clandestino” (fls. 1.303/1.304).

De fato, não restou comprovado o nexos de causalidade entre o ato do engenheiro Silvio e o desabamento, vez que a sua responsabilidade técnica se restringe ao imóvel ao lado do que desabou. Assim, não restou demonstrado, nos presentes autos, que o projeto foi feito pelo corrêu em questão, bem como que efetivamente houve erro de projeto que levou ao desabamento. Assim, deve ser mantida a improcedência da ação em relação ao corrêu Silvio Luiz Rodrigues de Camargo.

Por fim, a indenização do dano moral tem a dupla finalidade de indenizar o sofrimento da vítima e desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa ao enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

É certo que inexistente critério seguro para o arbitramento do dano moral, mas, no caso concreto, considera-se razoável e justo o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que é suficiente para aliviar as dores da autora, exercendo, ainda, função penalizadora para os réus, não servindo como fonte de enriquecimento indevido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, para que subsista a r. sentença por seus próprios fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0101075-

45.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAELI VERGNIANO MAGLIARELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-10.369/13)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES E URBANO RUIZ.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

TORRES DE CARVALHO, Relator

**Ementa: IMPROBIDADE. Capital. Câmara Municipal. Vereadora que nomeou assessor irregularmente e apropriou-se de parte de seus vencimentos. Ato ilícito. Dano ao erário. Ressarcimento. - 1. Prescrição. O ressarcimento do erário não prescreve, nos termos do art. 37 § 4º da Constituição Federal. Questão pacificada. - 2. Improbidade. Vereador. A decisão proferida pelo STF na Recl nº 2.138-DF afastou a submissão das autoridades federais mencionadas na LF nº 1.079/50 à LF nº 8.429/92; a decisão não faz menção a prefeitos, secretários municipais e vereadores e dela não deflui, se levado à Corte Maior, igual decisão em favor da ré. A alegação fica rejeitada. - 3. Decisão que determinou arquivamento do inquérito policial. Coisa julgada. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial não faz coisa julgada; o inquérito pode ser reaberto se a autoridade policial tiver notícia de outras provas, nos termos do art. 18 do CPP. Hipótese em que o fato objeto de apuração do inquérito policial é diverso do que gerou a ação de improbidade e em que a independência das instâncias civil, penal e administrativa permite o prosseguimento da presente ação, independente do arquivamento do inquérito por ausência de provas suficientes da materialidade do crime. - Procedência. Recurso da ré desprovido.**

## VOTO

1. A sentença de fls. 274/278 e 284, vol. 2 julgou procedentes os pedidos para (i) invalidar a nomeação de Maria Rodrigues, bem como dos demais atos que dele se sucederam; (ii) condenar a requerida Maeli Vergniano Magliarelli em ressarcir aos cofres públicos da Câmara Municipal de São Paulo o valor de R\$ 186.076,47, atualizado monetariamente nos termos da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir de janeiro de 2008, mais juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Condenou a requerida no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do Município na quantia de R\$ 1.000,00, atualizado a partir da data da decisão.

*Apela a ré* (fls. 286/313, vol. 2); diz que (i) a LF nº 7.347/85 nada diz sobre os prazos prescricionais e não se pode admitir a perpetuidade de prazos para a interposição de ação. Apesar da norma em que se funda a ação não ser aplicada aos agentes públicos (Lei de Improbidade), estabelece em seu art. 23, I o prazo quinquenal para a ocorrência da prescrição, que tem seu início logo após o último dia do exercício do mandato ou do cargo em comissão ou de confiança. O STJ firmou jurisprudência no sentido de que havendo continuidade do exercício da função, a cessação do vínculo temporário se verifica após o término do segundo mandato. Cita jurisprudência. (ii) a LF nº 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos; os agentes políticos respondem tão somente por crime de responsabilidade. Cita jurisprudência. (iii) houve coisa julgada, pois a apelante respondeu pelos mesmos fatos desta demanda nos autos do inquérito policial; diante da inexistência de elementos que indicassem a materialidade do delito, a 2ª Promotoria de Justiça Criminal requereu o arquivamento do inquérito, o que foi acolhido pelo juiz em 4-7-2007. Face ao princípio da unicidade que rege a atividade do Parquet, não há como este pretender a dissociação de suas atividades, como ocorre no caso em tela. Uma vez reconhecida a inexistência de elementos materiais na esfera criminal, é incabível o prosseguimento do presente feito. Deve ser reconhecida a ocorrência de coisa julgada. No mais, todas as testemunhas ouvidas em juízo são inimigos políticos da apelante e têm interesse em vê-la prejudicada, devendo ser reconhecida a suspeição das testemunhas ouvidas. Prequestiona o disposto na LF nº 7.347/85, com a redação conferida pela MP nº 2.180-35, que introduziu o art. 1º-C na LF nº 9.494/97, bem como o art. 23, I da LF nº 8.429/92. Prequestiona a inaplicabilidade da LF nº 8.429/92 aos agentes políticos e a ocorrência de coisa julgada. Pede o provimento do recurso e a reforma da sentença.

Recurso tempestivo e preparado. Contrarrazões de fls. 317/328, vol. 2. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 337/341, vol. 2).

É o relatório.

2. Prescrição. A alegação de prescrição fica rejeitada, pois a LF nº 8.429/92 cede, no caso do ressarcimento, à previsão constitucional. É entendimento

pacífico que a ação de ressarcimento não prescreve, ante os dizeres do art. 37 § 5º da Constituição Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES. 1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp 199.478/MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 08/05/2000; REsp 1185461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2010; EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/06/2010; REsp 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2009; e REsp 1.069.779/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2009. 2. Agravo regimental não provido. (Haroldo Moreira Felício e outros vs Ministério Público Federal, AgRg no REsp nº 1.138.564-MG, STJ, 1ª Turma, 16-12-2010, Rel. Benedito Gonçalves)

Não há aplicação de penalidade a ré com base na LF nº 8.429/92. A alegação fica rejeitada.

3. Improbidade. Agente político. A ré era vereadora e, por isso, alega que como agente político não se submete à LF nº 8.429/92, mas exclusivamente às regras do DL nº 201/67 conforme entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal na Recl nº 2.138. Não tem razão.

O STJ já decidiu que o precedente invocado pela apelante - Recl nº 2.138 do STF - não se aplica a hipótese de vereadores, porque cuida de caso específico de Ministros de Estado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADORES. REMUNERAÇÃO DE ASSESSORES. DESCONTO COMPULSÓRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra vereadores da Câmara Municipal de Diadema/SP, por terem exigido de seus assessores comissionados a entrega de percentual de seus vencimentos, recebidos da Municipalidade, para o pagamento de outros servidores não oficiais (assessores informais), bem como para o custeio de campanhas eleitorais e despesas do próprio gabinete. 1.2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar os recursos voluntários, negou provimento aos

apelos dos vereadores, mantendo a sentença que julgara procedente a ação civil pública com base no artigo 11, caput e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-lhes, individualmente, as sanções do artigo 12, inciso III, do citado diploma e deu provimento ao do Parquet Estadual para acrescentar as penas de perda da função pública e a de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos. 1.3.(...). 3. Da aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos submetidos ao Decreto- Lei 201/1967 - Prefeitos e Vereadores. Os vereadores não se enquadram dentre as autoridades submetidas à Lei nº 1.070/50, que trata dos crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. O precedente do STF invocado pelos recorrentes - Rcl 2.138/RJ - em apoio à tese sobre o descabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, não se presta, porque cuida de caso específico de Ministros de Estado. 4. (...) 8. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (*Manoel Eduardo Marinho e outros vs Ministério Público Estadual*, REsp nº 1.135.767/SP, 2ª Turma, Rel. Castro Meira, 25-05-2010, DJe 09-06-2010, por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nessa parte, deram-lhe parcial provimento)

Ainda que se entendesse aplicável o entendimento esposado na Recl nº 2.138-DF para parlamentares, a decisão não tem efeito vinculante e posição diversa não implica em desobediência ao comando do Supremo Tribunal Federal, como reconhecido na Recl-AgRg nº 5.393-PA, Pleno, 17-3-2008, Rel. Cezar Peluso, negaram provimento; mas faço a citação tão só a título de registro, pois é meu entendimento que a interpretação dada à Constituição Federal pelo Supremo, quando consolidada, deve ser seguida pela natureza mesma da função que lhe é atribuída.

A decisão na Recl nº 2.138-DF não tem o alcance que a ré lhe atribui. Cuidou-se, ali, de ação de improbidade movida em primeiro grau contra Ministro de Estado; entendeu o Supremo Tribunal Federal que, sendo a conduta prevista tanto na LF nº 1.079/50 como na LF nº 8.429/92, prevalecia aquela para que não se usurpasse a competência do próprio Supremo Tribunal Federal estabelecida no art. 102 I 'c'. A LF nº 1.079/50 define os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estado; não cuida de crimes de responsabilidade de prefeitos, vereadores e secretários municipais, objeto do DL nº 201/67.

É outra a posição atinente às demais autoridades, inclusive aquelas dos municípios; o foro privilegiado para prefeitos em processos de improbidade administrativa foi afastado pelo Supremo Tribunal na ADI nº 2.797-DF, Rel.

Sepúlveda Pertence, quando foi declarado inconstitucional a LF nº 10.628/02, que inseriu parágrafos no art. 84 do CPP. Essa é a posição tranqüila na Corte: *Alberto Victolo vs Ministério Público*, AI nº 770.308-SP, STF, 28-10-2009, Rel. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática. A ré, vereadora, não possui foro privilegiado e se submete as disposições da Lei de Improbidade. Rejeito a preliminar.

4. Inquérito policial. Foi instaurado inquérito policial (IP nº 050.99.079741-9) em virtude de expediente encaminhado pela 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital, envolvendo irregularidades praticadas pela ré e a ex servidora Maria Rodrigues. Consta do referido inquérito que a ré, após indicar e contratar assessores para exercer suas funções junto ao Gabinete da Vereadora na Câmara de Vereadores, tinha hábito de exigir parte do valor recebido a título de proventos de seus assessores, o que era realizado na popular prática do ‘por fora’, ou seja, embora os assessores recebessem normalmente seus holerites, eles ficavam com uma pequena parte e, de forma irregular, ‘reembolsavam’ a vereadora que lhe nomeara ou indicara. O Ministério Público, acolhendo o relatório da autoridade policial, diante da precariedade das provas que não indicavam a materialidade do delito, requereu o arquivamento do inquérito policial em 26-12-2006, o que foi acolhido pelo juiz em 4-1-2007 (fls. 74/75, vol. 1).

Não há coisa julgada, eis que se trata de decisão judicial que determinou o arquivamento do inquérito policial, o qual pode ser reaberto, se de outras provas tiver notícia a autoridade policial, nos termos do art. 18 do CPP; não se trata de decisão de mérito (sentença) que pôs fim a ação anteriormente ajuizada, gerando coisa julgada material.

Como observou o juiz a fls. 97, não apenas as instâncias são diferentes, mas também o conteúdo, a extensão e a finalidade são diversas. A separação das órbitas civil, penal e administrativa é princípio legal admitido por todos; elas se penetram nos termos postos na lei (por exemplo, o art. 65 do Código de Processo Penal determina que a sentença penal que reconhece ter o réu agido em legítima defesa, em estado de necessidade ou no estrito cumprimento do dever legal faz coisa julgada no cível). Como se vê em HELY LOPES MEIRELLES, ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 26ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 461, o ilícito administrativo independe do ilícito penal; a absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o seu autor. Não houve ação penal e o arquivamento do inquérito por ausência de materialidade de outro crime relacionado ao cargo ocupado pela ré junto a Câmara de Vereadores na ocasião prática do ‘por fora’ não implica em vinculação do juízo cível ou impede apuração das circunstâncias em que ocorreu a nomeação e o exercício do cargo pela ex servidora Maria Rodrigues junto a Câmara Municipal.

Não há violação ao princípio da unidade do Ministério Público, que se

traduz pela submissão de todos os membros do Ministério Público a um mesmo órgão. Não há, como pretende dizer a ré, condutas incompatíveis entre os membros do Ministério Público, uma vez que as esferas de atuação e o conteúdo investigado são diversos.

O apelo não ataca o mérito da sentença; de qualquer modo, a prova colhida e referendada pelas testemunhas de fls. 227/229 deixam certo que Maria Rodrigues nunca foi mais que a empregada doméstica da ré, era semi-analfabeta e não tinha condições para trabalho no gabinete da vereadora, aonde não vinha, e que era praxe a recuperação pela ré de parte do salário dos servidores de seu gabinete, prática espúria que custa crer sobreviva na cidade de São Paulo. A prova é contundente e justifica a condenação.

O voto é **pelo desprovimento do recurso.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0110009-54.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ARNALDO TRAFANI.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.889)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), RICARDO DIP E PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

AROLDO VIOTTI, Relator

**Ementa: Execução. Título judicial. Fazenda do Estado, sucumbente no processo principal, citada para, nos termos do art. 632 do CPC, fornecer dados para elaboração de planilha de cálculo do débito. Ausência de título que justificasse execução para cumprimento de obrigação de fazer. Recurso provido em parte para afastar a execução para tal fim, subsistindo no entanto a intimação da embargante para os fins do artigo 475-B, § 2º, do CPC.**

## VOTO

I. A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe o presente recurso de Apelação contra a r. sentença de fls. 45/46, que julgou improcedentes os Embargos por ela opostos à Execução de título judicial (cumprimento de sentença) que lhe foi movida por ARNALDO TRAFANI, com o objetivo de que a Fazenda juntasse planilha com a evolução salarial do exequente-embargado.

Nas razões do apelo (fls. 49/52) reitera as alegações anteriores, no sentido de que: a) o objeto da ação julgada procedente é condenação em pecúnia, e por isso não há obrigação de fazer a ser cumprida; b) o julgado sob execução, Acórdão desta Câmara, não contém condenação ao cumprimento de obrigação de fazer; c) não era caso, portanto, de se promover a citação da Fazenda nos termos dos arts. 632 e seguintes do CPC. Subsidiariamente, pede a redução da verba honorária advocatícia a que foi condenada na r. sentença.

O recurso foi contrariado a fls. 59/60, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório que se agrega ao da r. sentença, no mais adotado.

II. Dá-se parcial provimento ao apelo, assistindo razão em parte à Fazenda do Estado.

O embargado-exequente, servidor estadual contratado sob o regime da Lei 500/74, moveu ação com o objetivo de ver reconhecido seu direito à licença-prêmio, com o conseqüente pagamento em pecúnia. Julgado improcedente o pedido em primeiro grau, foi em segunda instância invertido esse resultado. O V. Acórdão desta C. Câmara, proferido na Apelação Cível nº 573.620-5/2-00, j. 02.04.2007, desta Relatoria (traslado a fls. 26 e seguintes) deu provimento parcial à apelação do autor para *“declarar seu direito ao benefício da licença-prêmio, condenando-se a Fazenda Estadual a pagar-lhe os saldos da aludida vantagem não gozada em atividade, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, consoante se apurar em liquidação de sentença com base nas certidões acostadas à inicial, pelo valor mensal dos proventos vigentes à época dos cálculos, e com acréscimo de: a) juros moratórios de meio por cento (0,5%) ao mês a contar da citação (demanda ajuizada posteriormente à Medida Provisória nº 2.180-35, de agosto de 2001 - STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 495.702-RS, j. 01.12.2004, DJU 28.02.2005, p. 176, Rel. Ministra ELIANA CALMON); b) custas e despesas de reembolso e honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação”* (fls. 34).

Transitado em julgado, o autor, dando início ao cumprimento da sentença, assinalou ser necessário que a Fazenda apresentasse planilha com sua evolução salarial, e requereu a citação da ré *“nos termos do artigo 632 do Código de Processo Civil”* (FLS. 39). A Fazenda tem razão ao apontar que não era mesmo caso de ser promovida sua citação para tal fim, mesmo porque o julgado sob execução não continha condenação a cumprir obrigação de fazer. O de que se trata é mero incidente na liquidação do julgado, previsto no artigo 475-B do

Código de Processo Civil, “in verbis”:

**“Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)**

**§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)**

**§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)**

**§ 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)**

**§ 4º Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”**

Em virtude do equivocado requerimento formulado pelo credor, o Juízo acabou por admitir se desse início a uma execução “*sine titulo*”, uma vez que, realmente, o objeto da execução não era obrigação de fazer. Bastava, como visto, requisição judicial dos subsídios necessários à liquidação, com intimação da devedora a fornecê-los em prazo assinado, não superior a trinta dias (CPC, 475-B, § 1º).

Dessa maneira, a embargante tem razão no que respeita à inadequação do aparelhamento de um processo executivo para a finalidade que ensejou sua citação. Mas não tem razão no tocante à substância da pretensão do credor, que consiste no fornecimento de subsídios necessários à elaboração da memória de cálculo, dados relativos à vida funcional do autor de que só ela dispõe.

Provê-se em parte a apelação para desconstituir a execução de obrigação de fazer, subsistindo no entanto a notificação da devedora para os fins do § 1º do artigo 475-B do CPC, de maneira a que atenda a requisição judicial no prazo de quinze (15) dias a contar da intimação deste Acórdão, sob as penas da lei.

Ficam integralmente compensados entre as partes, embargante e embargado, as custas e despesas do processo e os honorários advocatícios.

III. Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0114090-52.2006.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSE LUIZ GONÇALVES DA COSTA, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.041)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

**Ementa: Acidente do Trabalho - Lesão por esforços repetitivos em membros superiores – Concessão, na esfera administrativa, de auxílio acidente- Reabertura, posterior, de auxílio doença, pelo mesmo mal, mas, com caráter previdenciário - Pedido de conversão pelo homônimo acidentário – Admissibilidade - Recurso provido.**

***Dou provimento ao recurso.***

## VOTO

### RELATÓRIO.

Cuida-se de recurso de apelação da parte autora contra a r. sentença de fls. 386/388, a qual julgou improcedente tanto o pedido de substituição de auxílio acidente pela aposentadoria por invalidez quanto o de conversão de auxílio doença previdenciário pelo homônimo acidentário.

Parcialmente inconformado com o desfecho dado em primeiro grau de jurisdição, o autor busca a procedência do pedido de conversão do auxílio doença previdenciário pelo homônimo acidentário, uma vez que referida benesse tem relação com a doença que ensejou a concessão do auxílio doença acidentário anterior, o qual foi convertido em auxílio acidente (fls. 391/395).

Contrarrazões à fl. 400.

### FUNDAMENTO E DECIDO.

A inicial narra que o autor adquiriu lesões por esforços repetitivos em membros superiores, em razão das condições agressivas do labor, motivo pelo qual o INSS concedeu auxílio doença acidentário, por certo período, convertendo,

logo em seguida, tal benesse, em auxílio acidente, ante a constatação da redução definitiva de sua capacidade de trabalho.

O segurado buscava, na inicial, a substituição do auxílio acidente em aposentadoria por invalidez, sob o fundamento de agravamento do seu estado clínico, ainda mais pela superveniência de problemas psicológicos, bem como a conversão de um auxílio doença previdenciário em acidentário, o qual foi implantado posteriormente ao auxílio acidente, mas, pelo mesmo mal.

A r. sentença, com base no conjunto probatório, julgou improcedente ambos os pedidos.

O recurso de apelação do hipossuficiente se insurgiu apenas e tão somente contra a parte da decisão terminativa que não acolheu o pedido de conversão.

E, com razão o segurado.

De fato, o auxílio doença previdenciário de nº 505.678.443-1 (fl. 49), teve, como diagnóstico de implantação, o CID M65 (sinovite e tenossinovite), ou seja, o mesmo mal que ensejou o auxílio doença nº 120.371.793-5, bem como o auxílio acidente nº 138.211.826-8.

Dessa forma, com razão o apelante, devendo ser parcialmente reformada a r. sentença, para determinar ao INSS, que modifique a nomenclatura do auxílio doença nº 505.678.443-1, para o homônimo acidentário.

Anoto, entretanto, que não há repercussão econômica, uma vez que o percentual não se altera com a modificação da nomenclatura.

Nada é devido, então, ao autor, a título de diferenças.

Resta, apenas e tão somente, condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, com base no parágrafo 4º, do artigo 20, do CPC, fixo em R\$ 600,00.

**POSTO ISTO**, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0120086-60.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP, são apelados/apelantes CONSORCIO OAS/SAENGE (REPRESENTADO(A) POR TERCEIRO(A)) e CONSTRUTORA OAS LTDA.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao agravo retido e deram provimento em parte aos recursos. v.u. Sustentou oralmente a Dra. Jenny Mello Leme.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.899)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSCILD

DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), PIRES DE ARAÚJO E LUIS GANZERLA.

São Paulo, 30 de julho de 2013

RICARDO DIP, Relator

**Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO. DILAÇÃO DO PRAZO PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.**

- Tratando-se de demanda cujo objeto é a recomposição de perdas provenientes da dilação do prazo contratual, cabe aferir se esse retardo pode ser imputado à requerida, pois seria descabido que a parte ensejadora do atraso pretendesse beneficiar-se de prejuízos que essa demora lhe causou.

- Do conjunto probatório extrai-se ser da demandada a responsabilidade somente por parte das suspensões dos trabalhos e dos aditamentos contratuais, sendo insuficientes os elementos dos autos para caracterizar a culpa exclusiva da suplicada em maior amplitude.

- A extensão das obras por período quase duas vezes maior que o estabelecido no contrato original por suspensões dos serviços e mudanças no projeto executivo a fim de melhor atender ao interesse público é causa suscetível de afligir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- Rompida, tal o caso dos autos, com as sucessivas prorrogações do prazo de execução do ajuste, a base inaugural, econômica e financeira, do pacto com o demandante, era de, com efeito, reconhecer a necessidade de ressarcimento pecuniário para reequilíbrio da equação contratual originária.

- Tratando-se, na espécie, de responsabilidade relativa a obrigações contratuais, anotada a iliquidez do pleito ressarcitório, contam-se os juros de mora a partir da citação, devendo observar-se o índice “que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”, que é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-Selic.

- Não acolhida de agravo retido.

- Provedimento em parte das apelações.

**VOTO:****RELATÓRIO:**

1. O Consórcio OAS/Saenge ajuizou pretensão contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp, visando a obter indenização por prejuízos sofridos em virtude do retardo de obras objeto de contrato administrativo celebrado com a requerida.

2. Em saneador, afastou o M. Juízo de origem as preliminares de inépcia da inicial por apontado pedido genérico e de ausência de documentos essenciais para a propositura da ação (fl. 311), manejando a Sabesp agravo retido contra esse *decisum*, recurso contrarrazoado pelo requerente (fls. 322-6 e 333-43).

Veio aos autos laudo pericial, indicando que as perdas do demandante correspondem a R\$ 898.974,57, valor atualizado até março de 2002 cf. (fls. 414-67), seguindo-se pareceres divergentes dos assistentes técnicos das partes (fls. 1364-77 e 1385-404).

3. A r. sentença julgou procedente em parte o feito, condenando a suplicada no pagamento do montante indenitário apurado na perícia, quantia a ser corrigida monetariamente de acordo com os critérios da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, incidindo juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. Repartiram-se e compensaram-se as verbas sucumbenciais (*vid.* Fls. 5181-5).

4. Do decidido, apelaram ambas as partes.

A demandada reitera seu agravo retido, sustentando não haver nos autos prova do prejuízo a ensejar a indenização pleiteada. Afirma que foi do suplicante a iniciativa dos sete aditamentos contratuais que estenderam o prazo de execução do pacto, bem como sempre terem concordado as partes com as alterações, não se registrando nenhum pedido de rescisão do ajuste. Por fim, alega que as suspensões das obras não eram imprevisíveis, de forma que, ao elaborar a proposta para a licitação, deveria o requerente ter considerado possíveis paralisações (fl s. 5195-207).

O requerente, por sua vez, pretende majorar a indenização para R\$ 1.631.227,67, valor aferido por seu assistente técnico, argumentando que os documentos juntados com o parecer divergente do profissional por ele contratado, que comprovariam as despesas com a demissão de empregados, não se consideraram pelo perito judiciário. Pleiteia, ainda, que os juros de mora observem os índices do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (fls. 5210-31 ).

Os recursos foram respondidos (fls. 5237-48 e 5250-69).

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 20 de março de 2013 (fl. 5272).

**VOTO :**

5. Versam os autos pretensão indenizatória por alegados prejuízos provenientes de prorrogações de prazo do contrato nº 6.345/02 celebrado entre as partes, ajuste que visava às “obras de reversão dos esgotos de Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra para o sistema ABC, incluindo obras complementares, integrantes do sistema de esgotos sanitários da Rmsp” (fl. 34).

6. Alega o requerente que a execução do contrato em período de tempo superior ao previsto à época do ajuste primitivo importou em majoração das despesas indiretas, dos custos de manutenção do canteiro de obras e desmobilizações de mão de obra não cogitadas na proposta apresentada no processo licitatório antecedente da contratação em pauta.

7. Interpôs agravo a suplicada, recurso retido nos autos, com o escopo de extinguir o processo, sem resolução de mérito, por inépcia da inicial - à conta de genérico seu pedido - e por falta de documentos essenciais à propositura da ação.

O fato, porém, de o autor, na petição inicial, após mencionar expressamente a pretensão indenizatória, não a quantificar, pleiteando que o valor seja apurado na fase instrutória, por meio de prova pericial (cf. fl. 15), não constitui estorvo algum à defesa, nem falta objetivamente à **especificação** do pedido (arg. inc. IV do art. 282 do Cód.P r.C iv.) - especialização essa que, de modo mediatamente, se centra na **indenização** -, nem lhe ofende a **certeza**, porque, se o pedido deve ser certo ou determinado (*caput* do art. 286 do Cód. cit.), é lícita, contudo, a formulação de pedido genérico (inclusive no aspecto de sua quantificação), quando, tal o caso, “não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito” (in c. II do art. 286).

Suficientes, no mais, a atender à exigência do art. 283 do Código de Processo Civil os documentos trazidos com a inceptiva por comprovarem o ajuste entre as partes, seus aditamentos e suspensões que prorrogaram o prazo de execução do contrato, fato que fundamenta a pretensão ressarcitória, desfiada a tese de extrapolarem a dilação do pacto as previsões feitas na elaboração da proposta licitatória, não se vislumbrando, além disso, prejuízo ao direito de defesa da requerida com a ausência de eventuais outros documentos.

Assim, nega-se provimento ao agravo retido interposto pela Sabesp.

8. O demandante venceu a concorrência nº 6.345/02, promovida pela suplicada, celebrando as partes, em 12 de julho de 2002, contrato administrativo de mesmo número, no valor de R\$ 27.480.000,98, com o fim de realizar as obras para a reversão dos esgotos dos Municípios de Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra para o Sistema ABC no prazo de mil dias (fls. 34-52).

O pacto sofreu uma primeira alteração em 16 de junho de 2003, apenas para modificar o endereço da sede social da empresa líder do consórcio. Extrai-se desse documento que a execução do contrato teve início em **15 de janeiro**

de **2003**, previsto o término das obras para **11 de outubro de 2005** (fls. 54-5).

O segundo termo aditivo, datado de 7 de dezembro de 2005, prorrogou o prazo contratual para **7 de junho de 2006**, incluindo a obrigação de entrega, pela contratada, de termo de ciência e notificação, exigido pela Resolução nº 8/2004 do Tribunal de Contas paulista (fls. 57-8).

O termo final do pacto foi novamente postergado, agora para **7 de outubro de 2006**, conforme o terceiro aditamento firmado em 20 de julho de 2006 (fls. 60-1).

Em **5 de setembro de 2006**, mediante novo aditivo majorou-se o valor do ajuste em R\$ 3.816.609,65, sendo de R\$ 31.296.610,63 o novo valor total do pacto, acrescentando-se serviços extracontratuais equivalentes a R\$ 10.321.975,86 (fls. 63-75).

O prazo para execução das obras foi prorrogado para **14 de março de 2007** por meio do quinto aditamento, em 22 de dezembro de 2006 (fls. 77-8), e depois para **7 de março de 2008**, pelo sexto aditivo contratual, celebrado este em 10 de setembro de 2007 (fls. 80-1).

Por fim, em **7 de dezembro de 2007**, a sétima alteração do pacto aumentou em R\$ 2.243.337,87 o valor do ajuste, que passou a totalizar R\$ 33.539.983,50, prevendo-se o pagamento de serviço extracontratual de R\$ 1.579.865,97 (fls. 83-7).

Registra-se que o encerramento oficial da obra ocorreu em **4 de outubro de 2008**, terminados efetivamente os trabalhos em **7 de maio de 2008**, como informou o perito judiciário (fl. 428).

9. O descompasso entre as datas dos aditivos e os termos finais da obra fixados nos instrumentos precedentes tributa-se a **oito** suspensões dos trabalhos durante a execução do contrato.

Essas interrupções das obras eram formalizadas por meio de ofícios do Gerente de Departamento de Obras da Sabesp, alguns após pedidos do contratado amparando-se em diversas causas.

As três primeiras suspensões justificaram-se por estudos para a incorporação de preços extracontratuais que resultaram no quarto termo de aditamento do pacto, e compreenderam os períodos de 3 de outubro a 1º de dezembro de 2005 (fl. 218), 16 de maio a 5 de julho de 2006 (fls. 89 e 92) e 27 de julho a 15 de agosto de 2006 (fls. 94 e 96), totalizando **130 dias** de paralisação.

Suspendeu-se a execução contratual em 16 de setembro de 2006, prevendo-se o reinício dos trabalhos depois de 60 dias, em virtude do embargo das obras pelo Município de Ribeirão Pires e de “remanejamento de recursos” da contratante (fl. 97).

Antes do fim da suspensão, nova correspondência da Sabesp determinou a retomada dos serviços por dez dias, a partir de 10 de novembro, para garantir a entrega de equipamentos fornecidos por terceiros, mantendo a suspensão após

esse prazo até 24 de dezembro de 2006 (fl. 99), de forma que a quarta suspensão importou em **90 dias** sem obras.

A quinta paralisação, no período de 17 de janeiro a 18 de março de 2007, foi motivada pela observância de termo de ajustamento de conduta firmado pelos ora recorrentes com a Municipalidade de Ribeirão Pires (fl. 101), permanecendo suspensas as obras para o mesmo fim até 16 de julho de 2007, isso por nova determinação da Sabesp (cf. fl. 103), contabilizando-se **180 dias** sem trabalhos.

Atraso na entrega de equipamentos e na liberação de área de propriedade da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (Cptm) provocaram a sétima suspensão das obras, entre 16 de julho e 10 de setembro de 2007 (fl. 105), acarretando mais **60 dias** de serviços paralisados.

Suspendeu-se a execução do contrato por **90 dias**, no período entre 4 de novembro de 2007 e 2 de fevereiro de 2008, mais uma vez pela falta da autorização para o início das obras no imóvel da Cptm (fl. 236).

Dessa forma, tanto se verifica destes autos, **as sucessivas paralisações das obras por ordem da Sabesp foram determinantes para os aditivos contratuais e, de consequência, para que a execução do contrato se tenha estendido por quase o dobro de tempo previsto à época de sua celebração.**

10. Tratando-se de pretensão cujo objeto é a recomposição de perdas provenientes da dilação do prazo contratual, cabe, pois, aferir se esse retardo pode ser imputado à requerida, pois seria descabido que a parte ensejadora do atraso pretendesse beneficiar-se de prejuízos que essa demora lhe causou.

Passa-se, assim, a analisar as causas de cada uma das suspensões dos trabalhos, tendo em vista a influência de cada uma delas nas prorrogações contratuais que acabaram por estender as obras por **939 dias** além do pactuado.

11. Extrai-se do conjunto probatório que, após o início da execução do contrato, houve a necessidade de modificar itens do projeto executivo, bem como de complementá-lo com algumas obras **não previstas na planilha orçamentária anexa ao pacto.**

As partes começaram o processo para o aditamento do ajuste, contemplando a incorporação de preços extracontratuais, processo cujo registro inicial data de 30 de março de 2005, sendo o primeiro aditivo com esse fim celebrado em 5 de setembro de 2006, provocando os segundo, terceiro e quarto termos de alteração contratual e das **três primeiras suspensões** das obras.

Conclui-se que esse retardamento na execução do ajuste foi provocado por inadequações no projeto executivo, projeto esse que era parte integrante do edital da licitação que originou o contrato em tela, sendo **atribuível à Sabesp esse primeiro período de atraso.**

12. A execução contratual foi paralisada pela **quarta** vez em razão dos embargos das obras pelo Município de Ribeirão Pires, por que faltantes as licenças locais, incluso as de caráter ambiental, para a realização das versadas

obras (fls. 237-40).

Em que pese a não haver no pacto *sub examine* cláusula expressa acerca do tema, consta no ajuste que se obriga a suplicada a “liberar, em tempo hábil, as áreas necessárias à execução das obras e/ou serviços” (fl. 43), reputando-se ser dela, pois, a responsabilidade pela obtenção das licenças para os trabalhos.

Corroboram esse entendimento a licença ambiental de instalação conferida pelo Estado de São Paulo e as autorizações para realização das obras da Cptm, do Departamento de Estradas de Rodagem, do Departamento de Águas e Energia Elétrica, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e dos Municípios de Mauá e de Santo André, concedidas essas licenças todas em nome da Sabesp (fls. 1273-301).

13. A **quinta** e a **sexta** paralisações dos serviços mostraram-se necessárias para o cumprimento de acordo celebrado nos autos de uma ação civil pública promovida pelo Município de Ribeirão Pires contra a Sabesp e o Consórcio em novembro de 2005.

Essa ação civil pública visava à recuperação dos danos ambientais e das vias públicas, bem como à indenização e compensação dos danos materiais e lesões morais aos munícipes residentes no entorno das obras (fls. 224-72).

Narra-se na inceptiva desse processo judicial que as obras para rebaixamento do lençol freático - item do contrato em análise - provocaram depressão da área a seu redor, danos às vias públicas e aos imóveis nelas situados, além de risco de vazamento do esgoto para o lençol, noticiando-se, ainda, o depósito de resíduos em área de manancial.

Em 18 de outubro de 2006, as partes firmaram naqueles autos acordo, que foi homologado (fls. 276-83), em que o Consórcio e a Sabesp assumiam a obrigação de, em 120 dias, recuperar as vias públicas e os prédios danificados, construir e doar para o Município seis poços de monitoramento ambiental de qualidade da água e executar serviços - instalação de lixeiras, bancos e portões, pintura, iluminação e impermeabilização - no Parque Municipal Pérola da Serra, a fim de compensar os danos ambientais causados em outra área utilizada para depositar os resíduos da obra, área essa que se recompôs naturalmente no curso da demanda.

Não há nos presentes autos esclarecimentos sobre os fatos que ensejaram a propositura da ação civil pública, invocando o Consórcio autor desentendimentos políticos entre a Sabesp e a Municipalidade ribeirão-pireense - sem que haja sequer indícios do alegado -, ao passo que a requerida se cifra a atribuir os danos a falhas na execução das obras pela suplicante, sem trazer aos autos as provas pertinentes.

A falta de outras informações sobre os eventos que motivaram aquela demanda obstam aqui a imputação desses fatos, e, de conseguinte, da responsabilidade da Sabesp pelas quinta e sexta suspensões contratuais.

Seguindo a mesma trilha, não é possível afirmar qual dos contratantes provocou o sétimo aditivo, que incorporou obras complementares e seus valores ao contrato, pois esse aditivo está diretamente relacionado com as paralisações em virtude do cumprimento do acordo firmado nos autos da ação civil pública.

14. Observa-se que a falta de autorização da Cptm para início dos trabalhos nas proximidades de linha férrea **também** deu ensejo à **sétima** e à **oitava** suspensão contratual e, pois, ao sexto termo aditivo (fls. 235-6 e 80-1).

No tocante com a sétima paralisação, não é possível afirmar ser ela de responsabilidade exclusiva da Sabesp.

Isso porque se apontou, ao par de demora na liberação de espaço pela Cptm, o atraso na entrega de equipamentos como causa suspensiva das obras. Não ficou esclarecido nos autos a quem caberia o fornecimento desses materiais, uma vez que, como se extrai do contrato – cláusulas 14.2, 14.3, item *d*, e 14.5 -, haveria equipamentos a ser fornecidos, alguns, pelo Consórcio, outros pela Sabesp (fls. 46-7).

15. Assim, pode afirmar-se que a responsabilidade pelas suspensões dos trabalhos e pelos aditamentos contratuais foram, **em parte**, da requerida, salvo quanto às quinta, sexta e sétima paralisações e aos sexto e sétimo termos de alteração do ajuste, por faltarem elementos probatórios nos autos para caracterizar a culpa exclusiva da Sabesp nesses casos, prova essa que era ônus do autor.

16. A extensão das obras por período quase duas vezes maior que o estabelecido no contrato original por suspensões dos serviços e mudanças no projeto executivo a fim de melhor atender ao interesse público é causa suscetível de afligir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na medida em que atos da Administração impliquem mudança na equação econômica e financeira do contrato administrativo, levam à obrigação de reajuste dos preços originários, “para compensar os prejuízos acarretados ao contratado, sem culpa de sua parte” (LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 239).

Rompida, tal o caso dos autos, com as sucessivas prorrogações do prazo de execução do contrato, a base inaugural, econômica e financeira, do ajuste celebrado com o demandante, era caso, com efeito, de reconhecer a necessidade de impor o ressarcimento pecuniário para reequilíbrio da equação contratual originária.

17. Comprovaram-se nos autos, ao revés do sustentado pela suplicada, os prejuízos suportados pelo demandante, consignado no laudo pericial que os valores acrescidos ao pacto pelo quarto e sétimo aditamentos **não** se destinaram a compensar a dilação de prazo (fl. 454).

Assim, da adesão do autor aos diversos termos de aditamento contratual, sem avistar-se ânimo novatório, não se permite negar a perseverança de prejuízos

ressarcíveis, afastando-se, pois, a tese, desfiada pela Sabesp, no sentido de que o acordo intercorrente das partes seria causa exclusiva da pretensão indenitária.

18. A hipótese de rescisão contratual prevista no inciso XIV do art. 78 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constitui faculdade daquele que contrata com a Administração pública, não implicando automático fim do ajuste.

Se, apesar das ordens expressas do administrador para suspensão da execução do contrato por prazo total superior a 120 dias, o particular ainda entender presente interesse no prosseguimento das obras, não é obrigado a requerer a rescisão do contrato. Averte-se que a opção pela continuidade do pacto, em princípio, se mostra mais vantajosa à Administração, pois, em caso contrário, teria ela que arcar não só com as despesas inerentes à quebra do ajuste, mas também com os custos de uma nova contratação.

19. Pretende o Consórcio requerente obter indenização pelos custos exorbitantes relativos à manutenção do canteiro de obras, às despesas indiretas e às imprevistas desmobilizações e mobilizações de mão de obra.

20. Quanto ao ressarcimento atinente ao canteiro de obras, necessário é esclarecer que, como observado pelo perito oficiante, isso constitui um artigo específico da planilha orçamentária anexa ao contrato, indicando-se ali seu preço global, de forma que o custo do canteiro de obras **não estava abrangido** pelo preço dos demais serviços executados pelo contratado.

Por isso o cálculo do montante indenitário deve considerar todo o período de prorrogação do pacto, uma vez que o custo de manutenção do canteiro de obras não integra os aditamentos de valores ao contrato.

Para apurar a quantia a ser indenizada por esse item, o perito judicial encontrou o valor diário para manutenção do canteiro de obras - R\$ 479,95, concordando as partes com essa importância - e multiplicou-o por 939, período de dias de extensão do contrato, totalizando R\$ 450.673,05 (fls. 445-6).

Crítica a essa conta foi lançada apenas pelo assistente técnico da requerida, que entende ser de responsabilidade exclusiva do autor o lapso que compreende as quarta, quinta, sexta e sétima suspensões das obras e, por isso, os quinto e sexto termos de alteração contratual (fl. 1374).

Pertinente a observação desse técnico, tendo em vista que o cálculo do montante indenitário relativo ao ponto em análise deve considerar o período de prorrogação do ajuste causado pelos atrasos imputáveis somente à Sabesp.

Todavia, não se pode acolher a conta elaborada no mencionado parecer técnico, pois, como já visto, a quarta paralisação das obras ocorreu por descumprimento de obrigação contratual da suplicada.

No tocante com as demais suspensões indicadas, não há nos autos prova da culpa por esses atrasos.

Dessa forma, a quantidade de dias a ser excluída do cálculo da indenização pela manutenção do canteiro de obras é aquela obtida pela diferença entre o termo

final definido no quinto aditivo - 14 de março de 2007 - e aquele fixado no sexto aditamento contratual - 7 de março de 2008 -, porque considera o período da quinta à sétima suspensões, além do tempo de prorrogação necessário para o término da obra após essas paralisações, totalizando 359 dias.

Assim, o montante indenitário é o valor diário de manutenção do canteiro de obras - R\$ 479,95 - multiplicado por 580 dias, correspondendo a **R\$ 278.371,00** para março de 2002, data de referência usada no laudo pericial.

21. Para o cálculo do ressarcimento pelo acréscimo das despesas indiretas releva a observação do perito judicial de que completados mil dias do início da execução das obras, foram efetuados trabalhos no valor de R\$ 22.053.935,51, representando 80,25% do objeto contratual (fl. 432). Observa-se que até esse momento - 11 de outubro de 2005 - não haviam sido feitas as alterações de valores no pacto.

A conta da indenização relativa a esse ponto foi feita com a aplicação de um percentual sobre a diferença entre o valor inicial do contrato e aquele equivalente às obras executadas até o prazo de encerramento original do ajuste, utilizando-se o perito judiciário do índice apontado pelo suplicante - 8,262% -, obtendo a importância de R\$ 448.301,52, atualizada até março de 2002.

As partes concordaram com essa fórmula e com a porcentagem aplicada, divergindo o assistente técnico do autor apenas quanto à base de cálculo, sustentando que essa deve ser o valor total do pacto, considerados os incrementos do ajuste.

O laudo pericial resiste a essa crítica:

**“Nestes termos, o Consórcio já havia percebido, pela parcela referente às Despesas Indiretas, à razão de 8,262%, R\$ 1.822.096,15 (um milhão, oitocentos e vinte e dois mil, noventa e seis reais e quinze centavos) - março/2002.**

**Desta forma, considerou a Perícia que do montante previsto no contrato, citado pela própria Parte às fls. 1.396 dos autos, equivalente a R\$ 2.270.397,68 para DI - Despesas Indiretas, a Requerente já havia recebido R\$ 1.822.096,15, restando, portanto, a receber R\$ 2.270.397,68 - R\$ 1.822.096,15 = R\$ 448.301,53 (IO) - março/2002, conforme exposto no corpo do Laudo.**

**Resta evidente que a porção de Despesas Indiretas referente ao valor contratual aditado, foi faturada à época da execução dos serviços adicionados/aditados, de modo que não há reparos a serem procedidos em relação a análise pericial do tema” (fls. 5708-9) (o destaque não é do original)**

Razoável de todo esse entendimento, mantém-se a importância de R\$ 448.301,53 como valor indenitário pelo acréscimo de despesas indiretas.

22. No concernente com as desmobilizações, cabe asseverar que, embora

tenha o assistente técnico do autor juntado 19 volumes de documentação relativa a contratos de trabalho e guias de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de informações à Previdência Social **após** a apresentação do laudo pericial, esses documentos foram examinados pelo *expert* em sua manifestação posterior (*vid.* Fl. 5110), afastando-se, pois, o cerceamento de defesa arguido pelo suplicante.

Comporta manutenção o resultado do trabalho pericial nesse particular, uma vez que os documentos trazidos aos autos não foram suficientes para comprovar o nexo de causalidade entre as demissões e a dilação do prazo contratual.

Apona o requerente a ocorrência de grandes desmobilizações nos meses de dezembro de 2003 e março de 2006, meses em que as obras não estavam suspensas.

Além disso, extrai-se dos documentos acostados ao parecer técnico divergente do profissional contratado pelo demandante que parte dos trabalhadores do requerente deixou a obra a pedido ou em virtude do término do período de experiência, razões que não ensejam a pretendida indenização.

Observa-se também que parte dos empregados foi demitida nos anos de 2003 e 2004, quando não se havia prorrogado o prazo de entrega ou suspenso as obras.

Para os demais casos, não ficou comprovado o liame entre as paralisações e aumento do prazo contratual e as dispensas de empregados, cogitando-se de outras causas para a agitada desmobilização, sendo improcedente o pedido indenizatório quanto a esse ponto.

23. Tratando-se, na espécie, de responsabilidade relativa a obrigações contratuais, anotada a iliquidez do pleito ressarcitório, a mora constitui-se *ex persona*, contando-se os juros a partir da citação.

A taxa desses juros conforma-se à norma do art. 406, Código Civil, devendo observar o índice “em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”, que é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic.

Firme a jurisprudência desta Corte e do egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido da taxa referencial do Selic compreender a correção monetária e a incidência dos juros de mora, cabe ressaltar que a repotenciação monetária deve contar-se segundo a Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais deste Tribunal de Justiça, desde março de 2002 - data base dos valores contratuais - até a citação, a partir daí incidindo apenas a taxa referencial do Selic para o cômputo dos juros moratórios e da correção monetária.

Assim, acolhe-se em parte o recurso do demandante.

24. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável

ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

**POSTO ISSO**, pelo meu voto, nego provimento ao agravo retido manejado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, e dou provimento em parte às apelações, para fixar o montante indenitário em R\$ 726.672,53, valor esse que deve ser corrigido pela Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais deste Tribunal de Justiça desde março de 2002 até a data da citação, a partir de quando deve incidir a título de correção monetária e juros de mora a taxa referencial do Selic.

No mais, mantém-se a r. sentença prolatada nos autos de origem nº 0120086-60.2008.8.26.0053, da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9208132-94.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIO JORDAO TOLEDO LEME, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA E URBANO RUIZ.

São Paulo, 22 de julho de 2013.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

### **Ementa: SERVIDOR ESTADUAL**

**Delegado - Licença prêmio - Bloco aquisitivo - Interrupção - Afastamento - Cargo em comissão - Subprefeito - Possibilidade:**

**- Salvo expressa permissão legal, interrompe o lapso temporal para a licença prêmio, sem possibilidade de aproveitamento posterior, o afastamento para o exercício de cargo em comissão fora do serviço público estadual.**

**VOTO****RELATÓRIO**

Sentença de improcedência, fixados os honorários em R\$ 1.000,00, apela o autor, alegando que foi afastado por decisão do governador para executar missão junto à Prefeitura de São Paulo, o que impõe o cômputo do tempo de afastamento para todos os fins, inclusive para licença prêmio nos termos do art.78, inciso XI, da Lei 10.261/68. Admitindo a administração a soma de tempos descontínuos para fim de licença prêmio inclusive na hipótese de rompimento do vínculo, a desconsideração do período de afastamento para exercício do cargo de subprefeito implica violação aos princípios da razoabilidade e da equidade (art.111 da Constituição Estadual). Indubitável que afastamento caracteriza missão. A diferenciação feita pela sentença entre afastamento do serviço e do cargo é mero jogo de palavras. Não tratasse de missão, o governador jamais teria autorizado o afastamento sob pena de prevaricação. Do ato de afastamento constou que não sofreria qualquer prejuízo nem de vencimentos nem de vantagens. Não registrou faltas, nem punições durante o bloco aquisitivo iniciado em 21.10.2003.

Nas contrarrazões, aduz a Fazenda que o pedido é juridicamente impossível porque a legislação de regência veda o cômputo do afastamento para exercício do cargo comissionado junto ao Município (arts. 209 e 210 da Lei 10.261/68). No mérito, o autor não atende ao requisito dos 5 anos de exercício ininterrupto do cargo. O afastamento para exercício do cargo de subprefeito não é considerado efetivo exercício. O período anterior e posterior ao afastamento não podem ser somados, pois a lei exige a não interrupção do lapso de 5 anos. Não pode ser compelida a conceder vantagem sem a estrita observância da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e da tripartição do poder (arts. 2º e 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal).

**FUNDAMENTOS**

1. Rejeito a preliminar arguida pela Fazenda em suas contrarrazões.

A possibilidade jurídica do pedido é condição genérica da ação, sempre presente quando o ordenamento jurídico não veda o acesso à jurisdição para exame da pretensão.

2. O autor, delegado de polícia de classe especial, no período de 18.9.07 a 9.12.07 exerceu o cargo de subprefeito comissionado junto à Subprefeitura da Sé (fls. 16) e ajuizou demanda objetivando que o período de afastamento seja computado para fim de licença prêmio. Alternativamente, pede a soma do período anterior e posterior ao afastamento para formação do bloco aquisitivo iniciado em 21.10.2003.

A licença prêmio está assim disciplinada no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei nº 10.261/68) no que pertine à hipótese em julgamento:

## SEÇÃO X

### *Da licença-prêmio*

**Artigo 209** - *O funcionário terá direito, como prêmio de assiduidade, à licença de 90 (noventa) dias em cada período de 5 (cinco) anos de exercício ininterrupto, em que não haja sofrido qualquer penalidade administrativa. Parágrafo único - O período da licença será considerado de efetivo exercício para todos os efeitos legais, e não acarretará desconto algum no vencimento ou remuneração.*

**Artigo 210** - *Para fins da licença prevista nesta Seção, não se consideram interrupção de exercício:*

*I - os afastamentos enumerados no artigo 78, excetuado o previsto no item X; e*

*II - as faltas abonadas, as justificadas e os dias de licença a que se referem os itens I e IV do art. 181 desde que o total de todas essas ausências não exceda o limite máximo de 30 (trinta) dias, no período de 5 (cinco) anos.*

**Artigo 211** - *Será contado para efeito da licença de que trata esta Seção, o tempo de serviço prestado à União, Estados e Municípios e Autarquias em geral, desde que entre a cessação do anterior e o início do subsequente não haja interrupção superior a 30 (trinta) dias.*

...

**Artigo 78** - *Serão considerados de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em virtude de:*

*I - férias;*

*II - casamento, até 8 (oito) dias;*

*III - falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos, até 8 (oito) dias;*

*IV - falecimento dos sogros, do padrasto ou madrasta, até 2 (dois) dias;*

*V - serviços obrigatórios por lei;*

*VI - licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;*

*VII - licença à funcionária gestante;*

*VIII - licenciamento compulsório, nos termos do art. 206;*

*IX - licença-prêmio;*

*X - faltas abonadas nos termos do § 1º do art. 110, observados os limites ali fixados;*

*XI - missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, nos termos do art. 68;*

*XII - nos casos previstos no art. 122;*

*XIII - afastamento por processo administrativo, se o funcionário for declarado inocente ou se a pena imposta for de repreensão ou multa; e, ainda, os dias que excederem o total da pena de suspensão efetivamente aplicada;*

*XIV - trânsito, em decorrência de mudança de sede de exercício, desde que não exceda o prazo de 8 (oito) dias; e*

*XV - provas de competições desportivas, nos termos do item I, do § 2º, do art. 75.*

...

**Artigo 181 - O funcionário poderá ser licenciado:**

*I - para tratamento de saúde;*

*II - quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;*

*III - no caso previsto no art. 198;*

*IV - por motivo de doença em pessoa de sua família;*

*V - para cumprir obrigações concernentes ao serviço militar;*

*VI - para tratar de interesses particulares;*

*VII - no caso previsto no art. 205;*

*VIII - compulsoriamente, como medida profilática; e*

*IX - como prêmio de assiduidade.*

*Parágrafo único - Ao funcionário ocupante de cargo em comissão serão concedidas as licenças previstas neste artigo, salvo a referida no item VI.*

3. O afastamento para exercício do cargo em comissão de subprefeito não está no rol dos afastamentos considerados como “efetivo exercício”, motivo da improcedência.

Evoca o recorrente o inciso XI do art.78 da Lei 10.261/68, dizendo que foi afastado pelo governador para exercer uma *missão* junto à Prefeitura de São Paulo.

O inciso referido considera efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em virtude de *missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, nos termos do art. 68.*

O art.68 do mesmo diploma dispõe “*Artigo 68 - O funcionário poderá*

*ausentar-se do Estado ou deslocar-se da respectiva sede de exercício, para missão ou estudo de interesse do serviço público, mediante autorização expressa do Governador.”*

Sem razão, no entanto.

*Missão* está relacionada ao exercício de funções diplomáticas, bélicas, ou, ao menos, de natureza policial em situações de perigo excepcional, tanto que a doutrina usa o termo “missão diplomática” ora referindo-se à pessoa física do agente diplomático ora ao órgão diplomático cujo agente é preposto.<sup>1</sup>

O exercício da subprefeitura da Sé não caracterizou uma *missão*, mas apenas o desempenho de um cargo de confiança do prefeito, de cunho político, que implicou no afastamento do delegado de polícia de seu cargo no serviço público estadual.

A licença é concedida como prêmio de assiduidade em cada período de cinco anos de exercício ininterrupto do cargo/função no serviço público estadual.

E interrompido o bloco aquisitivo pelo exercício do cargo comissionado de subprefeito, a contagem do prazo de cinco anos reinicia-se com o retorno ao exercício do cargo de delegado de polícia.

Não é possível a soma do período anterior ao afastamento com o período posterior ao retorno, porque o lapso temporal antes iniciado ficou legalmente descartado para a obtenção do prêmio, diante da exigência expressamente prevista em lei de que se completasse sem interrupção.

Não vislumbro qualquer ofensa ao art.111 da Constituição Estadual, pois o princípio da razoabilidade não serve de pretexto para olvido do princípio da legalidade estrita.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0003271-41.2005.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes A.J.M. (E OUTROS(AS)) e L.S.T.M., são apelados C.R.N., P.M.F. e F.C.C.M.F..

**ACORDAM**, em 5ª 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

1 Direito das Relações Diplomáticas - Coleção para Entender, Brant, Leonardo Nemer Caldeira; Sicari, Vincenzo Rocco. Disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=oJzDjHh-q10C&pg=PA49&lpq=PA49&dq=%22miss%C3%A3o+diplom%C3%A1tica%22+conceito&source=bl&ots=qbssr8ogt6&sig=U5U7cOo6sERoDBO\\_sChiVVh8Pw&hl=pt-BR&sa=X&ei=w\\_ZRUZzxHaT10QGsuYDgBA&ved=0CEoQ6AEwBQ#v=onepage&q=%22miss%C3%A3o%20diplom%C3%A1tica%22%20conceito&f=false](http://books.google.com.br/books?id=oJzDjHh-q10C&pg=PA49&lpq=PA49&dq=%22miss%C3%A3o+diplom%C3%A1tica%22+conceito&source=bl&ots=qbssr8ogt6&sig=U5U7cOo6sERoDBO_sChiVVh8Pw&hl=pt-BR&sa=X&ei=w_ZRUZzxHaT10QGsuYDgBA&ved=0CEoQ6AEwBQ#v=onepage&q=%22miss%C3%A3o%20diplom%C3%A1tica%22%20conceito&f=false)> Acesso em: 27.3.13

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.561)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 1 de julho de 2013.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Responsabilidade Civil. - Erro médico. - Indenização por danos morais e materiais - Equivocado atestado de óbito da filha dos autores, que foi descoberta com vida em seu velório - Óbito que havia sido constatado por uma das requeridas e atestado por outro requerido - Evidente falha no serviço - Responsabilidade dos requeridos bem demonstrada - Pensão mensal – Impossibilidade - Indenização por danos morais - Possibilidade - Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por A.J.M. e por L.S.T.M. em face de C.R.N., M.F. e F.C.C.M.F., com a alegação de que os requeridos atestaram equivocadamente o óbito de sua filha R.. Dizem que a criança nasceu prematura e que os requeridos certificaram seu óbito. Já no velório, descobriram que a criança estava viva e a levaram novamente ao hospital.

A ré F.C.C.M.F. requereu o chamamento ao processo de C.S.T.S., médica que teria constatado a morte de R.. C. apresentou agravo retido (fls. 280/295) em face da decisão que deferiu o chamamento, alegando que não há na inicial nenhum ato a ela atribuído, de forma que é parte ilegítima para responder à demanda. A F. apresentou contraminuta ao agravo retido a fls. 297/303.

O pedido de produção de prova pericial indireta de natureza médica foi indeferido (fls. 1085), tendo a M. apresentado agravo retido (fls. 1105/1107) em face de tal decisão, alegando, em síntese, que apenas a perícia indireta pode comprovar que o procedimento médico-hospitalar adotado em relação à R. foi correto.

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela M. foi afastada pela decisão de fls. 1079, em face da qual a M. apresentou o agravo retido de fls. 1108/1111, com o argumento de que a F.C.C.M.F. é pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônios próprios. Diz que a relação

da M. com a F., à época dos fatos, consistia apenas em um contrato de prestação de serviços, e que como se tratada do único hospital localizado no território do Município que prestava serviços ao Sistema Único de Saúde e por se tratar de entidade filantrópica, tinha ela preferência na contratação com a M.. Diz que a M. só pode ser responsabilizada após esgotados os bens da contratada, nos termos do artigo 70 da Lei nº 8.666/93.

A ré C.S.T.S. apresentou agravo retido (fls. 1120/1123) em face da decisão de fls. 1079, que a manteve no polo passivo da demanda, e em face da decisão de fls. 1085, que indeferiu o pedido de produção de prova pericial. A agravante alega que a demanda foi ajuizada em face de Dr. C.R.N. e que a inicial não menciona qualquer tipo de conduta que pudesse responsabilizar a agravante. Diz que não há responsabilidade solidária entre a agravante e a F. e que a prova pericial é fundamental para a apuração dos fatos e eventuais responsabilidades.

A r. sentença de fls. 1359/1367, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, e que todas as providências possíveis foram tomadas no atendimento da recém-nascida. Consignou que as testemunhas afirmaram que R. não possuía batimentos cardíacos e que estava sem temperatura. Entendeu que a médica C. tomou os procedimentos exigidos para a constatação da morte de R., não se vislumbrando no seu comportamento culpa, e que a culpa é necessária para a configuração do erro médico. Condenou os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que arbitrou em R\$5.000,00, observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Os autores apresentaram recurso de apelação a fls. 1369/1377 alegando, em síntese, que o médico que assinou o atestado de óbito de sua filha não a examinou e que houve negligência. Dizem que é inquestionável a dor que suportaram ao chegar ao cemitério e descobrir que sua filha estava com vida.

C.R.N. apresentou contrarrazões a fls. 1382/1384. A M.F. apresentou contrarrazões a fls. 1686/1417. A F.C.C.M.F. apresentou contrarrazões a fls. 1419/1439. C.S.T.S. apresentou contrarrazões a fls. 1441/1446.

O feito foi inicialmente distribuído à C. 5ª Câmara de Direito Privado, que determinou a sua redistribuição por entender que se trata de matéria de competência desta C. Seção de Direito Público.

É o relatório.

Inicialmente, não conheço dos agravos retidos de fls. 1105/1107 e fls. 1108/1111, apresentados pela Municipalidade, uma vez que não foram reiterados em contrarrazões de apelação (fls. 1386/1417).

Os agravos retidos de fls. 280/295 e de fls. 1120/1123 foram reiterados em contrarrazões de apelação (fls. 1443), de forma que devem ser apreciados.

A ré C. apresentou agravo retido a fls. 280/295 em face da decisão que

deferiu seu chamamento ao processo. Nos termos do artigo 77, inciso III, do Código de Processo Civil, **é admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários**, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

A agravante diz que não há na inicial nenhum ato a ela atribuído, de forma que é parte ilegítima para responder à demanda.

Ocorre, entretanto, que os fatos narrados pelos autores e os danos deles decorrentes estão diretamente relacionados à atuação da ré C.. Os autores buscam indenização pelos danos morais e materiais suportados em razão do equivocado atestado de óbito de sua filha Renata. Ainda que tenham ajuizado a demanda apenas em face da S.C., da M. e do médico C., que assinou o atestado de óbito de R., é certo que foi a médica C. que verificou e certificou o óbito, de forma que é solidariamente responsável por eventuais danos decorrentes de sua atuação.

O fato objeto da presente demanda, e que teria gerado danos indenizáveis, é um só: o equivocado atestado de óbito de R. - que, como será detalhado a diante, estava viva no momento de seu velório. Inicialmente integraram o polo passivo a S.C., a M. e o médico C., mas é certo que a Dra. C. também foi autora do fato e que, portanto, nos termos do artigo 942 do Código Civil, **é solidariamente responsável** pela reparação de eventuais danos dele advindos:

**“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.**

**Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”**

A situação difere daquela em que a demanda é ajuizada apenas em face da pessoa jurídica de direito público, e em que o réu busca chamar ao processo o médico responsável. No presente caso os autores ajuizaram a ação também em face do médico que assinou o atestado de óbito, de forma que a discussão sobre a conduta específica dos médicos já era objeto de discussão, não tendo o chamamento ao processo da ré C. o condão de retardar de forma relevante o andamento da causa. No caso, a responsabilidade subjetiva dos médicos já era objeto da demanda e a lide subsidiária não implica em ampliação exagerada do objeto da demanda.

Em caso semelhante, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

**“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Erro médico - Hipótese suscetível de ensejar responsabilidade solidária do hospital e, portanto, chamamento ao processo - Recurso provido” (Agravo de Instrumento nº 0381552-02.2009.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito**

**Público, Rel. Des. Leonel Costa, j. 02/03/2010).**

Assim, não pode ser provido o agravo retido apresentado pela ré C. a fls. 280/295, devendo ser mantida a decisão que deferiu seu chamamento ao processo.

O agravo retido apresentado pela ré C. a fls. 1120/1123 questiona a sua manutenção no polo passivo da demanda e o indeferimento do pedido de produção de prova pericial.

O argumento de que a agravante é parte ilegítima para figurar no polo passivo não pode ser acolhido, já que, como mencionado acima, ela participou diretamente do fato objeto da presente demanda, e que teria gerado danos indenizáveis, qual seja o equivocado atestado de óbito de R..

Em relação ao indeferimento do pedido de produção de prova pericial, melhor sorte não assiste à agravante. A análise dos autos permite a conclusão que os mesmos contêm elementos suficientes para a solução da questão, não sendo necessária a produção de outras provas.

A dilação probatória pode ser dispensada se e quando o Juiz entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa.

Assim, o agravo retido apresentado pela ré C. a fls. 1120/1123 não pode ser provido.

O recurso de apelação apresentado pelos autores, por sua vez, deve ser parcialmente provido.

Em que pese o entendimento do D. Magistrado de primeira instância, as provas juntadas aos autos indicam que os réus foram responsáveis pelos danos suportados pelos autores e que possuem o dever de indenizar os danos morais.

Tem-se dos autos que a autora L. foi atendida na S.C.F. em 07.07.2004, quando deu à luz a gêmeos prematuros, R. e R., esta última às 15 horas e 25 minutos (fls. 336). As crianças foram recebidas pelo Dr. C.R.N., que realizou o primeiro atendimento e as encaminhou ao Centro de Terapia Intensiva, aos cuidados da Dra. C.S.T.S.. A Dra. C. notou que, ao chegar, R. *“respirava espontaneamente, com desconforto respiratório leve/moderado e apresentava uma coloração de pele rósea avermelhada acentuada (...)”* (fls. 657).

Não há qualquer dúvida de que R. tenha nascido viva, o que foi confirmado pelos próprios médicos que a atenderam. O Dr. C. disse categoricamente, em Juízo, que R. nasceu viva (fls. 1265). A Dra. C. destacou que *“esse neném ele não foi considerado aborto”* (fls. 1257).

O resultado negativo obtido no exame de “docimasia hidrostática de Galeno” não é capaz de infirmar todas as demais provas juntadas aos autos, de que R. não só nasceu viva, mas viveu, respirou e apresentou batimentos cardíacos após ter sido constatado e atestado seu óbito, como será detalhado

adiante.

O laudo produzido pela Polícia Técnico Científica afirma que *“algumas exceções aos resultados da docimásia estão em certos casos em que, embora tenha havido respiração, a viscera não sobrenada”* (fls. 579). A própria Dra. C. reconheceu em Juízo que R. respirou, apesar de o teste ter resultado negativo, e tentou explicar o resultado com base na prematuridade extrema da criança (fls. 1259/1260).

R. e R. permaneceram no CTI por algumas horas, e às 02 horas da manhã do dia 08.07.2004 a Dra. C. constatou o óbito de R. (fls. 342), que foi removida para o necrotério. O óbito de R. foi constatado horas depois. Na manhã de 08.07.2004, os gêmeos foram levados à funerária, e de lá foram transportados para a capela onde ocorreria o velório. Ocorre, entretanto, que S.A.T., irmã da autora L., notou que R. estava *com “o rosto corado e movimenta (sic) a cabeça”* (fls. 537). J.A.C., coveiro, confirmou que constatou, junto com S., que a menina respirava, mexia (fls. 1356).

R. foi levada à S.C.P.P., onde foi atendida pelo Dr. J.M.B., que verificou que ela apresentava *“movimentos respiratórios superficiais bem espessos (sic)”* (fls. 483) e entrou em contato com a Dra. R.L.. A Dra. R.L. atendeu a criança e verificou que ela apresentava *“reflexos espasmódicos ao ser tocada, mas sem batimentos cardíacos e com alguns reflexos de respiração abdominal”*. A Técnica em Enfermagem M.I.A.M. confirmou que R. *“apresentava movimentos abdominais superficiais, dando a entender que respirava”* (fls. 493).

R. disse que *“ao aquecer a criança com soro aquecido e ventila-la realmente ela se tornou corada, teve melhora na respiração abdominal e pulmonar, porém sem batimento cardíaco”* (fls. 491) e que a levou para a S.C.F.. Em F., R. foi então atendida pelo Dr. J.A.F., que disse que *“por volta das 13:45 do dia 08.07.2004 na UTI recebi a gemelar feminina, trazida pela Dra. R.F., médica de P.P., ela estava estubada e com alguns movimentos respiratórios”* (fls. 546). J.A. disse que a criança foi posicionada, oxigenada, entubada e colocada em ventilação mecânica. Perguntado, respondeu que R. possuía frequência cardíaca de setenta batimentos por minuto, o que é de difícil ausculta (fls. 546).

O termo de declaração de fls. 568 indica que o Dr. J.A. disse que *“os sinais clínicos que a recém nascido apresentava era (sic) respiração irregular, hipotérmica, perfusão ruim, corada, hipotônica e hipoativa, acianótica, hidratada, anictérica (...) apresentava batimentos cardíacos por volta de 70 por minutos (sic) de difícil ausculta”*. Confirmou a fls. 570 que R. não chegou entubada e não estava em incubadora. Estava no colo da Dra. R., respirando e com batimentos audíveis.

L.R.S., enfermeira da S.C.F., disse que *“estava presente quando a gemelar feminino foi internada novamente, chegou a presenciar o Dr. J.A. fazer um novo*

*cateterismo, aqueceu o bebê, e auscultou os batimentos cardíacos, sendo certo que havia frequência”* (fls. 548). R.F.J., também enfermeira da S.C.F., falou que *“o bebê chegou acompanhado de profissionais de P.P., com vida, o qual foi direto para a incubadora e recebeu os cuidados do Dr. J.A.”* (fls. 562). T.M.P., auxiliar de enfermagem da S.C.F., disse que quando R. retornou, ela estava cianótica, mas respirava sozinha (fls. 572).

O próprio Dr. C., que havia assinado o “primeiro” atestado de óbito de R., retornou à S.C.F. após a segunda internação da criança, e disse que chegou a vê-la e que ela realmente estava apresentando sinais vitais (fls. 552). Disse que pôde verificar batimentos cardíacos no monitor (fls. 840). Em Juízo, C. confirmou que ela estava viva e que *“realmente apresentava movimentos respiratórios, tinha batimento cardíaco”* quando a viu pela segunda vez, no dia 08.07.2004, após o incidente (fls. 1266). Disse que, quando viu a criança pela segunda vez, se algum atestado dissesse que ela estava morta, ele não concordaria (fls. 1266).

Finalmente, às 20 horas e 40 minutos do dia 08.07.2004, o Dr. J.A. constatou o óbito de R. (fls. 546).

Diante do exposto, evidente que o serviço médico não foi adequadamente prestado, e que a falha ocasionou danos morais aos autores, que devem ser indenizados.

A responsabilidade de todos os réus pelo evento danoso foi bem comprovada. Os fatos ocorreram nas dependências da F.C.C.M.F., em razão a atuação de sua equipe médica. À época dos fatos, a F. se encontrava sob intervenção municipal, nos termos do Decreto Municipal nº 7.922/01, que determinou a *“intervenção, nos termos do inciso XIII, do artigo 15, da Lei nº 8.080/90, e requisitado (sic) todos os bens e serviços prestados pela F.C.C.M.F., como também todos os seus ativos, sejam eles quais forem (circulante, realizável ou permanente), além dos serviços prestados por todo seu corpo clínico e empregados, afetados à prestação de serviços para o Sistema Único de Saúde - SUS”* (fls. 148/152). Assim, evidente a responsabilidade da F.C.C.M.F. e da M..

A responsabilidade da Dra. C. decorre da negligência ao constatar equivocadamente o óbito de R. que, como demonstrado, ainda estava viva. Dr. C. também deve ser responsabilizado, já que assinou referido atestado de óbito de R..

Importante, ainda, destacar a observação de fls. 362, em que consta que a *“folha de evolução médica da U.T.I. - P., de responsabilidade da Dra. C.S.T.S. (CRM - (...)) pediatra de plantão no dia (...), onde anotou a constatação de óbito (02:00), não teve anotado o exame clínico e dados vitais, através dos óbitos (sic) da R.N. - A [R.]”*. A falta de anotação do exame clínico e dados vitais na anotação de óbito de Renata é mais um indício da falha no atendimento.

Ademais, é certo que não foi demonstrada qualquer excludente capaz de

afastar a responsabilidade dos requeridos.

Os autores pedem indenização por danos morais e indenização por danos materiais, esta última consistente em pensão mensal e vitalícia de dois salários mínimos ou em outro valor arbitrado pelo Judiciário.

Incabível a condenação dos requeridos ao pagamento de pensionamento mensal em razão do ocorrido. Ainda que o evento seja capaz de gerar danos morais indenizáveis, não há qualquer indício de que havia viabilidade ou probabilidade de sobrevivência de R., que nasceu com prematuridade extrema (entre 24 e 25 semanas de gestação), sem fenda palpebral aberta e com as genitálias em formação. Evidentemente não havia qualquer dependência econômica dos autores em relação à vítima. Dessa forma, não há justificativa para o arbitramento de pensão mensal em favor dos autores, devendo ser rejeitado o pedido inicial nesse tópico.

Os danos morais, por outro lado, são evidentes. Não há qualquer dúvida de que a simples descoberta de que a filha, cujo óbito havia sido atestado e prestes a ser enterrada, está, na realidade, viva, é evento capaz de gerar dano moral indenizável. No caso concreto, a filha dos autores passou horas no necrotério e na funerária, foi colocada em caixão e preparada para o velório e enterro, quando, na realidade, ainda possuía vida. É indubitosa a dor suportada pelos autores com a notícia de que a filha ainda possuía batimentos cardíacos e respirava, após o decreto de óbito e preparo para o sepultamento.

A obrigação de reparação pecuniária deve corresponder à extensão do dano que os autores suportaram, de forma que é necessária a fixação de um valor com caráter retributivo-compensatório da dor e tribulação suportada pelos autores. Ademais, o valor da indenização por dano moral deve ter conteúdo repressivo para que os requeridos se abstenham de condutas congêneres.

É certo que a fixação do valor devido como indenização por danos morais sempre se mostrou tormentosa.

Tem-se que o valor de R\$ 40.000,00 para cada autor se mostra adequado para compensar a dor por eles suportada e atende ao binômio de compensação da dor suportada, além de reprimir desagradáveis condutas similares por parte dos requeridos, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte dos autores.

O valor deverá ser corrigido a partir da presente data, nos termos da Súmula nº 362 do C. Superior Tribunal de Justiça:

***Súmula nº 362: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.***

Devem incidir, ainda, juros de mora a partir da data do fato, conforme a Súmula nº 54 do C. Superior Tribunal de Justiça:

***Súmula nº 54: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em***

***caso de responsabilidade extracontratual.***

Os juros moratórios devem ser calculados na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação anterior à Lei nº 11.960/09, uma vez que demanda foi ajuizada em março de 2005, antes, portanto, da vigência da Lei nº 11.960/09. Assim, a modificação legislativa introduzida pela Lei nº 11.960/09 não encontra aplicação no caso dos autos, já que os juros são matéria de direito substantivo, merecendo vigorar o princípio de direito intertemporal “*tempus regit actum*”.

Neste sentido é a posição deste Tribunal, de onde podemos destacar:

***“Alteração de juros de 0,5% para 1% - Não se cogita na aplicação da nova Lei nº 11960/2009, vez que vinga regramento de direito intertemporal tempus regit actum - Dies a quo do evento danoso”*** (13ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº 850.250-5/2-00 - Relator: Desembargador Ricardo Anafe - j. 7.10.2009).

***“Servidor Público - Adicional por tempo de serviço - Quinquênio - Base de cálculo que deve levar em conta a totalidade dos vencimentos, desconsideradas apenas as verbas eventuais - Inteligência da Emenda Constitucional 19/98 - Aplicação do artigo 1º-F da Lei 9494/97 - Honorários advocatícios mantidos - Prescrição quinquenal - Recurso do autor provido e da ré parcialmente provido.”*** (Apelação Cível nº 0052871-14.2011.8.26.0651 - 3ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida - j. 26.02.2013).

***“APELAÇÃO - Servidora pública municipal - Estágio probatório - Município de Ribeirão Preto - Prêmio- incentivo - Verba devida mesmo a servidora estando em estágio probatório - Vedação inadmissível do Decreto nº 249/96, ante o prescrito na Lei Complementar Municipal nº 406/94 - Sentença de procedência reformada em parte.***

***JUROS MORATÓRIOS - Complementação de proventos - Taxa mensal de 0,5% desde a citação até o efetivo pagamento - Não incidência do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação alterada pela Lei 11.960/09, às ações ajuizadas antes do dia 29/06/2009.***

***ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - Complementação de proventos - Termo inicial na data em que o benefício deveria ter sido pago administrativamente, respeitada a prescrição quinquenal - Não incidência do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação alterada pela Lei 11.960/09, às ações ajuizadas antes do dia 29/06/2009.”*** (Apelação Cível nº 9171055-85.2008.8.26.0000 - 5ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. Fermino Magnani Filho - j. 17.12.2012).

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais e com os honorários de seus respectivos patronos.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso dos

autores, para acolher parcialmente o pedido inicial e condenar os requeridos ao pagamento de indenização a título de danos morais aos autores, no valor de R\$ 40.000,00 para cada um, com correção monetária a partir da presente data e juros moratórios a partir da data do evento, calculados nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação contemporânea ao ajuizamento da demanda, compensados os ônus sucumbenciais ante a sucumbência recíproca.

## Apelações/Reexames Necessários

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0004604-59.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MARIA VERA LUCIA MARIANO (JUSTIÇA GRATUITA), DEBORA MARIANO BUCCINI DA ROCHA e DANIELLE MARIANO BUCCINI.

**ACORDAM**, em 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 15755)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

LEONEL COSTA, Relator

**Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ação proposta por viúva e filhas que realizaram funeral de corpo que foi equivocadamente identificado como esposo e pai das autoras, sendo posteriormente noticiado o equívoco por órgão da Administração Pública - Dano moral caracterizado - Responsabilidade objetiva do Estado reconhecida - Quantum indenizatório fixado de maneira balizada, sem excessos - Valor fixado em conformidade com critérios de razoabilidade, consideradas as peculiaridades do caso concreto - Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com o artigo 20 do CPC - Sentença de procedência**

**mantida. Recurso não provido.****VOTO**

Vistos.

Trata-se de apelação em ação ordinária ajuizada por Maria Vera Lucia Mariano, Danielle Mariano Buccini e Débora Mariano Buccini em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, buscando indenização por danos morais sofridos em razão de o órgão da Administração Pública ter se equivocado ao entregar as ossadas de outra pessoa como se fossem as de Nicolau Buccini Neto, marido e pai das autoras.

Alegam as autoras que tal equívoco lhes causou profunda dor e sofrimento, vez que realizam o funeral de pessoa diversa de seu ente querido.

A r. sentença de fls. 86/89  julgou procedente a ação, condenando a ré no pagamento da quantia de R\$ 17.850,00 para cada autora, devidamente atualizada quando do efetivo pagamento na forma da Lei 11.960/09; juros de mora a contar da citação.

Pela sucumbência, a ré foi condenada em honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00, devidamente atualizados quando do efetivo pagamento.

Aduz a FESP, em suas razões recursais, que o *quantum* indenizatório arbitrado se mostra excessivo e extrapola os lindes da demanda, vez que a exordial fixa valor da causa em R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais). Insurge-se, ainda, contra os honorários advocatícios, reputados exorbitantes pela recorrente (fls. 92/100).

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido às fls. 103/109. É o relatório.

Voto.

O pleito recursal limita-se à impugnação do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, o qual foi superior ao indicado na inicial, bem como ao valor dos honorários advocatícios.

Cumpra esclarecer, entretanto, que o valor estimado pelas autoras é por elas apontado como o mínimo, conforme se infere da assertiva que ora se transcreve: “deve ser equivalente a R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), ou então, não inferior a este”.

Portanto, o valor estabelecido na r. sentença não caracteriza julgamento *ultra petita*. A corroborar esta tese, entendimento exarado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Pedindo o autor na inicial da ação de indenização que fosse o valor arbitrado pelo Juiz, posto que tenha mencionado valor mínimo como referência, não se há de caracterizar violação do art. 460 do Código de

Processo Civil, capaz de justificar a rescisória amparada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem, em apelação, eleva o valor acima daquele mínimo indicado.” (STJ 3ªT., REsp 767.307, Min. Menezes Direito, j. 6.12.05, DJU 10.4.06).

Nesse contexto, caracterizada a responsabilidade da ré pelo dano causado às demandantes, visto que realizado funeral de pessoa diversa daquela cuja morte fora noticiada, com sofrimento suportado pelas vítimas após informação de que o corpo velado não era de seu ente querido, resta incontroverso o dano moral suportado.

Já em relação ao *quantum* indenizatório, para se fixar o valor ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao status quo ante. Este princípio encontra amparo legal no art. 947 do Código Civil.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

A meu ver, o valor da indenização deve atender determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, partindo-se da medida do padrão sócio- cultural médio da vítima, avaliando-se a extensão da lesão ao direito, a intensidade do sofrimento, a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas do ofendido e as do devedor, e a suportabilidade do encargo. Deve-se relevar, ainda, a gravidade do dano e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

A lição é do consagrado Sérgio Cavalieri Filho:

“Creio que na fixação do *quantum* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permita cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão.

(...)

A lição do mestre Caio Mario, extraída de sua obra Responsabilidade civil, pp. 315-316, pode nos servir de norte para esta penosa tarefa de arbitrar o dano moral. Diz o preclaro Mestre: “Como tenho sustentado em

minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n. 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II - pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”. (In Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., Malheiros, 2004, p. 115).

Mencione-se, por oportuno, Enunciado 379 do CEJ:

“O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

Assim, tenho por adequado o valor fixado na r. sentença - de R\$ 17.850,00 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta reais) para cada autora, quantia que não implica ônus excessivo ao ofensor nem enriquecimento sem causa ao ofendido, além de representar reprimenda suficiente para fins da função repressivo-pedagógica que a sanção deve encerrar.

Por outro lado, a verba honorária não merece redução, visto que fixada em observância do artigo 20, § 4º, do CPC.

Ora, os honorários advocatícios devem remunerar dignamente o patrono da parte, de modo que o montante de R\$ 5.000,00 não se mostra exorbitante, considerando a complexidade da causa e o trabalho realizado.

Diante do exposto, voto para negar provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0005342-18.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados LUCAS RUTKOWSKI MARTINS, OSMAR MARTINS e MIRIAN RUTKOWSKI MARTINS e Apelante JUÍZO EX OFFICIO, e apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte aos recursos. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº: 12538**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO E ALIENDE

RIBEIRO.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

**Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Ação de guardas municipais causadoras de lesões graves na vítima - Excludentes não comprovadas - Obrigação de indenizar bem reconhecida - Danos materiais e morais - Valor do arbitramento reduzido - Súmulas 54 e 362 do STJ - Recursos parcialmente providos.**

## VOTO

Recursos de apelação contra a r. sentença de fls. 983/1.007 e 1.040/1.041, que julgou parcialmente procedente ação ordinária movida pelos autores em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, acolhendo pedido de indenização por lesão corporal com sequelas graves, arbitrando compensação pelos danos morais e indenização dos danos materiais, embora em valores inferiores ao pretendido.

Os autores recorrem alegando que os danos materiais devem ser integralmente ressarcidos e majorada a pensão mensal fixada; sustentam que o valor do dano moral deve ser maior em favor dos pais da vítima e que o termo inicial dos juros e correção deve corresponder a data do evento. Pedem o provimento do apelo e a consequente reforma do julgado para julgar a ação integralmente procedente (fls. 1.094/1.1107).

A Municipalidade de São Paulo igualmente recorre insistindo na ilegitimidade ativa dos pais da vítima; nega a prática de ilícito e aponta a culpa exclusiva da vítima, a excluir o nexo causal. Nega a ocorrência dos danos morais alegados e questiona despesas enumeradas, pretendendo, ainda, a redução dos juros de mora (fls. 1.110/1.134).

Apelos tempestivos, contrarrazões às fls. 1.156/1.169 e 1.171/1.198. Gratuidade deferida aos autores.

É o relatório.

Ingressaram os autores com a presente ação indenizatória alegando que no dia 09/02/08, por volta das 23:00 horas, o primeiro autor (Lucas), filho dos demais autores, foi agredido e atingido, injustamente, por disparo de arma de fogo realizado por guardas municipais, causando-lhe lesões gravíssimas que resultaram sequelas permanentes, com prejuízos materiais e morais.

A ocorrência e lesões sofridas pelo autor Lucas são incontroversas e corresponde a prova existente nos autos.

Divergem inicialmente as partes quanto às circunstâncias nas quais ocorreram os fatos, se teria ou não havido culpa da vítima reagindo à abordagem policial, realizada no exercício normal daquela atividade.

Na oportunidade foi lavrada ocorrência policial constando a versão dos guardas municipais, isto é, teria havido resistência da vítima, por isso o uso de força (fls. 56/60).

Todavia, já no inquérito policial todas as testemunhas ouvidas desmentiram aquela versão, apontando que os policiais já chegaram de forma violenta, não houve reação ou resistência da vítima, que acabou baleada quando estava deitada no solo (fls. 70/79 e 86/87).

Depois, em Juízo, as testemunhas Claudio, Michelle e Emerson (fls. 950/952), presentes no momento dos fatos, confirmaram a conduta irregular dos guardas municipais, sem notícia de resistência ou reação da vítima.

Assim, inexistem dúvidas quanto à autoria das agressões e nexos causal; nenhuma excludente de nexos causal ou de antijuridicidade foi comprovada nos autos, permanecendo isolada a versão dos fatos apresentada pelos agressores.

Ainda que se reconheça a dificuldade da ação policial, ausente qualquer indicação nos autos a justificar a iniciativa da agressão e a realização de disparo contra a vítima, que não estava sendo perseguida, apresentava-se desarmada e não reagiu.

A conduta foi ilícita e dela resultaram danos graves, a ensejar reparação dos danos materiais e compensação dos danos morais.

O laudo do Instituto Médico Legal (fls. 706/708) confirma o que fora apontado em laudo médico juntado pelos autores (fls. 125/143), no sentido de que a vítima sofreu secção da medula espinhal, apresenta paralisia dos membros inferiores, perda da capacidade de esvaziamento da bexiga e da função reprodutora, sem informação quanto à possibilidade de reversão de tal quadro.

A natureza das sequelas aponta para a incapacidade ou, ao menos, grave restrição para o exercício das atividades laborativas pela vítima.

As testemunhas apontam que Lucas não está trabalhando (fls. 944/948), apenas uma das testemunhas referiu-se a trabalho esporádico no estacionamento da família (fls. 949).

Embora ausente informação médica conclusiva quanto a incapacidade absoluta, inegáveis as limitações, a justificar a fixação da pensão mensal, como adotado na r. sentença.

A mera possibilidade da vítima obter rendimentos superiores não justifica majoração da pensão; ausente prova objetiva quanto a renda atual e de perspectivas futuras, que poderiam ou não concretizar-se, correto o arbitramento no equivalente a um salário mínimo mensal.

As despesas médico-hospitalares devem igualmente ser suportadas pelo causador do dano, respondendo a Municipalidade pelos atos dos seus servidores, ocorridos no exercício da atividade pública.

Aquelas já realizadas estão comprovadas e devem ser ressarcidas, mesmo porque não oferecidas outras condições para sua realização à época, mantidas as exclusões impostas em primeiro grau, adiante analisadas; quanto as despesas futuras, integradas na condenação quando da apreciação dos embargos de declaração (fls. 1040/1041), a possibilidade de realização em rede pública quando apresentadas para análise, verificando-se a presença de equivalentes condições técnicas na rede pública disponibilizada.

A r. sentença determinou a exclusão de valores das notas fiscais juntadas com cópias repetidas, o que está certo, evitando-se dupla cobrança; não foi apontado o valor final na r. sentença, de modo que irrelevante, nesta fase, a verificação de eventual duplicidade na planilha (fls. 35/40), porque na liquidação serão consideradas as notas fiscais não repetidas (adotada ou não a planilha).

Foram excluídas outras notas fiscais de despesas porque ausente relação direta com o evento; tal vinculação, pelas razões expostas na r. sentença, não se presume, o que deveria ser demonstrado na fase de instrução. O controle jurisdicional é possível, até por conta do reexame necessário, por isso, igualmente mantém-se a decisão.

Ainda quanto aos danos materiais, não se tem prova nos autos de que a única fonte de recursos dos pais da vítima à época era a renda a ser obtida com a venda de imóvel, nem quanto a absoluto descompasso entre o valor da venda e os valores de mercado então praticados. Admissível que a venda tenha decorrido da necessidade causada pelo dano, porém, mais uma vez, não se presume tal prejuízo, competindo aos autores à prova correspondente, não realizada durante a instrução judicial.

A condenação por danos materiais fica mantida, portanto, nos termos adotados na r. sentença.

Quanto aos danos morais, evidente a situação anormal e injusta causada a vítima, que não se confunde com meros aborrecimentos e incômodos, implicando consequências e dificuldades permanentes, nem sempre mensuráveis.

O arbitramento do dano moral é tormentoso, avaliando-se, entre outros aspectos, a intensidade do dano, a condição das partes e gravidade da conduta; além disso, procura-se manter certa **coerência com outras compensações arbitradas**, em casos de morte da vítima ou abalo da credibilidade.

O valor correspondente a 1.000 salários mínimos, equivalentes nesta data a R\$ 678.000,00, mostra-se elevado. Considerados aqueles parâmetros acima referidos, arbitro os danos morais em favor da vítima em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), anotando-se que, no caso, foi arbitrada pensão mensal.

A gravidade das lesões e necessário acompanhamento do filho bem demonstram, na hipótese, que igualmente os pais foram atingidos pela conduta danosa, por isso, inegável sua legitimidade ativa em relação aos danos morais. O abalo psicológico deve ser compensado, o que exclui outras reparações a tal título (acompanhamento psicólogo da mãe, cujas causas são de difícil identificação).

Adotados os mesmo critérios para arbitramento, a fixação de primeiro grau, 200 salários mínimos (aproximadamente R\$ 135.000,00) para cada um mostra-se excessiva, ficando reduzida para R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) para cada um.

O valor da condenação é corrigido e acrescido de juros de mora nos termos das Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, aplicados os juros de mora de 6% ao ano, com base na Lei n. 9.494/97, art. 1º F, anotando-se que a Lei 11.960/09 foi afastada por inconstitucionalidade, conforme decidido na ADI 4357/DF.

Assim, o recurso da Municipalidade e o reexame necessário são acolhidos em parte para reduzir o valor da condenação por dano moral e os juros, enquanto o recurso dos autores é parcialmente acolhido quanto ao termo inicial dos juros; mantém-se a sucumbência, agora ajustados os honorários advocatícios, em razão da redução da condenação, de R\$ 50.000,00 para R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento parcial dos recursos, nos termos acima delimitados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0010274-44.2011.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUIZO EX OFFICIO, é apelado AUTO POSTO 4000 SANTOPOLIS DO AGUAPEI LTDA.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento aos recursos. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.710)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

**Ementa: POSTO DE GASOLINA - Autuação por comércio de combustíveis fora das especificações legais - Recurso Administrativo - Pretensão a atribuição de efeito suspensivo – Impossibilidade – Procedimento instaurado em obediência a lei 11.929/05 - Ausência de atribuição legal de efeito suspensivo a tal recurso - Ausência de direito líquido e certo - Recursos providos.**

## VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação (fls.204/211) interposta de sentença (fls.193/196), proferida em mandado de segurança objetivando o autor que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso contra eventual decisão em procedimento administrativo cujo objeto é a apuração da qualidade do combustível comercializado pelo apelado, e que pode resultar na cassação de sua inscrição estadual e fechamento compulsório de seu estabelecimento, julgando-o procedente.

A liminar foi deferida a fls.64/65, decisão da qual foi interposto agravo de instrumento (fls.221/243) ao qual não foi atribuído efeito ativo, e a final julgado prejudicado tendo em vista a prolação da decisão de fls.285/288.

O recurso foi recebido a fls. 213 no efeito devolutivo, resposta a fls.303/307, parecer ministerial a fls.187/191 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Relata o autor que se encontra em andamento perante a autoridade impetrada, procedimento administrativo cujo objeto é a apuração da qualidade do combustível por ele comercializado, pois no dia 10 de fevereiro de 2011, agentes fiscais coletaram amostras de gasolina comum e de etanol para análise, e recebeu notificação no dia 28 de março do mesmo ano, informando que o exame laboratorial constatou desconformidade do combustível com as especificações estabelecidas pelo órgão competente. Foi instaurado procedimento administrativo, visando a cassação de sua inscrição estadual. Pretende com esta ação que o recurso contra eventual decisão desfavorável lá proferida seja recebida no efeito suspensivo, pois a paralisação das atividades lhe trará prejuízos de difícil reparação.

A r. decisão julgou a ação procedente atribuindo efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pelo autor.

Apela a Fazenda pleiteando a reforma da decisão.

O recurso merece ser provido.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Pretende a impetrante atribuir efeito suspensivo em recurso administrativo, cuja finalidade é apuração da qualidade do combustível comercializado pelo autor, e que pode culminar com a cassação de sua inscrição estadual e fechamento compulsório de seu estabelecimento.

O parágrafo 5º do artigo 10 da Portaria CAT 28/05 está assim redigido:

***“Da decisão que determinar a cassação da eficácia da inscrição poderá ser interposto recurso, sem efeito suspensivo, perante autoridade imediatamente superior àquela que tenha proferido a decisão recorrida, dentro de 30 (trinta) dias, contado da data da publicação do ato da cassação no Diário Oficial do Estado”.***

Em primeiro lugar se observa que a segurança somente poderia ter sido concedida na presença de direito líquido e certo, o que respeitado o entendimento do juiz de Primeiro Grau, não restou demonstrado pelo impetrado.

O autor explora posto de combustíveis que sofreu fiscalização da Fazenda, no exercício de seu poder de polícia, considerando, ainda, a prática generalizada do crime de adulteração de combustíveis, notadamente após a vinda dos “motores flex”.

Foram realizados testes em amostras ficando comprovado que os combustíveis estavam em desacordo com as especificações legais, pois o resultado dos ensaios realizados pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, constatou que a amostra 1 (denominada prova) que continha Etanol Hidratado, estava em desconformidade com as especificações da ANP. Notificado do resultado do teste o impetrado apresentou defesa administrativa solicitando a realização dos testes na amostra 2.

Foi instaurado pela ré procedimento administrativo para decidir da cassação da inscrição estadual do Impetrante, além de outras medidas, em conformidade com a Lei 11.929/05 e a Portaria CAT 28/05.

Ocorre que sendo confirmada a adulteração após a análise da amostra 2 a autoridade determinará a cassação da eficácia da inscrição do estabelecimento no Cadastro dos Contribuintes do ICMS, além da lacração das bombas de combustível, dentre outras medidas.

Diz o artigo 8º da Portaria CAT-28, de 20/04/2005:

***“Artigo 8º - Na hipótese do resultado dos ensaios na Amostra 2 (testemunha) atestar a conformidade do combustível com as especificações estabelecidas pelo órgão regulador competente, o fisco encaminhará a Amostra 3 (contraprova) à credenciada ou conveniada com a ANP, localizada neste Estado, para realização de ensaios idênticos aos realizados anteriormente, cujo resultado prevalecerá***

**sobre os demais. (Redação dada ao “caput” pelo inciso V do artigo 1º da Portaria CAT 33/06 de 15/05/2006; DOE de 16/05/2006, efeitos a partir de 16/05/2006)!”.**

Até aqui não se trata de perquirir sobre a adulteração do combustível, o que é inviável na senda estreita do mandado de segurança, mas sim de se verificar se a cassação da inscrição estadual atentará contra direito líquido e certo do impetrante.

A resposta é negativa. Não há direito líquido e certo a ser protegido. Também não se pode falar em ausência de razoabilidade ou proporcionalidade, pois o dispositivo acima transcrito visa proteger bens e valores fundamentais como o consumidor, a coletividade e o Erário. Igualmente não se pode falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O livre exercício da atividade econômica não desobriga os contribuintes do cumprimento das exigências legais. Assim não atribuindo a lei o efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto, a segurança deve ser negada.

O entendimento está cristalizado nesta Corte:

**“Administrativo - Recurso interposto contra cassação de inscrição estadual - Atribuição de efeito suspensivo - Inadmissibilidade.**

**1. O procedimento foi instaurado em obediência à Lei n. 11.929/05, que não prevê o efeito suspensivo ao recurso administrativo.**

**2. O recurso, apresentado nos autos do procedimento administrativo visando a manutenção da inscrição estadual de empresa, não possui efeito suspensivo, nos termos da Portaria CAT 28/05.**

**3. Remessa oficial desprovida para denegar a segurança (Apelação n. 990.10.264945-8, rel. des. Laerte Sampaio j. 14/09/10).**

**“RECURSO ADMINISTRATIVO - Atribuição de Efeito Suspensivo - Autuação por comércio de combustível fora dos padrões - Cassação da eficácia de inscrição de contribuinte do ICMS - Pedido de efeito suspensivo ao recurso administrativo - Não cabimento: O procedimento foi instaurado em obediência à Lei n. 11.929/05, que não prevê efeito suspensivo ao recurso administrativo (...)” Apelação n. 994.08.150853-3, rel. des. Israel Góes dos Anjos j. 18/01/10.**

**Mandado de segurança - Impetrante submetida a processo administrativo perante a Autoridade impetrada. Em face do apontamento de irregularidades em amostra de Etanol Combustível - Pretensão em conferir efeito suspensivo a eventual recurso administrativo a ser interposto - Impossibilidade - Aplicação da Lei n. 11.929/2005 e Portaria CAT 28/2005 que estabeleceu e efeito meramente devolutivo ao recurso - Ordem denegada - Recurso improvido. Apelação Cível 0045471-42.2010.8.26.0114 rel. Luiz Burza Neto.**

**MANDADO DE SEGURANÇA - Recurso Administrativo - Autuação por comércio de combustível fora dos padrões - Pedido de efeito suspensivo ao recurso administrativo. – Não cabimento: o procedimento foi instaurado em obediência à Lei n. 11.929/05 que não prevê o efeito suspensivo ao recurso administrativo - Segurança concedida – Recurso oficial provido. Apel. 0002534-69.2010.8.26.0032 - Rel.Reinaldo Miluzzi.**

Assim o recurso da Fazenda deve ser acolhido, reformando-se a sentença prolatada.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Reexame Necessário nº 0015044-85.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS e JUÍZO EX- OFFICIO, é apelado ODAIR FRANCO.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao reexame necessário. Apelo autárquico não conhecido. V.U”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 15.163**)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente sem voto), VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO E LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 30 de julho de 2013.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

**Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO - AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - CUMULAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 7º DA LEI 5.316/67.**

**CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PREVIDENCIÁRIA - INADMISSIBILIDADE - INCOMPATIBILIDADE LÓGICA - EVENTUAL INCAPACIDADE PARCIAL ABSORVIDA PELA INCAPACIDADE TOTAL - BIS IN IDEM - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA REFORMADA.**

## Reexame necessário provido e apelo autárquico não conhecido.

### VOTO

Trata-se de ação acidentária buscando o restabelecimento do auxílio-acidente cessado após a concessão de aposentadoria por invalidez.

A demanda foi proposta na Justiça Federal, que declinou da competência e encaminhou os autos a esta Justiça Estadual.

O pedido foi julgado procedente para determinar o restabelecimento do benefício, devendo ser pagas as parcelas desde a data da cessação até a efetiva reimplantação, mais consectários legais (fls.160/164).

Apela o vencido, buscando a reforma da r. sentença, sob o argumento de que não há possibilidade de percepção simultânea do auxílio-acidente e aposentadoria, em razão da vedação constante na Lei n. 9.528/97.

O recurso foi recebido e respondido e a Procuradoria Geral de Justiça não apreciou o mérito da pretensão recursal.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

#### **É o relatório.**

Conheço da remessa oficial por força do que dispõe o art. 475, inciso I, do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, que incluiu entre as pessoas jurídicas de direito público as suas autarquias e fundações públicas.

Por outro lado, o recurso autárquico não comporta conhecimento por ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, qual seja, o preparo, na forma do porte de remessa e de retorno dos autos, como assim determina o artigo 511 do Código de Processo Civil, nestes termos:

*“Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”*

Assim é que a Lei Estadual 11.608, de 29 de dezembro de 2003, em seu artigo 6º, dispensa do recolhimento de taxa judiciária a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações.

Todavia, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II, a mencionada lei deixa claro que não se incluem no conceito de taxa judiciária despesas com porte de remessa e de retorno dos autos no caso de recurso, sendo tal valor estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura.

É certo que no Estado de São Paulo, em que a própria Lei 11.608/03 isenta a autarquia do pagamento de preparo, a questão apenas versa sobre o porte de remessa e de retorno, o qual é indubitavelmente devido.

No caso, o apelo foi interposto quando já vigorava a norma citada. Portanto, inviável o seu conhecimento.

Mesmo assim o julgamento prosseguirá por força do reexame necessário, devendo ser reformada a sentença.

A cumulação entre referidos benefícios é claramente inviável, uma vez que a parte autora estaria sendo considerada ao mesmo tempo portadora de uma incapacidade parcial e outra total para o labor.

Desse modo, manter o auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez seria um ato ilógico. Vê-se que a incapacidade parcial está sendo absorvida pela incapacidade total. Logo, a concomitância destes benefícios geraria um *bis in idem*.

Neste sentido vale citar os recentes julgados:

**ACIDENTE DO TRABALHO. BENEFÍCIO. CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE ACIDENTÁRIO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PREVIDENCIÁRIA. INVIABILIDADE, NO CASO EM TESTILHA. RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.** (Ap. s/ Rev. 445.288-5/7-00 – 16ª Câm. de Direito Público - Rel. Juiz Valdecir José do Nascimento - J. 20.01.2009)

**ACIDENTE DO TRABALHO - Aposentadoria por invalidez previdenciária e auxílio-acidente Cumulação - Inadmissibilidade, ainda que os fatos geradores sejam distintos - Impossibilidade de amparo ao segurado em razão de incapacidade parcial e total ao mesmo tempo - “Bis in idem” - Recurso oficial, considerado interposto, provido para julgar improcedente a ação.** (AP. s/ Rev. 457.830-5/4-00 17ª Câmara de Direito Público Rel. Juiz Alberto Gentil J. 20.01.2009).

**ACIDENTARIA-IMPEDIMENTO À CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECONHECIMENTO.** *“A manutenção do auxílio-acidente concomitantemente com a aposentadoria por invalidez acarretaria duplo amparo ao segurado (incapacidade profissional parcial e total ao mesmo tempo), o que geraria um bis in idem inaceitável. Seria o mesmo que considerar que estaria ele incapacitado ‘totalmente e mais um pouco’, o que é inadmissível e ilógico. Não há, pois, que se cogitar de cumulação dos benefícios nessa hipótese”* (Agravo de Instrumento nº 807.477-5/8-00 16ª Câmara de Direito Público Rel. Juiz Luiz de Lorenzi J. 16.12.2008).

Observa-se ter sido concedido ao obreiro auxílio-acidente a partir de 09/04/1976 e, posteriormente, a aposentadoria por invalidez previdenciária, em 16/01/2004 (fl. 20).

Em razão da vedação de cumulação de benefícios imposta pela Lei n. 9.528/97, dito auxílio-acidente foi suspenso a partir do início da referida

aposentadoria, com o que não se conformou o obreiro, motivo do ajuizamento da ação acidentária para restabelecimento daquele benefício, a qual foi julgada procedente.

Pois bem. A discussão versa sobre a possibilidade ou não da cumulação do auxílio-acidente e da aposentadoria.

De início constatamos que o auxílio-acidente teve início em 09/04/1976, data em que estava em vigor a Lei 5.316/67, que não previa o caráter vitalício do auxílio-acidente, dispondo em seu art. 7º, parágrafo único:

“Art. 7º (...),

**Parágrafo único. Respeitado o limite máximo estabelecido na legislação previdenciária, o auxílio de que trata este artigo será adicionado ao salário de contribuição, para o cálculo de qualquer outro benefício não resultante do acidente” (Grifo nosso).**

Portanto, o princípio “*Tempus Regit Actum*” é por demais adequado para a solução da controvérsia, o que significa que o auxílio-acidente concedido sob a égide da Lei 5.316/67 cessa com o deferimento de outro benefício não relacionado ao acidente, no caso em tela, a aposentadoria por invalidez previdenciária.

Nesse sentido tem-se firmado a jurisprudência desta Corte:

**ACIDENTE DO TRABALHO - Restabelecimento de auxílio-acidente - Auxílio-acidente concedido na vigência da Lei nº 5.316/67 - Aposentadoria por idade quando em vigor a LF 8.213/91, com as alterações introduzidas pela LF 9.528/97 - Acumulação - Inadmissibilidade - Reforma da r. sentença, para julgar improcedente a ação, ficando o autor isento do pagamento dos encargos de sucumbência - Recurso provido.**

*(Apelação Cível nº 462.231-5/2, 17ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Rebello Pinho, J. 18/12/2007)*

*Acidente do Trabalho - Cumulação - Auxílio-acidente concedido na vigência da Lei nº 5316/67 - Aposentadoria previdenciária - Impossibilidade em razão do disposto no seu art 7º, § único e em decorrência do princípio “tempus regit actum”.*

*(Apelação Cível nº 621.987-5/0, Rel. Des. Adel Ferraz, julgada em 14.08.2007).*

Dessa forma, tem-se que a concessão do auxílio-acidente não goza do caráter vitalício, em razão da falta de previsão legal, motivo pelo qual merece reforma a sentença.

**Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao reexame necessário para julgar IMPROCEDENTE o pedido, observando-se a isenção legal que favorece o obreiro. Apelo autárquico NÃO CONHECIDO.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0032694-14.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUIZO EX OFFICIO, é apelado ADRIANA CORREIA DE CAMPOS.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Adriano Tavares de Campos.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10543)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 31 de julho de 2013.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

**Ementa: APELAÇÃO. Mandado de Segurança. Pretensa concessão da liminar para suspensão dos efeitos do Auto de Embargo e de Infração e Multa. Admissibilidade. Auto de Embargo sem motivação. Conjunto probatório a demonstrar a regularidade da construção e a desídia do Município em oferecer profissional habilitado a efetuar e correta medição do terreno e identificar a efetiva irregularidade. Liminar concedida inicialmente. Sentença de concessão da ordem mantida. Município que não pode se beneficiar da própria torpeza. Via eleita adequada para dirimir a questão. Tratando-se de ato administrativo vinculado ao regime administrativo, basta sua confrontação com a legislação de regência e o rol documental apresentado. Negado provimento ao recurso.**

## VOTO

### I. RELATÓRIO

Cuida-se de apelação da r. sentença de fls. 442/449 que, em mandado de segurança impetrado por **ADRIANA CORREIA CAMPOS** contra ato do senhor **SUBPREFEITO DE PINHEIROS**, julgou procedente a ação nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC para decretar o levantamento imediato

do Embargo da Obra e, ainda, a nulidade das multas aplicadas decorrentes de tal ato constritivo. A impetrante aforou a presente ação mandamental objetivando desconstituir embargo realizado em obra de construção de edificação nova em imóvel de sua propriedade e, sob o fundamento da ilegalidade da medida porquanto não lhe fora concedida oportunidade de defesa nem teria sido realizada vistoria técnica no local é que impetrou o presente *mandamus*. Fora concedida liminar para determinar a aferição da metragem da obra e decisão do procedimento administrativo instaurado para anulação do embargo (fls. 57/58). Inconformado com a r. sentença de procedência do pedido, **apela o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (FLS. 458/465)** e, em preliminar pleiteia a inadequação da via eleita devendo ser extinto o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC. No mérito, sustenta que agiu nos termos da legalidade e o embargo da obra da autora se efetivou em razão do desvirtuamento da obra em relação ao projeto. Pleiteia a denegação da ordem. Há reexame necessário (fls. 449). Recebido o recurso (fls. 466), sobrevieram as contrarrazões (fls. 469/479). **É o relatório.**

## II. FUNDAMENTO E VOTO

### 1. O presente recurso **não comporta provimento.**

2. Conforme se depreende da inicial, a autora, proprietária de imóvel situado na rua João Adriano de Camargo nº 62, nesta Capital, em 08 de julho de 2008 teve aprovado projeto de execução de residência unifamiliar conforme **Alvará de Aprovação e Execução nº 2008/32102-00 (fls. 31/33)** e, no decorrer das obras a impetrante fora surpreendida pela visita de uma **Agente Vistora** sob a alegação de que a execução da obra estaria ocupando o passeio público em total desacordo com o projeto aprovado. Assim, em 28 de junho de 2010 foi lavrado um Auto de Intimação nº 08905, Auto de Embargo nº 741 e Auto de Multa nº 13-166.173-6 (fls. 35/39). Em 05 de julho de 2010 a impetrante protocolizou pedido administrativo de desembargo (fls. 41/42) sem, no entanto, obter êxito. Também solicitou e apresentou projeto modificativo de obra (P.A. n.º 2010.0.045.758-0), que está ainda ‘em análise’ (fls. 304). Sob o fundamento de afronta aos princípios básicos do devido processo legal e do contraditório, bem como a ausência de profissional habilitado a aferir a medição regular do lote para que verificasse a regularidade da obra é que impetrou o *mandamus*. A MM.<sup>a</sup> Juíza houve por bem conceder a segurança, e como tal deverá ser mantida em razão da identificação do ato coator ponderando, inclusive, o fato de a impetrante ter seu direito restrito sobre sua propriedade na medida em que o procedimento administrativo ficou paralisado há mais de 19 meses no que se refere à medição da área. A Prefeitura local, ademais, não disponibilizou profissional habilitado com precisão técnica a verificar eventual ‘desconformidade’ identificada que efetivamente justificasse o ato administrativo de embargo da obra.

### 3. A preliminar suscitada pelo Município de que o mandado de segurança

configura ação de rito célere e não comporta dilação probatória não merece respaldo porquanto suficientemente demonstrado o ato abusivo. Ressalte-se que o pedido da autora cinge-se na anulação do Auto de Embargo da Obra e os respectivos Autos de Multa e, tratando-se de ato administrativo vinculado ao regime administrativo, basta sua confrontação com a legislação de regência e o rol documental, sabidos, portanto, os fatos relevantes ao deslinde da controvérsia para que seja concedida ou não a ordem pleiteada. A via processual é adequada na medida em que a descrição da autuação da impetrante não especifica a irregularidade da obra, ausência de vistoria técnica com profissional devidamente habilitado, ausência de comprovação por parte da autoridade impetrada que demonstre o desvirtuamento do projeto aprovado configuram atos coatores perfeitamente passíveis de correção pela via processual eleita. O conjunto probatório trazido aos autos fora hábil a definir os limites entre impetrante e autoridade coatora, não havendo razão para que haja produção de prova pericial. Aliás, seria difícil sua produção em sede de mandado de segurança.

4. **Mérito.** No mérito, da mesma forma não comporta respaldo a pretensão da apelante. Os atos coatores constante às fls. 20/22 (dois autos, por sinal) não esclarecem suficientemente, com as minúcias necessárias, a razão do embargo da obra, mas tão somente assim descreve a natureza da infração: “Ocupação de área municipal (calçada) indevidamente pela obra que está ocorrendo no local.”

A Administração alegou, em certo momento, que a autora construiu área de 32m<sup>2</sup> extra projeto, o que também seria irregular. Tal fato também foi objeto de auto de infração.

**4.1.** O agente vistor que efetuou o embargo, ao se manifestar no processo administrativo (fls. 46 verso) assim requereu:

“(...) solicito providenciar medição no terreno, via agrimensor, para que seja verificado se a obra não avança o passeio...”

Ainda, em continuidade no processo administrativo, a **SUBPREFEITURA DEPINHEIROS**, por intermédio do funcionário Sr. Paulo Barreto dos Santos (fls. 50) assim despachou:

“Em análise aos certificados de propriedade, fls. 9 a 14, plantas gráficas, fls. 17 e 18, Q. Fiscal, geraram 72/73 e mapas digitais juntados às fls. 25 a 27, e em face de não dispor de arruamento, nesta unidade, para o local pende-se pela legalidade da ocupação...” (g.n.)

**4.2.** O que se observa é que somente com a medição regular do terreno é que haveria a possibilidade de saber se a autora invadiu a calçada e praticou alguma irregularidade no recuo frontal para que justificasse a lavratura dos Autos de Embargo e Multa. Todavia, face ao descaso do Município em oferecer servidor capacitado para tal mister, inclusive desrespeitando própria determinação judicial, a própria impetrante contratou a produção de uma **Ata**

**Notarial** para comprovação das medidas do imóvel, com especial enfoque à questão da calçada e recuo frontal com a indicação da existência de um poste de ligação provisória de luz bem no meio do recuo, - documento com tripla função: **autenticadora, probatória e conservadora** - de fls. 363/364 que assim constatou:

“(…) Iniciei a constatação tirando a medida do perímetro do imóvel que se situava a esquerda do terreno conforme (Figura 02); este perímetro tinha 30 (trinta) metros. Em seguida tirei a medida do perímetro da entrada do imóvel que na ocasião era a “face frontal” conforme (Figura 02) e este tinha dez metros. Após tirei a medida do perímetro do imóvel que se situava à direita do terreno de quem olha pela sua frente; que na ocasião era a “face com o Vizinho “B”, conforme (Figura 02); este tinha 30 (trinta) metros. Por penúltimo fiz a constatação do perímetro do fundo do imóvel que na ocasião era a “face do fundo” conforme (Figura 02) e este perímetro tinha 9,90 metros. Por fim medi o “recuo Frontal” entre a “face com o vizinho C” muro frontal do imóvel e a primeira parede do início da edificação, sendo este recuo de exatos 6m conforme (Figura 02). Todo o recuo frontal de 6 m por 10 m está descoberto e há apenas um muro que separa a entrada de autos e este recuo, conforme Fotografia 01 (vista superior da entrada do imóvel) e Fotografia 02 (vista frontal da entrada do imóvel). Há ainda no meio do recuo frontal um Medidor de Consumo de Energia Elétrica (relógio) com um poste onde estão ligados os fios vindos da rua, que o solicitante me informou ser a ligação provisória de energia da obra. (...)”

5. Por outro lado, o rol probatório trazido pelo Município é concludente no sentido de que o Auto de Embargo lavrado se consubstanciou em **‘eventual desconformidade sem absoluta precisão técnica’**. Advirta-se que mesmo com a liminar concedida para que o Município efetuasse a medição do terreno e aferisse a regularidade da obra, esta não foi efetivada, não podendo, portanto, reverter sua desídia o Poder Público em ônus à impetrante. O parecer da Assessoria Jurídica da Administração, em 28/12/2010, fora contundente ao considerar que os documentos apresentados pela impetrante demonstram a regularidade da ocupação e solicitou a disponibilidade de recursos para a contratação de serviços de topógrafo (fls. 344). O parecer elaborado pelo Engenheiro Celso Roberto Colletti às fls. 361, da mesma forma, não apresenta a irregularidade da construção realizada.

6. A Administração não disponibilizou profissional habilitado a efetuar a medição necessária. Os processos administrativos cuja discussão abrange o imóvel discutido nos autos estão paralisados desde 2011, conforme se verifica pelos extratos juntados pela impetrante às fls. 480/483. O projeto de modificação de obra também.

7. Deste modo, partindo-se da premissa que ao impetrado incumbe a demonstração da existência de eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor e o Município não trouxe elemento comprobatório que motive o ato coator combatido, e, em contrapartida, por ter a impetrante colacionado elementos de prova suficientes a demonstrar o ato ilegal praticado, de rigor a manutenção da concessão a ordem, nos termos da r. sentença.

O que se constata dos autos, pelas fotografias juntadas, é que a toda área foi constituída irregularmente, ou ao menos, à margem da legislação municipal, gerando os conflitos como o dos autos. Cabe, pois, precipuamente, 'ex officio', à Administração regularizar a área, toda a área, dentro das normas de posturas, nacionais e locais, com brevidade. Quanto mais brevemente melhor mas, até que tal ocorra, **o particular que demonstre boa-fé** não pode ser prejudicado em seu direito de construir.

8. Isto posto, voto pelo **nego provimento aos recursos oficial e voluntário, mantendo-se integralmente a r. sentença.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0040256-06.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO "EX OFFICIO", é apelado VALDINEIA PESSIN.

**ACORDAM**, em 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 22037)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores e FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente sem voto), LEONEL COSTA E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 26 de agosto de 2013

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, Relator

**Ementa: POLICIAL MILITAR. ABONO DE PERMANÊNCIA - LEI 943/03: CABIMENTO. O abono de permanência da Lei 943/03 favorece os militares. Benefício instituído aos servidores civis e aos militares. Exegese da norma em consonância com a Constituição Federal. Sentença mantida. Recurso**

**desprovido.**

## VOTO

Vistos;

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação contra r. sentença de fls. 58/60, nos autos da ação mandamental impetrada por VALDINEIA PESSIN contra ato praticado pelo Chefe do Centro de Despesa de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento do direito ao abono de permanência previsto pela EC nº 41/03 e a cessação imediata do desconto de 11% referente a contribuição previdenciária, por meio da qual o D. Magistrado “*a quo*” julgou procedente o pedido, concedendo a segurança pleiteada para assegurar o recebimento de seus vencimentos sem o desconto da contribuição previdenciária e o de repetir os valores descontados a esse título, a partir da impetração, com incidência de imposto de renda sobre a vantagem.

Por meio de suas razões recursais a Fazenda Pública defendeu a reforma da sentença, sustentando que as condições para a aquisição de aposentadoria dos policiais militares não seguem as mesmas regras dos demais servidores civis, e que a Leis Complementares nº 943/03, nº 1.012/07 e 1.013/07 não dispõem sobre abono de permanência para os policiais militares.

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado que se acha instruído com o suprimento das razões adversas.

### ***É o relatório. Passo ao voto.***

Conheço do reexame necessário a que a sentença está submetida, por força do disposto no artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/09, bem como conheço da apelação, porquanto tenho por presentes pressupostos de admissibilidade.

No mérito, anoto que o recurso não comporta o acolhimento almejado, consoante fundamentação a seguir.

Insurgiu-se a apelante contra a sentença que reconheceu o direito à percepção do benefício previdenciário do apelado desde o momento no qual adquiriu o direito à aposentação. Defende que a inexistência do direito ao recebimento de abono de permanência, ante a ausência de previsão legal, além de invocar dispositivos constitucionais para limitar a extensão do benefício aos policiais militares.

Razão não lhe assiste, contudo. A questão foi muito bem apreciada pelo eminente Desembargador Fermino Magnani Filho, no julgamento do recurso de apelação nº 0022373-46.2012.8.26.0053, cuja discussão centra-se na mesma matéria de direito debatida nestes autos. Peço vênha para transcrever o respectivo e v. Acórdão:

*“A Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 41/2003, expressamente consagrou o direito daquele que, tendo completados os requisitos para aposentadoria voluntária, opte por continuar a servir a coletividade até a aposentação compulsória, recebendo para tanto o abono de permanência. Neste sentido:*

*Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

*§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:*

*II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição...*

*§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.*

*Não por outra razão que a Lei Complementar nº 943/2003 previu, em sua disposição transitória, o pagamento do abono de permanência:*

*Artigo único: O servidor abrangido por esta lei complementar, que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária ou vier a completá-las, de acordo com a legislação vigente, e que permanecer em atividade no serviço público, ficará isento do pagamento da contribuição previdenciária até a data da aposentadoria compulsória.*

*Alteração posterior deste diploma não suprimiu o direito ao pagamento do abono de permanência. Deveras, conforme previsto no artigo 11 da Lei nº 1.012/2007: O servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea a, do inciso III, do § 1º, do artigo 40 da Constituição Federal, ou que tenha cumprido os requisitos do § 5º do artigo 2º ou do § 1º do artigo 3º, ambos da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal.*

*E para não restar margem à dúvida, o âmbito de abrangência pessoa expressamente incluiu os servidores militares:*

*Artigo 13 - O disposto nesta lei complementar aplica-se aos servidores titulares de cargos efetivos da Administração direta e indireta, da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e seus Conselheiros, além das Universidades, Defensoria Pública, Poder Judiciário e seus membros, e Ministério Público e seus membros, abrangidos pela Lei Complementar n° 1.010, de 1° de junho de 2007.*

***Parágrafo único - Aos servidores militares ativos, da reserva reformada e seus pensionistas aplicam-se somente as regras previstas nos artigos 8° e seguintes desta lei complementar.***” (TJSP, Apelação Cível n.º 0022373-46.2012.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, v.u., j. 4.3.2013)

Desta feita, a pretensão recursal da Fazenda Pública do Estado de São Paulo não comporta acolhimento, porquanto, ao demonstrar a reunião dos requisitos para aposentar-se voluntariamente, o pedido inicialmente elaborado pela impetrante é amparado pela Lei Complementar n° 1012/07, permitindo a concessão da segurança pretendida: a consistente na obtenção da tutela para reconhecer-lhe o direito ao recebimento do abono de permanência e assim, cessar os descontos previdenciários de 11%, encontra amparo no ordenamento jurídico.

Neste mesmo sentido, encontramos precedentes nesta 5ª Câmara de Direito Público e neste E. Tribunal de Justiça. Vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA - Servidor militar - Impetração para o fim de obter o direito ao pagamento do abono de permanência - Direito que deve ser reconhecido - Exegese do disposto no artigo 41, § 19, da Constituição Federal, bem como das Leis n° 943/2003 e 1.012/2007 - Pagamento do abono de permanência a ser efetuado até que sejam preenchidos os requisitos estabelecidos para aposentação compulsória - Precedentes desta Corte - Apelação e reexame necessário não providos.” (TJSP, Apelação Cível n.º 0022373-46.2012.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, v.u., j. 4.3.2013)

“MANDADO DE SEGURANÇA - Policial militar que optou permanecer na ativa, tendo completado as exigências para a aposentadoria voluntária - Direito à isenção da contribuição previdenciária e ao recebimento do abono de permanência - Inteligência do art. 40, § 19, da Constituição Federal, c/c arts. 11 E 13 da Lei Complementar Estadual n° 1.012/07 - Sentença concessiva da segurança que merece ser mantida - Recursos oficial e da Fazenda Estadual desprovidos.” (Apelação Cível n° 0025996-55.2011.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, relator

Desembargador Ferraz de Arruda, j. 07/11/2012).

*“APELAÇÃO ABONO DE PERMANÊNCIA - SERVIDOR MILITAR - Pretensão de recebimento do benefício desde a data em que o autor preencheu os requisitos para aposentadoria voluntária - Sentença procedente - Decisão que deve subsistir - Benefício estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03. Norma autoaplicável - Desnecessário o requerimento administrativo - A Administração Pública tem condições de aferir quando o servidor terá direito à aposentadoria - Precedentes deste Tribunal Policiais Militares que também fazem jus ao referido benefício - Inteligência dos arts. 8º, 11 e 13, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 1.012/2007 - R. sentença que, no entanto, merece pequenos reparos - Juros moratórios e correção monetária que devem ser aplicados nos termos do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09 - Honorários advocatícios - Verba que deve ser calculada com moderação, segundo apreciação equitativa dos critérios enumerados no artigo 20, §3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código de Processo Civil - Mitigação que se impõe, considerados a própria natureza da ação, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço - Reexame necessário (pertinente na espécie) e apelo da Fazenda do Estado de São Paulo parcialmente providos.” (TJ-SP, Apelação n.º 0002388-58.2011.8.26.0625, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, v.u., j. 26.9.2012)*

Logo, a pretensão em debate nestes autos reúne condições para prosperar, posto que o benefício examinado claramente aplica-se aos militares estaduais, devendo-se manter a sentença nos termos em que proferida.

Isso posto, voto no sentido do **desprovidimento** do presente recurso e do reexame necessário, consoante exposta fundamentação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0001400-50.2008.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante JUSSARA FUJIYAMA DOS SANTOS.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos voluntários e deram provimento em parte ao recurso oficial. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO E VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 27 de agosto de 2013.

CYRO BONILHA, Relator

**Ementa: ACIDENTÁRIA - Segurança de casa lotérica - Acidente típico - Sequela de ferimento por arma de fogo - Vínculo empregatício reconhecido em reclamação trabalhista - Nexo causal comprovado - Exame pericial que reconheceu a incapacidade total e permanente da autora - Descabimento da associação de lesão ocupacional com outra de origem extralaborativa (cardiopatia hipertensiva grave) para a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária - Auxílio-acidente devido a partir da juntada do laudo pericial - Valores em atraso que devem ser atualizados na forma do art. 41 da Lei nº 8.213/91- Incidência do IPCA-E a partir da elaboração da conta de liquidação - Juros de mora devidos a partir do termo inicial do benefício, mês a mês, de forma decrescente - Aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09, porém apenas no que concerne aos juros, ante o resultado do julgamento da ADI nº 4.357 pelo STF - Honorários advocatícios que devem ser fixados segundo a orientação da Súmula nº 111 do STJ - Exclusão da imposição de custas ao INSS - Recursos voluntários desprovidos, provido em parte o oficial.**

## VOTO

A r. sentença de fls. 163/166, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Jussara Fujiyama dos Santos, condenando o INSS a pagar-lhe aposentadoria por invalidez a partir da data da realização do laudo (25/08/2009 - fls. 141); mais abono anual; juros moratórios de 1% ao mês contados da citação; atualização monetária nos termos da Lei nº 8.213/91; custas e despesas processuais; e honorários advocatícios de 10% sobre o total das prestações vencidas à época do efetivo adimplemento.

Inconformado, apela o INSS, buscando a improcedência da demanda. Sustenta que a sentença trabalhista trazida aos autos não pode servir de fundamento para a comprovação do nexo causal. Tece considerações a respeito

da matéria, mencionando jurisprudência que reputa respaldar sua posição. Alega, ainda, que a obreira perdeu a qualidade de segurada, não fazendo jus à concessão do benefício.

Apela também a autora, postulando a alteração do termo inicial da aposentadoria para a data do acidente (15/01/1998).

Recebidos e processados os recursos, somente a obreira apresentou contrarrazões.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, havendo recurso “ex officio”.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Inicialmente, cabe observar que a autora propôs reclamação trabalhista, cuja sentença reconheceu o vínculo empregatício no período de 22/09/1997 a 29/05/1998, condenando a empregadora (Ana Maria da Silva José - ME) a pagar-lhe as verbas lá especificadas. Outrossim, determinou à reclamada a anotação do contrato de trabalho na CTPS da obreira, bem como o recolhimento das parcelas previdenciárias de todo o período trabalhado (fls. 67/68).

Conquanto o INSS não tenha participado da lide, a decisão da Justiça do Trabalho produz necessariamente efeitos que refletem na esfera previdenciária/acidentária, visto que, reconhecido o vínculo empregatício e determinado o recolhimento das parcelas previdenciárias cabíveis, emerge a condição da obreira de segurada da Previdência Social.

Na situação aqui delineada, cabe à autarquia verificar se a empregadora efetuou os recolhimentos determinados, não podendo privar a obreira dos benefícios acidentários.

No tocante à alegação de que a obreira não faria jus à concessão do benefício por não mais ser segurada, tem-se que, respeitado o convencimento dos que defendem posição diversa, a eventual perda da qualidade de segurada, decorrente do fato de a obreira ter deixado de contribuir para a previdência por longo prazo, em razão de desemprego, não a impede de reclamar indenização acidentária, desde que comprovado que o acidente ou a moléstia incapacitante tenha se verificado durante o período em que mantinha essa qualidade.

No mais, lastreia-se a pretensão da autora na alegação de estar incapacitada para o trabalho em decorrência de seqüela resultante de acidente sofrido no exercício da função de segurança de casa lotérica, quando, durante assalto, foi atingida por disparo de arma de fogo (conforme descrito no Boletim de Ocorrência trazido aos autos às fls. 22 e vº).

Realizados os exames pertinentes e efetuada a avaliação médica,

constatou o perito ser a autora portadora de “artrose no joelho direito e cardiopatia hipertensiva grave” (fls. 140), atestando que as moléstias acarretam “incapacidade total e permanente”, não tendo a obreira “condições de exercer qualquer atividade que garanta a sua subsistência” (fls. 139).

No tocante ao nexa causal, esclareceu o “expert” que as lesões no joelho foram causadas “pelo ferimento com arma de fogo” sofrido “quando o local de trabalho foi assaltado” (fls. 135), sendo a cardiopatia uma “doença degenerativa grave” (fls. 140), provocada por uma “hipertensão arterial sistêmica” (fls. 135).

Ocorre que não se admite a associação de doenças laborativas e extralaborativas para a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária.

Com efeito, não mais vigora o antigo Decreto nº 79.037/76, regulamentador da Lei nº 6.367/76, o qual previa no art. 52 a possibilidade de concessão de aposentadoria por invalidez acidentária na associação de doenças, quando houvesse concomitantemente à moléstia ocupacional outra incapacidade não decorrente do trabalho.

Dentro desse quadro, respeitado o convencimento do ilustre magistrado, inviável o acolhimento do pedido de aposentadoria por invalidez acidentária.

Contudo, evidenciada a redução parcial e permanente da capacidade de trabalho e constatado o nexa de causalidade com relação às lesões no joelho direito, é de ser concedido à obreira o auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício a partir da juntada do laudo pericial (15/10/2009 fls. 132), quando veio para os autos a prova da incapacidade.

Com efeito, o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação do art. 23 da Lei nº 8.213/91 é no sentido de que, para efeito de fixação do início do benefício acidentário, quando não houve prévia comunicação da doença ou acidente profissional ao instituto segurador, deverá levar-se em conta a data da apresentação em juízo do laudo médico-pericial que atestou a incapacidade.

No mais, cabe deixar explicitado que o débito será atualizado pelos índices de correção pertinentes (no caso, pelo IGP-DI), seguindo-se a forma estabelecida pelo art. 41 da Lei nº 8.213/91, com incidência mês a mês sobre as prestações em atraso.

Outrossim, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em sede de recurso especial repetitivo, a atualização do crédito a partir da elaboração da conta de liquidação deve ser feita pelo IPCA-E (REsp 1.102.484/SP, 3ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 22/04/2009, DJe de 20/05/2009).

Acrescer-se-ão juros de mora a partir do termo inicial do benefício, mês a mês, de forma decrescente.

É oportuno consignar que, em face da superveniência da Lei nº 11.960/09,

será aplicada a alteração definida pelo art. 5º, porém apenas no que concerne aos juros, ante o julgamento da ADI nº 4.357 pelo Supremo Tribunal Federal, que, entre outros pontos, reconheceu (por arrastamento) a inconstitucionalidade do critério lá previsto para a correção monetária (índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança).

Anote-se, ainda, que a renda mensal inicial será reajustada pelos índices previdenciários de manutenção, observada a proporcionalidade no primeiro reajuste.

A verba honorária comporta alteração, diante do entendimento já consolidado na Súmula nº 111 do STJ, que afasta do cálculo as prestações vincendas, de modo que o percentual definido recairá somente sobre as vencidas até a sentença.

Por fim, a Autarquia está isenta do pagamento de custas (art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/03), ficando excluída essa parte da condenação, ressalvadas, entretanto, as despesas suportadas pela outra parte, desde que comprovadas.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos voluntários e dou provimento em parte ao recurso oficial.

## Ações Rescisórias

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0088521-38.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é réu SINDICATO DOS HOSPITAIS CLÍNICAS CASAS DE SAÚDE LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria, julgaram procedente a ação rescisória, denegando a segurança, vencidos os Desembargadores João Alberto Pezarini, Francisco Olavo, Octávio Machado de Barros e Carlos Giarusso Santos, farão declaração de voto os Desembargadores Erbeta Filho e Carlos Giarusso Santos.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), JOÃO ALBERTO PEZARINI, FRANCISCO OLAVO, ROBERTO MARTINS DE SOUZA, OCTAVIO MACHADO

DE BARROS, ERBETTA FILHO, SILVA RUSSO, CARLOS GIARUSSO SANTOS E OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 25 de julho de 2013.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

**Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA de v. acórdão proferido em mandado de segurança - Julgado que entendeu incabível a exigência de taxa de lixo por não observar os requisitos de especificidade e divisibilidade - Entendimento em sentido contrário ao do STF - Súmula Vinculante nº 19 - AÇÃO PROCEDENTE para rescindir o v. acórdão e denegar a segurança.**

## VOTO

1. Cuida-se de Ação Rescisória proposta pelo MUNICIPIO DE SÃO PAULO com base no art. 475, V, CPC, contra SINDICATO DOS HOSPITAIS CLÍNICAS CASAS DE SAÚDE LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

2. Pretende o autor rescindir acórdão da 14ª Câmara de Direito Público que entendeu pela ilegalidade da exigência de taxa de resíduos sólidos do serviço de saúde, criada pela Lei Municipal 13.478/2002, por não observar os requisitos de especificidade e divisibilidade.

3. Alega o autor que ele figurou como réu no mandado de segurança, no qual o v. acórdão manteve a r. sentença concedendo a segurança para suspender a exigibilidade da referida taxa; requer que seja rescindido o v. acórdão para reconhecer a legitimidade da taxa de resíduos sólidos de serviço de saúde, já que foi violado o disposto no art. 145, II da CF e o art. 77 do CTN, do qual se depreende que compete ao Município instituir uma taxa de coleta de resíduos sólidos; aduz que a referida taxa atende os requisitos da especificidade e divisibilidade; sustenta que o v. acórdão contraria entendimento emitido pelo STF com a edição da súmula vinculante nº 19, a qual afirma que a taxa de remoção de lixo ou resíduos não viola o art. 145, II da CF. Aduz, por fim, que a Lei Municipal nº 13.478/02, que institui a taxa de resíduos sólidos de serviço de saúde, atende aos requisitos da especificidade e divisibilidade, previstos no art. 145, II da CF; no mais, informa que a referida taxa utiliza como critério de rateio do serviço o volume potencial de lixo coletado, transportado, tratado ou destinado, conforme art. 96 da Lei Municipal nº 13.478/02, o que atende o critério da razoabilidade.

4. O indeferimento da inicial, ao fundamento de ausência de hipótese legal de rescisória, foi cassado pelo v. acórdão de fls. 985/ss, que proveu respectivo

agravo regimental.

5. Regularmente citado (fls. 1.003), em prol da improcedência da rescisória, o réu apresentou contestação (fls. 1.008/ss e 1073/ss), alegando, em preliminar, coisa julgada inatacável por rescisória, dado o teor da súmula 343 do STF. No mérito, aduz que o v. acórdão que se pretende rescindir foi publicado aos 31/07/2009, ao passo que a súmula vinculante em 10/11/2009, motivo pelo qual não há que se alegar, validamente, violação do julgado à aludida súmula, pois esta sequer fala em modulação de efeitos (CF, art. 103-A). Ainda tece argumento no sentido de que, caso atendida a pretensão do autor, a) a segurança jurídica que se espera da garantia constitucional da coisa julgada fica comprometida; b) haverá violação de princípios constitucionais expressos no art. 145, II, CF e no CTN, art. 77, isonomia tributária, capacidade contributiva, proibição do confisco.

#### **É o relatório.**

5. Desnecessária instrução probatória, por se cuidar unicamente de matéria de direito, passa-se ao julgamento antecipado.

6. Rejeita-se a preliminar de violação à coisa julgada, já que a ação rescisória é mecanismo previsto no CPC, justamente, para impugnar decisão judicial transitada em julgado, conforme arts. 485 e 495.

Frise-se que não se nega a existência da súmula 343 do STF, cujo teor é o seguinte: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Todavia, tal súmula não tem o condão de impedir a presente rescisória, já que a matéria em debate é de índole constitucional, não de lei.

#### **7. O mérito.**

A questão é saber se deve ser rescindido v. acórdão desta Corte que entendeu pela ilegalidade da exigência de taxa de lixo por não observar os requisitos de especificidade e divisibilidade.

A ação é procedente.

Os pedidos rescindendo e rescisório merecem ser acolhidos.

Com efeito, em autos de mandado de segurança, a 14ª Câmara de Direito Público, por meio de v. acórdão cuja cópia encontra-se acostada às fls. 857/ss destes autos, entendeu descabida a cobrança de taxa de coleta de resíduos sólidos do serviço de saúde instituída pela Lei Complementar Paulistana nº 13.478/2002, ao fundamento de que referida taxa abrange não só a coleta de lixo, mas também a manutenção de aterro sanitário, bem como destinação final do lixo hospitalar. Por tais razões, a taxa de serviços urbanos ou de lixo, não preencheria os requisitos de especificidade e divisibilidade a que se refere o

artigo 145, II, da Constituição Federal. Referido acórdão teve a seguinte ementa:

**TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DO SERVIÇO DE SAÚDE – TRSS - Legitimidade do sindicato para impetração de mandado de segurança coletivo - Preliminares rejeitadas - Falta de divisibilidade e especificidade - Cobrança descabida Apelação não provida.**

Ora, a Lei Complementar Municipal nº 13.478/2002, instituiu a taxa acima mencionada, sendo discriminada nos artigos 93 a 98/ss. Confira-se:

**Art. 93. Fica instituída a Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - TRSS destinada a custear os serviços divisíveis de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, de fruição obrigatória, prestados em regime público nos limites territoriais do Município de São Paulo.**

**Art. 94. Constitui fato gerador da Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - TRSS a utilização potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, de fruição obrigatória, prestados em regime público.**

**§ 1º São considerados resíduos sólidos de serviços de saúde todos os produtos resultantes de atividades médico-assistenciais e de pesquisa na área de saúde, voltadas às populações humana e animal, compostos por materiais biológicos, químicos e perfurocortantes, contaminados por agentes patogênicos, representando risco potencial à saúde e ao meio ambiente, conforme definidos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.**

**§ 2º São ainda considerados resíduos sólidos de serviços de saúde os animais mortos provenientes de estabelecimentos geradores de resíduos sólidos de serviços de saúde.**

**Art. 95. A utilização potencial dos serviços de que trata o artigo 93 ocorre no momento de sua colocação à disposição dos usuários, para fruição. 28/82.**

**Parágrafo único. O fato gerador da Taxa ocorre ao último dia de cada mês, sendo o seu vencimento no quinto dia útil do mês subsequente, podendo esse prazo ser prorrogado na forma do regulamento.**

**Art. 96. A base de cálculo da Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - TRSS é equivalente ao custo da prestação dos serviços referidos no artigo 93.**

**Parágrafo único. A base de cálculo a que se refere o “caput” deste artigo será rateada entre os contribuintes da Taxa, na proporção da quantidade de geração potencial de resíduos sólidos dos serviços de**

saúde gerados, transportados, tratados e objeto de destinação final, nos termos desta Seção.

**Art. 97. O contribuinte da Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde é o gerador de resíduos sólidos de saúde, entendido como o proprietário, possuidor ou titular de estabelecimento gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde no Município de São Paulo.**

**Parágrafo único.** Estabelecimento gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde é aquele que, em função de suas atividades médico-assistenciais ou de ensino e pesquisa na área da saúde, voltadas às populações humana ou animal, produz os resíduos definidos no parágrafo anterior, entre os quais, necessariamente, os hospitais, farmácias, clínicas médicas, odontológicas e veterinárias, centros de saúde, laboratórios, ambulatórios, centros de zoonoses, prontos-socorros e casas de saúde.

**Art. 98. Para cada estabelecimento gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde - EGRS corresponderá um cadastro de contribuinte.**

Todavia, o Colendo STF apreciou a questão, reiteradamente, decidindo pela constitucionalidade da referida taxa. No RE 576321, o plenário do Supremo asseverou que “a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza, realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros)”.

O entendimento supramencionado foi pacificado naquela Corte, editando-se a Súmula Vinculante nº 19, com a seguinte redação:

**A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.**

De fato, alegou o réu que o v. acórdão que se pretende rescindir foi publicado aos 31/07/2009, ao passo que a súmula vinculante em 10/11/2009, motivo pelo qual não há que se alegar, validamente, violação do julgado à aludida súmula, pois esta sequer fala em modulação de efeitos (CF, art. 103-A).

Contudo, a ideia prevalecente no legislador atual (CPC, arts. 475-L, § 1º, e 741, Parágrafo Único), é que não vingue decisão judicial fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, tal como o v. acórdão rescindendo, já que contraria a súmula vinculante 19, a qual,

direta ou indiretamente, rechaçou alegações destinadas a sustentar violação a a) segurança jurídica que se espera da garantia constitucional da coisa julgada fica comprometida; b) haverá violação de princípios constitucionais expressos no art. 145, II, CF e no CTN, art. 77, isonomia tributária, capacidade contributiva, proibição do confisco.

Assim, tem-se que o v. acórdão rescindendo é incompatível com o entendimento sedimentado no Colendo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual julga-se procedente a ação rescisória para desconstituir o v. acórdão exarado pela 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido nos autos de mandado de segurança, denegando-se, por consequente, a pretendida segurança.

Pelo exposto, julga-se procedente a presente ação rescisória.

Ante a sucumbência, condena-se a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Pelo meu voto, julga-se procedente a ação, nos termos acima aduzidos.

## Conflitos de Competência

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027328-51.2013.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante 17ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por unanimidade, julgaram procedente o conflito e competente a 8ª Câmara de Direito Público.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.363)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, SOUZA NERY, CYRO BONILHA, ANTONIO CARLOS VILLEN, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, VENICIO SALLES, RICARDO ANAFE, OSVALDO CAPRARO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, RENATO DELBIANCO, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR E PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

MOACIR PERES, Relator

**Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Não obstante a ação ter por objeto a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, entende-se que a pretensão do autor foi fundamentada no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São José dos Campos, não se inserindo na competência preferencial da 17ª Câmara de Direito Público - A competência das Câmaras Acidentárias abrange as acidentárias propostas contra o INSS, com base na Lei nº 8.213/91, as quais não se confundem com ações de responsabilidade civil, ainda que estas possam decorrer de acidente e/ou doenças relacionadas com o trabalho - Inteligência do art. 2º, inc. II, “a” da Resolução nº 194/2004 - Conflito procedente. Competência da 8ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso.**

## VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 17ª Câmara de Direito Público, figurando como suscitada a Colenda 8ª Câmara de Direito Público.

O Instituto de Previdência do Servidor Municipal de São José dos Campos interpôs recurso de apelação contra a r. sentença que, nos autos dos embargos à execução em ação acidentária, julgou parcialmente procedentes os embargos (fls. 37).

O recurso de apelação foi distribuído à 8ª Câmara de Direito Público que representou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público, no sentido da redistribuição da apelação à 16ª ou 17ª Câmara de Direito Público (fls. 98/99).

A 17ª Câmara de Direito Público, observando que “a matéria não se encontra inserida na competência preferencial para as ações relativas a acidentes de trabalho fundada no direito especial, ou seja, na Lei nº 8.213/91 (fls. 113), suscitou conflito de competência, determinando a remessa dos autos à Turma Especial da Seção de Direito Público (fls. 112/115).

É o relatório.

Desponta dos autos que a ação originária tem por objeto a concessão da aposentadoria por invalidez acidentária, em conformidade com a Lei Complementar nº 56/92 (fls. 15/26). O pedido foi julgado procedente, “para condenar o IPSM a aposentar o autor por invalidez permanente, nos termos dos

artigos 161, inciso I, 163, inciso I e 213, todos da Lei Complementar Municipal nº 56/92, considerando-se a partir da citação (14/10/98) (fls. 122/123 do apenso)”.

Dispõe o artigo 2º, inciso II, alínea “c”, da Resolução 194/2004, que as 16ª e 17ª Câmaras têm competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundadas no direito especial.

Não obstante a ação ter por objeto a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, entende-se que a pretensão do autor foi fundamentada no estatuto dos Servidores Públicos do Município de São José dos Campos, não se inserindo na competência preferencial da 17ª Câmara de Direito Público.

À evidência, como bem observou o douto Desembargador Ricardo Graccho, “a competência da 16ª e 17ª Câmaras abrange as ações acidentárias em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com fundamento na legislação infortunística, as quais não se confundem com ações de responsabilidade civil, ainda que estas possam decorrer de acidente e/ou doenças relacionadas com o trabalho” (fls. 113).

Neste sentido, já assentou esta Colenda Turma Especial de Direito Público:

“Conflito de Competência - Ação indenizatória proposta por servidor contra a Municipalidade - Pretensão fundada em Lei e no Código Civil - Feito que não se insere na competência das Câmaras Acidentárias, às quais cabe o julgamento de recursos oriundos de ações acidentárias propostas contra o INSS, com fulcro na Lei nº 8.213/91 - Inteligência do art. 2º, II, “c”, da Resolução nº 194/2004 - TJSP - Competência da 2ª Câmara de Direito Público (suscitada) para o julgamento do recurso - Precedentes do Colendo Órgão Especial e da Egrégia Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo” (Confl. Comp. nº 0036406-06.2012.8.26.0000, Rel. Des. Adel Ferraz, j. 17.8.2012).

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente a 8ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0118048-98.2012.8.26.0000, da Comarca de Apiaí, em que é suscitante 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São

Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por V.U., julgaram procedente o conflito de competência e consideraram competente a Câmara Suscitada, 6ª Câmara de Direito Público.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 18.338.)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente), MOACIR PERES, RICARDO DIP, SOUZA NERY, CYRO BONILHA, ANTONIO CARLOS VILLEN, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, ADEL FERRAZ, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, RICARDO ANAFE, OSVALDO CAPRARO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, RENATO DELBIANCO, OCTAVIO MACHADO DE BARROS E PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 9 de agosto de 2013.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

**Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Incidente de impugnação à concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça, em sede de ação de cobrança, movida por particular contra o Município de Apiaí e a Câmara Municipal local - Autor da ação que aduz ter prestado serviços de transporte à segunda ré, utilizando-se, para tanto, de seu veículo particular - Recurso originalmente distribuído para a 15ª Câmara de Direito Público desta Corte, que declina da competência, havendo redistribuição para a 6ª Câmara de Direito Público - Decisão monocrática do Relator que devolve os autos à 15ª Câmara - Conflito de competência suscitado por esta - Matéria em discussão que, em verdade, não se insere naquela prevista no art. 2º, inciso II, letra “b”, da Resolução n. 194/2004 - Típica questão de Direito Administrativo - Inexistência de matéria tributária a ser tratada - Conflito de competência procedente, para fixar a competência da Câmara suscitada.**

## VOTO

Vistos.

Cuida-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pela Colenda **15ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 91/94), em relação à Colenda **6ª Câmara de Direito Público** do mesmo

Tribunal, sendo pertinente aduzir-se que cuida-se, aqui, de recurso de Apelação, interposto por OSCARLINO DIAS contra a r. sentença proferida nos autos de incidente de impugnação à concessão de justiça gratuita, em sede de ação de cobrança que lhe é ajuizada pela PREFEITURA MUNICIPAL DE APIAÍ (proc. n. 030.01.2003.002152-0, da Vara Única da Comarca de Apiaí), tendo a referida decisão aduzido, inicialmente, que a competência efetivamente não pertenceria à referida 15ª Câmara, na medida em que, a teor do disposto na Resolução n. 194/2004, do Colendo Órgão Especial desta Corte, às Câmaras Especializadas em tributos municipais competiria o julgamento das “ações e execuções relativas à dívida ativa das Fazendas Municipais”, não se enquadrando o caso em tela em tais hipóteses, na medida em que cuida-se de matéria absolutamente estranha à competência de tais Câmaras. Destarte, o ínclito Desembargador Relator determinou a livre redistribuição do recurso a uma das Câmaras compreendidas entre a 1ª e a 13ª Câmaras de Direito Público.

Após regular redistribuição do referido incidente, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público determinou, por meio de r. decisão monocrática da lavra do ínclito Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS (fl. 77), a volta dos autos ao eminente Relator originário, para os fins de cumprir-se a Resolução n. 471/2008; caso assim não entendesse S. Exa., que os autos lhe voltassem para a suscitação do conflito.

Sobreveio então o novo Acórdão, da lavra do ínclito Desembargador ARTHUR DEL GUÉRCIO, que suscitou o conflito negativo de competência, refutando as alegações contidas na decisão anterior (fls. 91/94).

Os autos foram encaminhados ao Colendo Órgão Especial desta Corte, tendo, após regular tramitação, sido prolatado o V. Acórdão de fls. 117/119, da lavra do douto Desembargador PIRES NETO, que entendeu que seria competente não o Órgão Especial, mas sim a Turma Especial da Seção de Direito Público deste Tribunal, para a resolução da questão verificada.

Foram então os autos redistribuídos a este Relator (fl. 124).

É o relatório.

Malgrado as divergências aqui verificadas, além do evidente respeito que merece a r. decisão da lavra do ínclito Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS, entendo que o recurso de apelação, tirado nos autos do presente incidente de impugnação à concessão dos benefícios da gratuidade processual, *deve ser conhecido e julgado pela Câmara suscita; ou seja, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, na medida em que a matéria, em verdade, não seria da competência das Câmaras Especializadas em tributos municipais.*

Senão, vejamos.

Cuida a ação principal, em verdade, não de cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública municipal de Apiaí, quando então estaria plenamente justificada

a distribuição do recurso a uma das Câmaras especializadas em Direito Tributário Municipal desta Corte (14ª, 15ª e 18ª Câmaras), mas sim de *mera cobrança por serviços de transporte, prestados pelo autor Oscarlino à Câmara Municipal de Apiaí* (vide, a propósito, a cópia da petição inicial, constante de fls. 49/53 destes autos).

Ou seja; a questão não envolve, em absoluto, qualquer cobrança de tributo municipal, mesmo porque a referida cobrança é feita pelo suposto prestador dos serviços à Câmara Municipal, e não pela Prefeitura contra o particular.

Aduza-se, a propósito, que o digno Procurador de Justiça, oficiante no colendo Órgão Especial desta Corte, ao apresentar o seu parecer de fls. 107/110, trouxe essa questão com clareza à baila, opinando no sentido de fixar-se a competência na 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal (vide fl. 110, *in fine*), por absoluta ausência de identidade da matéria discutida com aquela atribuída à competência das Câmaras especializadas.

Esta Turma Especial já apreciou questões assemelhadas, cabendo a lembrança das seguintes decisões:

**“Conflito de competência - MS impetrado com o objetivo de obter a liberação de notas fiscais eletrônicas a prestador de serviços, sob alegação de inconstitucionalidade da Instrução Normativa Paulistana 19 SF/SUREM, que apenas autoriza a emissão de notas fiscais eletrônicas aos contribuintes em dia com o Fisco - O pedido é o critério considerado pelo RI para definição da competência (art. 100) - Ação que não versa sobre tributo municipal ou cobrança, mas sobre a invalidade do ato normativo - Competência da 10ª Câmara de Direito Público - Improcedência do conflito”** (Conflito de Competência n. 0011134-73.2013.8.26.0000 - Comarca da Capital - Relator o Desembargador URBANO RUIZ).

E também:

**“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Agravo de instrumento contra liminar concedida em mandado de segurança - Impetrante que sustenta ter direito à expedição de “auto de conclusão de obra” independentemente de recolhimento do ISS - Caso em que não há discussão sobre a matéria tributária - Competência da suscitante (6ª Câmara de Direito Público)”** (Conflito de Competência n. 0017088-71.2011.8.26.0000 - Comarca da Capital - Relator o Desembargador CYRO BONILHA).

E mais:

**“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - Ação declaratória de nulidade de autos de infração - Multas impostas à autora por falta de limpeza e capinação na área de passeio em lotes de sua propriedade - Débitos não inscritos em dívida ativa - Questão não afeta às Câmaras que cuidam dos tributos municipais - Declarada a competência da 5ª Câmara de Direito Público”**



(Dúvida de Competência n. 990.10.438282-3 - Comarca de Piracicaba - Relator o Desembargador REINALDO MILUZZI).

A matéria tratada nos autos principais, de onde foi gerado o incidente em questão, em verdade *sequer resvala* questões atinentes a tributos municipais; cuida-se, como já referido, de ação de cobrança movida por particular contra o Poder Público municipal, em virtude da alegada existência de prestação de serviços de transporte por parte do autor da ação à Câmara Municipal de Apiaí, nada havendo que trate dos diversos tributos da competência das Municipalidades.

Destarte, meu pronunciamento é no sentido de que a competência para o processamento e julgamento do caso *sub judice* é da Colenda 6ª Câmara de Direito Público do nosso Tribunal de Justiça, ora suscitada, que recebeu a distribuição do recurso após ter a Colenda 15ª Câmara declinado de sua competência para apreciá-lo.

Com isto, por meu voto, conhece-se do conflito e **julga-se-o procedente, para estabelecer a competência da 6ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitada, para o processamento e julgamento do presente recurso.

## SEÇÃO CRIMINAL

### Agravos em Execução Penal

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0136784-33.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MARIA HAYDEE SAAVEDRA LOPES. (Voto nº 19753)

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso ministerial para cassar a r. decisão de fl. 40, que concedeu à sentenciada Maria Haydee Saavedra Lopes a progressão ao regime semiaberto, determinando a sua recondução ao regime fechado. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente sem voto), PENTEADO NAVARRO E SOUZA NERY.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

SÉRGIO COELHO Relator

**Ementa: Agravo em execução. Progressão de regime. Benefício deferido a estrangeira. Insurgência ministerial. Sentenciada que cumpre pena pela prática de tráfico de entorpecentes, e que não comprovou ostentar situação regular no país. Impossibilidade de dedicação à atividade laborativa. Risco de frustração de eventual ordem de expulsão. Recurso provido, determinando-se a recondução da sentenciada ao regime fechado.**

#### VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fls. 40, que promoveu a sentenciada Maria Haydee Saavedra Lopes ao regime semiaberto.

Na minuta de agravo (fls. 45/51), postula o Dr. Promotor de Justiça a reforma da decisão, aduzindo que a agravada não possui o requisito subjetivo

para obter a progressão de regime prisional. Argumenta que a recorrida é *“estrangeira e sem vínculo algum com o país, para onde veio com o intuito único e exclusivo de traficar, razão pela qual se obtido o benefício irá frustrar o cumprimento da pena”* (fl. 47).

Regularmente processado e contrariado (fls. 55/61) o agravo, e mantida a decisão recorrida (fl. 62), os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso (fls. 104/109).

### **É o relatório, em síntese.**

O recurso comporta provimento, preservado o posicionamento da douta Magistrada de primeiro grau.

Com efeito, a sentenciada Maria Haydee Saavedra Lopes cumpre pena de 6 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão pela prática de tráfico de entorpecentes, com término previsto para 30/08/2014 (fls. 6/11). Não se trata de traficante ocasional, pois, segundo as razões recursivas, a agravada foi condenada porque *“guardava 69.808kg (sessenta e nove quilogramas e oitocentos e oito gramas) de cocaína, para fins de comércio espúrio”* (fl. 47), conforme, aliás, se vê das decisões condenatórias (fls. 71/95).

Como se não bastasse, vê-se do relatório interprofissional criminológico que a sentenciada tem dois filhos, *“um menino que está com 13 anos e a filha de 16 que encontra-se grávida de 5 meses, ambos estão em Lima com os avós paternos”* (fl. 25), restando assentado, também, que *“suas expectativas futuras, quando estiver em liberdade, intenciona reorganizar a vida, residir com mãe e marido e voltar ao trabalho”* (fl. 29). Tal situação, como bem observou a douta Promotora de Justiça oficiante, *“desaconselha a progressão por ser evidente a frustração dos fins da pena: na primeira oportunidade a sentenciada voltará para seu país e a pena imposta pelas autoridades locais restará frustrada”* (fl. 51).

Ademais, embora conste da documentação colacionada aos autos que *“não há informação sobre expulsão”* com relação à agravada (fl. 63), é intuitivo que o decreto de expulsão não venha a tardar, ante a prática criminosa pela qual foi condenada.

Destarte, não faz jus à progressão de regime prisional, que, como se sabe, possibilita saídas temporárias e trabalho externo, o que certamente contribuirá para que a sentenciada retorne ao tráfico ou mesmo deixe o país, frustrando eventual ordem de expulsão. Nesse passo, aliás, vem bem a propósito a observação feita em julgado de que foi Relator o eminente Desembargador Amado de Faria: *“Conquanto inexistam notícias acerca de decreto de expulsão do sentenciado, esta é medida que fatalmente será tomada após o cumprimento integral da pena, lembrando que a lei incumbe às autoridades, Juiz e Promotor,*

*o envio de ofício à Polícia Federal para que esta dê início a tal procedimento. Assim é que a condição pessoal do sentenciado, sem raízes no país e sem visto de permanência, não recomenda a concessão da progressão ao regime semiaberto. Vale anotar que o art. 97, da Lei nº 6.815/80, proíbe ao estrangeiro com situação irregular no País o exercício de atividade honesta e remunerada. E, sendo esta uma condição necessária para tornar possível a fruição do benefício, não há outra conclusão senão a de que a peculiar situação da agravada é incompatível com a progressão de regime” (TJSP, 8ª Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal nº 0290049-26.2011.8.26.0000). Ora, decretado o ato, a sentenciada será expulsa do país, assim que terminar de cumprir a pena, configurando manifesta incoerência colocá-la em liberdade, quando iminente a proibição de permanência em solo nacional.*

Assim também tem decidido o Col. Supremo Tribunal Federal:

*“HABEAS CORPUS. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semi-aberto. A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. Habeas Corpus conhecido, mas indeferido” (HC 68135/DF 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 20/08/1991, DJ 13/09/1991).*

*“PENAL. ESTRANGEIRO CONDENADO, COM EXPULSÃO DECRETADA. REGIME SEMI-ABERTO. NÃO É DE SER CONCEDIDO O REGIME SEMI-ABERTO AO ESTRANGEIRO CONDENADO NO BRASIL, E CUJA EXPULSÃO FOI DECRETADA, SOB PENA DE PODER VIR A FRUSTRAR-SE A PRÓPRIA ORDEM DE EXPULSÃO. (RHC 64643/SP SÃO PAULO, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho j. 18/-2/1986 DJB 27/02/1987, p. 2955).*

Na mesma linha o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

*“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. PACIENTE ESTRANGEIRA. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.*

*Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado. Precedentes do STJ. Ordem denegada” (HC 159070/SP - Rel. Min. Gilson Dipp - 5ª Turma j. 07/10/2010 DJ 25/10/2010).*

E nem se alegue que a impossibilidade de progressão de regime prisional, no caso, contraria o princípio da isonomia, porquanto o interesse social é pela expulsão da agravada imediatamente após o término da pena, não havendo porque libertá-la para reinseri-la na mesma comunidade em que se fez indesejável.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial para cassar a r. decisão de fl. 40, que concedeu à sentenciada Maria Haydee Saavedra Lopes a progressão ao regime semiaberto, determinando a sua recondução ao regime fechado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0158326-44.2012.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante ROBSON CLEBER ROSSI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. (Voto nº 27.793)

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para cassar a decisão que determinou a regressão do sentenciado ao regime fechado, determinando ao Ilustre Juiz da Execução Penal que cumpra a determinação inserta no § 2º do artigo 118 da Lei de Execução Penal, proferindo, em seguida, outra decisão como entender de direito. Dentro do poder cautelar do Juiz, mantiveram a suspensão preventiva do regime prisional mais brando. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

WILLIAN CAMPOS Relator

**Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO - FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE - REGRESSÃO - ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE A AUSÊNCIA DE OITIVA DO SENTENCIADO - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO § 2º DO ARTIGO 118 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - RECONHECIMENTO. Ocorrendo a prática de falta grave, o condenado deve ser ouvido, obrigatoriamente, antes da decisão definitiva que determinar a regressão do regime prisional, na forma do artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal. Isto porque a regressão deve ser calcada em procedimento no qual se obedeça os**

## princípios do contraditório e da ampla defesa.

### VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo sentenciado Robson Cleber Rossi, contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba, que reconheceu a falta grave cometida em 24.11.2011, determinou a regressão ao regime fechado e declarou perdidos 1/3 dos dias remidos.

Requer o agravante a decretação da nulidade da r. decisão, pois a regressão ao regime fechado exige, nos termos do artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, oitiva judicial prévia, que não pode ser suprida pela autoridade apuradora. Sustenta que o processo de execução penal possui natureza jurisdicional, no qual são assegurados todos os direitos garantidos pelas leis material e processual, tais como contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e direito à prova, os quais não se suprem pelo processo administrativo (fls. 45/50).

Apresentada a contraminuta (fls. 52/59) e mantida a r. decisão (fls. 60), a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 72/75).

#### É o Relatório.

Deflui dos autos que o sentenciado cumpria pena em regime semiaberto quando cometeu infração disciplinar de natureza grave, consistente em posse de aparelho de telefone celular. Diante disso, o M. Juízo da Execução determinou sua regressão ao regime fechado, com fundamento no artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal (fls. 35).

No caso dos autos, não foi realizada a audiência de justificação prevista no artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, que prevê a oitiva prévia do reeducando antes da decisão que determina a regressão de regime prisional.

Desta forma, o configurado o cerceamento de defesa. Neste sentido, é o entendimento desse Egrégio Tribunal:

**PENA - REGIME PRISIONAL - REGRESSÃO COM FUNDAMENTO NAS HIPÓTESES DO INCISO I E DO § 1º DO ARTIGO 118 DA LEI Nº 7.210/84 - OBRIGATORIEDADE DA OITIVA DO CONDENADO, SOB PENA DE ANULAÇÃO DO PROCESSO EXECUTÓRIO. Obrigatória, sob pena de anulação do processo executório, a oitiva do condenado no caso de regressão de regime prisional fundamentada nas hipóteses do inciso I e do § 1º do artigo 118 da Lei nº 7.210/84, como previsto no § 2º. A razão da obrigatoriedade prende-se à possibilidade de o sentenciado justificar o fato provocador da regressão (RT 666/302).**

O Excelso Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

**EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE - APURAÇÃO - REGRESSÃO - PRÉVIA AUDIÊNCIA DO CONDENADO EM JUÍZO - INDISPENSABILIDADE - LEI Nº 7.210/84, ARTIGO 118, § 2º. A Lei nº 7.210/84, que instituiu entre nós a política de execução penal, incorporou no seu texto dogmas de elevado conteúdo pedagógico e de grande alcance na busca do ideal de recuperação e ressocialização do condenado, conferindo, para tanto, especial relevo à atuação do Juiz da Vara das Execuções Penais, no sentido de se entender imprescindível a audiência pessoal do condenado pelo Juiz, após fins de imposição de regressão de regime prisional. Recurso ordinário provido (RHC 7.459- DF, DJU de 31.08.98, p. 120).**

Sem dúvida, hoje é pacífico o entendimento no sentido de ser inconcebível, no Estado de Direito minimamente democrático, a atuação jurisprudencial ex officio, sendo obrigatória a oitiva prévia do condenado, antes de qualquer decisão que altere materialmente sua situação prisional.

Assim, tratando-se de imposição final de regressão de regime prisional, exige-se a audiência prévia do condenado a fim de propiciar eventual justificação da prática do fato caracterizado como falta grave, ou a demonstração da sua improcedência, se for o caso. Caso contrário, nulo o procedimento, pois nega vigência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente consagrados.

Nestas circunstâncias, acolhe-se o pedido recursal para cassar a decisão que reconheceu a falta disciplinar de natureza grave, por inobservância do disposto no § 2º do artigo 118 da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, dentro do poder geral de cautela do juiz, mantém-se a suspensão cautelar do regime prisional favorecido, até a apreciação da conveniência, ou não, da regressão definitiva, isto porque a aplicação da sanção disciplinar obedeceu ao procedimento adequado para sua apuração, nos termos do artigo 59 da Lei de Execução Penal.

**Dá-se provimento ao recurso para cassar a decisão que determinou a regressão do sentenciado ao regime fechado, determinando ao ilustre Juiz da Execução Penal que cumpra a determinação inserta no § 2º do artigo 118 da Lei de Execução Penal, proferindo, em seguida, outra decisão como entender de direito. Dentro do poder cautelar do Juiz, mantém-se a suspensão preventiva do regime prisional mais brando.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal

nº 0218127-85.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARLOS ALBERTO SANTOS DE JESUS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. (Voto nº 4.329)

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

IVO DE ALMEIDA Relator

**Ementa: AGRADO EM EXECUÇÃO Tráfico de drogas - Medida de segurança Decisão que prorrogou a internação imposta por mais um ano Parecer psiquiátrico indicando a necessidade da manutenção da medida Decisum bem lançado Recurso não provido.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto pelo sentenciado Carlos Alberto Santos de Jesus contra a r. decisão de fls. 37, que prorrogou, por um ano, a medida de segurança a ele imposta, tendo em vista a não cessação de sua periculosidade.

Inconformado, recorre requerendo a cassação da decisão agravada com o consequente afastamento da medida de segurança, argumentando para tanto, em suma, que a Lei 11.343/06 não prevê constrição de liberdade para inimputáveis. Subsidiariamente, pugna pelo tratamento contra dependência química (fls. 02/06).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 09/11), tendo sido mantida a r. decisão combatida (fls. 43).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do agravo (fls. 47/49).

**É, em síntese, o relatório.**

Cumprе consignar, de início, que este Relator requisitou o Processo de Execução nº 546.915 diretamente à 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital, pois o presente recurso de Agravo em Execução não estava devidamente instruído para o perfeito julgamento.

De acordo com os autos, o agravante respondeu a dois Processos como incurso no artigo 12, “caput”, da Lei 6.368/76. O primeiro refere-se aos autos nº 050.02.013054-6/0, em que a r. sentença de 01.10.2002 impôs medida de segurança pelo prazo mínimo de 01 ano, consistente em tratamento ambulatorial.

O segundo, referente ao nº 050.03.021679-6/00, cuja r. sentença de 26.01.2004 o condenou a 03 anos de reclusão, em decorrência da apelação nº 993.06.074061-0 (00904493.3/0-0000-000) teve extinta a punibilidade em face do cumprimento de pena.

Encontra-se o agravante internado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico “Professor André Teixeira Lima”, em Franco da Rocha aos 06.01.2006, procedente da Penitenciária II de Sorocaba (SP), uma vez prorrogada judicialmente a sua permanência até os dias de hoje.

O agravante busca a cassação da r. decisão recorrida que prorrogou a medida de segurança de internação, anteriormente imposta, pelo prazo de um ano (fls. 07), diante do parecer psiquiátrico forense que concluiu não cessada a periculosidade (fls. 30/35).

Ora, nenhuma crítica merece a r. decisão combatida, já que pautada na análise minuciosa da personalidade do agravante.

Com efeito, o dispositivo legal que regulamentava o porte de drogas para consumo pessoal era o artigo 16 da Lei 6.368/76, correspondente ao artigo 28 da atual Lei 11.343/06. Diversamente do que alega a ilustre Defesa o ora agravante, em nenhum momento, cumpre internação por este delito e sim por infração ao artigo 12, “caput”, da antiga Lei Especial, correspondente ao artigo 33, “caput”, da atual Lei de Drogas, conduta equiparada a crime hediondo.

Por outro lado, se é verdade que o Juiz da Execução não está vinculado ao resultado do laudo psiquiátrico, não se pode dizer também que ele deva ignorar seu conteúdo e as conclusões firmadas pelos expertos, uma vez que tal documento serve como valioso instrumento ao julgador que decidirá sobre a concessão ou não da desinternação.

A propósito, o preceituado no § 1º, do artigo 97, do Código Penal: “*A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade*”.

Por derradeiro, de rigor anotar que a r. decisão agravada não tem caráter definitivo, já que explicitou “*que nova avaliação poderá ser realizada, a qualquer tempo, desde que verificada a possibilidade de ocorrência da cessação da periculosidade (artigo 97, parágrafo 2º do Código Penal), e que novo laudo deverá ser encaminhado a este Juízo, até um mês antes do término da presente prorrogação (artigo 175, inc. I da LEP)*” (fls. 07).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

## Apelações Criminais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0000141-43.2011.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que é apelante CLEBER ALESSANDRO NOGUEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 1.016)**

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, negaram provimento ao apelo, vencido o Relator sorteado que provia parcialmente e que fará declaração de voto. Acórdão com o Revisor.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO MENIN (Presidente sem voto), GRASSI NETO, vencedor, SYDNEI DE OLIVEIRA JR., vencido e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 18 de julho de 2013

ROBERTO GRASSI NETO, Relator Designado

**Ementa: Furto qualificado - Rompimento de obstáculo - Existência de laudo pericial comprovando a circunstância - Reconhecimento – Entendimento.**

**Tendo restado perfeitamente caracterizado no conjunto probatório dos autos a que a subtração da res furtiva teria se dado mediante “destruição ou rompimento de obstáculo” (art. 155, § 4º, I, do CP), não há como afastar tal qualificadora.**

### VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 116/121, prolatada pelo MM. Juiz Renato Soares de Melo Filho, cujo relatório ora se adota, CLEBER ALESSANDRO NOGUEIRA foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, I, do CP, às penas de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 11 dias-multa, à razão de 1/30 o maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Busca o réu a sua absolvição por insuficiência e fragilidade de provas ou pelo reconhecimento do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a

aplicação da atenuante genérica inculpada no art. 66, do CP.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não merece prosperar.

De absolvição não há que se falar, visto que a condenação do acusado foi bem decretada e veio embasada em substancioso acervo probante.

A prova da materialidade se perfez com os autos de exibição e apreensão de fls. 13, de avaliação de fls. 28 e de entrega de fls. 29, e pelo laudo de fls. 05/08.

Ouvido perante tanto a autoridade policial (fls. 43), como em Juízo, sob o crivo do contraditório (fls. 94/95), o apelante negou enfaticamente os fatos que lhe foram atribuídos. Aludida negativa restou, todavia, isolada no conjunto probatório dos autos.

Inócua, contudo, tal postura, diante do firme relato da vítima, narrando a dinâmica em que se deu o furto e apontando as circunstâncias em que se deram tanto a localização da res quanto do próprio réu. Pesam ainda contra o réu os depoimentos das demais testemunhas arroladas pela acusação, confirmando a ocorrência dos fatos (fls. 87/88, 89/90, 91 e 92/93).

Estão, portanto, demonstradas materialidade e a autoria.

Restou perfeitamente caracterizado, ainda, consoante a farta prova oral produzida ao longo da instrução criminal, bem como em razão de laudo pericial sobre local do fato, às fls. 05/08, que a subtração da res furtiva teria se dado mediante “destruição ou rompimento de obstáculo” (art. 155, § 4º, I, do CP), consistente em ter o agente rompido o cadeado da tampa lateral do ônibus de proteção da bateria. Pondere-se a esse respeito cuidar-se de obstáculo que não integra a res furtiva, mas que foi colocado fechando o compartimento do veículo no qual a bateria estava instalada como um reforço à segurança.

Bem delineada esta qualificadora, mantém-se, assim, o seu reconhecimento, tal como na r. sentença condenatória.

A reprimenda, criteriosamente dosada e fundamentada, em perfeita consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, não comporta ainda qualquer reparo, pelo que Cleber permanece condenado às penas de 02 anos e 04 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Diante da reincidência reconhecida, adequado o regime inicial semiaberto, não havendo que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e mantém-se a r. sentença,

por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

### **(Voto nº 18.239)**

1. Os presentes autos versam sobre recurso de apelação (fls. 137 e 142-148), interposto em face de sentença (fls. 116-121) que, em sede de ação penal pública incondicionada, julgou-a procedente, condenando-se o presente réu ao cumprimento de uma pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e multa de 11 (onze) diárias, a rés do mínimo legal, pela prática de furto qualificado (cf. artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal). Não satisfeito com a diretriz jurisdicional, o incriminado apela. Numa síntese, aduz a fragilidade da moldura probatória, a qual julga inapta a sustentar o édito condenatório. Subsidiariamente, pretende ver reconhecida a causa supralegal de exclusão da tipicidade material, condizente ao princípio da insignificância e, alternativamente, a aplicação da atenuante genérica inculpada no artigo 66, do Código Penal. De sua vez, o apelado formula resposta à insatisfação recursal (fls. 150-154), manifestando-se pela manutenção do decisório profligado. Chamada à fala, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 159-171).

2. A bem da verdade, era mesmo o caso de recair sobre os ombros do acusado um juízo de reprovação penal, porquanto seja a globalidade da moldura probatória indene de dúvidas, indicando, sob todas as formas e com a segurança desejada, a autoria do noticiado furto. Com efeito, segundo os informes do motorista do ônibus da vítima, o qual era responsável pelo transporte de trabalhadores rurais até seus locais de trabalho, dito automotor encontrava-se estacionado defronte a sua residência e, ao tentar acioná-lo, percebeu que a bateria havia sido subtraída (fls. 30 e 91-91vº). Ato contínuo, relatou o ocorrido à proprietária do veículo (fls. 27 e 89-90), ora ofendida, a qual se dirigiu ao estabelecimento onde havia adquirido a res, uma vez que esta se encontrava dentro do prazo de garantia, podendo o autor do crime, eventualmente, fazer uso desta. Ao descrever a bateria surrupiada ao vendedor (fls. 36 e 92-93), este, prontamente, identificou-a como sendo a mesma bateria que horas antes havia sido entregue pela testemunha de fls. 92-93. Esta, ao ser interpelada, afirmou que comprara a bateria da pessoa do réu, pela quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais), tendo este asseverado que tal objeto pertencia a um primo seu, não havendo qualquer circunstância a indicar que se tratava de bem de origem espúria.

Diante de toda prova oral coligida, portanto, crê-se ser impossível albergar a escoteira negativa do réu. Afinal, além de não encontrar esteio em qualquer elemento de prova jungido ao feito, contraria frontalmente o relato da vítima

e das testemunhas, as quais, ao que se pensa, não teriam motivo algum para graciosamente incriminá-lo.

Uma vez demonstrada a autoria criminosa, tem-se por igualmente comprovada a materialidade delitiva, em face de toda prova oral coligida, bem como pelos autos de apreensão e exibição de fl. 13 e de avaliação de fl. 28, a denotar que a res furtiva possuía valor econômico expressivo, em nada insignificante, não se podendo suscitar, pois, da aplicação do princípio da insignificância, tampouco da figura privilegiada de furto, porquanto não seja o réu primário (cf. certidão de fl. 23, dos autos em apenso). Crê-se, contudo, que a imputação deveria ser diversa, afastando-se a qualificadora atinente ao rompimento de obstáculo. Isto porque, crê-se ainda que ao arrepio da intelecção de não poucos em decantada jurisprudência em contrário, que não seja obstáculo, no sentido do termo empregado pelo legislador penal (cf. artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal), o instrumental utilizado para se opor à subtração da coisa em seu todo ou em parte, desde que ele integra a própria coisa. Esta, representando uma unidade, pode receber descontinuidade em relação a uma parcela dela, sem que isso represente rompimento de obstáculo, quando a subtração é dirigida e executada a uma porção de seu todo. Dentro dessa linha de raciocínio, se o agente teve acesso à bateira do ônibus, abrindo a porta, não se há de falar em rompimento de obstáculo, dê-se que a porta tal e qual a bateria integravam o mesmo veículo automotor.

Melhor esclarecendo: violência contra a coisa só pode dar origem à qualificadora em comento se exercitada em face de empecilho à subtração não peculiar à própria coisa. Logo, exterior à ela. Talvez um exemplo demonstre, de maneira mais apropriada, o que se quer dizer. Tal e qual o furto de uma das rodas e correspondente pneu de um veículo automotor, mediante a retirada de seus parafusos (obstáculos, sim, no sentido linguístico, mas, não, no sentido jurídico-penal), não induz a circunstância qualificativa, também ela não se apresenta quando se rompe a fechadura do mesmo automóvel ou um de seus vidros para a subtração de acessório que o compõe, integrado a ele, como um rádio, um toca-fitas, ou um “CD-player”.

Diversamente, entretanto, se o rompimento da fechadura acontecer para o apossamento ilícito de uma mala existente no interior do carro e sobre seu banco, portanto, a este não integrante como parte, far-se-á presente a qualificadora, porque o obstáculo (fechadura do automóvel) será exterior à coisa subtraída (mala).

Assim, tendo sido objeto de furto parte componente do veículo (qual seja, a bateria em uso), resta impossível a caracterização da qualificadora inscrita no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Diante de tal modificação, imputando-se ao réu o furto simples, impõe-

se, agora, a revisão das reprimendas. Parte-se do mínimo legal pertinente à nova imputação, qual seja, 1 (um) ano de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) diárias de multa à razão mínima da lei, acrescentando-se, na segunda fase da dosimetria penal, a razão de 1/6 (um sexto), em face da atestada reincidência, como mencionado linhas atrás, chegando-se, pois, a uma reprimenda final equivalente a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, somados a uma multa de 11 (onze) diárias, no mínimo legal, valendo esclarecer que não há qualquer prova a indicar, para fins de reconhecimento da atenuante inominada aventada pela defesa (cf. artigo 66 do Código Penal), que a prática do delito ora debitado estivesse relacionado ao vício do acusado. Tampouco se pode conceder este verdadeiro ato de clemência a indivíduo que se vê submetido às consequências penais inerentes à condenação, tais como a segregação compulsória, restando, pois, rechaçada esta pretensão defensiva.

O regime penitenciário inicial de cumprimento só podia mesmo ser o semiaberto. É que, sopesando-se os três critérios eleitos pelo legislador para o estabelecimento deste aspecto da sanção penal, quais sejam, a existência de recidivas, as circunstâncias judiciais e a dimensão da pena corporal (cf. artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nota-se que o acusado não é favorecido pelo primeiro critério, o que lhe obsta o cumprimento no regime carcerário mais mitigado.

Por fim, embora o acusado figure como reincidente, posto que condenado definitivamente pelo crime de porte ilegal de drogas para consumo próprio, crê-se na possibilidade da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, consistentes na prestação de serviços comunitários e outra multa, no importe de 10 (dez) diárias, no piso legal, por ser medida socialmente adequada e por não ter havido reincidência específica, tal como preceitua o artigo 44, § 3º, do Código Penal.

3. Com essas considerações, pelo meu voto, dava-se parcial provimento à apelação defensiva, para afastar a qualificadora atinente ao rompimento de obstáculo, imputando-se ao réu o furto simples (cf. artigo 155, caput, do Código Penal), redimensionando-se a reprimenda para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e multa de 11 (onze) diárias, a rés do mínimo legal, substituindo-se, ainda, a reprimenda corporal por prestação de serviços comunitários e outra multa de 10 (dez) diárias, no valor menor da lei, sem prejuízo da originariamente impingida.

SYDNEI DE OLIVEIRA JR, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0000272-92.2008.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que são apelantes ADELAN SILVA DOS SANTOS e EVERTON RICARDO DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 26.157)**

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Mantiveram os termos do V. Acórdão de fls. 462/472. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente), SÉRGIO COELHO E PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

OTÁVIO HENRIQUE, Presidente e Relator

**Ementa: APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DO PREVISTO NO ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. PARADIGMA USADO NÃO DETÉM PODER VINCULANTE. VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA CARCERÁRIA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ACÓRDÃO ATACADO MANTIDO.**

### VOTO

Ao relatório do V. Acórdão de fls. 462/472, acrescenta-se que o apelo formulado por ADELAN SILVA DOS SANTOS foi improvido, por unanimidade de votos, confirmando-se a sua condenação pela violação da norma do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com a imposição da pena de **UM (01) ANO E OITO (08) MESES DE RECLUSÃO e pagamento de CENTO E SESSENTA E SEIS (166) DIAS-MULTA** mínimos.

Inconformado, tirou o **RECURSO ESPECIAL** de fls. 492/496, objetivando, em breve síntese a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 498/508, onde é demonstrada a necessidade do indeferimento do processamento do **RECURSO ESPECIAL** ou, caso admitido, seja lhe negado provimento pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O RECORRENTE, nas suas razões, não impugnou a condenação que fora mantida no V. Acórdão ora atacado, mas vislumbra a possibilidade da substituição daquela carcerária por restritivas de direitos, tudo em conformidade com Julgados emanados de Tribunais Superiores.

O V. Acórdão proferido, na ótica do seu Relator, que fora acompanhado pelo restante da Turma Julgadora, deve ser mantido.

A norma do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil não se aplica à espécie.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo, além do regime prisional imposto (inicial fechado), que impede a execução da aludida substituição.

Neste sentido, bem ponderou o Ilustre Desembargador Souza Nery: *“inviável a aplicação da pena alternativa. Não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no esgarçamento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto.*

*Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 x 4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum).*

*Nesse sentido, magistério de Guilherme de Souza Nucci:*

*Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no art. 44, caput, desta Lei [Lei nº 11.343/2006], por restritiva de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas. Porém, há uma ressalva: é norma penal prejudicial ao réu, razão pela qual somente pode ser aplicável aos fatos cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006.*

*A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, posto que o crime, como se sabe, equiparase aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovava a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.*

*Anoto, apenas para esclarecer minha convicção a respeito da hediondez do delito, que o chamado “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos) continua equiparando-se aos crimes hediondos, na esteira de julgados como estes, os quais transcrevo a seguir:*

*O caput do art. 2º da Lei 8.072/1990 equipara aos crimes hediondos “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, sem qualquer ressalva aos casos em que foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.*

*I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei nº 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.*

*II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no ar. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.*

*III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.*

*IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator:*

*(...) a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena, mas não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas, já que as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.” (in apelação criminal nº 0000346-09.2012.8.26.0655).*

Por tais argumentos, o Julgado ora atacado, na ótica do seu Relator, deve ser mantido, contrapondo-se aos termos do r. despacho de fls. 511.

Assim, mantêm-se os termos do V. Acórdão de fls. 462/472.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000705-94.2006.8.26.0484, da Comarca de Promissão, em que é apelante JOÃO HENRIQUE GARCIA DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 18.253)**

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por V.U. rejeitaram a preliminar e quanto ao mérito, também por V.U., deram parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de João Henrique Garcia de Souza para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, cumpra a pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 214, c.c. os artigos 224, “a” e 225, § 1º, I e §2º, todos do Código Penal, devendo, após o trânsito em julgado do Aresto, ser determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor do condenado.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e LOURI BARBIERO.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

MARCO ANTONIO COGAN, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE NULIDADE POR INDEFERIMENTO DE PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 217-A, DO CP.**

**QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.**

**CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.**

**CASO EM QUE NÃO INCIDE NA ESPÉCIE A CIRCUNSTÂNCIA CONTIDA NO ART. 9º, DA LEI Nº 8.072/90, A ENSEJAR QUE A CONDENAÇÃO SE DÊ NOS TERMOS DO ART. 214, C.C. OS ARTS. 224, “A” E 225, § 1º, I E 71, TODOS DO CP, EM VIGOR À ÉPOCA DOS FATOS.**

**Questão preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido, com determinação.**

## VOTO

1 - Trata-se de apelação interposta em favor de João Henrique Garcia de Souza, que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de oito anos

de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por infração aos ditames dos artigos 217-A, do Código Penal (fls. 128/135).

Argui a Defesa do apelante, preliminarmente, a nulidade da r. sentença, sustentando a inobservância do rito processual previsto na Lei nº 11.719/08, que trouxe sensíveis modificações no Código de Processo Penal a beneficiário, ressaltando que a ação penal encontrava-se em trâmite quando tal lei foi incorporada ao ordenamento pátrio, o que deveria ter sido observado pelo Juiz a quo. No mérito requer a reforma da r. sentença, a fim de que o réu seja absolvido, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal, argumentando que a sua versão exculpatória não foi infirmada pelas demais provas, que se resumem nos depoimentos do ofendido e de sua genitora, eis que nem laudo há que comprove ter sido a vítima submetida à prática de atos libidinosos. Tece, ainda, comentários a respeito das palavras da última que, em razão de sua tenra idade, devem ser recebidas com prudência. Ressalta, por derradeiro, que a testemunha presencial Magaly, e o laudo do local dos fatos, de fls. 82/83, bem dão conta que esse é de muita movimentação e não poderia ser palco do caso em comento, “localizado no centro da cidade dessa comarca a 1 (uma) quadra do fórum, local este visível e bem iluminado” (fl. 161) (fls. 147/166).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que requer o seu desprovimento, alegando que a autoria foi devidamente comprovada e está em consonância com as demais provas dos autos, “não havendo dúvida de que o apelante fora o autor da conduta criminosa” (fl. 172) (fls. 168/172).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor , se pronunciou pelo parcial provimento do apelo para fixar o regime prisional inicial semiaberto, e no mais, pela manutenção da r. sentença (fls. 235/237).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Quanto a preliminar de nulidade por ausência de realização de novo interrogatório do réu, ao término da instrução, nos termos do artigo 400, do Código de Processo Penal, tal não procede. Isso porque, como bem apontado as fls. 129/130, pelo MM. Juiz a quo, “a instrução criminal foi concluída em 19 de maio de 2008, sendo que a Lei 11.719 entrou em vigor três meses após esta data”. “(...) Ademais, todos os atos processuais foram praticados em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não devendo se falar em afronta à Constituição” (fl. 130), ressaltando-se que se trata de norma processual que não retroage.

E no mérito há que se dar parcial provimento ao apelo, com o escopo de reduzir a pena aplicada, posto que, na interpretação feita pelo MM. Juiz, as fls. 133/135, do édito monocrático, ao discorrer sobre a legislação penal aplicável à espécie, considerou que, empregada a que estava em vigor à época, anteriormente à edição da Lei nº 12.015/2009, incidiria sobre a reprimenda a

causa de aumento prevista no artigo 9º, da Lei nº 8.072/90, o qual entende ter sido tacitamente revogada pela mais novel legislação, daí porque o seu resultado seria mais gravoso ao réu, sendo que, todavia, referida causa de aumento não recai sobre a conduta ora apurada, uma vez que não houve lesão grave ou a morte do ofendido, condições reconhecidamente imprescindíveis para tal.

Nesse sentido: - **“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. BIS IN IDEM . I - Constitui-se o crime de atentado violento ao pudor, ainda que perpetrado em sua forma simples ou com violência presumida, em crime hediondo, submetendo-se o condenado por tal delito ao cumprimento de pena sob o regime integralmente fechado, a teor do disposto na Lei nº 8.072/90. (Precedentes do STF e do STJ). II - O acréscimo de pena previsto no artigo 9º da Lei 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. (Precedentes). Recurso parcialmente provido.”** (REsp. 658106/RS, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 03/11/2004).

Assim, deve a condenação do acusado, que fica mantida, se dar nos termos do artigo 214, c.c. os artigos 224, “a” e 225, § 1º, I, e §2º, todos do Código Penal, vigentes à época dos fatos.

A materialidade foi consubstanciada pelo registro policial do crime (fls. 04/05), relatório do setor de investigação (fl. 06) e pelo laudo de avaliação psicológica do menor que contava apenas treze anos de idade (fls. 38/39) e (fl. 11).

A ausência de laudo pericial no caso em comento não descaracteriza o crime em questão, uma vez que, conforme se depreende de mera leitura da denúncia, e do que consta na r. sentença, os atos libidinosos praticados foram diversos da conjunção carnal, portanto não deixando vestígios. Entretanto, nesses casos, entende-se ser possível suprir tal prova com outros elementos de convicção.

Quanto às múltiplas possibilidades caracterizadoras do atentado à disposição do apelante preleciona Nelson Hungria, com inteira aplicação no caso vertente: - **“Há uma gradação da obscenidade. Há as impudicícias macroscópicas, como sejam as topo-inversões (coito anal, *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o coito intercrural ou *inter femora*, o coito perineal, o *cunnilingusmo anilingus*, a cópula entre os seios, na axila, etc.), a auto ou heteromasturbação, as esfregações torpes de um corpo em outro (mesmo sobre as vestes) e há aquelas outras que não têm analogia alguma com a cópula e, de regra, são inidôneas para o fim de espasmo genésico (ex.: o tateio do *pudendum* ou das nádegas, a apalpação dos seios, o gesto de**

**alçar as vestes de uma mulher para o fim de contemplação lasciva, etc). Como quer que seja, porém, a impudicícia deve ser patente, inequívoca, não confundível com gestos que, segundo *in quod plerumque accidit*, são sexualmente neutros ou, pelo menos, não colidem com a moral sexual média”** (in Comentário ao Código Penal, vol. VIII, ps. 135, ed. Forense, 1958, RJ).

E, no mais, a prova da autoria é certa.

Em ambas as fases do procedimento o imputado negou a acusação com veemência, aduzindo que tudo não passou de um mal entendido da vítima. Alegou que no fatídico dia, o cachorro do dono da sorveteria estava latindo e, como conhece Magaly, esposa do proprietário, afirmou que iria até os fundos para ver o que estava acontecendo, e o adolescente foi atrás. Voltou em seguida, juntamente com o menor, para dentro da sorveteria, e nega que tenha oferecido sua bicicleta para qualquer tipo de préstimo. Afirma que nunca praticou pedofilia em nenhuma modalidade. Salientou que o ofendido continua frequentando a sorveteria de seus amigos, local onde costuma “bater papo”, mas abaixa a cabeça para evitar constrangimentos. Ressaltou, por fim, que desconhece os motivos pelos quais ele inventou tal estória (fls. 13 e 61).

Entretanto, a prova oral feita em Pretório o incriminou de vez.

A vítima Guilherme Arthur Silva Rocha, em suas declarações, asseverou que o apelante prometeu dar-lhe uma bicicleta caso concordasse em abaixar seu short e cueca, permitindo que esse praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Ambos foram em local próximo da sorveteria, onde o réu abaixou seu short e sua cueca e passou a massagear seu pênis e em seguida nele colocou a boca, momento em que o empurrou. Tentou correr, mas o apelante segurou seu braço, todavia conseguiu escapar em seguida (fls. 09/10 e 71).

Cleide Aparecida da Silva, genitora do menor, asseverou que a vítima lhe telefonou no dia dos fatos, em desespero, dizendo que o réu teria mexido com ela e estava com medo de ter contraído alguma doença. Aduziu que o apelante teria pedido para o menor que abaixasse seu short, para ver se tinha “pelinhos” e, em seguida o segurou e colocou o pênis desse em sua boca. Guilherme conseguiu fugir e o réu lhe disse que não contasse nada a ninguém, e que estava acostumado a fazer isso com outros meninos (fls. 07 e 72/73).

As testemunhas de defesa Manoel Alves da Silva Filho e Mariluce Fátima dos Santos Silva, não presenciaram os fatos e se limitaram a enaltecer os antecedentes sociais do réu.

Magaly Sanches Marthos Gonçalves, também testemunha defensiva, ao contrário do alegado pela Defensoria do apelante, não presenciou os fatos, e apenas confirmou que o réu estava em seu estabelecimento comercial, e a alertou do latido do cachorro, quando foi verificar o motivo pelo qual latia,

salientando que voltou rapidamente, porém nem soube precisar se a vítima estava na sorveteria (fls. 80/81).

Em relação ao laudo de fls. 82/83, nada acrescenta ao deslinde do caso em comento. As fotos trazidas à baila, não demonstram onde está localizada a sorveteria e tampouco se alguém que estivesse em seu interior teria visão do local dos fatos. Ainda, cabe destacar que os fatos se deram ao cair da noite, contando somente com a iluminação pública, e não em plena luz solar, como demonstram as fotografias juntadas aos autos.

Quanto às palavras da vítima, não encontram melhor sorte.

Não existem nos autos quaisquer elementos que permitam desacreditar as firmes declarações do ofendido, que não teria motivo para incriminá-la falsamente.

Suas palavras são de grande valia, imprescindíveis para o deslinde da causa e, quanto ao tema, já decidiu esta Corte, com acerto: - **“Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova da autoria fica reduzida praticamente às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado”** (AC Rel. Djalma Lofrano RT 610/335).

Fica a pena corporal básica reduzida ao quantum de seis anos de reclusão, diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante.

E o regime prisional inicial fechado estabelecido permanece inalterado, a teor do contido no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Isto posto, rejeitada a questão preliminar arguida, no mérito, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de João Henrique Garcia de Souza para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, cumpra ele a pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 214, c.c. os artigos 224, “a” e 225, § 1º, I e §2º, todos do Código Penal. **Deverá o MM. Juiz, após o trânsito em julgado do presente Aresto, determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do condenado.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002803-98.2011.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é apelante EDNILSON BORGES LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 20.629)**

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela defesa de EDNILSON BORGES LIMA, para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

BORGES PEREIRA, Relator

**Ementa: Apelação Criminal Roubo simples Insurgência quanto ao fato de que a pena deve ser conduzida aquém do mínimo legal, pela confissão ofertada - Impossibilidade - Repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a possibilidade de fixação de pena aquém do mínimo legal Precedentes Regime fechado alterado para o semiaberto - DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela defesa de EDNILSON BORGES LIMA, para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta pela defesa de EDNILSON BORGES LIMA (nascido em 12.03.1980-fls. 30), relativamente à r. sentença de fls. 121/129 (publicada em cartório: 05.09.2012-fls.130), que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, como incurso no artigo 157, “*caput*”, do Código Penal.

Recorre a defesa de **Ednilson**, pretendendo, em síntese, que diante da confissão espontânea do condenado, seja a pena reduzida aquém do mínimo legal, deixando de aplicar a Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 164/167).

Contrarrazões ofertadas às fls. 170/173, oportunidade em que o D. Representante Ministerial requereu o desprovimento do apelo.

Com os autos encaminhados a esta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 178/182, opinou pelo não provimento do apelo.

## RELATADOS.

Consta da denúncia recebida em 09 de janeiro de 2012 (fls. 62), que no dia 30 de agosto de 2011, o denunciado ingressou no estabelecimento comercial da vítima e, dissimulando sua intenção criminoso, disse que pretendia se cadastrar como cliente pois pretendia adquirir um tênis.

Ocorre, poucos minutos depois, simulando portar uma arma de fogo sob as vestes, o denunciado anunciou o assalto e subtraiu dois pares de tênis e um *notebook*, em seguida empreendeu fuga.

No entanto, em diligências, policiais lograram recuperar o computador que estava abandonado debaixo de uma ponte e as vítimas o reconheceram como o autor da infração.

A materialidade delitiva, bem como a autoria restaram plenamente demonstradas nos autos.

A insurgência da defesa, diz respeito, tão somente, a quantidade de pena imposta ao apelante, tendo em vista que o apelante estava sob efeito do “crack” e, a confissão espontânea deve possibilitar a redução da pena aquém do mínimo.

Nos autos, inexistente prova de que a capacidade do agente estivesse comprometida e como bem observou o D. Promotor de Justiça:

*Tal tese não merece acolhimento, estar sob efeito de drogas, dolosa ou culposamente, não exclui a culpabilidade por crime que venha a ser praticado, nem mesmo isenta o réu da pena ou atenua, aplica-se ao caso “actio libera in causa”, conforme o artigo 28, inciso II, do Código Penal. Não foi provado que ele não tinha consciência”.*

Com relação ao regime fechado imposto na r. sentença, merece reparo a r. sentença, pois os péssimos antecedentes citados pelo D. Magistrado as fls. 67, não devem ser reconhecidos, pois folhas de antecedentes e certidões sem trânsito em julgado não se prestam a atestar maus antecedentes, o que acarretaria ofensa ao princípio da presunção da inocência.

Não ignoramos o fato do crime de roubo ser um dos maiores problemas criminais que assola nossa sociedade. Entretanto, o réu preenche os pressupostos requeridos para a concessão do regime semiaberto, desde que atende às exigências do art. 59 do Código Penal, não sendo suficiente a nosso ver a fundamentação na gravidade do delito para se impor regime mais severo ao condenado.

Outrossim, se uma pena insuficiente pode gerar a sensação de impunidade, ao revés, a pena severa pode levar ao incentivo da prática delitiva mais requintada, desde que a punição seria a mesma, independentemente do valor do prejuízo causado à vítima.

Punir a transgressão penal é necessário. No entanto, a sanção deve ser aplicada na medida da culpabilidade do agente, considerando-se o caso concreto, sendo inadmissível a generalização.

Frise-se que o Poder Judiciário não pode deixar que o clamor público faça com que suas decisões sejam feitas ao arrepio da lei, pois esse não é culpado da falta de qualificação técnica do legislador pátrio que cria leis brandas que não atendem aos anseios da sociedade.

É sabido que o sistema prisional brasileiro encontra-se falido, não servindo ao propósito da pena que é justamente a ressocialização do agente, de modo que a pena imposta serve para impor ao réu o caráter punitivo, e novamente devolvê-lo no seio da sociedade para que seja um cidadão de bem.

A prisão, que por sinal vive sempre lotada, deve ser reservada para criminosos perigosos e réus reincidentes, e não àqueles que, infelizmente, comentem um deslize na vida.

Ademais, consolidou-se o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a imposição de regime mais gravoso tem como condição, essencialmente, fundamentação específica e idônea à luz do disposto no artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal.

Outrossim, é cediço que a opinião do julgador sobre a gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a sanção estipulada, de acordo com o disposto na Súmula 718 do Excelso Pretório.

Acrescente-se, por oportuno, que: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.” (Súmula do STF, Enunciado nº 719).

Na mesma linha, confira-se o entendimento jurisprudencial ora colacionado:

*A gravidade do delito de roubo encontra-se intrínseca no próprio tipo penal. Tal circunstância, por si, não deve ser considerada para o agravamento do regime prisional, mormente quando a pena aplicada comporta regime mais brande e as circunstâncias judiciais (artigo 59, do CP) são favoráveis ao paciente. Tendo o réu sido condenado à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, o regime inicial deve ser o aberto, ex vi artigo 33, parágrafo 2º, “c”, do CP. Ordem concedida para determinar que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto. (STJ - HC nº 16.985 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Jorge Scartezini - DJU 15.04.2002).*

*Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena base, foram tidas como totalmente favoráveis ao réu. Art. 33, parágrafo 3º e 59, ambos do Código Penal. Writ concedido, para fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena (STJ - HC nº 18.340 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJU 18.02.2002).*

A dosimetria da pena imposta não merece reparo.

O D. Magistrado de 1º Grau fixou a base no mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, atentando para o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Inviável a pretendida redução aquém do mínimo legal, mesmo levando-se em conta a atenuante da confissão. Isto porque, a exemplo das agravantes, as atenuantes só operam dentro dos limites fixados no tipo penal e assim não é possível que a pena-base fique aquém do limite mínimo, como já assentado na Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*.

“Acrescente-se que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 597.270-4, tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral quanto à inadmissibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal:

ACÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode reduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Nos termos do art. 543 A, § 3º, do Código de Processo Civil, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à Súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Em sendo a mesma admitida, conforme o art. 543-B, § 3º, do mesmo diploma legal, caberá aos Tribunais considerar os recursos prejudicados ou retratar-se. Tratando-se de matéria recursal, a repercussão geral não se restringe à temática civil, sendo aplicável a toda jurisprudência da Corte, visando consolidá-la. Eis o motivo pelo qual, em que pese posicionamento pessoal acerca do tema, observo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a possibilidade de fixação de pena aquém do mínimo legal” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJRS - Número do processo: 70032756371, Comarca: Comarca de Santa Maria - Data de Julgamento: 22-05-2013, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Jurid/jur 568).

E, ainda:

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PENA - SISTEMA TRIFÁSICO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNINO LEGAL. STF - REPERCUSSÃO

GERAL RECONHECIDA. QUESTÃO DE ORDEM EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.270-4. JURISPRUDÊNCIA

ANTERIOR RATIFICADA. 1. Ao decidir o incidente de Repercussão Geral - Questão de Ordem em Recurso Extraordinário - 597.270-4, de relatoria do Ministro CÉZAR PELUSO, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que “circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”, ratificando, assim, a jurisprudência firmada no âmbito daquela Corte (RE 597270 RG-QO, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458), citação do Proc. EINACR 20233 MG 0020233-26.2005.4.01.3800, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, j. 14.07.2010, DOJF 02.08.2010.

Isto posto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto pela defesa de **EDNILSON BORGES LIMA**, para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, mantendo-se, no mais, a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0003103-16.2009.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUCIVANIA SILVA TEIXEIRA. **(Voto nº 11.632)**

**ACORDAM**, em 4ª 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.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

EDISON BRANDÃO, Relator

***Ementa: APELAÇÃO Tráfico de Drogas Sentença desclassificou infração para a do artigo 28 da Lei 11.343/06 Impossibilidade - Materialidade e autoria delitiva devidamente demonstradas nos autos caracterizando o delito de tráfico de drogas pela quantidade, forma de acondicionamento da***

*substância entorpecente apreendida, bem como pelas circunstâncias Verifica-se, ainda, presente a causa especial de aumento prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/2006 alegação de usuária que restou isolada no conjunto probatório. Recurso ministerial provido.*

## VOTO

Cuida-se de apelo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, contra a r. sentença de fls. 96/100, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida em juízo e condenou LUCI VANIA SILVA TEIXEIRA à pena de advertência sobre os efeitos da droga, por infração ao artigo 28, caput, da Lei 11.343/06.

Alega a acusação, em síntese, que o conjunto probatório é suficiente para um decreto condenatório como incursa nas sanções do art. 33 caput, c.c. art. 40, VI, ambos do Código Penal (fls. 107/115).

O recurso foi regularmente processado, sendo as contrarrazões ofertadas a fls. 122/135, manifestando-se a Douta Procuradoria Geral da Justiça, pelo integral provimento do apelo interposto pelo Ministério Público (fls. 138/142).

Relatei.

O recurso comporta provimento.

A imputação é a de que, no dia 17 do mês Abril de 2009, por volta das 20h40min, na Travessa Antonio dos Santos, 37, bairro Tinga, naquela Cidade e Comarca de Caraguatutuba, a acusada, consciente e voluntariamente, trazia consigo, envolvendo o adolescente Lucas Lopes dos Santos, vulgo “Luquinha”, para fins de tráfico, 5 g (cinco gramas) de cocaína, acondicionadas em 18 (dezoito) sacos plástico.

Na ocasião, um policial militar realizava patrulhamento de rotina quando recebeu denúncia de que no local acima mencionado havia um casal realizando tráfico de drogas. Nesse contexto, deslocou-se para lá ocasião em que avistou a acusada e “Luquinha” conversando.

Como possuíam as mesmas características das pessoas mencionadas na denúncia anônima, os abordou e em revista pessoal logrou localizar nas vestimentas da acusada toda a droga acima mencionada.

Além disso, encontrou com o menor a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais).

A sua vez, a materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 08/09), auto de exibição e apreensão (fls. 10/11), laudo de constatação prévia (fls. 15), laudo de exame químico-toxicológico com resultado positivo para cocaína (fls. 30) e pela prova oral produzida tanto na delegacia como em juízo (fls. 03, 05/06, 63/75).

Na primeira oportunidade de se defender, a acusada permaneceu silente (fls. 06).

Em juízo a acusada confirmou a propriedade da substância entorpecente apreendida, afirmando, contudo, que destinava-se ao consumo pessoal. A ré afirmou que havia recebido dinheiro de seu serviço pois pediu um adiantamento no dia dezessete para comprar a substância entorpecente. Indagada de quem teria comprado a droga, falou “Se eu citar nome eu saio daqui morta”. Relatou que vinha da Avenida da praia quando encontrou um rapaz e comprou a droga com ele. “Luquinha” é seu vizinho da rua. Usa cocaína duas vezes por mês, porque é quando tem dinheiro em decorrência do pagamento. Foi abordada no portão de casa e com ela não havia dinheiro. A droga foi encontrada no chão, pois jogou quando os policiais a abordaram.

E, embora o silêncio da acusada na fase policial não possa lhe prejudicar, difícil entender por que não tenha ofertado tal versão na delegacia de polícia, afirmando droga apreendida era para o seu consumo, ainda que lhe seja facultado o direito ao silêncio.

Neste sentido:

*“Nenhum homem inocente, podendo falar, prefere o silêncio para defender-se de injusta acusação. Se permaneceu calado, ainda que direito seu garantido pela Constituição da República (art. 5º, nº LXIII), dificilmente se eximirá de juízo adverso” (TJSP - Apelação Criminal nº 9154735- 91.2007.8.26.0000 - 5ª Câmara de Direito Criminal Rel. Des. Carlos Biasotti j. 06/11/2008).*

*“Muito embora o silêncio do interrogando seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém, preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional” (RJTACrimSP, vol. 36, p. 325; rel. José Habice).*

De qualquer forma, a versão apresentada pelo acusado somente em juízo não foi confirmada pelas demais provas dos autos, senão vejamos.

Na fase policial Nivaldo Donizeti Bueno de Camargo (fls. 03) afirmou que em atendimento à denúncia anônima dando conta de tráfico de entorpecente no bairro Tinga, naquela cidade, por um casal de jovens, em posse das características físicas do casal logrou êxito em localizar e abordar as pessoas de Luci e Lucas. Com Luci foram encontrados

18 (dezoito) papелotes de cocaína, devidamente embaladas caracteristicamente para comercialização em pequenas porções e com Lucas apenas a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) em espécie Luci assumiu a posse do entorpecente alegando que era para uso próprio e Lucas informou que apenas fazia companhia a Luci. Diante das evidências de tráfico de entorpecente, foi dada voz de prisão e conduzido o casal à delegacia.

Sob o crivo do contraditório Nivaldo (fls. 71v/72v) afirmou que foi uma ocorrência de uso de entorpecente, e quando chegou a viatura, ao avistarem Luci, a mesma jogou a droga, sendo que neste momento pegaram as drogas e a conduziram para a delegacia. A acusada falou que era para consumo. “Luquinha” não falou nada. Não sabe como a droga estava embalada. Ouviu uns comentários de que no local onde a droga foi encontrada era ponto de tráfico. Foi apreendido com o menor cinco reais. A acusada exatamente não é conhecida nos meios policiais, mas comenta-se que por aquela região tem tráfico.

A atenta leitura da fala do policial mostra que seu depoimento prestado em Juízo sob o crivo do contraditório, foi coerente, claro e conciso.

O fato de o policial Nivaldo inicialmente ter afirmado que a denúncia anônima era no sentido de que no local dos fatos ocorria a traficância e em juízo afirmou que era uma ocorrência de uso de entorpecentes, bem como pelo fato de não se rememorar a forma que as drogas estavam embaladas, tal circunstância não é capaz de tirar a credibilidade de suas falas nem indica que houve divergência nos depoimentos.

Ao contrário, em ambas as fases narrou que receberam uma denúncia e ao se dirigirem ao local dos fatos avistaram Luci com o adolescente Lucas, e a mesma dispensou a droga apreendida, enquanto com o adolescente foi encontrado apenas cinco reais.

Deve-se ressaltar, ainda que pequenas divergências quanto aos detalhes da ação e da abordagem - e não quanto ao fato principal, frise-se - não tem o condão de invalidar as declarações do policial, mormente porque atende a um sem-número de ocorrências, sendo humanamente impossível que guardem na memória, com precisão, todos os detalhes de todas as infrações penais com as quais tem contato, devendo-se considerar, ainda, o lapso temporal decorrido entre a data dos fatos e sua oitiva em Juízo.

As falas deste profissional, escolhido pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, possui fê-pública, sendo seus depoimentos dignos de crédito e plena validade, mesmo porque não restou provada qualquer intenção dos servidores em, de alguma forma, prejudicar a ré.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

*“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por*

*revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).*

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

*“A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar; e nada menos, a própria prisão.” (RJTJESP 136/477).*

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

E as demais provas trazidas aos autos não são capazes de rechaçar a versão apresentada pelos policiais.

O adolescente Lucas Lopes dos Santos, acompanhado de sua curadora (fls. 05), afirmou que mora com a sua avó no bairro Tinha, e naquela noite ia em companhia de Luci de sua casa até a casa dela. Quando chegavam na casa dela foram abordados por policiais militares que os revistaram e encontraram no bolso e sua bermuda a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) em espécie e mais nada. Com Luci foram encontradas drogas, não sabe dizer que drogas são, pois não as viu. Sabe que Luci é usuária mas nunca a viu vendendo droga para alguém; em seguida foram levados a delegacia para serem ouvidos.

Em juízo Lucas alterou a versão anteriormente apresentada (fls. 73v/74). Afirmou que estava vindo de perto de casa e encontrou a acusada, quando pediu um copo de água para ela, a viatura veio e os abordou. Não sabe se encontraram droga com ela, não se recordava. Indagado se na delegacia estava mentindo, Lucas afirmou positivamente e, perguntado por que teria mentido, afirmou simplesmente “Ah, porque veio na minha cabeça”. Confirmou, contudo, que foi apreendido com cinco reais que ganhou de sua avó e que é usuário de drogas.

Pois bem.

Verifica-se do conjunto probatório que a acusada encontrava-se em local notoriamente conhecido como ponto de tráfico. Como informado pelo policial Nivaldo, havia uma denúncia de que duas pessoas realizavam a traficância e, no local e com as características indicadas, estava Luci e o adolescente Lucas. Ao

ser abordada, os policiais encontraram com a acusada 18 (dezoito) papéletes de cocaína.

Em juízo a acusada confirmou a propriedade da substância entorpecente, alegando, contudo, que se destinava ao uso.

Tal versão, contudo, restou isolada no conjunto probatório, senão vejamos.

A própria acusada em juízo afirmou que era usuária de substância entorpecente e que costumava a consumir cocaína duas vezes por mês. Como se vê a quantia encontrada com a acusada era suficiente para nove meses de seu consumo. Afirmou, ainda, a ré, que recebia R\$ 180,00 (cento e oitenta) reais, trabalhando em dois empregos, o que torna ainda menos crível a versão por ela apresentada, já que, consumindo a droga apenas duas vezes por mês, não faria sentido comprar tal quantidade de drogas para seu consumo, comprometendo todo o seu salário em substâncias entorpecentes que levaria meses para consumir.

Por outro lado, a acusada foi presa em flagrante trazendo consigo 18 (dezoito) papéletes de substância entorpecente, já acondicionada para a pronta entrega a terceiros e, embora não se tenha presenciado a mercancia, em que pese o entendimento do magistrado de primeiro grau, para configuração do crime de tráfico não se faz necessário que sejam presenciados atos de comercialização, eis que este delito é crime de ação múltipla, admitindo várias condutas, como, trazer consigo, guardar e transportar o entorpecente para fins de tráfico.

A propósito:

*“Ademais, é sabido que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla ou conteúdo variado cuja consumação se contenta com a aquisição, transporte, depósito, guarda ou simples porte da droga, desde que não seja para consumo pessoal. Daí não haver falar em mero auxílio ao uso de drogas, visto que a paciente foi flagrada na posse de maconha e cocaína” (STJ - HC 211.467/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011).*

Assim, temos que, pela prova colhida, a prática do delito pela ré foi devidamente demonstrada, não havendo que se falar em insuficiência probatória.

A Justiça não pode fechar os olhos para as evidências dos autos, devendo o Poder Judiciário estar sensível às artimanhas, cada vez mais aperfeiçoadas, utilizadas pelos criminosos para se furtarem da aplicação da lei penal.

A prova da traficância deve ser extraída das diversas circunstâncias do delito, como no presente caso, no qual se concluiu, sem dúvidas - pelas drogas apreendidas, por sua quantidade, pela forma de acondicionamento, pela denúncia anônima, bem como pelos depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares, que abordaram a acusada com os entorpecentes - que o seu objetivo era a traficância. Observa-se, ainda, que o adolescente Lucas afirma ser usuário de entorpecentes e que trazia consigo R\$ 5,00 (cinco reais), tudo

indicando que estava prestes a comprar drogas da apelada.

Evidente que, cada um destes elementos, isoladamente, não ensejaria a condenação. Mas a reunião de todos eles, por óbvio, leva a certeza da prática do tráfico pela ré.

Tais fatores por si só afastam a possibilidade de desclassificação para o delito descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06.

No mais, ainda que a ré afirme ser usuária, como é sabido, eventual dependência não aproveita ao traficante, que muitas vezes se utiliza deste expediente para sustentar o próprio vício.

Neste sentido, confira-se:

*“a alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade”.* (RJTJ 101/498).

*TJSP “não se desclassifica o crime para simples uso quando a quantidade de droga apreendida é capaz de denunciar a destinação criminosa do tráfico de entorpecentes”.* (RT 737/684).

Verifico, ainda, a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/2006, uma vez que claramente a conduta da apelada envolveu o adolescente Lucas, que se encontrava com a acusada no local conhecido por ponto de traficância, declarou-se usuário e trazia consigo cinco reais, tudo indicando que iria adquirir drogas da ré.

Não há assim que se falar em insuficiência probatória, frente a robustez da prova colhida sobre o crivo do contraditório.

Destarte, dou provimento ao recurso ministerial para condenar Luci Vania Silva Teixeira pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Passo a dosagem da pena.

Considerando os ditames do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06, levando-se em conta a primariedade da acusada, a pena base é de ser fixada no mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, nada há a ser considerado.

Entretanto, impossível se mostra a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Na terceira fase da dosimetria, constata-se, como já acima delineado, a causa especial de aumento prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/2006, razão pela qual a pena da acusada deve sofrer um recrudescimento de 1/6 (um sexto), alcançando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e

oitenta e três) dias-multa, no piso.

Impossível, contudo, a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, muito embora a acusada não ostente antecedentes. Isso porque a primariedade da ré não é causa bastante para que se opere tal redução, devendo ser examinado todos os requisitos subjetivos para que tal se dê, o que não se encontra presente no caso em tela.

Vale ressaltar que a apelada foi surpreendida com razoável quantidade de entorpecente, já embaladas individualmente, a indicar por si só sua dedicação a manobras de traficância, eis que a quantia fatalmente seria posta no mercado clandestino já com destino traçado, o que caracteriza sua periculosidade, fatores que contraindicam tal diminuição, que fica assim afastada. Além disso, trata-se a cocaína de substância entorpecente de elevado potencial lesivo, bem como a acusada envolveu adolescente na traficância, e revestindo a sua conduta de maior reprovabilidade.

Frise-se que mencionado parágrafo emprega o termo “poderão”, o que seguramente indica não ser obrigatória a redução, que, aliás, seria proibida em caso de agente não primário ou sem bons antecedentes, e que se dedique a atividades criminosas, ou integrem organizações criminosas.

Ocorre, porém, que mesmo em casos que não haja tal proibição, a aplicação de tal causa não é obrigatória, pelo que impossível seu reconhecimento no caso em tela.

Inviável, diante do quantum da pena aplicada, a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos.

Por fim, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção é o único suficiente à repressão e prevenção do delito em tela, analisando a gravidade da conduta da acusada, que trazia consigo 18 (dezoito) papétes de cocaína, substância entorpecente de elevado potencial lesivo, bem como pelo fato de que sua conduta envolveu adolescente, revestindo-se de maior reprovabilidade.

Cumpra observar, ainda, que o ilícito do qual ora se trata, equiparado a hediondo, tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Daí o reconhecimento da alta periculosidade da conduta, de forma que o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado permitirá a ré uma maior recuperação, bem como a importante reflexão quanto ao impacto social e a gravidade de sua conduta.

Posto isto, **DOU PROVIMENTO** a apelação ministerial para condenar **LUCI VANIA SILVA TEIXEIRA** às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) de reclusão, em regime inicial fechado e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-

multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06. Com o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de prisão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0003743-96.2009.8.26.0650, da Comarca de Valinhos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, e são apelados AGNALDO SELIS, JOÃO CELSO REZENDE, RANGEL RICARDO MINGUINI e VALDIR FERNANDES DE MACEDO. **(Voto nº 15.403)**

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO para CONDENAR AGNALDO SELIS, JOÃO CELSO REZENDE, RANGEL RICARDO MINGUINI e VALDIR FERNANDES DE MACEDO, isoladamente, a dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no artigo 1º, I, a, combinado com o § 4º, I e II, Lei nº 9.455/97, e a três meses e quinze dias de detenção, por infração ao disposto no artigo 129, *caput*, do Código Penal; JULGAR, *ex officio*, EXTINTA A PUNIBILIDADE dos apelados, com relação ao delito de lesão corporal, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição, com fundamento nos artigos 107, IV, 1ª figura, 109, IV, (com redação anterior à Lei nº 12.234/10, *ex vi* do princípio *tempus regit actum*), 110, § 1º, 117, I, e 119, do Código Penal, combinados com o artigo 61 do Código de Processo Penal; e DECRETAR, nos termos do § 5º, do artigo 1º, da Lei de Tortura, a perda do cargo que ocupavam à época dos crimes e a interdição para seu exercício por quatro anos, nove meses e dezoito dias, expedindo-se ofício ao Prefeito do Município de Valinhos, com cópia do acórdão, para as providências cabíveis. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

JUVENAL DUARTE, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - Tortura - violência e grave ameaça praticada por guardas civis municipais com o fim de obter confissão da vítima - LESÃO CORPORAL - Sentença Absolutória - Ministério Público requer a condenação dos réus nos**

**termos da denúncia - Acervo probatório suficiente à comprovação dos delitos – Condenação – majorantes reconhecidas (crime cometido por agente público e contra adolescente) – Penas, em consequência, acrescidas de 1/5 – Efeitos - Perda da função pública e interdição para seu exercício pelo dobro da pena aplicada – Declarada, ex officio, extinta a punibilidade dos acusados, no que tange ao delito de lesão corporal, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado - Recurso Provido.**

## VOTO

AGNALDO SELIS (Selis), JOÃO CELSO REZENDE (Celso), RANGEL RICARDO MINGUINI e VALDIR FERNANDES DE MACEDO (Macedo), guardas civis municipais, denunciados como incurso no artigo 1º, I, a, combinado com o §4º, I e II, da Lei nº 9.455/97, e no artigo 129, caput, do Código Penal, combinados com o artigo 29, caput, do mesmo *codex*, foram absolvidos com esteio no artigo 386, V, do Código de Processo Penal.

Inconformada, apela a i. representante do parquet postulando, em síntese, a condenação dos acusados nos exatos termos da denúncia.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento.

### **É, em síntese, o relatório.**

Os recorridos foram denunciados porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, constrangeram Anderson Noronha Torato, de catorze anos, mediante o emprego de violência e grave ameaça, com a finalidade de obter informação ou confissão, causando-lhe sofrimento físico ou mental.

Foram denunciados, ainda, porque, em razão das agressões que lhe impingiram, ofenderam a integridade física da vítima, produzindo-lhe lesões corporais de natureza leve.

Reza a inicial acusatória que o ofendido e o amigo dele, Eduardo Rogério da Silva, retornavam a suas casas e foram surpreendidos pelos recorridos, os quais passaram a agredi-los com socos e pontapés, exigindo que admitissem haver dispensado *alguma coisa* (sic) num matagal. No entanto, diante da afirmação da vítima no sentido de que nada haviam dispensado, o GM Agnaldo lhe impingiu *choques* com uma *máquina*, em várias regiões de seu corpo, enquanto o GM Rangel pressionava suas unhas com um objeto de metal, ameaçando *arrancar-lhe* os dedos. Depois disso, o GM João Celso apontou uma arma de fogo contra o ofendido e Eduardo, e, a seguir, a engatilhou, dizendo-lhes que iria matá-los. Por fim, os apelados ameaçaram amarrar a vítima junto à linha férrea, tudo

com o intuito de obterem a confissão que visavam. Ocorre que, nesse ínterim, os recorridos souberam que o ofendido é filho de uma *guarda municipal* e, então, permitiram que ele e Eduardo fossem embora. Todavia, diante das agressões que lhe foram impostas, a vítima suportou lesões corporais de natureza leve. Então, ela contou à sua mãe - Neusa Noronha de Oliveira o que havia sofrido. Diante disso, elas compareceram ao distrito policial e comunicaram os fatos, propiciando o início da ação penal.

É o que se depreende dos seguros e coesos depoimentos e reconhecimentos concretizados pela vítima e pela testemunha Eduardo Rogério da Silva, bem assim dos relatos de Neusa Noronha de Oliveira, os quais confirmaram os termos da inicial acusatória e evidenciaram a responsabilidade criminal dos acusados no que tange às imputações em tela.

E ofendido, ainda com recente memória dos fatos, descreveu, minuciosamente, à autoridade policial, as agressões que lhe foram aplicadas.

Disse que ele e Eduardo foram surpreendidos pelos guardas civis municipais João Celso, Selis e Rangel, os quais, tão logo deles se aproximaram, desferiram-lhe *socos na cabeça e pontapés* (sic). O GM Selis deu-lhe choques pelo corpo, com uma *máquina de choque* (sic), *enquanto os outros guardas passaram a desferir socos na cabeça e pelo corpo, mas isso o tempo todo* (sic), e o acusavam, dizendo que havia dispensado algum objeto. Disse-lhes que nada havia jogado, mas não acreditaram. Esclareceu que os guardas também agrediram Eduardo, porém, em menor intensidade, mas os choques somente foram dirigidos contra si. Nesse ínterim, chegaram ao local outras viaturas, nas quais vieram o GM Macedo e outras duas guardas femininas. Enquanto aquele também começou a agredi-lo, as guardas ficaram observando, à distância. Os guardas o agrediram, ainda, com um objeto de metal com o qual apertavam sua unha e ameaçavam *cortar-lhe o dedo, e, também, amarrá-lo à linha do trem* (sic). Depois disso, o GM João Celso sacou a arma de fogo, a engatilhou e a apontou contra si e Eduardo, dizendo que iria matá-los. O outro guarda *deu uma chave de braço* (sic) em Eduardo e o GM Rangel, então, pressionou o dedo dele com o objeto de metal. A seguir, o GM João Celso se aproximou e disse-lhe: *vai buscar logo o que você dispensou, senão você vai continuar apanhando* (sic). Informou ao agente que nada havia dispensado, então, ele chamou outro GM, *cor branca, alto, de nariz grande e cabelos raspados* (sic), que também se aproximou e lhe desferiu um soco contra a cabeça. Asseverou que, durante as agressões, os guardas descobriram que é filho de Neuza, que trabalha com o secretário municipal, Dr. Ruyrillo. Diante disso, *um por um foi saindo devagar, inclusive durante as agressões, um dos guardas passou o rádio para o Dr. Ruyrillo ... que o Dr. Ruyrillo falou "para dar uma prensa" no declarante e em seguida liberá-lo, vez que o declarante já tinha ato infracional de "pichação"* (sic). Eles alegavam que havia manchas de tinta em seu pescoço

e, então, Eduardo, para ajuda-lo, disse-lhes que nada havia, momento em que o GM Rangel desferiu um soco contra o abdômen dele, para mantê-lo calado. Aduziu que um dos guardas preencheu uma folha com os dados de Eduardo e, a seguir, o liberou. Depois disso, rasgou o papel e jogou fora e, em seguida, também lhe dispensou, dizendo-lhe: *você é filho da Neuza, pode ir embora* (sic). Por fim, esclareceu que permaneceu da 1h30 às 4h *nas mãos dos guardas, sofrendo agressões sem parar e choques* (sic).

E, em juízo, foram-lhe exibidas as fotografias, acostadas a fls. 34/37, dos agentes municipais escalados para prestar serviço na noite do fatídico evento, consoante informações extraídas do documento de fl. 33, e a vítima indicou ao magistrado aqueles que aduziu terem lhe agredido, vale dizer, reconheceu, dentre vários agentes, os apelados, como sendo os agressores, inclusive, individualizando a conduta de cada um deles, quando lhe foram apresentadas as fotografias de fls. 40/41 dos recorridos.

A seguir, ratificou seu relato inicial, e, sucintamente, consoante aconselhado pelo próprio magistrado, esclareceu que retornava para casa, por volta de meia noite, quando várias viaturas se aproximaram e, a seguir, os guardas municipais o abordaram, alegando que ele e Eduardo haviam *dispensado algo no mato* (sic). Aduziu, mais uma vez, que os agentes *ficaram batendo e ameaçando, falando que iria nos matar, levei choque nas genitálias do GM Selis que me desferiu pontapés também nas genitálias* (sic), mas estava vestido. Disse que o GM Macedo estava com o alicate para torturá-los e falava que iria *tirar a ponta do dedo* (sic) de Eduardo, se não falassem o local onde estava o objeto dispensado. Os choques eram dados com uma *maquininha que na ponta ficava um raiozinho vermelho quando encostava dava choque* e fazia-lhe paralisar o corpo. O GM João Celso portava com a arma, a *engatilhou e falava que a gente ia morrer, que ia colocar a gente na linha do trem* (sic). Não havia populares nas imediações. No começo, havia somente duas viaturas. Os demais guardas estavam só conversando, enquanto os recorridos lhes agrediam, *tudo isso na base da risada, brincando* (sic). Em determinado momento, as guardas femininas informaram aos demais agentes que é filho da agente Neuza. Depois disso, eles ligaram ao Dr. Ruyrillo e falaram que *estavam com o filho da Neuza*. Diante disso, aquele recomendou aos agentes: *então pode dar aperto porque ele tem antecedentes* (sic). Não ouviu o Dr. Ruyrillo dizer isso. Foi ele mesmo quem comentou com sua mãe, após os fatos, que assim recomendou aos agentes. As duas guardas perguntaram o nome de Eduardo e escreveram os dados pessoais dele num papel. A seguir, elas perguntaram seu nome, mas uma delas lhe disse: *você é filho da Neuza, não precisa* (sic). Então, amassou os papéis e o liberaram.

Por fim, esclareceu que, por terem entrado no *matagal* com os guardas para realizar as buscas, de fato, também suportou ferimentos produzidos pelo

atrito com o capim, mas não notou a presença de formigas.

Todavia, apresentadas as fotografias relativas às lesões que suportou, acostadas a fls. 10/15, o ofendido soube especificar a que cada uma delas se referia: fls. 10, 11, inferior, 12, inferior, e 15, superior, produzidas pelo atrito com o capim; fls. 11, superior, 13, superior, 14 e 15, inferior, regiões que sofreu os choques; e, 12, superior, e 13, inferior, produzidas pelas *pancadas* (sic) que lhe foram desfechadas.

Ressalte-se, que, conquanto inexista nos autos a origem de tais fotografias, certo é que a vítima sempre aduziu ter suportado referidos ferimentos, os quais, aliás, estão em consonância com as informações constantes do laudo de exame de corpo de delito, realizado aos 2.4.2009, isto é, quatro dias após os fatos, cujo teor atesta que ela apresentava lesões corporais de natureza leve, consistentes em *eritema inguinal bilateral e escoriação recente em face medial de perna direita e manchas puntiformes distribuídas nas faces anterior e posterior do tronco* (fl. 17, sic), produzidas por agente contundente.

No mesmo sentido foram os relatos da testemunha Eduardo Rogério da Silva, nas duas fases da *persecutio criminis*.

Disse à autoridade policial que o GM João Celso deu-lhe *choques com uma máquina* e também no ofendido, *o qual tremia por inteiro, ficava pulando* (sic). Esclareceu que um dos guardas *pegou uma arma, engatilhou e apontou contra mim e o ofendido* e, a seguir, disse: *vocês vão morrer e vou jogar na linha do trem, ninguém vai saber do que vocês morreram* (sic), e, naquele instante, um trem passava nas imediações. Depois disso, deram-lhe uma *chave de braço*. Pressionaram seus dedos e os da vítima com um aparelho de metal. Desferiram *socos e pontapés* em seu abdômen e rins, mas não ficou com marcas visíveis. Relatou que as agressões perduraram por, aproximadamente, duas horas. Aduziu, ainda, que, durante os fatos, o ofendido informou aos guardas que é filho de Neuza Noronha, que trabalhava com o secretário municipal Dr. Ruyrillo. Nesse instante, um dos guardas *passou um rádio* para uma pessoa e repassou tal informação. Depois disso, foi dispensado, mas ainda *seguraram* a vítima. Ficou aguardando na *Praça 500* e, depois, ela chegou e mostrou-lhe as manchas vermelhas pelo corpo. Asseverou que, a todo o momento, o GM Selis dava choques elétricos no corpo do ofendido. Os guardas *faziam pressão psicológica, aduzindo que no pescoço dele havia manchas de tinta* (sic). Tentou ajudá-lo e, então, deram-lhe socos e pontapés em seu abdômen e costas, para repreendê-lo. Depois, ... *marcou seus dedos e fez assinar um papel e em seguida lhe dispensou* (sic). Não comunicou os fatos à autoridade policial, à época, pois os guardas ameaçaram matá-los, aduzindo que *se viessem a Delegacia, dar queixa, quando fossem abordados pelas ruas de Valinhos, iriam matá-los* (sic), no entanto, a mãe do ofendido resolveu ir à delegacia, *pois o mesmo ficou com manchas* (sic). Teme por represálias ou que os guardas *forjem alguma situação*,

pois ambos já responderam por *ato infracional de pichação* (sic).

Em juízo, tornou a afirmar que as agressões consistiam em socos, choques elétricos, tortura com o *alicatesinho* e com as ameaças no sentido de que iriam matá-los. Os guardas exigiram que entrassem no mato, pois pensaram que se tratavam de *pichadores*. O GM Rangel deu *choques* no ofendido e o GM Macedo, *pontapés*. Recorda-se que os capins também machucaram. Deram choques na genitália da vítima. Foram agredidos por cerca de uma hora e meia a duas. No local havia duas ou três viaturas. A GM Marilene foi quem informou que a vítima é filha da funcionária Neuza. A seguir, o GM João Celso indagou-a a respeito da informação e ela confirmou.

E Eduardo também individualizou as condutas dos guardas municipais. Esclareceu que Selis foi quem desferiu os choques e Macedo e João Celso lhes fizeram *ficar procurando rolinho de tinta* (sic). Rangel os *xingou*. Não se recorda quem estava com *alicatesinho*, acha que foi ou o GM Rangel ou João Celso (sic). O GM Selis sacou a arma, a engatilhou e a apontou em direção a ambos. Macedo e Selis os ameaçaram amarrá-los à linha do trem e matá-los, se comunicassem à polícia, aduzindo conhecer o local onde moravam. (...) *levou um pontapé nas nádegas, dois ou três socos nos rins, tapa na cara e lhe ofenderam* (sic). Não lhe deram choques, somente ameaçaram, *pois eles visavam o Anderson* (sic). No dia seguinte, a vítima foi à sua casa, ergueu a camisa e *deu pra ver as marcas do choque* (sic). Foi dispensado antes dele e, ao chegar à frente da praça, aguardou o ofendido. (...) *não sentiu formigas, só o mato arranhando* (sic). (...) *pelo menos quando eu estava não falaram nada de levá-lo para casa* (sic). Ele e a vítima usavam drogas e haviam consumido pela manhã.

A mãe do ofendido, Neusa Noronha de Oliveira, a seu turno, relatou - na fase inicial - que o filho lhe contou que estava com Eduardo e foram surpreendidos por guardas municipais, quando retornavam para casa, e foram agredidos com socos, pontapés, no corpo e rosto, além de utilizarem máquina de choque, bem como outra máquina que apertava suas unhas. Disse-lhe, ainda, que lhe deram choques até mesmo nos testículos. Observou que, à época, a vítima *ficou com marcas visíveis* (sic).

Em juízo, esclareceu que, na ocasião dos fatos, estava em *readaptação na guarda municipal* (sic). Disse que o ofendido chegou à sua casa de madrugada, mas estava dormindo. Ele lhe disse que retornava da casa de um amigo, na companhia de Eduardo, e foram abordados pelos guardas municipais. Ele contou o nome de alguns deles e disse que estavam em quatro viaturas. Não estava com a vítima quando do reconhecimento fotográfico realizado no distrito policial. Notou as lesões no corpo do filho, escoriações nas pernas e marcas provocadas pela máquina de choque. Ele aduziu que levou chutes e choques na genitália, e, em razão de tais agressões, *faz tratamento médico até hoje* (sic). Também lhe disse que ameaçaram amarrá-los à linha do trem e cortar-lhes os dedos, *com um*

*aparelho*. Soube que Eduardo também foi agredido.

É certo que os recorridos sempre negaram as agressões.

Os guardas civis municipais Rangel e Macedo relataram, na fase administrativa, que estavam parados na estação de trem e, ao descer da viatura, Rangel observou dois *rapazes* dispensarem uma sacola num *matagal*, o que lhes despertou suspeita. Então, *passaram um rádio via Cecon* e solicitaram auxílio de outra guarnição, pois não pertenciam àquela região. Diante disso, os guardas civis Selis e João Celso fizeram a abordagem deles, mas nada ilícito encontraram durante revista pessoal. Aproximaram-se do local da abordagem, e, enquanto Selis e Celso os revistavam, e Macedo dava cobertura àqueles, Rangel foi até o *matagal* realizar buscas, mas, do mesmo modo, nada encontrou. Em seguida, chegaram as guardas Rosimeire e Marilene, que auxiliaram Rangel nas buscas. Então, Rosimeire comentou com ele que o rapaz *loiro*, isto é, o ofendido, era filho de uma *funcionária da guarda*. Depois Macedo solicitou que Selis, João Celso e Macedo também realizassem buscas no matagal com os dois rapazes e, novamente, nada encontraram. A seguir, o ofendido e Eduardo foram levados até a viatura, onde Rangel pediu-lhes os documentos de identificação, todavia, eles não portavam, razão pela qual ele colheu seus dados pessoais e pediu a Rosimeire que os conduzisse às respectivas casas, mas eles recusaram a carona. Diante disso, eles foram liberados. Asseveraram que *em nenhum momento eles sofreram agressões e que as lesões podem ter decorrido do atrito com o capim colônio, o qual corta o corpo da gente, deixando vermelhões, como se fosse uma alergia*. Aduziram, ainda, *que durante a abordagem ninguém passou rádio para o Dr. Ruyrillo*, pois não têm acesso ao rádio dele. Por fim, esclareceram que *não possuem nenhum objeto de metal ou máquina de choque, pois tais objetos não fazem parte dos equipamentos da Guarda Municipal de Valinhos* (sic).

Em audiência, o guarda Rangel disse que por volta de 1h estava parado em frente à estação *fumando* e notou dois indivíduos, os quais, após avistarem a viatura, retornaram e dispensaram algo no mato. Solicitou o auxílio de outra guarnição e pediu aos guardas que *dessem a volta e abordassem pelo outro lado*. Realizou duas vezes buscas no matagal. Asseverou que não utilizaram arma. Disse que *Marilene foi até mim e disse que um daqueles meninos era filho da Neuza* (sic). Em razão de nada terem localizado, os dispensaram. Ofereceu-lhes carona, mas eles dispensaram. Não observou lesões no ofendido. Aduziu que o supervisor Almeida *levou picadas de formigas* (sic). A diligência durou cerca de quarenta minutos. Havia uma portaria *há uns dez metros*, mas não observou se havia vigilante.

E o guarda Macedo declarou que a vítima e Eduardo, após notarem a viatura, saíram correndo e dispensaram algo. Não os viu jogar, foi o guarda Rangel quem observou. Quando aqueles avistaram a outra viatura eles *correram de volta*. Foram ao local quatro viaturas, mas, primeiro só estavam

duas. Durante a revista pessoal, nada ilícito localizaram. Não realizou buscas no matagal, somente Rangel, os agentes que realizaram a abordagem e o supervisor. Rosimeire os informou que o ofendido é filho da funcionária Neuza. O supervisor pediu que as agentes levassem a vítima e Eduardo até a viatura. Não notou lesão alguma neles. Viu o porteiro a cerca de dois metros da portaria, mas não conversou com ele. O ofendido trazia consigo uma mochila que estava molhada, com vestígios de tinta azul. Verificaram a mochila, mas nada ilícito continha.

O guarda municipal Agnaldo Selis disse à autoridade policial que ele e Celso foram acionados, via *Cecon*, e, ao avistar o *rapaz loiro*, isto é, o ofendido, e Eduardo, correndo, os quais soube que haviam dispensado um objeto no matagal, solicitou que parassem. Então, realizaram revista pessoal, *mas nada ilícito portavam, mas as bermudas dos dois adolescentes se encontravam com manchas de tintas e a mochila que estava em poder do menino loiro e o rosto estava respingado de tinta* (sic). Indagou-lhes o local onde jogaram o objeto, mas eles negaram ter dispensado qualquer coisa. Em seguida, os guardas Rangel e Macedo se aproximaram e passaram a procurar no matagal, mas nada encontraram. Depois, chegaram ao local as guardas Rosimeire e Marilene que também os auxiliaram nas buscas. Nesse momento, igualmente, foi ao matagal com João Celso e os garotos, mas, do mesmo modo, nada encontraram, pois o *mato estava muito alto e era de difícil acesso*. Em seguida, Rangel chamou os adolescentes para o preenchimento da solicitação da ocorrência e, depois disso, eles foram liberados. Soube que o ofendido é filho da funcionária Neuza naquele dia. *Esclareceu ainda o declarante que se a vítima estava marcada nas pernas, como nas fotos apresentadas, pode ter sido pelo fato das vítimas estarem usando bermudas curtas e como o mato era de capim colônio, o qual corta a pele, deixando vergões de cor vermelha pelo corpo, como se fosse alergia, inclusive o declarante e seus companheiros ficaram com marcas no braço ... além de terem sido picados por formigas lava pés, o que pode também ter ocorrido com os garotos* (sic). Viu ninguém os agredindo. Após as buscas, saiu do local, onde permaneceram Rangel, Macedo, Rosimeire e Marilene.

No mesmo sentido foi o relato inicial do guarda João Celso, que acompanhou Selis na abordagem da vítima e de Eduardo. Aduziu que não apontou arma alguma contra a vítima, *pelo fato do declarante ter tomado conhecimento que o rapaz era filho de funcionária da guarda e jamais iria tomar esse tipo de atitude, bem como nenhum dos dois rapazes foram agredidos* (sic). Não havia nenhuma máquina de choque ou objeto de metal. Também esclareceu que *se a vítima estava marcada nas pernas, como nas fotos apresentadas, pode ter sido pelo fato das vítimas estarem usando bermudas curtas e como o mato era de capim colônio, o qual corta a pele, deixando marcas vermelhas pelo corpo, como se fosse uma alergia, inclusive o declarante e seus companheiros ficaram*

*com marcas pelo braço, quando realizaram a busca pelo objeto dispensado, bem como o declarante não viu nenhum de seus companheiros agredindo a suposta vítima e o amigo dele. Informa ainda o declarante que após a busca, saiu do local para continuar o patrulhamento na área, permanecendo no local Rangel, Macedo e as gms femininas Rosimeire e Marilene (sic).*

Em juízo, o guarda Selis aduziu ter recebido chamado noticiando que *garotos haviam dispensado algo e corrido (sic)*. Quando eles notaram a viatura, correram para o outro lado. Após a abordagem, notaram que a mochila de um deles estava *molhada de tinta* e havia respingos nas mãos e na blusa, mas eles não confirmaram que estavam pichando ou usando drogas. Disse que o ofendido e Eduardo estavam correndo de outra viatura, que vinha de encontro à sua e *se depararam com a nossa (sic)*. Durante a abordagem, a sua arma estava em punho, mas não apontada contra alguém, pois se trata do procedimento padrão. Depois, chegou a guarnição que passou a informação, bem assim as guardas e, a seguir, o supervisor. A diligência durou aproximadamente cinquenta minutos. Os guardas Macedo e Rangel reconheceram os *garotos*. Então, entraram juntos com eles no matagal para realizar a busca do objeto que haviam dispensado. As guardas informaram que o ofendido é filho da funcionária Neuza. Asseverou não ter telefonado a ninguém. Quando o supervisor chegou ao local, entraram no matagal mais uma vez, acompanhados dele. Depois disso, os adolescentes foram liberados. Aduziu que não houve agressão alguma. Foi mordido por formigas e sofreu ferimentos em razão do atrito com o mato, assim com o supervisor.

João Celso, a seu lado, disse que os garotos aparentavam estar fugindo e, então, os abordaram. Notou uma pessoa na portaria existente nas proximidades, mas não prestou atenção. Ninguém empunhou arma, sequer para realizar a abordagem. Recorda-se de comentário a respeito de Neuza, no entanto, não lembra quem o fez. A diligência durou aproximadamente cinquenta minutos. Também entrou no mato. Disse que o capim machucava e, apesar de estar de calça, esclareceu que o *capim machucava nos braços (sic)*. Asseverou que, em momento algum, agrediram os adolescentes.

A testemunha Marilene Alves Pereira aduziu, em juízo, que todos os guardas que ali estavam, entraram no matagal. Não presenciou agressões. Quando saiu do local, os demais *ficaram ainda no capim procurando (sic)*. Quando foi para a viatura, eles não haviam resolvido a questão. Rosimeire os informou que a vítima é filha da secretária, mas não a viu avisar ninguém. Ouviu comentários depois, mas no momento não notou.

A testemunha Paulo Rego Medeiros, arrolada pela defesa, motorista do supervisor, aduziu que, ao chegar ao local, o ofendido e Eduardo já haviam sido abordados. Eles entraram no matagal, acompanhados do supervisor. Permaneceu no local por aproximadamente dez ou quinze minutos e não presenciou agressões. Nesse período, não ouviu comentários no sentido de que o ofendido era filho de

Neuza, pois *estava meio longe* (sic). Quando saiu com o supervisor, os demais guardas permaneceram naquele sítio.

O supervisor Vladimir Martins de Almeida, a seu lado, esclareceu, em audiência, que *pouco participou da diligência* (sic). Permaneceu no local menos de meia hora. Recebeu ocorrência *de pichação e que os meninos haviam jogado algo no matagal* (sic). Quando ao sítio, conversou com os guardas e fizeram uma nova busca. Quando saiu com a viatura, os demais permaneceram. Soube que o ofendido é filho de uma funcionária quando chegou ao local. Fez contato com o secretário porque sempre o informa a respeito de toda ocorrência. Disse-lhe que o ofendido é *filho da secretária que trabalhava comigo na época, ele pediu para averiguar direitinho e liberar o menino* (sic). Não soube se realizaram telefonema para o serviço 153.

Por fim, a testemunha arrolada pela defesa, José Antonio Colombo, esclareceu que é porteiro de uma empresa estabelecida próxima ao local dos fatos. Aduziu ter notado o ofendido e Eduardo *pichando e chutando* a carroceria de um caminhão. Então, telefonou para o número 153. Estava chamando e informou o rapaz da base acerca do ocorrido, no entanto, notou a aproximação de uma viatura, então, avisou tal fato no telefonema. Diante disso, desligou e saiu da guarita, todavia, ao final, declarou que presenciou os fatos do lado de dentro da portaria. Viu que eles dispensaram um objeto no matagal. Disse que os guardas civis abordaram os adolescentes e *trouxeram ali na minha frente e nenhum momento fugiram da minha vista* (sic). No entanto, não pôde esclarecer se os menores foram levados à viatura ou se foram dispensados. Aduziu que estavam a cerca de dez, doze metros de distância e que pôde ver o ocorrido, pois o local é iluminado, todavia, não foi capaz de reconhecer nenhum dos agentes que estavam presentes no local, pois todos usavam farda. Asseverou que *em momento algum houve agressão* (sic).

No entanto, esses enredos no sentido de que os recorridos não agrediram ou torturaram a vítima e de que as lesões atestadas no laudo de exame de corpo de delito foram produzidas pelo atrito com o *capim que estava alto* não convencem, sobretudo porque as declarações dos apelados revelaram-se evasivas e não se coadunam com os demais elementos de convicção, sequer com os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, isto é, nem mesmo os demais guardas civis municipais que compareceram ao sítio dos fatos foram capazes de confirmar suas versões, pois sempre procuraram convencer que não acompanharam toda a diligência, ao reverso, todos estes ressaltaram que pouco permaneceram no local.

É o que se depreende até mesmo dos relatos da guarda civil municipal Marilene - pois aduziu ter saído antes que a diligência se concretizasse, esclarecendo, frise-se, que os demais agentes ainda *ficaram no capim procurando* (sic), ao passo que os apelados, no distrito policial, com recente

memória dos fatos, relataram que, por nada terem localizado com a vítima e com Eduardo, pediram que as agentes Marilene e Rosimeire os levassem às suas casas, a revelar que, na realidade, ou se esqueceram propositadamente de parcela do episódio, ou aqueles acrescentaram esse particular, no sentido de que elas acompanharam a consolidação do episódio narrado na inicial acusatória, na vã tentativa de se isentarem de responsabilidade, mas ao contrário, com essa conduta, só emprestaram aos seus enredos descrédito mútuo.

E de somenos a alegação dos recorridos no sentido de que somente abordaram o ofendido e Eduardo em razão da atitude deles que lhes suscitou a atenção, porquanto teriam dispensado objeto no matagal após notá-los, pois, a rigor, essa circunstância - e o fato de já terem sido responsabilizados pela prática de ato infracional consistente em *pichação* -, não os favorecem, tampouco exclui a culpabilidade, ao inverso, confirmam as declarações da vítima e da testemunha Eduardo, os quais sempre aduziram que os apelados os agrediam com o intuito de alcançarem sua confissão e a localização do suposto objeto, conduta que, aliás, ultrapassa os limites previstos na lei, tanto que é punida com maior rigor quando cometida por agentes públicos no exercício de suas funções.

Não bastasse, não se pode olvidar que os recorridos foram categóricos ao afirmar que não contataram o *Secretário - Dr. Ruyrillo* -, no entanto, o supervisor declarou que, de fato, realizou o telefonema, aduzindo tratar-se de *procedimento de praxe* em todas as ocorrências, apesar de confirmar ter-lhe repassado a informação de que a vítima é filho de uma funcionária dele, assim como o ofendido sempre relatou.

Ademais, cumpre ressaltar que as declarações das testemunhas Marilene, Paulo e Vladimir devem ser vistas com reservas, não somente pelas razões alhures mencionadas, máxime porque também procuram se eximir de responsabilidade criminal, porquanto acompanharam as buscas pelo *matagal* e, nesse passo, as agressões que foram impingidas contra a vítima, por aproximadamente duas horas e meia, a evidenciar que, ainda que não tenham participado dos abusos perpetrados pelos recorridos, ao menos, foram complacentes e omissos ao consentir que eles fossem cometidos.

Por fim, no que tange às declarações da testemunha José Antonio, também arrolada pela defesa, malgrado tenha categoricamente afirmado que *em momento algum houve agressão* (sic), seus relatos revelaram-se contraditórios, porquanto procurou convencer que presenciou todo o deslinde do episódio em tela, aduzindo que após a abordagem do ofendido e de Eduardo, saiu da guarita e permaneceu em frente à portaria, a cerca de dez ou doze metros de distância do local dos fatos, tanto que asseverou que os *adolescentes foram trazidos ali na minha frente e nenhum momento fugiram da minha vista* (sic), todavia, ao ser indagado haver notado se eles foram embora a pé ou se foram conduzidos a uma viatura, não pôde esclarecer, o que desperta suspeita, mormente diante de

sua precedente alegação.

Ainda: exibidas as fotografias de todos os guardas municipais que estavam escalados para atuar no dia do fatídico evento, José não foi capaz de reconhecer nenhum deles, aduzindo que o local, apesar de bem iluminado, não lhe permitia visualizar a face dos agentes, pois *todos estavam vestidos com a farda* (sic), tendo ainda recuado e, então, declarado que presenciou os fatos de dentro da portaria.

Nesse contexto, respeitado o entendimento esposado pelo e. magistrado e pela d. procuradora de justiça, não há se cogitar de absolvição dos apelados com esteio na tese de inexistência de prova de que concorreram para a prática dos fatos versados na inicial, porquanto a materialidade, a autoria e a culpabilidade, além de inequívocas, restaram comprovadas pelas declarações da vítima, da testemunha de *visu* Eduardo, esta, aliás, sequer contraditada, e de Neuza, mãe do ofendido, bem assim pelo laudo de exame de corpo de delito, cujas lesões nele atestadas não se amoldam à versão dos acusados, no sentido de que teriam sido produzidas pela roçadura com o capim existente no matagal e por picadas de *formigas*, ao inverso, se coadunam com as agressões narradas pela vítima e por Eduardo, mormente diante da persistência dos ferimentos, pois o exame foi realizado quatro dias após os fatos, sem deslembrar que sempre afirmaram que o ofendido foi agredido com socos, chutes e pontapés e, ainda, com choques elétricos, em diversas partes do corpo, os quais certamente produziram as *manchas puntiformes distribuídas nas faces anterior e posterior do tronco* (fl. 17, sic), e, também o *eritema inguinal bilateral*, vale dizer, lesão em região próxima aos testículos, que pode ter sido provocada pela ação de agente elétrico, consoante aventado pela vítima e por Neuza, que esclareceu que o filho ainda realiza tratamento médico em razão dos ferimentos suportados nessa região, sem desconsiderar, ainda, que, malgrado os recorridos tenham negado a prática do delito, admitiram que, de fato, compareceram ao sítio dos fatos e participaram da diligência em que houve a abordagem do ofendido e de Eduardo, bem assim que somente os libertaram após tomarem conhecimento que aquele é filho de uma guarda civil municipal.

E não há razão para simplesmente se desprezar esses depoimentos e reconhecimentos, realizados de acordo com as normas legais, pois não tinham motivos para falsamente imputar conduta criminoso a pessoas inocentes, a vítima e a testemunha sequer os conheciam, nada existindo de concreto nos autos que pudesse infirmar essa prova, cujo teor foi coerente e harmônico desde o início, inclusive sob a garantia do contraditório, pese embora o tempo decorrido, e, ainda, por não contemplarem contradição de relevo nem interesse sorrateiro, merecem inquestionável credibilidade, sobretudo no que se refere às declarações de Neuza, mãe do ofendido, por se tratar, à época, de funcionária pública, justamente da guarda civil municipal, que, certamente não arriscaria o

emprego que possuía engendrando acusação apócrifa - porquanto poderia ser afastada do cargo em razão de acusações tão sérias, se fossem infundadas, ou mesmo instigar *perseguições* pelos colegas de trabalho ou superiores -, se não fosse por um motivo que lhe provocasse tamanha comoção, como a agressão e tortura a um filho, tanto que buscou, por seus próprios meios e conhecimentos, auxiliar na investigação, ao comparecer, durante a instrução, ao MINISTÉRIO PÚBLICO e informar que na Guarda Municipal havia *um documento denominado relatório de quilometragem manual das viaturas, onde ficam anotados todos os deslocamentos dos carros* (fl. 97, sic), propiciando que o parquet requeresse a conversão do julgamento em diligência, com a finalidade de se obter cópia do *relatório de quilometragem manual das viaturas* que estiveram no local dos fatos naquela madrugada.

E, da análise de tais documentos, depreende-se que, sintomaticamente, não há informação alguma quanto ao fato narrado na inicial no histórico da viatura (número 332, fl. 110) na qual estavam os guardas (Rangel e Macedo), os quais realizaram a abordagem da vítima, ao reverso, consta que à 1h30 realizavam RONDAS, às 2h10, atendiam à solicitação nº 03 (*auxiliar paciente até a divisa do município*), às 2h10, novamente em RONDAS, às 3h20, informação de ORX CACC, e, por fim, às 5h35, CECOM, o que causa espécie, porquanto no relatório da viatura cujos guardas notaram os adolescentes dispensar o suposto objeto suspeito (nº 330, encarregado Selis, fl. 109) e que, depois, também permaneceu no sítio dos fatos, há anotação no sentido de que das 2h40 às 4h, os guardas *Selis e Celso* permaneceram dando *APOIO A VTR 332 (AV. PICHANÇA)*, a revelar que procuraram omitir informação concernente ao episódio em tela e, ainda, que a diligência não se estendeu por apenas cinquenta minutos, consoante aventado pelos recorridos, mas, ao menos, por aproximadamente duas horas, pois os guardas *Selis e Celso* chegaram ao local quando o ofendido e Eduardo já haviam sido abordados, sem se esquecer que no *relatório de serviço motorizado* da viatura 307, na qual estava Rosimeire, também não há menção alguma ao evento em questão.

Portanto, emerge evidente do acervo amealhado pela acusação que o delito previsto no artigo 1º, I, a, da Lei nº 9.455/97, restou caracterizado e foi comprovado, pois os recorridos intencionalmente, durante cerca de duas horas, provocaram sofrimento físico e mental na vítima, desferindo-lhe chutes, socos e pontapés, mediante choques em várias regiões de seu corpo e ameaças de matá-la, ao apontar e engatilhar arma de fogo contra sua cabeça, de cortar-lhe os dedos com um alicate e, por fim, amarrá-la à linha férrea, tudo com o intuito de obter a *confissão* de que supostamente havia dispensado um objeto no *matagal* e informação quanto ao local onde referido objeto se encontrava, agressões que se findaram apenas ao tomarem (os recorridos) conhecimento que a mãe dele é funcionária da mesma guarda civil municipal e em razão das recomendações do

*Secretário Ruyrillo*, pois determinou que o agredissem por mais algum tempo e, somente então, o libertassem, circunstância que, no entanto, não os favorece, porquanto o crime de tortura já havia se consumado, ante a prática de todas as condutas perpetradas até aquele momento.

Ressalte-se que ausência de observância das recomendações relacionadas pela defesa, à fl. 185, as quais, aliás, sequer estão previstas no Código de Processo Penal, tampouco na Lei de Tortura, não torna o laudo pericial imprestável, ao reverso, apenas o complementam, e não são indispensáveis à configuração do delito de tortura, sobretudo porque o tipo penal em tela prevê que o crime pode ser praticado *com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental*, e este último, a rigor, não deixa vestígios, e também restou caracterizado na hipótese dos autos, pois o ofendido teve sua vida ameaçada com uma arma de fogo apontada contra si e, ainda, de ser amarrado à linha férrea, a evidenciar que a perícia, *in casu*, era prescindível e poderia mesmo ser suprida pela prova oral amealhada.

Nesse sentido:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. 1. EXAME DE CORPO DE DELITO. INEXISTÊNCIA. ALEGADA NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CRIME QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. SOFRIMENTO DE ORDEM MENTAL. COMPROVAÇÃO POR DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. SUFICIÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA. 1. Em se tratando do crime de tortura, previsto no artigo 1º, inciso I, 'a', da Lei 9.445/97, e sendo impingido à vítima apenas e tão somente sofrimento de ordem mental, e que, portanto, e de regra, não deixa vestígios, é suficiente a sua comprovação por meio de prova testemunhal. 2. Ordem denegada. (HC 72.084/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. em 16/04/2009).*

Além do mais, o delito de lesão corporal (artigo 129, *caput*, do Código Penal) também ficou configurado e foi comprovado, pois, diante dos abusos que lhe foram impingidos, a vítima suportou lesões corporais de natureza leve, consoante atesta o laudo de exame de corpo de delito.

Diante disso, sopesadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, no que tange ao crime de tortura, não se tratando de conduta que excedeu o modo como tais delitos são ordinariamente praticados, fica a pena estabelecida no piso, e, a seguir, acrescida de 1/5, diante da presença de duas majorantes, previstas no artigo 1º, § 4º, I e II, da Lei de Tortura, porquanto o crime foi cometido por agentes públicos, vale dizer, guardas civis municipais durante o exercício de suas funções, contra vítima que à época contava com catorze anos, perfazendo, portanto, isoladamente, dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão.

E, como efeito da condenação, nos termos do artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.455/97, imperativa a perda do cargo público que os apelados ocupavam ao tempo do crime em estudo (guardas civis municipais) e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, isto é, quatro anos, nove meses e dezoito dias.

O regime prisional inicial será o fechado, embora se trate de réus primários, por ser o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza.

E não há se cogitar de substituição da reprimenda por restritiva de direitos, diante da vedação contida no artigo 44, I, do Código Penal.

De igual forma, incabível o *sursis*, diante do *quantum* imposto (artigo 77, *caput*, do Código Penal).

Em arremate, no que se refere ao delito previsto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, fica a básica acrescida de 1/6, em razão da quantidade de ferimentos suportados pelo ofendido e das consequências das agressões, pois, consoante se infere dos relatos de Neuza, em juízo, ele ainda realiza tratamento médico em decorrência das sequelas deixadas pelas lesões que sofreu próximas à virilha, e nesse patamar restam concretizadas, à míngua de outras causas modificativas, perfazendo, individualmente, três meses e quinze dias de detenção.

Porém, diante do *quantum* ora fixado e do teor do artigo 109, IV, (com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010, *ex vi* do princípio *tempus regit actum*), combinado com os artigos 110,

§1º, e 119, do Código Penal, verifica-se que o prazo prescricional, in casu, se concretiza em dois anos.

Assim, tendo em vista que desde o recebimento da denúncia (aos 26.10.2009, fl. 53), até esta data, transcorreu o lapso de tempo aplicável na espécie, tem-se que o reconhecimento da ocorrência prescrição da pretensão punitiva é medida que se impõe, pois se encontra consumada a causa extintiva da punibilidade.

Por tais razões, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO para CONDENAR AGNALDO SELIS, JOÃO CELSO REZENDE, RANGEL RICARDO MINGUINI e VALDIR FERNANDES DE MACEDO, isoladamente, a dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no artigo 1º, I, a, combinado com o §4º, I e II, Lei nº 9.455/97, e a três meses e quinze dias de detenção, por infração ao disposto no artigo 129, *caput*, do Código Penal; JULGAR, *ex officio*, EXTINTA A PUNIBILIDADE dos apelados, com relação ao delito de lesão corporal, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição, com fundamento nos artigos 107, IV, 1ª figura, 109, IV, (com redação anterior à Lei nº 12.234/10, *ex vi* do princípio *tempus regit actum*), 110, §1º, 117, I, e 119, do Código Penal,

combinados com o artigo 61 do Código de Processo Penal; e DECRETAR, nos termos do §5º, do artigo 1º, da Lei de Tortura, a perda do cargo que ocupavam à época dos crimes e a interdição para seu exercício por quatro anos, nove meses e dezoito dias, expedindo-se ofício ao Prefeito do Município de Valinhos, com cópia do acórdão, para as providências cabíveis.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008071-64.2010.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que são apelantes WELLINGTON APARECIDO DOMINGOS e ALEXANDRE SIDNEY JOFRE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 21.877)**

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos dos réus, rejeitadas as preliminares suscitadas por ALEXANDRE. Ante a personalidade perigosa dos acusados, recomendam que eles sejam submetidos a exame criminológico ao ensejo de futuros pleitos de benefícios liberatórios. Determinam o encaminhamento, em primeiro grau, de cópias da sentença e do acórdão à Senhora Secretária Municipal de Educação da Comarca de Lorena, para conhecimento, tendo em conta eventuais reflexos administrativos da condenação em face de ALEXANDRE SIDNEY JOFRE. Determinam, por fim, a remessa de cópias da sentença, do acórdão e dos documentos de folhas 30/31, 32 e 496 ao Ministério Público do Estado para exame de eventual prática do delito de falsa comunicação de crime por Mara Jéssica Diniz Mendes. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SÉRGIO RIBAS E JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 19 de setembro de 2013.

PINHEIRO FRANCO, Relator

**Ementa: Roubo duplamente qualificado. Emprego de arma e concurso de agentes. Policiais civis que, no curso das investigações e de posse dos dados da placa da motocicleta utilizada pelos roubadores, apuram o envolvimento de WELLINGTON na ação, fato confirmado pela ofendida Juciliana e pela testemunha ocular Adáblio, que não tiveram dúvidas**

ao reconhecê-lo fotográfica e pessoalmente na via administrativa, renovando seguramente o ato sob o contraditório. Continuidade às investigações, com o deferimento judicial de pedido de compartilhamento de dados sigilosos (consistentes no conteúdo de conversas telefônicas interceptadas em razão do monitoramento da linha móvel pertencente ao corrêu Wesley, no bojo de procedimento instaurado para investigar quadrilha responsável pelo cometimento de vários crimes de roubo e latrocínios tentados nas comarcas de Guaratinguetá e Lorena) que culminam com a apuração do envolvimento, também, de ALEXANDRE, seguramente reconhecido pela ofendida e pela testemunha ocular fotográfica e pessoalmente na via administrativa. Ausência de renovação do ato, em juízo, que não tiswa a clareza da prova colhida, cujo conteúdo lhe é francamente desfavorável. Palavras da ofendida, da testemunha ocular e do policial civil coerentes e harmônicas, em sintonia, inclusive, com o teor das conversas telefônicas interceptadas. Versões exculpatórias isoladas. Relatos ofertados pelas testemunhas de defesa inábeis a infirmar a tese exposta pela acusação. Qualificadoras bem comprovadas. Penas adequadamente fixadas. Regime fechado absolutamente necessário para ambos. Apelos improvidos, rejeitadas as preliminares suscitadas por ALEXANDRE, com determinação e recomendação.

## VOTO

Apelações Criminais interpostas contra sentença que condenou WELLINGTON APARECIDO DOMINGOS e ALEXANDRE SIDNEY JOFRE, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, às penas, para cada um deles, de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime fechado, e 14 dias-multa (valor unitário mínimo).

WELLINGTON acena com a absolvição, fundado na precariedade da prova. Diz que o teor de suas harmônicas versões é crível e verossímil, asseverando que os relatos das vítimas e o conteúdo dos laudos de transcrição das conversas telefônicas interceptadas não se prestam a afirmar sua responsabilidade pelos fatos. Insiste que sua condenação encontrou lastro, tão somente, nos registros de sua vida pregressa e na prova colhida exclusivamente na via administrativa,

não renovada em juízo, destacando que sua prisão foi decorrente de fatos que não guardavam correspondência alguma com o referido roubo. Insiste que não há prova da autoria ou de sua eventual participação, de qualquer forma, no crime, aduzindo que, assim como o corréu Wesley (autos desmembrados), deve ser absolvido, até mesmo porque o reconhecimento fotográfico, realizado na delegacia, não observou as formalidades previstas na lei. Invoca o benefício da dúvida e pede a absolvição, perseguindo, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para roubo simples e a fixação do regime semiaberto. Daí o pleito de reforma (folhas 672/677).

**ALEXANDRE**, por seu turno e em longo arrazoado, preliminarmente diz que a ação padece de nulidades, em razão: **a)** da ausência de apreciação, pela sentença, de preliminares arguidas no bojo das alegações finais, em evidente afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e, ainda, no artigo 381, inciso III, do C. P. Penal; **b)** da incompetência do Juízo para processar e julgar o feito, em razão de alegada suspeição, ao argumento de ter sido ele próprio o prolator da decisão que autorizou as interceptações telefônicas no bojo do Expediente Criminal nº 220.10.006473-4, decorrente de caderno investigatório instaurado para apurar sua suposta responsabilidade pelo crime de formação de quadrilha, tudo a autorizar o reconhecimento da nulidade da referida prova, bem como da decisão condenatória proferida; **c)** da ocorrência do defeso non bis in idem, já que, no presente feito, e embora já investigado pelo crime de formação de quadrilha, viu-se denunciado por roubo majorado pelo concurso de agentes, tudo a evidenciar a possibilidade de ser duplamente condenado por uma mesma circunstância; **d)** da falta de comprovação da materialidade do crime e da causa de aumento do artigo 157, § 2º, inciso I, do C. Penal, por inobservância da regra do artigo 158, do C. P. Penal, particularidade a justificar o trancamento da ação; **e)** da ocorrência de cerceamento da atividade defensiva, em razão da juntada aos autos, pelo Ministério Público, dos documentos de folhas 356/381, nítido retrato de extensão de prova utilizada pela acusação em outro feito, que não guarda correspondência alguma com os fatos objeto de apuração nestes autos e dos quais não foi devidamente citado, não podendo deles consequentemente se defender, tudo a justificar o desentranhamento das referidas peças ou o decreto de nulidade desta ação; **f)** do cerceamento de atividade defensiva, seja pela ausência de transcrição, por peritos oficiais, da integralidade das conversas telefônicas interceptadas, seja pela falta de prova acerca da disponibilidade, para a defesa e antes da audiência de instrução, das mídias contendo as referidas conversas, relativas, de qualquer forma, a períodos que não guardam correspondência com a data do crime, inexistindo, nos laudos de transcrição - realizados sem lastro em metodologia específica, identificação das vozes dos interlocutores e, finalmente, **g)** da realização de seu interrogatório judicial sem a necessária apreciação prévia, pelo Juízo deprecado, do pleito,

devidamente motivado e justificado, de redesignação da data da audiência formulado pelo Defensor, dada a necessidade do comparecimento deste, na mesma data, em audiência anteriormente designada. No mérito, acena com a absolvição, fundado na precariedade da prova, ressaltando que sua condenação encontrou lastro em meras ilações e presunções. Diz que suas coerentes versões, críveis e verossímeis, foram fartamente comprovadas por intermédio de documentação e também pelos relatos ofertados pelas testemunhas de defesa, tudo a autorizar a absolvição. Pondera que os elementos colhidos na via administrativa não se prestam a lastrear a condenação, pois os reconhecimentos pessoais realizados pela ofendida Juciliana e pela testemunha Adáblio, naquela via, fruto de indução, foram realizados de forma irregular. Assevera, por outro lado, que os relatos tendenciosos do investigador Ismael, isoladamente, também não se prestam à afirmação de sua responsabilidade, destacando inexistir, nos autos, registros de conversas telefônicas por ele supostamente travadas com os corrêus, bem como transcrição pericial das conversas telefônicas interceptadas, não tendo sido realizado, ainda, exame espectrográfico nos arquivos gravados. Insiste que não há prova no tocante à comprovação de seu suposto vínculo com os corrêus ou mesmo com o crime referencial, aduzindo não ter sido efetivamente reconhecido pela ofendida e pela testemunha presencial Adáblio em juízo, razão pela qual os depoimentos destes, contraditórios e vacilantes, não se prestam a infirmar o teor de seu seguro álibi, de sorte que a prolação do *non liquet* é medida de rigor. Subsidiariamente, pede a desclassificação da conduta para roubo simples, ao argumento de que não houve apreensão e perícia da arma de fogo supostamente utilizada na ação, ressaltando, ainda, que nada se atestou acerca do dolo e de seu prévio conluio com os corrêus, dizendo ostentar situação idêntica à de Wesley, absolvido. Busca o reconhecimento das nulidades, o trancamento parcial da ação, a absolvição ou, subsidiariamente, o acolhimento do pleito subsidiário, juntando documento (folhas 679/747).

Processados os recursos, com respostas, subiram os autos, opinando a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo decreto de nulidade parcial do feito, exclusivamente quanto a ALEXANDRE e a partir de seu interrogatório e, no mérito, pelo improvemento dos recursos.

### **É o relatório.**

**Examino as preliminares suscitadas pela combativa defesa de ALEXANDRE, repelindo-as.**

A primeira, relativa à nulidade da sentença, em razão da suposta ausência de apreciação das teses defensivas arguidas em preliminar no bojo das alegações finais (e relativas, sobretudo, às supostas incompetência do Juízo e irregularidades da prova consubstanciada nos laudos de degravação das conversas telefônicas), rejeito porque basta leitura da referida decisão para se aferir que o E. Magistrado, embora de forma sucinta, afirmou que não vislumbrava nenhuma irregularidade

nas provas coletadas naquele procedimento criminal que, de qualquer forma, não foram o fundamento único da afirmação da responsabilidade do acusado, nunca é demais frisar. Basta, para comprovação da assertiva, a leitura isenta da sentença condenatória, com a nota de que a leitura dos autos revela que o E. Magistrado, no curso da instrução, já havia apreciado e repellido as referidas teses. De mais a mais, a matéria está coberta pelo manto da preclusão, já que a Defesa não interpôs embargos de declaração com vistas ao saneamento das supostas omissões. Não há campo, assim, para anulação da sentença sob este fundamento, com a nota de que as teses defensivas (arguidas ao ensejo das alegações finais), de qualquer forma, serão objeto de reexame neste recurso.

A segunda é rejeitada porque basta compulsar os autos para se aferir que o deferimento das interceptações telefônicas, bem como a autorização para o compartilhamento do conteúdo relativo às referidas conversas - coletadas no curso de investigações com vistas ao desmantelamento de suposta quadrilha, chefiada por Wesley e cujos integrantes, em tese, estariam envolvidos em vários crimes praticados na comarca, dentre eles o roubo referencial - diferentemente do alegado pela combativa defesa, não provieram do Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca, cuidando a hipótese de decisões proferidas no bojo de medida cautelar pela Juíza Corregedora de Polícia Judiciária da Comarca (que também cumulava as funções jurisdicionais junto à 2ª Vara Judicial de Guaratinguetá), particularidade, por si só, inábil a firmar a prevenção, com se sabe. Decisão, portanto, proferida por Juízo competente para tanto, não havendo se falar de suspeição. De qualquer forma, mesmo o juiz incompetente pode examinar e decidir questões de urgência.

A terceira, na mesma linha, é afastada, porque também não há falar na ocorrência de suposta violação ao princípio do non bis in idem na hipótese em que se reconhece a suposta responsabilidade de alguém pelos crimes de quadrilha e roubo majorado pelos concursos de agentes, sendo plenamente possível, inclusive, o reconhecimento do concurso material entre tais delitos, quando apurados, evidentemente, em uma mesma ação penal. Quanto ao tema, a propósito, o Pretório Excelso assim se pronunciou:

“O crime de formação de quadrilha prevê no seu tipo penal o concurso de quatro pessoas, no mínimo, e se qualifica pelo uso de armas; o crime de roubo se qualifica pelo concurso de pessoas e uso de arma. Em suma: a associação de pessoas é elementar do crime de quadrilha e qualificadora do crime de roubo, e o uso de armas qualifica ambos. Não ocorre bis in idem na apenação de ambos em concurso material, porque os crimes têm tipificação autônoma e ocorre em momentos distintos: o crime de quadrilha se consuma pela simples associação e não pelo resultado da participação conjunta das pessoas associadas, de forma que num roubo praticado por membros de uma quadrilha só respondem os que



efetivamente de alguma forma dele participaram. Assim, o roubo pode ser praticado com ou sem uso de armas e por um ou mais membros da quadrilha e em concurso, ou não, de pessoas estranhas à mesma” (STF 2ª Turma Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RT 761/533).

A quarta, relativa à suposta ausência de comprovação de materialidade do crime e da qualificadora do emprego de arma de fogo, confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

A quinta igualmente não vinga, porque não se vê em que medida houve cerceamento da atividade defensiva em razão da juntada aos autos, pelo Ministério Público e em fase apropriada, dos documentos citados, pertinentes e relativos aos fatos articulados na exordial acusatória, mormente quando se verifica que se facultou à defesa contraditá-los, restando assegurado, portanto, o contraditório e a ampla defesa.

A sexta, relativa à suposta ilicitude da prova amealhada no curso do procedimento de interceptação, seja em razão da ausência de realização do exame espectrográfico e de confronto fonético, seja pela ausência de transcrição, por peritos oficiais, da integralidade das conversas telefônicas interceptadas ou, ainda, pela falta de prova acerca da disponibilidade, para a defesa e antes da audiência de instrução, das mídias contendo as respectivas conversas, igualmente não vinga. E isso porque, de início, cumpre anotar que a defesa, juntados os laudos de transcrição das conversas interceptadas aos autos, não cuidou de postular, como lhe competia e conforme, aliás, a determinação do E. Magistrado no bojo da decisão proferida às folhas 284 (que ratificou o recebimento da denúncia), a realização dos exames espectrográficos e de confronto fonético, anotando-se, de qualquer forma, que os apelidos dos recorrentes são citados em algumas das conversas entabuladas por intermédio da linha telefônica monitorada, pertencente ao corrêu Wesley, havendo ainda registro de conversas deste com WELLINGTON, vulgo “Nini”. De outro lado, e no esteio das ponderações do Ilustre e Culto Procurador, não se vislumbra, ainda, vícios em razão da suposta ausência de **transcrição oficial** das conversas telefônicas interceptadas, já que a lei não exige, mesmo, a realização de transcrição técnica, por peritos oficiais, dos diálogos interceptados, como vem entendendo a jurisprudência da Corte Superior.

A esse propósito, aliás, já se pronunciou a Colenda 5ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, ao ensejo do julgamento do Habeas Corpus nº 91.717/PR, da relatoria do Culto Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, assim ementado:

**“Habeas Corpus. Processual Penal. Tráfico de substância entorpecente e associação ao tráfico. Interceptação telefônica. Degravação. Perito oficial. Desnecessidade. Exame pericial. Exigência não-estabelecida**

**na Lei 9.296/96 [...] 1. A Lei 9.296/96 não faz exigência de que a escuta seja submetida à perícia para a identificação de vozes, nem que seja feita por peritos oficiais, cabendo à defesa o ônus da realização de exame pericial, se por ela requerido”.**

Não bastasse isso, cumpre anotar que há, nos autos, laudos com as transcrições de parte dos diálogos interceptados que guardavam correspondência com os fatos objeto de apuração nestes autos, não havendo falar, diversamente do sustentado pela defesa, na necessária transcrição integral das conversas telefônicas interceptadas, devendo mesmo ser desconsideradas aquelas que não diziam respeito aos fatos objeto de investigação, pena de violação, inclusive, ao direito à intimidade. Observo, de resto, que a mídia contendo os arquivos digitais das conversas interceptadas se encontra anexada na contracapa dos autos, com acesso livre para as partes, não cuidando a Defesa, a despeito da alegação formulada, de comprovar que a elas não teve acesso antes da data da audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual o Defensor, desistindo da produção de prova anteriormente requerida, limitou-se a postular a revogação da prisão preventiva de ALEXANDRE. De nulidades, assim, não há falar.

A sétima, por fim, também é repelida porque se é verdade que o Defensor formulou, em tempo hábil, pleito para redesignação da data da audiência para o interrogatório de ALEXANDRE no Juízo deprecado, não é menos verdade que ao referido e combativo Causídico cabia acompanhar, diligentemente, eventual decisão relativa ao pleito formulado, competindo-lhe, à míngua de informes acerca da redesignação ou até mesmo na hipótese de indeferimento da pretensão formulada, comparecer ao ato, ônus do qual não se desincumbiu.

### **Ao mérito.**

Os recorrentes e o corréu Wesley Gonzaga Pinto (autos desmembrados) foram denunciados por roubo duplamente qualificado (termo de aditamento às folhas 162/165). Isso porque no dia 20 de julho de 2010, por volta das 10h30, no cruzamento das Ruas Marechal Deodoro e Nove de Julho, em Guaratinguetá, Wesley e ALEXANDRE, em concurso e unidade de desígnios com WELLINGTON, subtraíram, para proveito comum e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, R\$ 28.000,00 em espécie, pertencente à *empresa Lojas Cem S.A.*

Segundo ao apurado, os três denunciados, cientes de que funcionários do estabelecimento comercial mencionado transportariam um malote contendo grande quantia em dinheiro até uma agência bancária, decidiram roubá-los. Assim é que, na data apontada, com ALEXANDRE na condução de uma motocicleta Honda CG, placa DNH-7144, o trio se dirigiu até as proximidades do local onde se encontravam os responsáveis pelo transporte do numerário. Na ocasião,

mantendo-se Wesley no interior de um automóvel estacionado nas imediações, de onde monitorava a ação dos demais com o propósito de assegurar o êxito da empreitada criminosa, ALEXANDRE e WELLINGTON, empunhando armas de fogo, abordaram Juciliana Aparecida da Silva, uma das funcionárias da empresa-vítima, e anunciaram o assalto. Em seguida, WELLINGTON desembarcou da motocicleta e, apontando revólver contra a cabeça da ofendida, exigiu desta que lhe fosse entregue o malote, o que, por receio, foi imediatamente feito, vindo os denunciados a fugir, na posse da “res furtiva”.

Ao fim, relata a peça acusatória que no dia 30 de agosto de 2010, a ofendida Juciliana compareceu ao Distrito Policial e ali reconheceu categoricamente o denunciado WELLINGTON como sendo um dos autores do crime.

No curso da instrução, foi determinado o desmembramento dos autos em relação ao corréu Wesley, sobrevivendo, quanto a este, a prolação de sentença absolutória (folhas 481 e 567/570).

A materialidade dos delitos está estampada nos boletins de ocorrência (folhas 3/5), no auto de exibição e apreensão da motocicleta Honda (folhas 13), nos laudos de degravação das conversas telefônicas interceptadas (folhas 333/339 e 429/438) e, finalmente, na prova oral colhida. E a despeito das alegações defensivas, considerando-se que a houve, sobretudo, a subtração de numerário, não há se falar na ausência de prova da materialidade do crime, até mesmo porque, neste aspecto, eventual exame pericial, nos termos do artigo 158, do C. P. Penal, nada poderia aclarar.

#### **Das provas colhidas na via administrativa:**

Na polícia, a partir dos dados da placa da motocicleta utilizada na ação delitiva, WELLINGTON, ouvido em declarações, negou a veracidade das imputações, dizendo que no dia e horário do crime se encontrava em Taubaté, juntamente com o corréu Wesley. Destacou, ainda, que havia emprestado referido veículo ao amigo Diego dias antes da data do crime, aduzindo que este ainda se encontrava em poder do bem. Ostentava registros pela prática de atos infracionais de roubo (folhas 8). Ao ensejo de sua formal interrogatório, confirmou que era conhecido pela alcunha de “Nini”. Não conhecia Mara Jéssica, destacando que Wesley, vulgo “sem-terra”, na condução de uma picape Corsa branca, auxiliou-a a transportar referida motocicleta ao distrito policial, onde esta foi apreendida. Explicou, ainda, ter efetuado a entrega das anteriores intimações recebidas ao seu Advogado, mas como este não o contactou para orientá-lo, deliberou descumpri-las (folhas 74/75).

ALEXANDRE, por sua vez, mesmo ciente de que havia sido reconhecido, também negou envolvimento no crime, dizendo que no dia e horário dos fatos se encontrava regularmente trabalhando, já que era motorista da Secretaria Municipal de Saúde de Lorena. Tinha a alcunha de “Chambinho” e conhecia

WELLINGTON e a esposa Michele, revelando que em certa data, atendendo a um pedido desta, conduziu-o, em seu VW Polo, ao distrito policial. Em seguida, “Nini”, contudo, foi levado por policiais até a casa de Diego, situada em Lorena, onde se encontrava a motocicleta pertencente àquele. Não travava relações de amizade com Wesley, mas já havia frequentado festas e churrascos realizados na casa deste (folhas 133/134).

Wesley, de seu lado, também negou qualquer envolvimento com os fatos, dizendo ter sido cientificado do roubo por intermédio de WELLINGTON, quando este o procurou, no dia seguinte àquele da data do crime, afirmando “que haviam cantado a placa de sua moto”. A despeito disso, confirmou que naquela data e horário ambos se encontravam em Taubaté. No final de semana seguinte à data do crime, admitiu ter conduzido WELLINGTON e Mara Jéssica ao distrito policial de Guaratinguetá, onde esta, por razões que desconhecia, registrou um boletim de ocorrência acerca do furto ou roubo de uma motocicleta Honda CG Titan, preta, cuja placa não se recordava. Conhecia o motorista de ambulância ALEXANDRE, vulgo “Chambinho”, afirmando que este já havia frequentado sua casa (folhas 143/144).

#### **Dos interrogatórios judiciais dos recorrentes:**

Em juízo, WELLINGTON, inquirido por precatória, também negou a acusação. Dizendo-se proprietário da motocicleta Honda CG 150, preta, de placa DNH-7144, afirmou que não conhecia as testemunhas e a ofendida Juciliana, não sabendo declinar as razões pelas quais esta o reconheceu como sendo um dos autores da ação. Foi preso na casa da esposa, “por causa da placa da moto”, aduzindo que referido veículo era guardado na casa do amigo Diego. Já havia pintado a residência de Wesley no ano de 2009 e conhecia ALEXANDRE apenas de vista. Já havia sido processado pela prática de dois atos infracionais equiparados a roubo (folhas 556 e v.º).

Sob o contraditório, ALEXANDRE também negou a acusação, ofertando versão parcialmente dissonante àquela outrora prestada. Dizendo ocupar cargo comissionado na Prefeitura de Lorena, ressaltou que no dia dos fatos estava trabalhando com sua equipe de jardinagem, negando tivesse sido reconhecido no Fórum de Guaratinguetá como sendo um dos autores da ação. Conhecia os corréus apenas de vista e nunca tinha visto WELLINGTON, com quem não travava muitos contatos, conduzindo motocicletas. Tinha a alcunha de “Xandinho”, jamais havia sido preso ou processado e, na Secretaria da Saúde, “tinha o cargo de gerente de compra e percebia cerca de mil e trezentos reais, trabalhava tomando conta da equipe de jardinagem” (folhas 555 e verso).

#### **Das testemunhas de acusação:**

Em razão do trabalho de investigação, a ofendida Juciliana, funcionária da empresa-vítima, reconheceu fotográfica e pessoalmente WELLINGTON

como sendo um dos autores da ação e confirmou os fatos narrados no boletim de ocorrência, afirmando que a ação foi perpetrada por dois agentes armados que ocupavam uma motocicleta Honda CG 150 preta, que ostentava um adesivo “Hello Kitty” em seu para-lama traseiro, cuja placa foi anotada (folhas 14/15, 16/17, 59). Posteriormente, ainda no curso das investigações, Juciliana também reconheceu, pessoal e fotograficamente, ALEXANDRE como sendo a pessoa responsável pela condução da motocicleta utilizada na ação delitiva (folhas 123/124 e 125). Em juízo, Juciliana ofertou relatos cônsonos àqueles outrora prestados, dizendo que no dia e horário dos fatos, levava malote pertencente à sua empregadora, que continha R\$ 28.000,00 em espécie e R\$ 3.000,00 em cheques, à casa bancária. Na ocasião, era escoltada pela testemunha Adáblio, responsável pela escolta bancária das *Lojas Cem*. No endereço apontado na denúncia, foi então abordada por WELLINGTON e ALEXANDRE, que ocupavam uma motocicleta preta cuja placa foi anotada por transeunte. O primeiro, desembarcando da garupa, empunhava arma e anunciou o assalto, exigindo a entrega do malote, o que fez. ALEXANDRE também empunhava arma. Explicou que, embora vestissem capacetes, bem pode divisar a fisionomia dos roubadores, os quais reconheceu fotográfica e pessoalmente na via administrativa. Ressaltou que a motocicleta utilizada no crime ostentava um adesivo da “Hello Kitty” no para-lama traseiro, era registrada em nome da genitora de WELLINGTON, destacando que não teve dúvidas ao reconhecer, na delegacia, a motocicleta apreendida como sendo aquela utilizada pela dupla. Ao fim, ratificou, com segurança, o reconhecimento pessoal de WELLINGTON, não reconhecendo ALEXANDRE, destacando que o numerário e os cheques subtraídos (posteriormente sustados pelos emitentes), não foram recuperados (folhas 482 e v.º).

Roseli Aparecida da Silva confirmou, nas duas fases da persecução, a propriedade da motocicleta Honda CG 150 Titan, de placa DNH-7144, explicando que seu filho WELLINGTON, embora inabilitado, era quem detinha a posse do bem, costumeiramente guardado por este no imóvel onde residia com a esposa. Nada sabia quanto ao fato de WELLINGTON emprestar a motocicleta, embora suspeitasse que ele, inabilitado, assim o fizesse, destacando ter participado de diligência que culminou com a localização do bem, danificado, na casa de um terceiro, vulgo “Menor”. Conhecia os corrêus Wesley e ALEXANDRE, afirmando, ao fim, que o filho WELLINGTON, laconicamente, limitou-se a negar, para ela, qualquer envolvimento com o roubo (folhas 6, 393 e 514 mídia digital).

Luiz Antonio Gonçalves de Oliveira, gerente da empresa- vítima, destacou não ter presenciado o crime e, justificando-se, afirmou ter ofertado declaração diversa na delegacia (posteriormente se retratando), com o propósito de não prejudicar o ofendido Adáblio, policial militar que, nos dias e horários

de folga, era responsável pela escola de malotes das Lojas Cem. Explicou que os funcionários da referida empresa eram escalados para efetuar o transporte de malotes à casa bancária, tarefa que coube, no dia dos fatos, à Juciliana, que era acompanhada por Adáblio. Operada a subtração do malote que continha a importância de R\$ 28.000,00 em espécie e ainda R\$ 2.408,49 em cheques, não recuperadas, foi informado por ambos que um comerciante havia anotado a placa da motocicleta utilizada pelos roubadores, vindo Juciliana a comentar que o veículo ostentava um adesivo da “Hello Kitty” (folhas 486).

A testemunha ocular Adáblio Carlos Pereira, na polícia, reconheceu fotográfica e pessoalmente os réus (folhas 20/21, 125 e 131/132). Em juízo, ofertou versão cônsona àquela outrora prestada, em sintonia, inclusive, com os relatos da ofendida, destacando que na esquina da Associação Comercial, dois indivíduos, em uma motocicleta, aproximaram-se de Juciliana e, de armas em punho, determinaram a entrega do malote. Ambos vestiam capacetes com as viseiras erguidas e, na posse do malote roubado, fugiram. Posteriormente, um transeunte lhe entregou os dados da placa da motocicleta preta utilizada na ação, que ostentava um adesivo característico no para-lama traseiro. Em arremate, asseverou que WELLINGTON, pessoalmente reconhecido em audiência, desembarcou da garupa e se apoderou do malote, ao passo que o seu condutor, “mais gordinho e de olhos claros”, permaneceu no veículo. Anteriormente aos fatos, não conhecia os réus (folhas 483).

O policial civil Ismael Bueno dos Reis narrou que investigações anteriores, amparadas por denúncias anônimas e inicialmente realizadas com vistas à apuração de outros fatos, forneceram subsídios para a elucidação da autoria do roubo referencial, sendo o envolvimento de WELLINGTON apurado após a consulta de placa pertencente à motocicleta utilizada no crime, de propriedade afeta à genitora deste. Quanto ao mais, ressaltou que a partir de autorização judicial para compartilhamento de dados decorrentes de interceptações telefônicas deferidas no bojo de procedimento que investigava suposto crime de quadrilha, foi possível apurar a existências de menções no sentido de que ALEXANDRE, vulgo “Chambinho” e o corréu Wesley haviam efetivamente participado do roubo dos malotes das Lojas Cem. Segundo o apurado, WELLINGTON e ALEXANDRE, **visivelmente mais magro na data da audiência**, foram os executores materiais da ação (folhas 487).

Mara Jéssica Diniz Mendes, nas duas fases da persecução, disse ter sido procurada, dias após o crime, por Wesley e WELLINGTON, vindo este a lhe pedir que registrasse, falsamente, um boletim de ocorrência, dando conta de que ela havia sido vítima de roubo, supostamente perpetrado por dois indivíduos que ocupavam uma motocicleta preta, com placa idêntica àquela do veículo registrado em nome da genitora dele e que se encontrava apreendido. Anuiu e assim procedeu, recebendo, de WELLINGTON, R\$ 100,00 (folhas 30/31, 32 e

496).

### **Das testemunhas de defesa:**

Adriana Aparecida Terenzi Jofre nada sabia e não tinha ouvido comentários acerca do suposto envolvimento de seu marido ALEXANDRE, motorista da Secretaria Municipal de Saúde, com o roubo. Não conhecia os corréus, nunca os tendo visto na companhia de ALEXANDRE, ressaltando que este laborava de segunda à sexta feira, das 7 às 17 horas, com intervalo de duas horas para almoço. Jamais o viu conduzindo motocicleta com adesivos da “Hello Kitty”. No mesmo sentido, o relato ofertado por Ana Paula de Fátima Jofre Pinheiro, irmã de ALEXANDRE (mídia digital folhas 534).

Adriano Aurélio dos Santos, testemunha de defesa arrolada por ALEXANDRE, afirmou que não conhecia o corréu WELLINGTON e nada sabia acerca do roubo referencial (mídia digital folhas 541).

### **Das interceptações telefônicas:**

Segundo se infere dos autos, policiais civis, com lastro em autorização judicial, monitoravam a linha telefônica pertencente ao corréu Wesley, suspeito de integrar quadrilha responsável pela prática de roubos e latrocínio tentado verificados nas comarcas de Guaratinguetá e Lorena, dentre eles o crime referencial. Assim é que, no curso das investigações, apurada a suposta responsabilidade dos integrantes da referida quadrilha com os crimes objeto das investigações, foi deferido, pelo Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca, o compartilhamento de dados sigilosos, com vistas à instrução dos inquéritos instaurados (folhas 142).

As interceptações telefônicas (que se deram, para dizer o mínimo, de 21 de agosto de 2010 a 07 de outubro do mesmo ano), indicam conversas travadas pelo corréu Wesley e WELLINGTON e entre Wesley e Michele (amásia de WELLINGTON), com temas relativos, não se tem dúvida, ao roubo referencial, tudo a comprovar, como adiante se verá, em abono, ainda, ao remanescente da prova colhida, a efetiva responsabilidade de WELLINGTON e ALEXANDRE, responsáveis pela execução material do crime.

Assim é que, no dia 23 de agosto de 2010, há registro de conversa telefônica travada, por intermédio da linha interceptada, entre um interlocutor (provavelmente o corréu Wesley) e WELLINGTON, oportunidade na qual o primeiro admoesta o segundo, já que este não havia contatado advogado, conforme orientação anterior, com vistas à liberação de motocicleta apreendida por policiais. Já no dia 30 de agosto, a linha interceptada recebe uma ligação de Michele, vindo esta a informar ao interlocutor acerca do cumprimento do mandado de prisão temporária de seu amásio WELLINGTON, fato que se verificou naquele mesmo dia. Michele, na ocasião, ainda explica ao interlocutor que os policiais, ao ensejo da diligência, mencionaram que WELLINGTON

estava sendo preso em razão do roubo de um malote das Lojas Cem. O interlocutor demonstra irritação, dizendo a Michele que havia aconselhado WELLINGTON “a ficar em cima do advogado”. Por sua vez, no dia 27 de setembro de 2010, os registros apontam uma nova conversa telefônica entre Michele e o corréu Wesley, vindo a primeira a afirmar que havia sido orientada a declarar que não conhecia a “menina” (Mara Jéssica, que chegou a registrar falsa comunicação de crime, com vistas a criar álibi inverídico para WELLINGTON, que detinha a posse da motocicleta utilizada na ação). Narrou, ainda, que havia sido cientificada acerca do depoimento equivocado prestado por Mara, afirmando esta que conhecia o interlocutor (Wesley) e WELLINGTON, mas que jamais havia travado contatos com este. Ainda durante o mesmo contato telefônico, Michele menciona o fato de que ALEXANDRE (“Chambinho”) não se mostrou disposto a adimplir os honorários do advogado contratado para realizar a defesa de WELLINGTON, vindo Wesley, então, a afirmar que honraria o acordo, quitando a parte das verbas que lhe cabia, comprometendo-se, posteriormente, a conversar com “Chambinho”. Em arremate, ambos discutem o teor das versões que ofertarão no curso das investigações e em juízo, demonstrando Michele ansiedade quanto à eventual liberação de WELLINGTON, dada a proximidade do prazo para a expiração da prisão temporária decretada em desfavor dele. Por fim, não pode ser desconsiderado, ainda, o teor de outro diálogo telefônico também travado pelo corréu com Michele, vindo esta a afirmar que havia conversado com advogado e que seu amásio ainda estava preso. Asseverou, ainda, que ALEXANDRE havia sido intimado para depor, fato que lhe causou estranheza (folhas 334/339 e 438).

### **Conclusões:**

A prova colhida, pois, e ao contrário das alegações defensivas, é clara e direta e autorizava a proclamação da responsabilidade dos recorrentes pelos crimes. E isso porque a ofendida e a testemunha ocular Adáblio, em razão de bem sucedido trabalho de investigação, a partir de informes acerca da placa da motocicleta utilizada na ação (pertencente à genitora de WELLINGTON) e, ainda, dos conteúdos de conversas telefônicas interceptadas em razão do monitoramento da linha de telefonia móvel pertencente a Wesley (no bojo de procedimento instaurado para investigar integrantes de quadrilha responsável pelo cometimento de vários crimes de roubo nas comarcas de Guaratinguetá e Lorena), não tiveram dúvidas ao apontar, na via administrativa, pessoal e fotograficamente, a responsabilidade dos recorrentes pelo roubo referencial, vindo ambos a renovar, seguramente e sob o contraditório, os reconhecimentos outrora realizados quanto a WELLINGTON, oportunidades nas quais narraram, com minúcias, a dinâmica delitiva.

Nunca é demais lembrar que a palavra da vítima, nos delitos de roubo, assume papel de importância capital. E quando os relatos se revestem de coerência, robustez e segurança e não demonstram qualquer tendência para o

exagero ou o prejuízo injusto, guardando sintonia com o remanescente da prova colhida, devem ser aceitos como elemento hábil à condenação, suportando os acusados, então, o ônus de contrastá-los, o que, na espécie, não foi feito.

As defesas, a esta altura, buscam desqualificar os reconhecimentos. Sem razão, contudo. A ofendida Juciliana e a testemunha ocular Adáblio, na via administrativa, seis dias após o delito e numa primeira oportunidade, reconheceram WELLINGTON por fotografia, ressaltando que este, ao ensejo da ação delitiva, desembarcou da garupa da motocicleta e, armado com revólver, anunciou o assalto (folhas 16/17 e 20/21). Posteriormente, cumprido o mandado de prisão temporária, a ofendida e a testemunha ratificaram os atos, reconhecendo, pessoalmente, WELLINGTON (folhas 59 e 61/62). Ainda no curso das investigações, autorizado o compartilhamento de dados sigilosos colhidos no curso de procedimento instaurado com vistas ao desmantelamento de uma quadrilha supostamente chefiada pelo corréu Wesley, a vítima e referida testemunha ocular não tiveram dúvidas ao apontar, também, fotográfica e pessoalmente, a efetiva responsabilidade de ALEXANDRE, o condutor da motocicleta utilizada no roubo (folhas 123/124, 125/126, 129/130 e 131/132). Ademais, consoante já se decidiu, “inocorre irregularidade no reconhecimento pessoal realizado sem observância do art. 226, II, do CPP, uma vez que a formalidade de colocar-se o acusado lado a lado de outras pessoas fisionomicamente assemelhadas deve ser realizada quando possível, ou seja, ela é facultativa e não obrigatória, sendo certo que em tema de reconhecimento o que importa é que seja seguro, não havendo atribuir desmensurada importância à forma, de molde a sobrepô-la ao próprio conteúdo” (Apelação nº 1.239.167/1 - Campinas - 7ª Câmara - Relator: Luiz Ambra - 19/4/2001). Por seu turno, de total validade, ainda, o reconhecimento de WELLINGTON em juízo, anotando-se que Juciliana e Adáblio, após narrarem com minúcias a ação delitiva, foram claros ao afirmar que ele, na ocasião, desembarcou da garupa da motocicleta e, mediante emprego de arma de fogo, anunciou o roubo, subtraindo o malote pertencente às Lojas Cem, fugindo na companhia do comparsa, que conduzia o veículo.

Frise-se, a esta altura, que a ausência de renovação do reconhecimento pessoal de ALEXANDRE pela ofendida e pela testemunha Adáblio, em juízo, em nada o beneficia, até mesmo porque o policial civil Ismael foi claro ao narrar, também sob o contraditório, que o recorrente, na data da audiência, encontrava-se visivelmente mais magro, particularidade a dificultar o reconhecimento. Mas, no que efetivamente importa, o fato objetivo é que Juciliana e Adáblio reconheceram fotográfica e pessoalmente ALEXANDRE na via administrativa, o que fizeram seguramente, sem margem a dúvidas. E os atos, nunca é demais frisar, guardam sintonia com o remanescente da prova colhida, sobretudo com o conteúdo francamente comprometedor das conversas telefônicas interceptadas a

partir do monitoramento da linha móvel utilizada pelo corréu Wesley, hábil, por si só, à afirmação da responsabilidade de ALEXANDRE e de WELLINGTON pelo roubo descrito na denúncia, praticado mediante utilização de motocicleta a este pertencente, que também foi reconhecida pela ofendida e pela testemunha ocular, há referência nos autos.

As versões dos acusados, de outro lado, frente ao quadro, não convencem e remanesceram isoladas, cumprindo anotar que os relatos da testemunha Mara Jéssica evidenciam, mais e mais, a responsabilidade de WELLINGTON pelo crime. Por fim, e no tocante a ALEXANDRE, para por uma pá de cal no convencimento, não pode ser desconsiderado, ainda, que policiais, no curso das investigações, apreenderam, na residência dele, rádio HT e três toucas ninja (folhas 368 e 370), com a nota de que a comprovação do exercício de atividade laboral lícita, dada sua natureza (motorista), em nada o favorece, até mesmo porque os documentos juntados aos autos atestam, às claras, que ele usufruía, diariamente e sem qualquer espécie de fiscalização, de duas horas para almoço, sendo ele mesmo o responsável pelo lançamento das informações em seu cartão de ponto, o que fazia, às vezes, ao fim do expediente de trabalho (folhas 155, 156, 503/505 e 506/508).

As qualificadoras do roubo, por seu turno, foram bem reconhecidas porque, como já dito, não há dúvida de que os réus agiram em concurso e unidade de desígnios, mediante o emprego de armas de fogo. Se a palavra da vítima vale para afirmar a autoria do delito, com mais razão vale para comprovar particularidades dele, como o concurso de agentes e o emprego de arma. Ressalte-se, outrossim, que a prova pericial não é indispensável para a proclamação do emprego de arma. O que importa é a realidade do uso de arma, afirmada pela vítima e pela testemunha ocular, e a potencialidade intimidativa dela, presente no caso. A ofendida Juciliana e a testemunha Adáblio foram claras ao afirmar que a subtração ocorreu mediante emprego de armas, portadas por ambos os roubadores.

As condenações, assim, pelo crime de roubo duplamente qualificado, foram bem decretadas, anotando-se que os relatos das testemunhas de defesa, frente ao quadro, mostram-se inábeis a infirmar a tese exposta pela acusação.

As penas não comportam reparo. Para ambos, as bases foram estabelecidas no mínimo e, em seguida, majoradas de 2/5 em razão das duas causas de aumento, totalizando 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 14 dias-multa (valor unitário mínimo). Anoto que o aumento pelas qualificadoras está dentro dos limites da lei e justifica-se, na hipótese, em razão do envolvimento de dois agentes armados em ação organizada e preparada, o que atende, no caso, à perfeita individualização da reprimenda, tudo em homenagem ao princípio da proporcionalidade da pena, que exige uma relação entre a valoração da ação e a sanção e um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o

comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal.

O regime fechado, para ambos, é absolutamente necessário. As ações retrataram a marcante periculosidade dos acusados que, armados, associaram-se para a prática de crime grave, ameaçando a ofendida com armas de fogo, submetendo-a a momentos de intenso pânico e terror. Quem, acompanhado de comparsa e mediante emprego de arma, aborda e sai ameaçando cidadãos de bem para satisfação pessoal ou econômica não pode permanecer em liberdade, merecendo suportar a mão firme do Estado, ao menos temporariamente, porque, mormente nos dias atuais, revela absoluto desprezo pelos bens mais preciosos do cidadão (saúde, tranquilidade, paz e segurança). De mais a mais, há notícias do envolvimento dos réus em outros crimes de idêntica natureza, o que justifica, mais e mais, a imposição do regime fechado.

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** aos recursos dos réus, rejeitadas as preliminares suscitadas por ALEXANDRE. Ante a personalidade perigosa dos acusados, **recomenda** que eles sejam submetidos a exame criminológico ao ensejo de futuros pleitos de benefícios liberatórios. **Determina** o encaminhamento, em primeiro grau, de cópias da sentença e do acórdão à Senhora Secretária Municipal de Educação da Comarca de Lorena, para conhecimento, tendo em conta eventuais reflexos administrativos da condenação em face de ALEXANDRE SIDNEY JOFRE. Determina, por fim, a remessa de cópias da sentença, do acórdão e dos documentos de folhas 30/31, 32 e 496 ao Ministério Público do Estado para exame de eventual prática do delito de falsa comunicação de crime por Mara Jéssica Diniz Mendes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0008865-24.2012.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante JEFFERSON GILLO RICCI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 19.029)**

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao recurso para reduzir as penas aplicadas a Jefferson Gillo Ricci, quanto à tentativa de roubo, para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 8 dias-multa, no piso inferior. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente sem voto), SOUZA NERY E ROBERTO MIDOLLA. São Paulo, 5 de setembro de 2013.

PENTEADO NAVARRO, Relator

**Ementa: Condenação por tentativa de roubo agravado pela circunstância de na execução haver concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, II) e corrupção de menor (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente). Confissão do réu corroborada pelos demais elementos probatórios. Força probatória das declarações da vítima (CPP, arts. 201 e 187, § 2º, V). Coincidência e harmonia presentes nas declarações, afastando o propósito de mentir (CPP, art. 155). Validade probatória dos depoimentos de policiais (CPP, arts. 202, 187, § 2º, V, e 214, 1ª parte). Prova que está concatenada o suficiente para formar a convicção do juiz (CPP, art. 155). Crime de corrupção de menor devidamente configurado. Delito formal. Basta a participação do menor na ação criminosa juntamente com agente imputável. Penas fixadas no mínimo legal e acrescidas de 3/8, em face do emprego de violência e pela existência da causa de aumento (concurso de pessoas). Redução da fração para 1/3. Necessidade. Manutenção do regime inicial fechado (CP, art. 33, § 3º). Apelação parcialmente provida.**

## VOTO

Vistos estes autos de ação penal nº 153.01.2012.008865-0 originários da 1ª Vara Judicial da Comarca de Cravinhos, em que Jefferson Gillo Ricci restou condenado, por incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo-se-lhe, respectivamente, 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como 9 dias-multa, no seu valor unitário mínimo, e 1 ano de reclusão, com início em regime aberto, substituído por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por igual prazo, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução (fls. 74/75vº).

Inconformado com esse **decisum**, apela o réu aludido (fls. 87), buscando, em relação à tentativa de roubo, a redução das penas e fixação do regime aberto, em face da primariedade, confissão e ausência de posse da **res furtiva** e, ainda, a isenção do pagamento da pena de multa, tendo em vista ser beneficiário da justiça gratuita. No que tange ao delito de corrupção de menor, pede sua absolvição, sustentando se tratar de crime impossível, porquanto o menor já

apresentava uma vida voltada para a prática de crimes (fls. 82/84).

Em contrarrazões, o órgão da acusação penal reitera os argumentos que expendeu anteriormente, conforme autorizado pelo art. 2º do Ato Normativo nº 536/08 da PGJ/CGMP. Depois, refuta as alegações contidas no recurso, sustentando que os elementos de prova são robustos para justificar o desfecho dado ao feito. Por fim, pugna pela manutenção da sentença recorrida, visto que procedem as acusações acolhidas pelo juiz singular (fls. 91/94).

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso, em vista das considerações de fato e de direito que faz sobre a espécie em julgamento (fls. 109/111).

Esse o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Conforme a imputação posta na denúncia, resumidamente, por volta das 19h00 de 06/11/12, na Avenida Pedro Amoroso, esquina com a Rua Antônio Pizzi, comarca de Cravinhos, o réu apelante Jefferson Gillo Ricci, previamente ajustado e agindo em concurso com o adolescente Marco Aurélio Messias Lourenço, tentou subtrair, para ele, mediante emprego de violência física contra Antônio da Silva Anzanello, um malote contendo a quantia de R\$ 11.200,00 em dinheiro, pertencente à empresa “Ana Aparecida Seron Supermercado ME”. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o acusado Jefferson Gillo Ricci corrompeu ou facilitou a corrupção do adolescente Marco Aurélio Messias Lourenço, com ele praticando a infração penal. Expõe a inicial que o acusado e seu comparsa adolescente interceptaram Antônio, funcionário do supermercado, quando este descia de seu veículo, carregando um malote contendo a importância acima citada, destinada ao pagamento de funcionários. Anunciaram o assalto, porém a vítima recusou a entrega do bem, daí porque o réu e o adolescente a golpearam com socos e chutes. Populares que estavam passando pelo local frustraram a ação dos meliantes, os quais empreenderam fuga e, em seguida, acabaram detidos por policiais (fls. 1d/2d).

A materialidade e a autoria restaram incontroversas.

Preso em flagrante delito, o réu se recusou a responder às perguntas formuladas pela autoridade de polícia judiciária (fls. 8). Em juízo, admitiu a tentativa do roubo, esclarecendo que estava junto com o menor e precisavam de dinheiro, por isso resolveram praticar o crime. Confirmou que empurrou e deu soco na vítima. Foi um policial a paisana que o deteve (mídia juntada às fls. 61).

Importante ressaltar que é inegável o valor da confissão judicial quanto à subtração, “por presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória ainda que seja o único elemento incriminador. Só perderá sua força se desmentida pelas provas restantes” (cf. Adalberto José de Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, 3ª ed., Saraiva, 1994, pág. 99). Assim é a jurisprudência majoritária (RTJ, 91/413; RT, 625/338

e 744/573; RJDTACrim, 3/155, 4/134, 11/140, 12/112, 15/47, 30/263, 44/79 e 46/254).

Realmente, interpretando a norma do art. 197 do Código de Processo Penal, o colendo Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que “As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova, inclusive circunstanciais” (STF, 2ª T., Rec. Crim. 1.312/RJ, rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ, 88/371).

Isso é exatamente o que ocorre no caso **sub judice**, na medida em que a confissão foi ratificada pelos demais elementos probatórios existentes nos autos.

Com efeito, a vítima Antônio da Silva Anzanello, funcionário do supermercado, relatou que chegou ao local com um malote contendo dinheiro para fazer pagamento dos funcionários do estabelecimento comercial. Estacionou o veículo e quando desceu os roubadores anunciaram o assalto. Não entregou o malote e acabou sendo agredido por eles com socos e chutes. Um policial a paisana que estava na loja ao lado veio ao seu socorro e conseguiu deter o réu. Reconheceu sem sombra de dúvidas o réu e o adolescente (fls. 6 e 61, mídia digital).

Trata-se, portanto, de declaração coerente, harmônica e verossimilhante, onde não se nota o propósito de mentir. Como a palavra do ofendido se mostra imparcial (ou insuspeita), ela pode ser considerada fonte de convicção pelo julgador (CF, art.93, IX, CPP, art. 155; RTJ, 88/371, 143/160 e 201/638; RT, 881/523; RSTJ, 171/236, 190/216, 200/101, 204/122 145 e 217/62).

Robustecendo a prova da autoria do roubo e, **ipso facto**, a palavra da vítima, os policiais militares Nilson Rodrigues Pinto e Jorge Luiz Brito Gomes esclareceram que estavam em patrulhamento e foram chamados a atender a ocorrência. Chegando no local o réu já estava detido por populares. O menor fugiu, mas foi detido posteriormente. O réu alegou que praticou o delito, porquanto precisava pagar dívida relacionada à compra de drogas. O menor disse que foi chamado pelo réu para “fazer a fita” (fls. 3, 5 e mídia citada).

Convém notar, nesta oportunidade, que os depoimentos das autoridades policiais e seus agentes não podem ser desprezados somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública (CF, art. 144), especialmente quando os termos das inquirições revelam que são pessoas idôneas e insuspeitas.

Assim, a simples condição da testemunha ser policial não desqualifica o seu depoimento judicial, porquanto ele tem inquestionável eficácia probatória, conferida por lei (CPP, arts. 202, 187, § 2º, V, e 214, 1ª parte, combinados).

O menor Marco Aurélio Messias Lourenço, ouvido somente na fase inquisitiva, permaneceu calado (fls. 7).

Observe-se que, diante da prova oral coligida nos autos, inexistente qualquer

dúvida quanto a autoria da tentativa do roubo.

Por sua vez, também caracterizado o concurso de pessoas, porque todos os que contribuem para a integração do crime são seus coautores, por efeito do nosso Código Penal, que adotou a teoria unitária mitigada, apenas distinguindo a *autoria da participação* (ver art. 29, §§ 1º e 2º). Nem sequer há necessidade da prova de um ajuste prévio, da identificação (e muito menos a prisão) de todos os coautores, do grau de participação de cada um deles e, ainda, da circunstância de o copartícipe ser inimputável (STJ, 5ª T., HC 131.763/MS, rel. Min. Felix Fischer, DJe, 14/09/09).

Sem dissensão, existem vários pronunciamentos, quer da doutrina, quer da jurisprudência (cf., p. ex., Esther de Figueiredo Ferraz, *A Co-delinquência do Direito Penal Brasileiro*, 1ª ed., Bushatsky, 1976, págs. 171-5; Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Forense, 1967, vol. VII, ns. 22 e 19, págs. 58 e 47; Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, 6ª ed., Atlas, 1991, vol. II, nº 11.1.8, pág. 215; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, 10ª ed., Saraiva, 2006, vol. I, cap. XXVI, págs. 521-2; STF, 1ª T., HC 103.292/MS, relª Minª Cármen Lúcia, DJe 226, 25/11/10; STJ, 6ª T., HC 162.221/SP, relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, DJe, 24/04/13; STJ, 5ª T., HC 158.931/RT, relª Minª Laurita Vaz, DJe, 05/09/12; STJ, 6ª T., HC 150.849/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe, 05/09/11; STJ, 6ª T., HC 88.444/DF, relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, DJe, 13/10/09; RTJ, 123/268, 135/1101, 153/881 e 160/525; RSTJ, 10/32 e 36/274; RT, 422/301, 545/402, 552/357, 554/367, 570/315, 573/489, 593/351, 598/397, 624/295, 651/323, 664/265, 694/345, 704/348, 728/614, 733/678, 736/629, 744/614, 746/656, 747/754 e 749/657; JTACrim, 73/3680; RJDTACrim, 22/224, 23/96 e 28/122; JCat, 76/581).

No que tange ao delito de corrupção de menor, previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, cumpre observar que se trata de delito formal, sendo desnecessária a efetiva degradação do adolescente. Sendo assim, tal delito restou configurado, uma vez que basta sua participação na ação criminosa juntamente com agente imputável.

Nesse sentido já deixou assentado o colendo Supremo Tribunal Federal que “1. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o agente imputável pratique com o adolescente a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: RHC 107760, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 24/8/2011; RHC 103354/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 9/8/2011; HC 92.014/SP, rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, 1ª Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 04/12/2009. 2. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do jovem, uma vez que o anseio social é a sua recuperação. (...) 4. A mens legis da norma insculpida no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é a

integridade moral do jovem e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o jovem já tenha sido corrompido, por ter praticado algum ato delituoso não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos principais objetivos da norma, que são a recuperação e a reinserção do adolescente na sociedade.” (STF, 1ª T., RHC 108442/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJe 077, 20/04/2012). E mais: “Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Natureza formal do delito de corrupção de menores. Redação do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Proteção da criança e do adolescente. Finalidade imediata da norma penal. 1. Prevalece nesta Casa de Justiça o entendimento de que o crime em causa é de natureza formal, bastando a prova, portanto, da participação do menor em delito capitaneado por adulto. 2. A tese de que o delito do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente exige prova da efetiva corrupção do menor implica, por via transversa, a aceitação do discurso de que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) a proteção da norma penal. Conclusão inadmissível, se se tem em mente que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tema dos direitos e garantias individuais. 3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido” (STF, 2ª T., RHC 108970/DF, rel. Min. Ayres Britto, DJe-239, 19/12/2011).

Voga nas mesmas águas o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça: “Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que, para a configuração do delito de corrupção de menores, são desnecessárias provas da efetiva corrupção do menor, bastando, para tanto, que haja evidências da participação de menor de 18 anos em delito na companhia de agente imputável, como de fato ocorreu na hipótese.” (STJ, 5ª T., HC 224770/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 12/03/2013). Ainda no mesmo teor: STJ, 6ª T., HC 181976/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/03/2013; STJ, 6ª T., HC 162741/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 10/05/2012.

Em conclusão: o conjunto probatório é suficiente para dar credibilidade à acusação pela sua persuasão racional, não havendo falar em absolvição.

O cálculo das sanções, no que tange à tentativa do roubo, merece pequeno reparo.

Com efeito, o juiz singular fixou as penas-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa e não reduziu as sanções, ante a atenuante da confissão, tendo em vista a impossibilidade de diminuição da reprimenda abaixo dos mínimos previstos na lei, como se verifica pela reiteração de julgados (cf. Súmula nº 231 do STJ; RTJ, 47/196, 104/736, 114/1027, 118/928, 127/947, 128/1080, 131/865-1159, 139/885, 143/189-586, 152/854, 156/106, 161/860 e 163/279; JSTF, 167/356, 169/308, 173/374, 199/376, 224/340-387, 235/302 e 237/385; RSTJ,

47/196, 73/348, 90/384, 102/451, 142/437-474, 158/476, 163/456, 168/570 e 170/456; RT, 417/92, 444/383, 496/310, 526/346, 537/412, 541/367, 566/344, 644/378, 662/288, 671/299, 690/390, 707/354-410, 723/653; 729/629, 732/795; 735/535-588, 737/551, 740/647, 746/522, 747/680-698, 750/590, 752/521, 754/642, 755/615, 773/590, 785/555, 795/623 e 798/665; LexJTJ, 164/343, 165/343 e 179/290; RJDTACrim, 13/106, 21/129, 23/299, 25/288, 31/70-224-269, 33/218, 36/287, 37/281, 41/448, 43/199, 44/203, 45/165-238, 47/195, 48/57-467 e 54/130; RJTJERGS, 181/147, 189/63, 190/53, 201/173 e 206/163; JCAT, 79/733).

Em seguida, considerando que o delito foi cometido com grave ameaça exercida com emprego de violência e houve concurso de duas pessoas, aumentou as penas de três oitavos (+3/8).

Todavia, ainda que o réu tenha agido com violência e agredido a vítima, tal circunstância não pode ser considerada nessa fase da dosimetria da pena, quando trata das causas de aumento.

Dessa forma, a fração deve ser reduzida para um terço (+1/3), o que resulta em 5 anos e 4 meses de reclusão, bem como 13 dias- multa.

Quanto a redução das sanções pela tentativa, o critério deve seguir a proporção inversa do **iter criminis** percorrido pelo agente. Logo, quanto mais o agente se aproxima da consumação menor deve ser a diminuição das penas (um terço); quanto menos se aproxima da consumação maior deve ser a atenuação (dois terços). Em outras palavras, talvez mais exatas, “sendo o **conatus** um **minus** diante do delito consumado, constituindo simples segmento ou parcela deste, patente é que, para o menor, **sanctio juris** mais branda havia de ser cominada” (cf. Fernando de Almeida Pedroso, Direito Penal, 2ª ed., Leud, 1997, vol. I, pág. 288).

São assim tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes (cf., p. ex., Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, Da Tentativa, 3ª ed., RT, 1992, nº 7.4, págs. 132-3; José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, 2ª ed., Saraiva, 1965, vol. II, § 92, nº 6, págs. 288-9; Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, vol. 1, págs. 366-7; STF, 2ª Turma, HC 71.441-2, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 08/09/95, pág. 28.355; STJ, 5ª Turma, REsp 219.221/MG, rel. Min. Félix Fischer, in DJU de 14/02/00, pág. 62; RTJ, 143/178-189; JSTF, 167/357; RSTJ, 123/422; RT, 392/330, 566/340, 585/339, 604/283-402, 614/283, 631/301, 642/330, 660/296, 733/694, 738/555, 748/679, 760/545, 762/670, 774/687 e 797/682; RJDTACrim, 2/114, 3/147, 7/137, 9/146, 11/98, 14/108, 15/148, 26/67, 31/159, 46/184, 55/145 e 63/87; RJTJERGS, 150/171, 159/197 e 187/130).

Não discrepa o exímio Nélson Hungria explicando que, “Para fixar **in concreto** a pena da tentativa, começa-se por um processo hipotético, mediante o

qual o juiz calculará a pena como se o crime se tivesse consumado; em seguida, o **quantum** apurado será reduzido de um a dois terços, como determina o parágrafo único do art. 12.” (Comentários ao Código Penal, 5ª ed., Forense, 1978, v. I, t. II, nº 68, pág. 92).

Destarte, correta a redução de 1/3 (um terço), uma vez que o réu e seu comparsa menor já haviam anunciado o assalto e perpetrado a violência e a grave ameaça. Somente não se apoderaram do bem, porquanto um policial a paisana, que passava pelo local, veio ao socorro da vítima.

Assim, as reprimendas totalizam 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, além de 8 dias-multa.

Releva notar, quanto à pena de multa, que ela não pode ser alterada, pois foi estabelecida no mínimo legal e seu valor no piso mínimo (um trigésimo do maior salário mínimo mensal), tudo nos termos dos arts. 32, III, 49 e § 1º, 58, **caput**, e 60, **caput**, combinados, do Código Penal. Sem dúvida, a circunstância de ser pobre o réu não o isenta da multa (RTJE, 49/272), mas impõe a sua fixação no mínimo (cf., p. ex., Costa Júnior, Curso de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2000, pág. 166; RT, 619/358; JTACrim, 38/48).

No mais, fica mantido o regime inicial fechado, a teor dos arts. 33, § 3º, e 59, **caput**, combinados, do Código Penal.

Importante realçar que, a quantidade da pena, por si só, não basta para o estabelecimento de regime carcerário mais benigno.

No caso em foco, a gravidade em concreto do crime está evidenciada pela audácia e agressividade do agente que perpetrou o delito em via pública e, para tentar alcançar seu intento, derrubou e deu socos e chutes na vítima, um senhor de 59 anos de idade. Entendo, pois, que tais circunstâncias e consequências do delito em causa denotam maior periculosidade do ladrão (má índole), a justificar a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da sanção carcerária.

Com efeito, “A determinação do regime inicial de cumprimento de pena depende não apenas das regras do **caput** do art. 33 do CP e seu § 2º, mas também de suas próprias ressalvas, conjugadas com o **caput** do art. 59 e seu inc. III” (STF, 1ª T., RHC 64.970/RJ, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ, 136/145; igualmente, do mesmo relator HC 70.289/SP, RTJ, 148/490). Ainda no mesmo teor, outro precedente pode ser mencionado (STF, 2ª T., HC 70.454/SP, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 151/207). Em síntese, no “regime inicial de cumprimento, quando fundado não apenas na gravidade abstrata do crime, mas em circunstâncias específicas do fato, pode a sentença impor ao condenado regime mais severo que o autorizado pela quantidade de pena aplicada” (STF, 1ª T., HC 77.160-2/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 07/08/98, pág. 23).

Fica mantida a pena para o delito de corrupção de menor, a qual foi fixada no mínimo legal, substituída por restritiva de direitos e estabelecido regime

aberto.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas aplicadas a Jefferson Gillo Ricci, quanto à tentativa de roubo, para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 8 dias-multa, no piso inferior.

Como o réu apelante está preso, recomende-se-o no presídio em que se encontra (RTJ, 150/545, 159/234, 163/1082, 164/231, 166/531, 169/271, 181/1029, 182/644, 184/682 e 185/647; RSTJ, 97/384, 98/397, 98/406, 133/542, 136/413, 139/444 e 148/542; RT, 728/501, 730/449, 738/567, 749/597, 776/499, 777/573 e 783/571).

Penteadou Navarro, relator, apondo assinatura eletrônica na forma do inc. III do § 2º do art. 1º da Lei nº 11.419, de 19/12/06.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020704-35.2012.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes A. R. R., W. R. S. e A. T. S. N., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 25.881)**

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Afastada a preliminar, negaram provimento aos recursos. V.U.” de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente) e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

SOUZA NERY, Relator

**Ementa: Processo penal. Prova. As declarações seguras e insuspeitas da vítima devem preponderar sobre a negativa isolada do(s) acusado(s). Processo penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do réu, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova.**

**Processo Penal. Prova. Receptação. A apreensão da res em poder do agente gera presunção de**

## responsabilidade ao réu e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca.

### VOTO

Inconformados com a r. decisão de primeira instância,<sup>1</sup> que condenou (1) **A. R. R.**, pela prática de crime de roubo simples,<sup>2</sup> às penas de quatro anos de reclusão,<sup>3</sup> mais dez dias-multa, e (2) **A. T. S. N.** e **W. R. S.**, pela prática de crime de receptação dolosa,<sup>4</sup> respectivamente às penas de um ano, quatro meses e dez dias de reclusão, mais treze dias multa; e um ano, quatro meses e vinte e um dias de reclusão,<sup>5</sup> mais quatorze dias- multa, os **réus** apelam em busca de solução diversa.

A. e W. suscitam, em preliminar, nulidade da r. sentença por inobservância ao princípio da identidade física do Juiz. No mérito, pretendem absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória ou atipicidade da conduta (ausência de dolo). Subsidiariamente, pleiteiam: (1) desclassificação para a modalidade culposa do delito; (2) redução das penas, afastando-se a agravante da reincidência (a qual entendem não recepcionada pela Constituição Federal) e o reconhecimento de Maus Antecedentes (sustentando a ocorrência de *bis in idem* com a exasperação decorrente da reincidência), ou reduzindo-se o patamar de majoração decorrente dos Maus Antecedentes em relação a W. para um sexto (1/6); (3) mitigação de regime; e (4) substituição da prisão por penas alternativas.<sup>6</sup>

A., por sua vez, também postula absolvição, sustentando, em síntese, insuficiência probatória. Subsidiariamente, almeja desclassificação para o delito de furto, bem como fixação de regime inicial menos gravoso.<sup>7</sup>

Os recursos foram regularmente processados, tendo recebido parecer desfavorável da d. Procuradoria Geral de Justiça.

#### É o relatório.

A preliminar suscitada não prospera.

Primeiro, porque, apesar da omissão do legislador, entendo que se aplica à lei processual penal supletivamente a disposição prevista no artigo 132, do

1 Fls. 197-230, juiz Dr. PAULO DE TARSO BILARD DE CARVALHO, cujo relatório fica adotado.

2 CP, art. 157, *caput*.

3 Regime inicial semiaberto.

4 CP, art. 180.

5 Ambos em regime inicial fechado.

6 Razões de recursos, fls. 291-313.

7 Razões de recursos, fls. 334-40.

## Código de Processo Civil.

Nesse sentido, comentando a inovação legislativa que deu nova redação ao artigo 399, do Código de Processo Penal, o Juiz Leandro Galluzzi dos Santos assim expõe o seu convencimento, com que concordo integralmente:

O § 2º [do novo art. 399], por sua vez, contém inovação no âmbito do processo penal: o princípio da identidade física do juiz, já presente, há tempos, no processo civil. Determina a lei que o juiz que instruir o feito será o responsável pela sentença.

(...)

Questão não prevista pelo Código de Processo Penal, contudo, diz respeito às hipóteses de convocação, licença, promoção ou qualquer outro motivo que afaste o juiz que tiver presidido a audiência. Neste caso, entendemos que deverá ser aplicada a regra do processo civil que diz que, para estas hipóteses, os autos passarão para o sucessor deste magistrado, abrindo-se sempre a possibilidade de repetição das provas já produzidas quando o juiz entender cabível (art. 132, caput e parágrafo único, do CPC).(HC 161.881-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.5.2011)

Veja-se, ainda, o seguinte julgado selecionado do Superior Tribunal de Justiça, conforme publicação no sítio/site daquela Egrégia Corte:

O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema penal brasileiro pela Lei n. 11.719/2008 (art. 399, § 2º, do CPP), deve ser observado em consonância com o art. 132 do CPC. Assim, em razão de férias da juíza titular da vara do tribunal do júri, foi designado juiz substituto que realizou o interrogatório do réu e proferiu a decisão de pronúncia, fato que não apresenta qualquer vício a ensejar a nulidade do feito. Daí, a Turma denegou a ordem. Precedente citado: HC 163.425-RO, DJe 6/9/2010.<sup>8</sup>

Conforme se depreende da informação constante às fls. 271, o afastamento do Magistrado que presidiu a instrução foi devidamente justificado, inexistindo, assim, violação ao referido princípio. E depois, porque, de qualquer forma, não demonstrou a defesa prejuízo com a irregularidade. Aplica-se ao caso o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nenhuma nulidade, pois, a se reconhecer.

No mérito, os recursos não merecem acolhida.

A condenação criminal foi bem imposta em primeira instância. A prova existente é francamente desfavorável aos sentenciados.

Com efeito:

Os policiais ouvidos relataram uniformemente que, após receberem a

8

Informativo STJ nº 473.

notícia do roubo, avistaram os apelantes, em uma área escura, fazendo a divisão de objetos. Abordados, foram encontrados os pertences da vítima em poder deles, sendo que A. estava com a carteira preta, na qual havia o nome da vítima, W. com o celular e A. com a sacola que tinha roupas íntimas. Indagados, A. confessou informalmente a prática do roubo, dizendo, contudo, que os outros “não tinham nada a ver”. A. e W. negaram a prática criminosa, mas nada disseram a respeito. Confirmaram, ainda, o reconhecimento de A. por parte da ofendida.<sup>9</sup>

O interrogatório dos réus e as declarações da vítima foram registrados por meio audiovisual, tendo o ilustre Juízo a quo se adiantado à Administração do Tribunal de Justiça no emprego de sistema ainda não adotado pela Corte.

Criou-se desse modo, efetivo e intransponível obstáculo para o reexame da prova produzida: de um lado este Tribunal não tem recursos para a chamada “degravação” da audiência referida; de outro lado, as determinações para que os autos baixassem e, na origem, fossem transcritas as gravações, além de inicialmente desobedecidas pelo Juízo de primeiro grau,<sup>10</sup> foram coarctadas pelo Conselho Nacional de Justiça que as “proibiu”, ao argumento de que feririam a independência do Magistrado de primeiro grau.<sup>11</sup>

É óbvio que tal entendimento igualmente se aplica aos Magistrados de segundo grau, também eles estando imunes a qualquer “determinação” para que transcrevam (ou assistam) às gravações, pois igualmente detentores da tal independência.

Culminou-se com a edição da Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que, em seu artigo segundo, dispõe que “[o]s depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição”. O dispositivo em questão traz, no entanto, ressalva, contida em seu parágrafo único, no sentido de que “[o] magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço”.

A própria E. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo que, no passado editara o Provimento nº 23/2004, facultando o emprego “de fitas magnéticas de áudio e audiovisual como meio de documentação de depoimentos prestados em audiência”, circunstância em que determinava, quando houvesse recurso da sentença, se fizesse a transcrição “na forma ordenada pelo juiz”, voltou atrás por meio do Comunicado CG nº 961/2010, em que “comunica aos Meritíssimos Juizes Criminais a revogação da RECOMENDAÇÃO contida no Comunicado

9 Fls. 167-74.

10 O que pode, ao menos em tese, configurar o crime de desobediência, já que a determinação vem contida em V. Acórdão transitado em julgado.

11 CNJ, Pedido de Providências nº 000204-25.2010.2.00.0000, Rel. Cons. José Adonis Callou de Araújo Sá, julgado em 9-3-2010, v.u.

CG nº 381/2009, que apontava a necessidade de ser realizada a transcrição da prova assim colhida por meio audiovisual quando houvesse recurso da sentença”.

Em tais circunstâncias, não dispondo o E. Tribunal de Justiça, seja no Juízo de primeiro grau, seja nesta C. Corte, de recursos pessoais, materiais e tecnológicos para a degravação indispensável ao exame da prova colhida, seria de ser ela considerada inexistente, o que conduziria, eventualmente, a decreto de absolvição, fundado na debilidade dos elementos de convicção.

O exame dos autos, no entanto, permite que se conclua, diversamente, pelo não provimento dos apelos.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determina que “[n]os recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”.<sup>12</sup>

Como já teve oportunidade de decidir esta mesma C. Corte, [r]estou possível ao julgador em segundo grau, pois, tão-somente confirmar os termos da sentença, sem que tal procedimento implique omissão ou mesmo afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, eis que, concordando integralmente com a motivação naquela lançada, redundante seria ao reanalisar teses já suficientemente rebatidas.

Assim, valendo-me do dispositivo supracitado, mantenho a decisão por seus próprios fundamentos, porquanto a sentença guerreada avaliou minuciosamente todas as questões suscitadas pela defesa e, levando em conta o conjunto probatório, deu exato desfecho ao caso.

Cumpre ressaltar que não foram trazidos, em sede recursal, argumentos diversos daqueles já apresentados perante o juízo a quo, o qual exaustiva e corretamente os combateu, não havendo qualquer subsídio para nova discussão.<sup>13</sup>

São estas, em síntese, as provas produzidas em juízo, segundo a r. sentença recorrida:

(1) os réus negaram a prática delitiva; e

(2) a vítima confirmou ter sido abordada por A., o qual agarrou sua bolsa e lhe disse “se você der a sua bolsa eu deixo você ir”. Após tentar puxar sua bolsa de volta, conduta igualmente adotada por A., a declarante acabou soltando-a, para não cair, após o que o mencionado apelante saiu correndo. Contatou uma viatura policial e, cerca de cinco a dez minutos depois, A. foi preso na companhia dos outros dois corréus. Reconheceu-o na polícia, pessoalmente,<sup>14</sup> e em juízo,

12 RISTJSP, art. 252.

13 TJSP, 9ª Câmara Criminal “D”, Apelação Criminal nº 990-08-175414-2, rel. Des. Flavio Fenoglio Guimarães

14 Cf. fls. 55.

por meio da fotografia de fls. 208, como sendo o autor do delito. Já na delegacia, os policiais disseram-lhe que “esses caras” estavam com as suas coisas.

Muito bem.

Na valoração da prova, tenho que os relatos da vítima e dos policiais ouvidos devem preponderar sobre as palavras (suspeitas, por razões óbvias) dos apelantes, eis que se mostram seguros, coerentes e insuspeitos, restando bem caracterizados os delitos a eles imputados.

As declarações da ofendida, por partirem de pessoa insuspeita, constituem elemento seguríssimo de convicção, quando não contrariadas por outras evidências, merecendo, até prova em contrário, credibilidade.

A respeito, tenho reiteradamente decidido no sentido de que “[e]m sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa no identificar o autor do assalto”.<sup>15</sup>

A doutrina, como anotou o eminente hoje Desembargador Penteado Navarro, ao relatar a Apelação nº 882.591, do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado,<sup>16</sup> atribui à palavra da vítima idêntico valor.<sup>17</sup>

Considere-se, ainda, que

A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe acusar inocente, senão que procura contribuir - como regra - para a realização do justo concreto.<sup>18</sup>

A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de

15 JTAcrimSP, 95:268; Bol. Mensal Jurispr. TACrimSP, 35:24; RJDTACrimSP, 2:236 e 3:156; Aps. ns. 576.063, 1.044.943, 1.383.073, 1.391.869, 1.421.145, 1.432.733, 1.445.737, 1.452.179; TJSP, Apelações n. 425.154, 578.298, 796.363, 832.109, 837.877, 844.607, 859.830, 866.109, 872.111, 876.902, 880.758, 884.201, 888.399, 892.285, 902.167, 907.582, 912.212, 927.153, 946.487, 951.865, 958.274, 965.455, 975.019, 982.320, 990.576, 1.003.684, 1.008.295, RevCrim. ns. 288.844, 305.244, 314.420, 323.990, 327.862, 334.134, 338.220, 339.094, 390.268, 394.460, 418.678, 948.304, 990.09.039042-5, 990.09.083892-2, 993.08.018663-4; TJSP (SAJ), Apelações ns 993.08.015140-7, 993.08.019163-8, 993.08.024790-0, 993.08.028142-4, 993.08.037570-4, 993.08.043578-2, 993.08.046431-6; Embargos infringentes n. 993.07.031372-2/20000.

16 RT, 718:430.

17 Carl Joseph Anton Mittermaier, Tratado de la Prueba em Materia Criminal (Madrid:Reus, 10ª ed., 1979, trad. Pedro Aragonese Alonso), p. 290-91; Nicola Framarino Dei Malatesta, Logica de las Pruebas em Materia Criminal (Bogotá:Temis, 2ª ed., 1978, trad. Simon Carrejo e Jose Guerrero), v. II, p. 143-44; Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal (São Paulo:Saraiva, 3ª ed., 1994), p. 111; Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal (São Paulo:Saraiva, 1969), p. 120; José Lisboa da Gama Malcher, Manual de Processo Penal Brasileiro (Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1980); Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal (São Paulo:Atlas, 4ª ed., 1995) p. 288.

18 TACRIM; Ap. nº 1.071.263/0 – São sebastião, 11ª Câmara,; rel. Juiz RENATO NALINI; j. 15.9.97; v.u.

convicção existentes nos autos.<sup>19</sup>

No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes.<sup>20</sup>

Prova - Palavra da vítima. Valor: a palavra da vítima é de suma importância e deve predominar.<sup>21</sup>

No que toca aos depoimentos dos milicianos, ressalto que esta C. Câmara tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser policial a testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados.<sup>22</sup>

Este é o entendimento da mais alta Corte de Justiça da Nação:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age fãciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.<sup>23</sup>

Nesse sentido:

O depoimento testemunhal do policial que atuou na ocasião do flagrante possui eficácia probatória, sendo certo que não se pode descartá-lo e deixar de considerá-lo como suporte da condenação, pelo simples fato de

19 JUTACrimSP nº 94:341, Rel. Juiz Celso Limonge.

20 RT 484:320.

21 TJSP, Apelação Criminal nº 1.433.855/5, j. 29.7.2004.

22 TACrimSP, Apelações nº 312.301, 348.938, 370.522, 374.198, 395.129, 401.995, 412.061, 418.776, 426.062, 438.848, 453.340, 461.091, 577.011, 637.707, 1.022.143, 1.030.863, 1.032.127, 1.037.121, 1.042.611, 1.048.215, 1.050.099, 1.159.259; TJSP, apelações n. 404.622, 407.823, 425.154, 481.453, 825.284, 832.353, 836.639, 841.738, 844.607, 851.695, 856.298, 860.322, 862.376, 864.704, 869.910, 874.485, 879.300, 883.426, 885.132, 887.203, 889.401, 891.014; TJSP (SAJ), Apelações ns.990.08.010368-7, 990.08.011583-9, 990.08.018916-6, 990.08.025604-1, 990.08.169310-0, 090.08.171251-2, 990.08.171306-3, 990.08.172110-4, 990.08.173115-0, 990.08.183529-0, 990.08.187445-8, 990.08.192519-2, 990.08.193079-0, 990.08.193275-0, 990.08.193292-0, 990.09.002320-1, 990.09.132124-9, 990.09.137990-5, 990.09.146743-0.

23 HC nº 74.608-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

emanar de agentes estatais incumbidos da repressão penal.<sup>24</sup>

Prova - Depoimento de policiais. Valor: a palavra dos policiais que participam da prisão, ou da diligência que resulta na localização dos bens roubados, deve ser analisada em conjunto com as demais provas e, em princípio, ser considerada sem nenhuma ressalva.<sup>25</sup>

Sobre a prova relativa ao roubo, anoto, ainda, que a jurisprudência tem reiteradamente decidido que em tema de delito patrimonial a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza, por isso mesmo, o desate condenatório.<sup>26</sup>

Confira-se o seguinte julgado:

A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.<sup>27</sup>

Auto de exibição e apreensão, fls. 56-7.

Não há, assim, nenhuma dúvida da autoria de A. quanto ao roubo, sendo inviável falar-se em desclassificação para o crime de furto.

Especificamente quanto à receptação imputada aos sentenciados A. e W. incontestemente que os objetos por eles recebidos eram produto do roubo recém perpetrado por A.

Ora, ninguém recebe um celular (W.) ou roupas íntimas femininas (A.) de um completo desconhecido sem cogitar da sua procedência ilícita. A alegação de inocência dos réus é, assim, pueril e não convence.

Quanto ao dolo dos agentes, anoto que a circunstância de ser a res apreendida em poder dos apelantes e eles, para tal fato, não apresentarem justificativa convincente, tem decidido a jurisprudência em tema de crimes patrimoniais, gera presunção de responsabilidade aos réus e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhes justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza, por isso mesmo, o desate condenatório.<sup>28</sup>

Confira-se o seguinte julgado:

A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do

24 TJSP, Des. Walter de Almeida Guilherme, RT 816:548.

25 TJSP, Apelação nº 1.439.961/1, j. 27.9.2004.

26 JUTACRIM: 66/410, 98/206; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96; TJSP, Apelações nº 922.341, 924.723, 927.253, 936.020, 957.182, 976.297, 983.272, 1.011.686, 1.094.515, 1.118.812, 1.121.632, 1.147.925, 1.155.398, 1.170.411, 1.189.776; TJSP (SAJ), Apelação n. 990.08.011498-0, 993.08.031129-3, 993.08.037714-6, 993.08.039998-0, 993.08.039292-7.

27 RJDTAcrimSP 27:180.

28 JUTACRIM: 66/410, 98/206; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/134, 6/140, 8/96.

acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.<sup>29</sup>

É iterativo o entendimento que admite, acertadamente a meu ver, a prova do dolo dos agentes, em crimes, como o dos autos, onde é difícil a sua comprovação, por indícios e/ou circunstâncias exteriores que envolveram os fatos, desde que não contrariados por outros elementos de convicção.

A esse respeito, tomo a liberdade de fazer minhas as palavras do eminente Juiz José Habice a seguir transcritas:

Alguns puristas exigiriam prova mais forte, ou ciência prévia da origem ilícita da coisa. Essa exigência, com a devida vênia, é utópica.

Ninguém admite, até porque o homem hesita em reconhecer o próprio erro, ter adquirido coisa que sabia ser de origem espúria.

O outro participante do negócio também é incapaz de admissão desse porte, ou seja, ter vendido objeto originário de um crime. Aliás, na receptação, mormente na dolosa, forma-se entre vendedor e comprador uma *societas sceleris* tácita. Este e aquele sempre se dizem inscientes sobre a origem da res, um jamais incriminando o outro.

De outra parte, o negócio não é testemunhado e, quando o é, nada se revela de comprometedor, até por adesão das testemunhas à *societas sceleris* já referida.

A prova, então, da ciência sobre a origem ilícita é difícil.

Realmente, não se pode penetrar no foro do íntimo do agente para aferição do dolo. A demonstração de que o comprador tinha ciência sobre a origem da coisa não pode ser feita de maneira direta ou positiva, mas deduzida de conjecturas ou circunstâncias exteriores. Em outras palavras, do comportamento ab externo, do *modus operandi* do agente.

Todavia, como destacou o e. Juiz Nogueira Filho, hoje integrante desta C. Câmara, “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” (JUTACrim 96:240). A isso acrescenta-se que sendo o delito em comprovação, não se pode exigir prova robusta e deve ser dado valor aos indícios, desde que convergentes e concorrentes.<sup>30</sup>

Nesse sentido, admitindo inclusive seja aferido o elemento subjetivo também pela personalidade de agente:

Sendo impossível, no atual estágio da ciência, perscrutar, sondar, esquadriñar a consciência humana, a evidência do dolo, na figura típica do art. 180, caput, é projetada pela personalidade do agente e pelas

29 RJDTACrimSP 27:180.

30 TACrimSP, Ap. nº 976.723. No mesmo diapasão: Aps. 1.033.943, 1.039.821.

circunstâncias em que a coisa foi obtida e em que a posse ilegítima é exercida.<sup>31</sup>

Somada, portanto, à inversão do ônus da prova as versões fantasiosas e não convincentes dos ora apelantes, mostra-se de rigor a solução condenatória.

Destarte, as circunstâncias dos autos permitem concluir que os réus sabiam da origem criminosa da res. As suas versões restaram isoladas no conjunto probatório. E mais! Mostraram-se fantasiosas, não sendo, por isso, convincentes.

Nessa conformidade, sou pela manutenção das condenações criminais impostas em primeira instância.

As penas foram bem aplicadas em primeira instância. Não merecem redução.

A pena base de A. foi fixada no mínimo legal, enquanto as de A. e W. foram acertadamente majoradas, face aos maus antecedentes por ele ostentados. E a discrepância nos patamares aplicados, diferentemente do que sustenta a defesa, encontra-se plenamente justificada, eis que W. ostenta duas condenações transitadas em julgado que não caracterizam reincidência,<sup>32</sup> enquanto A. possui apenas uma.<sup>33</sup> Desproporcional seria, assim, aplicar-lhes o mesmo patamar.

Na fase seguinte, a reincidência de A.<sup>34</sup> e W.<sup>35</sup> foi acertadamente reconhecida.

A respeito da sustentada não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988, reitero meu entendimento manifestado anteriormente nos autos de Apelação Criminal nº 521511-51.2010.8.26.0000:

Sobre a alegação de bis in idem, entendo que tampouco merece acolhida. Não desconheço o “avanço” doutrinário referido pela parte, mas a reincidência deve, no meu entender, ser levada em conta justamente para se ter uma melhor individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), afinal um agente que começa na vida do crime (que é primário e não tem antecedentes) não pode ser punido da mesma forma que aquele que é contumaz, relapso e que faz do crime o seu meio de vida (o multirreincidente, por exemplo). Este, por óbvio, merece sanção mais severa, visto que, a despeito das condenações já sofridas, persiste no mundo do crime. A isso, some-se que ignorar a agravante significaria negar vigência à lei federal, significaria decidir *contra legem*, o que não se admite.

Nesse sentido:

- 
- 31 RJD 22:354, Rel. Juiz Corrêa de Moraes.  
32 Cf. certidões de fls. 193 e 194.  
33 CF. certidão de fls. 136.  
34 Cf. certidão de fls. 132.  
35 Cf. certidão de fls. 195.

O fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é, a nosso ver, justificável, não havendo violação à Constituição da República e à garantia do ne bis in idem (...) Com efeito, se é certo que ao cumprir integralmente a pena imposta pela prática de determinado delito, o condenado, em razão desse fato, não pode ser punido novamente, a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a 5 anos (CP, art. 64) e não tendo sido ele reabilitado (CP, art. 93 e 94), diz, em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade da sua conduta em relação ao novo crime (cf. nesse sentido, STJ, HC 776.996, RT 850/560), já que reiteradamente vem desprezando os valores essenciais da sociedade em que vive (a vida, a liberdade etc.). O agravamento da pena em razão da reincidência, portanto, não se confunde com dupla punição em relação ao crime anterior (...) Há, sim, uma maior reprovabilidade da sua conduta ao violar a lei penal de forma reiterada.<sup>36</sup>

Nesse mesmo sentido, recente julgado do Excelso Pretório:

(...)

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do § 4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos

condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e § 1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal cinco anos, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

(...)

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que

afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir. Ordem denegada. (Segunda Turma, Habeas Corpus nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

“Habeas corpus”. - A pena agravada em função da reincidência não representa “bis in idem”. - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. “Habeas corpus” indeferido. (Primeira Turma, Habeas Corpus nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A QUO. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal a quo, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, Habeas Corpus nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997).

(...)

Por tudo, surge constitucional o instituto existente desde a época do Império da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.<sup>37</sup>

Não há, ainda, falar-se em *bis in idem* entre as majorações decorrentes do reconhecimento de maus antecedentes e da reincidência, porque condenações distintas devidamente certificadas nos autos fundamentaram aumentos diversos

37

STF, RE 453.000, rel. Min. Marco Aurélio, j. 4.4.3013, v.u.

da pena, em estrita observância ao sistema trifásico de fixação da pena.<sup>1</sup> Diferente seria o caso se uma mesma condenação justificasse dois aumentos sucessivos.

Finalmente, mantenho os regimes prisionais impostos.

Observo, neste ponto, que A. já foi por demais beneficiado com fixação de regime semiaberto. A meu ver, o regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração.

Diante da franca desfavorabilidade das circunstâncias judiciais e da comprovada reincidência de A. e W., tenho que deva ser mantida a imposição de regime fechado e o afastamento da substituição de pena aplicadas na r. sentença, eis que tais benesses se mostram insuficientes à repressão e prevenção do crime praticado.

Some-se a tais circunstâncias meu entendimento, inúmeras vezes manifestado, pela necessidade de se fixar regime inicial mais gravoso, diante do fato do ilícito de receptação ser “matriz de crimes patrimoniais”. Nesse sentido, veja-se a ementa de julgado da antiga 7ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado, a seguir transcrita:

Receptação Matriz dos crimes patrimoniais Necessidade de enérgica reprovação e eficaz prevenção Insuficiência de regime diverso do fechado. Matriz dos crimes contra o patrimônio, a receptação é radicalmente incompatível com substituição por restritiva, ou, por outras palavras, não é “socialmente recomendável” (CP, art. 44, § 3º). (Apelação-Reclusão, nº 1.240.087-7, j. em 19/04/2001).

Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida.

Destarte, pelo meu voto, proponho, afastada a preliminar, que se negue provimento aos recursos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0069142-24.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes WESLEY LOPES MOTTA DE TOLEDO, ALEXANDRE OLIVEIRA DE CAMPOS BUENO e DOUGLAS RIBEIRO DO NASCIMENTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 14.778)**

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao apelo de

1 Cf. artigo 68 do Código Penal.

WESLEY LOPES MOTTA DE TOLEDO e deram parcial provimento aos recursos ALEXANDRE OLIVEIRA DE CAMPOS BUENO e DOUGLAS RIBEIRO DO NASCIMENTO, nos termos do acórdão. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente) e ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

**Ementa: Roubo majorado. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas, corroboradas pela confissão judicial dos réus. Delito consumado. Inversão da posse. Condenação mantida. Causa de aumento referente ao concurso de agentes bem reconhecida. Majorante referente ao emprego de arma que, todavia, não subsiste. Laudo que comprova a inaptidão para disparo. Pena. Reajuste. Aumento de 1/3 na terceira etapa da dosimetria, pela causa de aumento do concurso de agentes. Concurso formal. Acréscimo reduzido para 1/5 por se tratar de três delitos. Pena total reduzida para 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais 15 dias-multa. Imposição do regime inicial semiaberto. Apelo parcialmente provido para esse fim.**

## VOTO

1. WESLEY LOPES MOTTA DE TOLEDO (RG nº 49.707.045), ALEXANDRE OLIVEIRA DE CAMPOS BUENO (RG nº 42.407.726) e DOUGLAS RIBEIRO DO NASCIMENTO (RG nº 49.095.250) foram denunciados e regularmente processados, como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do CP, porque, no dia 19 de julho de 2012, por volta das 00h14min, na Avenida Fiorelli Peccicacco, nº 1109, nesta Capital, previamente ajustados, agindo em concurso e com identidade de propósitos, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, do tipo revólver, calibre 22, marca Rossi, nº 7175, de uso permitido, subtraíram, para eles, da “Pizzaria Piarella”, a quantia de R\$ 98,55 (noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos) em espécie; de D. S. M., uma carteira contendo todos os seus documentos pessoais (CIC, carteira de identidade, certidões de nascimento e de casamento), e de A. S.C. um aparelho celular da marca Samsung, avaliado em R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Pela r. sentença de fls. 161/174 proferida pelo MMª. Juíza de Direito da 8ª

Vara Criminal da Comarca do Foro Central da Comarca da Capital, Dr<sup>a</sup>. Tânia Magalhães Avelar Moreira da Silva, foi a ação julgada procedente, sendo os réus condenados, nos termos da denúncia, às penas de 8 (oito) anos de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, no piso.

Inconformados, recorreram, pugnando pela reforma do julgado. WESLEY, representado pela Defensoria Pública, pleiteia, em síntese, o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma, porquanto não houve apreensão tampouco perícia; o acréscimo de apenas 1/3 na terceira etapa, pelas majorantes; o aumento na fração de 1/5, em vez de 1/3, pelo concurso formal; e a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 195/214). DOUGLAS requer o aditamento da denúncia, a fim de que conste que o delito foi tentado, e não consumado, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do réu. Subsidiariamente, pugna pela diminuição da pena, e pela fixação do regime aberto (fls. 248/253). ALEXANDRE, por seu turno, pleiteia o reconhecimento do crime continuado, em vez do concurso formal de crimes, o abrandamento da pena e a imposição de regime inicial menos gravoso (fls. 260/270).

Contrariados os recursos (fls. 272/283), o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, subscrito pelo culto Dr. Fábio Antônio Pineschi, foi pelo integral provimento do apelo interposto pela Defensoria, bem como pela retificação das penas impostas a WESLEY, DOUGLAS e ALEXANDRE para 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 20 dias-multa, pela prática de infração prevista no art. 157, § 2º, II (por três vezes), c. c. art. 70, ambos do CP (fls. 285/291).

É o relatório.

2. Os recursos merecem parcial provimento.

Materialidade e autoria demonstradas, corroboradas pela confissão dos réus (mídia digital de fls. 160), de rigor era a condenação pelo crime de roubo, contra a qual sequer se insurgiram os apelantes.

Consta dos autos que, na ocasião, os réus, após combinarem a prática de roubo à mão armada, dirigiram-se no veículo GM/Corsa Wind, de placas DHG-0897/Osasco, de propriedade do acusado ALEXANDRE, e por ele conduzido, à “Pizzaria Piarella”; ali, após ALEXANDRE estacionar o veículo, enquanto permaneceu na sua direção, a fim de assegurar a DOUGLAS e WESLEY fuga com o proveito do crime, dando-lhes, ainda, apoio moral, ingressaram estes na pizzaria, momento em que DOUGLAS, empunhando um revólver, anunciou às vítimas D. e A., que se encontravam trabalhando no local, voz de assalto, de tal modo reduzindo-os à impossibilidade de resistência; ato contínuo, o próprio DOUGLAS subtraiu de A. o aparelho celular da marca Samsung, e WESLEY, por sua vez, subtraiu da vítima D. sua carteira contendo todos os seus documentos pessoais e cartão de crédito e, do caixa do estabelecimento, a

quantia de R\$ 98,55 (noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos).

Em seguida, DOUGLAS e WESLEY embarcaram novamente no veículo GM/Corsa, momento em que ALEXANDRE empreendeu fuga do local. Logo após, alguns policiais militares, em patrulhamento, ao passarem defronte à pizzaria, foram informados pelas vítimas sobre o roubo ocorrido instantes antes e as características dos roubadores.

Os milicianos, então, passaram a patrulhar a região, avistando em determinado momento o veículo GM/Corsa Wind, placas DHG-0897/Osasco, com três indivíduos em seu interior, trafegando pela Avenida Tardiolo Latuci, instante em que, em virtude da atitude suspeita como se comportavam, resolveram abordá-los, encontrando “jogado no chão do veículo, do lado do passageiro dianteiro”, a quantia de R\$ 98,55 em espécie, o aparelho celular Samsung da vítima A. em poder de DOUGLAS e o revólver em poder de WESLEY.

Não há que se falar em crime tentado.

Não obstante a inexpressividade do lapso entre a fuga e a prisão em flagrante, o crime se consumou com a inversão da posse da coisa subtraída. Isto porque o roubo se aperfeiçoa no instante em que os agentes se tornam, mesmo que por pouco tempo, possuidores do objeto do delito.

Esse o entendimento consolidado, inclusive, no Supremo Tribunal Federal: *“A jurisprudência desta Corte tem entendido que a consumação do roubo ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, da posse pacífica e desvigiada da coisa pelo agente”* (HC nº 96.696/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 05.06.09, pp. 00571, VM).

Ainda, parte dos bens subtraídos (a bolsa e o dinheiro da ofendida D.) não foram recuperados.

3. É caso, contudo, de se afastar a majorante referente ao emprego de arma. Isto porque, conforme bem ponderou o douto Procurador de Justiça oficiante, o laudo pericial da arma constatou que o artefato não tinha potencialidade lesiva, uma vez que “suas articulações estão defeituosas, e seu cão fraturado” (fls. 234).

Assim que, por lhe faltar poder vulnerante, equipara-se ao simulacro de arma, sendo entendimento já sedimentado nesta Colenda Câmara, na esteira de remansosa jurisprudência, que este não enseja o reconhecimento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do CP.

4. Assiste parcial razão às Defesas dos apelantes, ademais, no tocante à fixação da reprimenda.

A pena-base foi fixada no mínimo, razão pela qual, na segunda fase da dosagem, impossível era sua redução aquém desse *quantum*, embora incidentes as atenuantes da menoridade (para os réus WESLEY e DOUGLAS) e confissão (para os três) (Súmula 231, do STJ).

Na terceira etapa, a fração aplicada para a majoração, sendo duas as causas de aumento, foi de metade, o que, com a devida vênha, carece de fundamentação válida.

Afastada a causa de aumento do emprego de arma, tendo em vista a inoperância do artefato de que fizeram uso os apelantes, faço incidir a fração de 1/3 na terceira etapa da dosimetria sobre a pena mínima, totalizando o montante parcial de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.

Por fim, bem configurado o concurso formal de delitos.

Não há que se falar, *in casu*, de continuação delitiva, eis que o patrimônio da Pizzaria e das duas vítimas, D. e A., foram afetados durante ação única, desdobrada em atos de ameaça e subtração.

No tocante ao concurso formal, mostra-se de fato mais adequado o aumento de 1/5, em vez de 1/3 operado na r. sentença, eis que três foram as infrações praticadas (confira-se, nesse sentido, a tabela fornecida por Flávio Monteiro de Barros: para 2 crimes, aumenta-se a pena em um sexto; para 3 delitos, eleva-se em um quinto; para 4 crimes, aumenta-se em um quarto; para 5 crimes, eleva-se em um terço; para 6 delitos, aumenta-se na metade; para 7 ou mais crimes, eleva-se em dois terços, em Direito Penal Parte Geral, p. 447).

A pena resulta, assim, no montante final de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, no piso. Deixo de aplicar a pena de multa de acordo com o disposto no artigo 72 do CP, pela vedação à *reformatio in pejus*.

Por fim, diminuídas as penas dos apelantes, e consideradas a primariedade, menoridade e confissão judicial, bem como a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, e nos termos das Súmulas 718 e 719, do STF, e 440, do STJ.

5. Diante do exposto, pelo meu voto, dou integral provimento ao apelo de WESLEY LOPES MOTTA DE TOLEDO e parcial provimento aos apelos de ALEXANDRE OLIVEIRA DE CAMPOS BUENO e DOUGLAS RIBEIRO DO NASCIMENTO para fixar suas penas em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, no piso, bem como fixar o regime inicial semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9134671-

89.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados FRANKLIN VASCONCELOS PAULO, EWERTON CARVALHO DA CRUZ e ALEX SANTOS FRANÇA. (Voto nº 14.601)

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso ministerial para condenar os apelados Franklin Vasconcelos Paulo, Ewerton Carvalho da Cruz e Alex Santos França como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 70, caput (por duas vezes), ambos do Código Penal, às penas em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo. Comunique-se incontinenti. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRADA SILVA (Presidente), LOURI BARBIERO E IVO DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de setembro de 2013.

MOREIRA DA SILVA, Presidente e Relator

**Ementa: Apelação Criminal - Sentença condenatória pelos crimes de furto - Recurso do Ministério Público objetivando a condenação dos apelados pelos crimes de roubo, como descrito na inicial - Autoria e materialidade bem demonstradas - Crimes cometidos mediante grave ameaça - Penas-base fixadas no mínimo, aumentadas de 1/3 (um terço), pela qualificadora do concurso de pessoas, e 1/6 (um sexto), em razão do concurso formal - Fixado o regime fechado - Recurso provido.**

## VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. André Carvalho e Silva de Almeida, acrescenta-se que, por infração ao artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, por duas vezes, combinado com o artigo 70, caput, ambos do Código Penal, foram condenados **Franklin Vasconcelos Paulo, Ewerton Carvalho da Cruz e Alex Santos de França**, cada qual às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituídas as privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Irresignado, recorre o Ministério Público. Alegando que os crimes

foram cometidos com o emprego de grave ameaça, pugna pela condenação dos apelados, nos termos da inicial, e pela fixação de regime fechado.

Processado e contra-arrazoado o recurso, em que os apelados opinam pelo improvimento, manifesta-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento.

### **É o relatório.**

2. O recurso está em vias de ser provido, respeitado o entendimento do culto Magistrado sentenciante.

Com efeito, os apelados foram denunciados pelo crime de roubo, porque, no dia 20 de novembro de 2008, por volta das 20:00 horas, no cruzamento da Travessa Carneiro e Rua Vergueiro, na Comarca de São Paulo, agindo em concurso e previamente conluiados, subtraíram, em proveito de todos, mediante grave ameaça contra as vítimas Lucas Wauke Ida e Karina Chaves Gomes, do primeiro, uma mochila de cor preta contendo em seu interior material escolar e um aparelho celular da marca Motorola e, da segunda, uma mochila de cor verde contendo em seu interior cinco CDs, material escolar e uma blusa de moleton (fls. 01-D/02-D).

Após o processamento, os apelados foram condenados pelos crimes de furto, pois o MM. Juiz sentenciante concluiu que a subtração se deu sem emprego de violência ou grave ameaça.

Da r. sentença, o Ministério Público recorreu pleiteando a condenação dos réus pelos crimes descritos na inicial.

Pois bem. Segundo o apurado, na data e local dos fatos, as vítimas permaneciam na via pública, quando foram cercadas pelos apelados que, após proferirem ameaças, passaram a exigir seus pertences. Na posse das *rei furtivae*, abandonaram o local (fls. 01-D/02-D).

Com efeito, a materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada não apenas pelos autos de prisão em flagrante (fls. 02/10) e de exibição, apreensão e entrega (fls. 15/16), senão também pela prova oral encartada aos autos.

A autoria, por igual, emerge bem elucidada.

Na delegacia, os apelados confessaram que, na data dos fatos, ingeriram bebida alcoólica em um show da consciência negra que se realizou na Praça da Sé e, em razão disso, passaram a andar pelas ruas do centro quando avistaram as vítimas e resolveram subtrair-lhes as mochilas para conseguirem dinheiro para voltarem às suas residências na Zona Leste. Ademais, asseveraram que não utilizaram de força física, mas somente exigiram a entrega dos produtos (fls. 08/10).

Em Juízo, relataram a mesma dinâmica dos fatos e apenas acrescentaram

que pegaram as mochilas das vítimas e saíram correndo (fls. 113/114, 116/117 e 119/120).

Bem é de ver que a parcial confissão dos apelados encontrou ressonância nos depoimentos prestados pelas vítimas e pelo policial militar em Juízo. No entanto, a despeito da afirmação dos réus em sentido contrário, verifica-se que a grave ameaça restou cabalmente provada, consoante se deduz do acervo probatório produzido nos autos, máxime sob o crivo do contraditório.

A vítima, L. W. I., afirmou que estava na companhia de Karina, na esquina da Rua Vergueiro, quando três indivíduos se aproximaram e anunciaram o assalto, ordenando que entregassem as mochilas, o que realmente foi feito (fls. 106/107).

Já a vítima K. C. G, que apresentou a mesma narrativa dos fatos, somente acrescentou que os três indivíduos que os abordaram disseram que estavam armados no momento em que anunciaram o assalto. Ademais, reconheceu, com segurança, o réu Alex como sendo um dos roubadores (fls. 108/109).

Importante registrar que as vítimas prestaram depoimentos sérios, coerentes, convergentes e convincentes. E mais. A palavra das vítimas, em caso de roubo, reveste-se de irrecusável valia, mormente porque tais pessoas, por não conhecerem os criminosos e terem sofrido a ação delituosa, buscam tão-somente descrever os fatos e não têm interesse em acusar falsamente inocentes.

Não se pode olvidar, nesse passo, que ***“em sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que ‘a palavra da vítima é preciosa, pois, diante de agentes do crime desconhecidos, a sua ânsia é dizer a verdade quanto ao fato e quanto ao seu autor’ (Julgados do TACRIM, Ed. Lex, vol. 60/323), não mentirosamente incriminar inocentes, a quem nenhuma razão, aparente ou concreta, teria para dizer criminosos”***<sup>1</sup>, consoante tem proclamado iterativamente a jurisprudência.

Robustecendo, mais ainda, o quadro probatório, o policial militar Eglis de Toledo asseverou que estava em patrulhamento na data dos fatos, quando avistou três indivíduos em atitudes suspeitas, abordou-os e, como apresentaram informações divergentes sobre as mochilas, conduziu-os à delegacia. Após entrar em contato com a mãe de uma das vítimas por conta do encontro de um celular com o réu, foram reconhecidos pelas vítimas como sendo as pessoas que chegaram gritando, anunciaram o assalto e subtraíram as mochilas (fls. 110/111).

Cumprе ressaltar que o depoimento do policial militar merece inteira acolhida, já porque ele não conhecia os acusados e não tinha motivo para incriminá-los, se não tivesse mesmo apreendido com eles as coisas subtraídas;

1 Julgados do TACRIM, Ed. Lex, vol. 95/268. Em igual sentido, convém conferir: “Boletim Mensal de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo” n.ºs. 35/24 e 47/21; apelações n.ºs. 576.063/0 e 576.467/1 - esta da 9ª Câmara, j. 23.8.89, rel. Marrey Neto; e ainda, RDJTACRIM 2/236 e 3/156 etc.

já porque prestou depoimento uniforme e harmônico quanto aos pontos fundamentais do acervo probatório, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexistente razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

Bem a propósito, já se decidiu que a *“simples condição de policial, segundo a Suprema Corte (RTJ 68/64), não torna a testemunha impedida ou suspeita. Em RT 530/372, por outro lado, já se decidiu ser ‘inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório’ (no mesmo sentido RT 574/401, 588/513, 591/313, 594/332, 594/392, 597/330, 609/394, 610/369, 614/275, 616/286, 634/276 e 654/278; JUTACRIM 83/454, 95/101 e 96/230)”*.<sup>2</sup>

E mais: “Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhes crédito quando fossem dar conta de duas tarefas no exercício de funções precípuas”.<sup>3</sup>

Outrossim, é de se salientar que o crime foi cometido mediante grave ameaça consistente não só na superioridade numérica dos agentes que o perpetraram, como também na circunstância de eles terem abordado as vítimas gritando para que entregassem seus pertences e, como relatado pela vítima K. C. G., informando que estariam armados.

Ora, inegável que as vítimas se sentiram ameaçadas no momento da prática delitiva. Entregaram seus pertences aos apelados, certamente em razão do temor que sentiram.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: **“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. I - Hipótese em que não se questiona a dinâmica dos fatos, restando definido no v. acórdão guerreado, de maneira clara e ausente de dúvidas, que o recorrido, no momento da subtração do veículo, ameaçou atirar na vítima caso não ficasse quieta. II - Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não**

2 Apelação Criminal nº 726.557/8-7ª Câmara de Férias - Rel. Juiz Luis Ambra - v.u., j. de 22.07.93, cit. in RJDTACRIM 19/96.

3 RDTJRJ 7/287.

*precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo. (Precedentes). III - Dito em outras palavras, a grave ameaça é a violência moral, a promessa de fazer mal à vítima, intimidando-a, atemorizando-a, viciando sua vontade de modo a evitar um eventual reação (Luiz Régis Prado in “Curso de Direito Penal Brasileiro - Vol. 2”, Ed. RT, 5ª edição, 2006, pág. 418). É necessário que a ameaça seja bastante para criar no espírito da vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral (Nelson Hungria in “Comentários ao Código Penal - Vol. VII”, Ed. Forense, 4ª edição, 1980, pág. 54). Não se exige, contudo, o propósito, por parte do agente, de cumprir verdadeiramente a ameaça, nem que ela possa ser cumprida, basta que, no caso concreto, ela seja idônea para constranger e intimidar o ofendido (Heleno Cláudio Fragoso in “Lições de Direito Penal Parte Especial - Vol. 1”, Ed. Forense, 11ª edição, 1995, pág. 20). Ainda, fatores ligados à vítima (v.g.: sexo, idade, condição social e de saúde, etc) devem, no caso concreto, serem sopesados para que se possa aquilatar o grau de temibilidade proporcionado pela conduta do agente. Recurso especial provido”.*<sup>4</sup>

**“HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FURTO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TENTATIVA. QUANTUM DE REDUÇÃO DA PENA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Verificado que houve o anúncio de assalto em circunstâncias capazes de configurar a grave ameaça, suficiente, pois, para tipificar o crime de roubo, não há como prosperar o pleito de desclassificação para o delito de furto, como pretendido. 2. Consoante reiteradamente tem decidido este Superior Tribunal, para entender-se de forma diversa, desclassificando a conduta do paciente para o delito de furto, seria necessário o revolvimento do conjunto fático- probatório amealhado aos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. 3. Segundo o**

*entendimento deste Superior Tribunal, o quantum de diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente, ou seja, a redução de pena deve ser menor se o agente chegou próximo à consumação do delito. 4. Não obstante a imposição de reprimenda em patamar inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificado, com base na especificidade do caso sub examine, haja vista a reincidência do paciente e a negatividade de circunstância judicial (maus antecedentes). 5. Ordem denegada”.*<sup>5</sup>

Impende observar, ainda, que a qualificadora prevista no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal está bem delineada nos autos, decorrendo do seguro conjunto probatório, em especial da confissão dos apelados e da palavra das vítimas e do policial, a indicar que os apelados agiram em concurso e com unidade de propósitos à obtenção do mesmo resultado.

Por outro lado, é de fácil percepção estar-se à frente do denominado concurso formal de crimes, na medida em que os apelados, mediante uma única ação, por via da qual exerceram grave ameaça sobre as vítimas, praticaram, num mesmo contexto fático, duas violações possessórias, sendo-lhes nitidamente compreensível e cognoscível que estavam a atacar patrimônios diversos e distintos, a teor do comando emergente do artigo 70 do Código Penal.

Valioso, a propósito, o escólio do eminente Prof. Damásio Evangelista de Jesus, segundo o qual *“responde por roubos em concurso formal o sujeito que, num só contexto de fato, pratica violência ou grave ameaça contra várias pessoas, produzindo multiplicidade de violações possessórias”*.<sup>6</sup>

Nessa mesma linha principiológica, extrai-se da jurisprudência:

*“No roubo múltiplo, caracteriza-se o concurso formal se os crimes foram praticados num mesmo contexto fático contra mais de uma vítima”*.<sup>7</sup>

*“Crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal e não crime continuado. Precedentes do STF e do STJ”*.<sup>8</sup>

Destarte, porque suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes das ações típicas - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijurídicas e culpáveis, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, é mesmo inarredável o provimento condenatório nos termos postulados na denúncia, pelos crimes de roubo.

Passa-se à dosagem das penas.

5 HC 174261/SP, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgado em 14/02/2012.

6 Direito Penal, P.E., São Paulo, Saraiva, 5ª Edição, 1983, 2º volume, p. 359.

7 TACRIM/SP, RT 761/636, Rel. Juiz Osny de Souza.

8 STJ, 5ª T. HC 10.452, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 20.03.2000, pág. 84.

Os apelados são primários, possuidores de bons antecedentes e não se vislumbra nos autos a presença de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se impõem as penas-base no mínimo legal: 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ademais, fixadas como básicas as mínimas previstas no tipo penal vulnerado, a atenuante da confissão espontânea não pode ser considerada, visto que “... *conforme jurisprudência pacífica, as atenuantes, entre as quais a da menoridade penal, não permitem a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei para o crime (RTJ 104/736, RT 541/142, 537/412), a risco de afronta do art. 59, II, do CP*”.<sup>9</sup>

Esse entendimento hoje está cristalizado na Súmula nº 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*”.

Na terceira etapa, aplica-se o acréscimo de 1/3 (um terço), mercê da causa de aumento do concurso de agentes e 1/6 (um sexto) pelo concurso formal, considerando-se que dois crimes de roubo foram perpetrados, daí obtendo-se a pena definitiva, para cada réu, de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo, afigurando-se de todo proporcionais, adequadas e suficientes à reprovação e prevenção dos crimes.

Por derradeiro, faz-se imperiosa a fixação do regime prisional fechado para o desconto das penas corporais, já que se trata de crimes perpetrados em via pública, em concurso de agentes, tudo a revelar condutas concretamente graves e denotadoras da ousadia e periculosidade dos apelados, merecedores, por isso mesmo, de maior permanência no cárcere, até mesmo para reflexão e arrependimento, em perfeita consonância com a regra inscrita nos artigos 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal.

**3. Pelo exposto, dá-se provimento** ao recurso ministerial para condenar os apelados Franklin Vasconcelos Paulo, Ewerton Carvalho da Cruz e Alex Santos França como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 70, caput (por duas vezes), ambos do Código Penal, às penas em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo. Comunique-se *incontinenti*.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018160-40.2011.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL ALVES DE SOUZA, é apelado RENATO FIORATTI FERREIRA e Apelado/ Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL PARA RECONHECER A QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E FIXAR O REGIME FECHADO PARA O RÉU RENATO; NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSÓRIO E AFASTARAM DA R. SENTENÇA A IMPOSIÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. VENCIDO EM PARTE O 3º JUIZ, DES. POÇAS LEITÃO, QUE DECLARARÁ.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.316)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Presidente), RIBEIRO DOS SANTOS E POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Presidente e Relator

**Ementa: Recurso Ministerial - Petição de interposição abrangente sendo as razões limitadas ao regime prisional - Nos termos do artigo 576, do Código de Processo Penal: “O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto” - Conhecimento integral do mérito - Pretensão de reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo e imposição de regime prisional fechado - Cabimento - Apelo provido.**

**Recurso da defesa visando absolvição - Inadmissibilidade - Prova robusta, roborada pelos elementos de convicção coligidos - Apelo indeferido, inclusive no que se refere à pretensão de afastamento da majorante de privação de liberdade das vítimas, ressaltando-se que estas ficaram no mínimo trinta minutos em poder dos agentes.**

**Reparação de danos - Indenização às vítimas pelos prejuízos suportados (art. 387, IV, do CPP) - Questão**

**não debatida durante a instrução processual - Inadmissibilidade - Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório - Indenização afastada.**

## VOTO

No Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal da Capital, Renato Fioratti Ferreira e Daniel Alves de Souza foram denunciados como incorrentes nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I, II e V (por duas vezes), na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, porque, agindo em concurso de agentes, contando ainda com a participação de outros indivíduos não identificados e mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraíram para proveito em comum, a quantia de 15.000,00 dólares, uma pasta de couro da marca *MC Neil*, uma mala de viagem contendo seis latas de bebida da marca *Red Bull*, três cartões bancários emitidos pelos Bancos BFA, Sol e Milênio, uma corrente, um par de brincos e uma pulseira todos de ouro, vinte e quatro barras de chocolate da marca *Toblerone*, vinte e uma unidades de cremes femininos, seis unidades de perfumes, três camisas, quatro calças e cinco vestidos longos e ainda outros pertences não apreendidos da vítima Pena Capitão; um aparelho celular da marca *Motorola*, um aparelho celular sem marca da operadora Claro pertencente à vítima Osvaldo Cardoso Coelho.

Segundo a denúncia, no dia 10 de março de 2011, por volta das 17h50, a vítima Pena retornava do Aeroporto de Guarulhos no táxi conduzido pela vítima Osvaldo e, ao pararem no semáforo do cruzamento das Ruas Herval esquina com Rua Álvaro Ramos, foram abordados pelo corréu Renato, que portando arma de fogo se identificou falsamente como policial civil, dizendo que iria efetuar a prisão do passageiro (Pena) por porte de drogas, ordenou que a vítima Osvaldo passasse para o banco traseiro e assumiu a direção do veículo, alegando que os conduziria a um Distrito Policial. Momento em que outro indivíduo não identificado ingressou no veículo, sentando no banco traseiro.

Durante o percurso, as vítimas tiveram a liberdade restringida, os agentes revelaram que se tratava de roubo e exigiram que a vítima Pena tirasse as roupas para revistá-lo, obrigando-o a entregar o envelope com os dólares e outros pertences. Na oportunidade, subtraíram os telefones celulares do ofendido Osvaldo.

Na sequência, os meliantes estacionaram o táxi na Rua Sargento Capistrano, seguidos pelos veículos *VW/Gol*, conduzidos pelo corréu Daniel e por outro conduzido pelo indivíduo não identificado. Retiraram do porta-malas as bagagens e colocaram parte no veículo conduzido por Daniel, ordenando que as vítimas permanecessem no táxi. O comparsa não identificado colocou parte da *res* e armas de fogo, no outro *VW/Gol* de cor escura. E empreenderam fuga.

O apelante Daniel, durante toda a empreitada criminosa se manteve próximo, em um veículo *VW/Gol*, de cor verde, placas CLP 2379, dando guarida à ação, levando os agentes até o local da abordagem e seguindo-os, para posterior fuga com as mercadorias subtraídas. Do mesmo modo agiram os outros agentes não identificados, que estavam no veículo *VW/Gol* de cor escura.

A Polícia Militar foi acionada. Milicianos em patrulhamento de rotina pela na Rua Toledo Barbosa, avistaram o veículo *VW/Gol*, de cor verde, com Daniel e Renato no seu interior, que empreenderam fuga, mas foram detidos pelos policiais. *A res*, as armas e o outro veículo não foram localizados.

Realizada a instrução, foi a denúncia julgada parcialmente procedente, sendo os réus condenados por infração ao artigo 157, § 2º, incisos II e V, por duas vezes, c.c. artigo 70, ambos do Código Penal. **Renato Fioratti Ferreira** ao cumprimento de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial **semiaberto**, e pagamento de 17 dias-multa, no piso. **Daniel Alves de Souza** para 07 anos, 05 meses e 25 dias de reclusão, regime inicial **fechado** e pagamento de 18 dias-multa. Vedado o recurso em liberdade para ambos os réus. Fixado o valor de R\$40.000,00 do dano a ser reparado. Decretado o perdimento do veículo apreendido se já encerrado o arrendamento mercantil existente (fls. 217/225).

Apela o representante do Ministério Público buscando a total procedência (insurgindo-se contra o afastamento da qualificadora) e visando a imposição de regime fechado para ambos os réus. Em suas razões pretende apenas a fixação do regime inicial fechado para o apelado Renato Fioratti Ferreira (fls. 227 e 234/236).

Daniel Alves de Souza apela. Pleiteia absolvição pela insuficiência probatória. Aponta falhas na realização de seu reconhecimento e pretende seja desconsiderada a palavra do policial militar que efetuou a sua prisão. Subsidiariamente o afastamento da majorante prevista no § 2º, V, do Código Penal, em razão do ínfimo tempo que a vítima permaneceu em seu poder; fixação da pena em seu patamar mínimo e concessão do regime semiaberto (fls. 232 e 239/242).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 243/244 - corrêu Renato e 247/249 - Ministério Público), seguiu-se parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo ministerial e improvimento do apelo do corrêu Daniel (fls. 261/267).

É o relatório.

O representante do Ministério Público ao interpor o seu recurso, manifestou seu inconformismo com relação ao afastamento da qualificado do emprego de arma de fogo, bem como pleiteando a imposição de regime fechado para os réus. Contudo, se limitou a pleitear o regime fechado para o réu Renato.

Diante disso, como preleciona o artigo 576, do Código de Processo Penal:

**“O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”,** fica devolvido o conhecimento integral do mérito.

A Comissão que elaborou o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual, honrosamente, integrei, nele fez inserir o artigo 252, como forma de agilizar os julgamentos, deixando este relator, inutilmente, de afirmar, por outras palavras, o que constou da sentença.

É o caso dos autos, no qual o MM. Juiz, com proficiência, proferiu decisão condenatória, à luz de provadas, suficientemente, materialidade (fls. 16/21 - boletim de ocorrência; 22/24 - auto de exibição e apreensão; laudos de peças apreendidas: fls. 131/133 - pasta de couro, 134/135 - colares, 148/150 - jaqueta de proteção balística semelhante a cor padrão utilizada pela Guarda Civil Metropolitana e peças de vestuário, 151/153 - aparelho celular, 154/156 - relógio e 204/206 - aparelho automotivo GPS) e autoria, por toda a prova oral produzida.

O apelante Daniel, na polícia preferiu o silêncio. Em Juízo, afirmou que foi abordado pelos policiais quando ele e o comparsa vinham da Santa Ifigênia, e após informarem que tinham passagem policial foram detidos. Disse desconhecer os fatos narrados na denúncia (fls. 12 e 176/178).

O apelado Renato, igualmente na polícia, permaneceu silente. Em Juízo, negou a imputação. Nada declinando sobre a ação criminosa. Apenas confirmou que ambos foram abordados por estarem no “Gol” verde (fls. 11 e 179/182).

O taxista, e vítima, Osvaldo Cardoso Coelho, na fase inquisitorial e em Juízo, declara sobre o ocorrido tal como descrito na exordial. Disse ter ficado sentado no banco traseiro, ao lado de um indivíduo que portava arma de fogo. Afirmou que a ação demorou no máximo 30 minutos em média. Reconhecendo em ambas as ocasiões, o apelado Renato como àquele que o abordou e conduziu seu veículo bem devagar pelas ruas e, ainda, o correu Daniel como aquele que estava no “Gol” de cor verde, dando cobertura à ação (fls. 07/08 e 160/166).

A vítima Pena Capitão, comerciante, de origem angolana, da mesma forma, tece declarações em consonância com o descrito na denúncia e em harmonia com o relato apresentado pela vítima Osvaldo. Esclarece que foi abordado pelo apelado Renato, que de arma de fogo em punho disse ser policial civil e, em razão da vítima estar carregando droga, seria conduzida para o distrito policial, assumindo o volante do táxi. Afirma que nesse instante ingressou no veículo um comparsa não identificado, também de arma de fogo em punho, sentando no banco traseiro. Disse que ambos o ameaçavam com arma de fogo, exigindo que tirasse a roupa e o obrigando a entregar o dinheiro e pertences. Em Juízo afirma: *“O ‘Gordinho’ me manda, com a arma dele já assim (apontando), ‘Olha Negão, não vale a pena resistir. Ou então, vamos te matar. Nós sabemos que você tem dinheiro. Tem que dar o dinheiro e aquelas malas que está atrás”*

(sic) (...) “*Eu estava com o coração saindo. Ando vendo o programa do Datena, não pode resistir. Fiquei com medo, disse que ia dar o dinheiro. Eu abri a calça, tirei o dinheiro, entreguei para o ‘gordinho’, o ‘número 1’ (corrêu Renato). O ‘gordinho’ entregou para o comparsa que estava atrás, pois estava conduzindo. Ele disse para o comparsa me revistar. Mandou tirar o sapato, tirei o sapato. Tinha tirado também o cinto, o comparsa falou, ‘levanta um pouco’. Levantei um pouco dentro do carro, me revistou, não viu nada. Falei que era todo o dinheiro, quinze mil dólares, entreguei. Vinha um carro da policia em frente, ele disse, ‘Abaixa a mão e põe o cinto’, para não dar na vista. Fomos, passamos pelo ‘Compre Bem’, passando para entrar na Celso Garcia, tem um beco do lado, entramos no beco. Tinha uma casa alugando falou, ‘vamos parar ali’, o ‘número 2’ (corrêu Daniel) estava na porta para dar cobertura (...) Fiquei imobilizado, não tinha forças. Adiante, chegando à delegacia, relata: “as vítimas estão aqui’ e me meteram no carro. O Osvaldo ficou no táxi. Então, ‘a marca do carro?’, falei um ‘Gol’ verde com vidro filmados. Deu dez minutos, apanharam esse aqui (os réus). Quando chego no local onde apanharam esses, encontro o ‘gordinho’. Tinham colete a prova de balas, tirou a camisola que tinha, meteu no banco de trás, meteu outra camisola; tirou o boné que tinha na cabeça, mas nós reconhecemos com definição. Eram dois carros, o outro que tinha, são espertos, puseram o dinheiro com as malas no outro carro e fugiram. Não sei se as coisas do Osvaldo ... eu estava tonto, não estava acreditando que isso estivesse acontecendo comigo. Fiquei, parece que uma semana, não estava conseguindo sair. Então, fui na Igreja da Graça, disse para os obreiros fazer oração para mim. Eu, bastava ver um carro parar, tinha a sensação dos bandidos, tinha medo”*. Afirma que não recuperou nada do que lhe foi subtraído. Por fim, efetuou o reconhecimento dos réus perante o Juízo (fls. 09/10 e 167/171).

A testemunha de acusação Saul Herculano Souza, Policial Militar, na Polícia relata que realiza patrulhamento quando foi irradiado o roubo e munidos da informação de que os roubadores se evadiram em um veículo VW/Gol, de cor verde, iniciaram buscas, avistaram o veículo, que empreendeu fuga, mas lograram êxito em abordá-lo. O veículo era dirigido por Daniel e tinha como passageiro Renato, ambos foram reconhecidos pelas vítimas. No mesmo sentido é o seu depoimento em Juízo, onde ainda esclarece ter visto os réus jogarem objetos para fora do carro. Disse também que os réus “*soltaram a língua*” para os investigadores, confessando a ação (fls. 03/04 e 172/175).

A corroborar o depoimento do policial militar Edelson Rosa de Oliveira, ouvido apenas na polícia (fls. 05/06).

Inexiste mácula no reconhecimento dos réus, pois, o nosso Código de Processo Penal apenas recomenda que, se possível, esteja o acusado ao lado de pessoas semelhantes, como segue:

“**Art. 226** - *Quando houver necessidade de fazer-se o*

*reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

***I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;***

***II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*** (Grifo nosso)

***III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;***

***IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.”***

Nesse sentido o entendimento do parecerista e julgados trazidos à colação: “Lembro ainda que o disposto no artigo 226, do Código de Processo Penal é uma mera recomendação e não exigência legal, conforme reiteradamente vem sendo decidido:

***‘Não perde eficácia, como elemento de convicção, o reconhecimento pessoal do indiciado no inquérito policial, embora ele não seja colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiveram qualquer semelhança. Essa formalidade constitui mera recomendação, uma vez que o inc. II do art. 226 do CPP prescreve que será observada, ‘se possível’ (TJSP – 4ª Câm. - AC - Rei. Bittencourt Rodrigues - RT 744/560)’.***

***‘O reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto aos réus é uma recomendação legal, e não uma exigência’ (STJ – 5ª T. - RHC - Rel. Gilson Dipp - j. em 06.03.2001 - DJU 23.04.2001, pág. 164). “.***

Diante de tudo isso, a absolvição pleiteada pela defesa de Daniel é meta impossível de se alcançar. Os relatos das vítimas são firmes e unânimes a demonstrar que ele e o comparsa Renato, realizaram a empreitada criminosa, juntamente com indivíduos não identificados.

A eventual negativa não convence. Tampouco a versão de que foram detidos simplesmente por estarem no veículo “Gol” de cor verde e um deles por já ter “passagem na polícia”. E nada se extrai de mencionadas declarações no sentido de uma falsa incriminação, seja por parte da vítima, seja por parte dos policiais.

Para que determinado depoimento seja apreciado com reservas ou mesmo desqualificado como prova, não basta a genérica alegação de mendacidade,

sendo necessário que dele se extraíam dados concretos nesse sentido. Como é cediço, o processo penal busca, essencialmente, a verdade real. Contra as testemunhas nada se provou, sendo assente a jurisprudência quanto à confiança a ser depositada nos agentes públicos, principalmente, quando não se demonstra existência de motivos para descrença em sua palavra.

Conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.” (HC 170379 - Habeas Corpus 2010/0074676-5 - Rel. Min. JORGE MUSSI - Quinta Turma - j. 13/12/2011).

E:

“A palavra da vítima, nos crimes as ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso” (HC 143681/SP - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - DJe 02/08/2010).

Quanto ao afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo, em que pese o Magistrado sentenciante afirmar que não há provas suficientes para configurar uso de arma, ousou divergir, pois entendo que os depoimentos ofertados pelas vítimas tornam evidentes a sua utilização na empreitada criminosa. Ressalto que os acusados fingiram ser policiais, inclusive utilizando jaqueta de proteção balística. A vítima Pena demonstrou ter ficado traumatizada por ser despojado de seus pertences de forma tão agressiva, tendo, inclusive, que tirar suas vestes. Ainda há o depoimento da testemunha Saul a confirmar as versões apresentadas pelas vítimas, bem como esclarece ter visto os réus dispensarem objetos pela janela do veículo.

Desnecessária, aliás, sua apreensão para que fique comprovada.

Nesse sentido já decidiu esta 15ª Câmara, cuja ementa a seguir transcrevo:

“**ROUBO QUALIFICADO** - Emprego de arma e concurso de agentes - Autoria e materialidade comprovadas por prova oral e documental - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Conjunto probatório que evidencia o cometimento do delito - Afastamento das qualificadoras - Não acolhimento - Apreensão da arma desnecessária frente aos depoimentos da vítima e da testemunha presencial - Concurso de pessoas também demonstrado - Condenação mantida - Ajuste na dosimetria penal - Necessidade - Regime prisional adequado - Recurso parcialmente provido, com determinação”. (Relator RIBEIRO DOS SANTOS - Apelação Criminal nº 0091166-17.2010.8.26.0050 - Voto nº 16.943 - Julgado em 15.03.2012 - Sítio: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)).

E também a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP Nº 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.*

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.(...)”. (HC 215635/RJ - HABEAS CORPUS - 2011/0190350-0 - Ministra LAURITA VAZ - Quinta Turma - Julgado em 28/02/2012 - Publicado em 08/03/2012 - Sítio: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)).

E do Supremo Tribunal Federal:

*“HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. ORDEM DENEGADA.*

1. Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da livre convicção. 2. O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova. Inteligência dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal brasileiro. Precedente do Plenário (HC 96.099/RS). 3. Habeas corpus denegado.” (STF, HC nº 108435/Relatora: Min. ROSA WEBER - Julgamento: 06/03/2012 - Órgão Julgador: Primeira Turma).

O concurso de agentes para o fim de cometer o crime também restou devidamente confirmado.

Tampouco merece guarida o pedido de afastamento da majorante de privação de liberdade das vítimas, sob o argumento de não haver perdurado por tempo juridicamente relevante.

No caso em questão, as vítimas informaram haver permanecido em poder dos agentes por no mínimo trinta minutos. Trata-se de lapso de tempo mais do que suficiente para a consumação do delito, de forma a aumentar

desnecessariamente o sofrimento das vítimas. Registre-se que a vítima Pena relatou que ficou aterrorizada e com medo. Sem guarda, também nesse passo, o reclamo defensivo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoia do entendimento ora adotado:

*“HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PENA DE 6 ANOS, 7 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA E DE SEUS FAMILIARES, POR CERCA DE TRINTA MINUTOS. CARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICADORA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, V DO CPB. ORDEM DENEGADA.*

*1. Resta incontroverso nos autos a restrição de liberdade imposta à vítima e seus familiares, que teria perdurado por cerca de trinta minutos, lapso de tempo considerado suficiente pelo Tribunal a quo para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, V do CPB.*

*2. A qualificadora prevista no art. 157, § 2º, V do CPB demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima, que, uma vez caracterizada, autoriza a exasperação da reprimenda de um terço até a metade. Não é feita qualquer menção ao lapso temporal de tal restrição, bastando, para fins de subsunção ao tipo circunstanciado, a efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito de roubo, tal como configurada na espécie. (Grifo nosso)*

*3. Parecer do MPF pelo não conhecimento do writ.”*

As penas comportam pequeno reparo.

Para o réu Renato, as bases foram estabelecidas no mínimo 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no piso.

Para o apelante Daniel, em razão da comprovada reincidência, a reprimenda foi corretamente elevada em 1/6, perfazendo em 04 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Pelo reconhecimento de três majorantes (Artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal), as penas de ambos os réus serão elevadas na razão de 5/12 avos. Perfazendo para o réu Renato 05 anos e 08 meses de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa. Para o réu Daniel 06 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa.

Nesse sentido:

*“Em sede do delito de roubo, a presença de duas qualificadoras deve ensejar um aumento da pena em 3/8, uma vez que, para se chegar a uma reprimenda justa, o sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo o máximo e variar a graduação de acordo*

*com o número de causas especiais de aumento, e como estas são em número de cinco, a majoração será: de 1/3, se presente uma causa; de 3/8, se presente duas causas; de 5/12, se presentes três causas; de 7/16, se presentes quatro causas e de 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento” (RJTACRIM 36/304).*

Pelo concurso formal de delitos, serão agora elevadas na razão de 1/6, totalizando para o apelado **Renato 06 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa**. E para o apelante **Daniel em 07 anos, 08 meses e 16 dias de reclusão, e pagamento de 17 dias-multa**.

Foi corretamente fixado o regime inicial fechado para o apelante Daniel.

E, nos termos do recurso ministerial, o regime inicial fechado deve também ser fixado para o apelado Renato. Não obstante sua primariedade, no caso concreto houve violência real.

Como justificou o representante do *Parquet*:

*“Ora, trata-se de roubo praticado em comparsaria, no qual os agentes se passaram por policiais civis e praticaram a ação criminosa com tremenda desenvoltura, abordando táxi que deixava o aeroporto de Cumbica, dominando e restringindo a liberdade dos presentes para passarem a subtração.*

*Essa estruturação criminosa aliada à ousadia do crime revela fato criminoso gravíssimo e praticado por agentes destemidos, tornando certo que o regime intermediário é insuficiente para responder ao binômio prevenção/repressão, escopo da aplicação da pena em sede penal. Assim, o regime fechado deve igualmente ser imposto ao réu RENATO, com o provimento deste recurso.” (fls. 236).*

Afasta-se a imposição de reparação de danos imposta na r. sentença.

O artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, introduzido no ordenamento pela Lei nº 11.719/08, dispõe que o juiz, ao proferir sentença condenatória, **fixará** valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Nem o escopo da lei, embora elogiável, nem o tom imperativo do comando legal analisado podem, sob qualquer pretexto, implicar supressão de garantias fundamentais do indivíduo, tanto mais quando já se encontra ele vergado sob o peso de processo criminal, em condições naturalmente precárias de, pretendendo resistir à investida de terceiro, produzir contraprova.

Na hipótese sob estudo, aos réus não foram apresentadas, no transcorrer da instrução, pretensão indenizatória de qualquer natureza pela pessoa legitimada a fazê-lo. Foram eles, portanto, colhidos de surpresa por ocasião da prolação da sentença que, ao lado da sanção penal, impôs-lhes também indenização de natureza civil.

É cediço que, na esfera cível, a reparação de danos tem regramento próprio. Ao Magistrado é defeso agir de ofício, não se podendo cogitar de provimento jurisdicional sem que haja, v.g., pretensão resistida ou insatisfeita. Sob esse prisma, afigura-se inconcebível que, na esfera penal, proceda-se de modo diverso, em clara violação aos princípios da inércia da jurisdição e da iniciativa das partes que regem o direito privado.

Esta C. 15ª Câmara de Direito Criminal, em hipóteses análogas, afastou a reparação de danos imposta na sentença (Apel. 0005522-15.2099, Rel. Des. J. Martins, v.u., j. 19.01.2012; Apel. 0002506-08.2009, Rel. Des. Amado de Faria, v.u., j. 20.10.2011).

No mesmo sentido já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça:

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO FORMAL E OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. AUSÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO DESPROVIDO. I. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. II. Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a aplicação do valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima porque a questão não foi debatida nos autos. III. Se a questão não foi submetida ao contraditório, tendo sido questionada em embargos de declaração após a prolação da sentença condenatória, sem que tenha sido dada oportunidade ao réu de se defender ou produzir contraprova, há ofensa ao princípio da ampla defesa. IV. Recurso desprovido”* (REsp 1185542/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, p. DJe 16.05.2011).

De todo o exposto, **provejo o apelo ministerial para reconhecer a qualificadora do emprego de arma de fogo e fixar o regime fechado para o réu Renato, nos termos do acima exposto. Desprovejo o apelo defensivo. E, por fim, afasto da r. sentença a imposição de reparação de danos, nos termos do acórdão.**

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO, EM PARTE**

**(Voto nº 20.594)**

Visto.

Com a devida vênia do entendimento da douta maioria, fiquei vencido, em parte, pois dava provimento ao apelo do Ministério Público, porém em maior extensão.

Face à incidência das três causas especiais de aumento - emprego de arma, comparsaria e restrição da liberdade das vítimas -, entendo que o acréscimo deveria ser da metade (1/2) e não de cinco doze avos (5/12).

Daí porque, pelo meu voto, sempre respeitado o entendimento da douta maioria, dava provimento ao apelo ministerial, neste ponto, em maior extensão.

POÇAS LEITÃO, 3º Juiz

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007255-55.2011.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante/apelado FERNANDO FERRONI LOPES, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao apelo ministerial para afastar o privilégio e declarar FERNANDO FERRONI LOPES como incurso no artigo 155, “caput”, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, fixar as penas em OITO (08) MESES DE RECLUSÃO e pagamento de SEIS (06) DIAS-MULTA mínimos, substituir a carcerária por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período e fixar o regime aberto, mantendo-se a r. sentença recorrida em todos os seus demais termos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.036)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente), SÉRGIO COELHO E PENTEADO NAVARRO.

São Paulo, 10 de outubro de 2013.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

**Ementa: APELAÇÃO. FURTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRIVILÉGIO AFASTADO. ESTABELECIDADA PENA CARCERÁRIA, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FIXADO REGIME ABERTO. IMPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.**

## VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 104/109, proferida pelo Ilustre

Magistrado JOSÉ GILBERTO ALVES BRAGA JÚNIOR, acrescenta-se que FERNANDO FERRONI LOPES foi declarado incurso nas normas do artigo 155, § 2º, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, e condenado a cumprir tão-somente a pena pecuniária de **DEZ (10) DIAS-MULTA** mínimos.

Inconformadas, as partes apelaram. **O MINISTÉRIO PÚBLICO** pretende o afastamento do privilégio, considerada a reincidência do Condenado, e a substituição da pena carcerária, em que pese a reincidência mencionada (fls. 117/122). FERNANDO, por sua vez, pretende sua absolvição por ter agido sob a influência de substância entorpecente ou pelo reconhecimento do princípio da insignificância e, subsidiariamente, o afastamento da pena pecuniária, diante de sua precária situação financeira, visto que atualmente encontra-se detido pela prática de outro delito (fls. 125/132).

Os recursos foram bem processados, vindo para os autos as contrariedades de fls. 136/142 e 154/158.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 169/177, opinou pelo provimento apenas do recurso ministerial.

Em apenso, foi instaurado o incidente de dependência toxicológica, culminando na apresentação do laudo de fls. 24/25.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser reformada em parte, em que pesem os seus jurídicos fundamentos.

Interrogado em Juízo, FERNANDO confessou a imputação, alegando que estava usando “crack” no dia dos fatos e precisava de mais dinheiro. Disse que viu a vítima passando em uma bicicleta e decidiu subtrair a bolsa que estava na cestinha, mas foi seguido por um indivíduo que o deteve antes de se apoderar dos bens existentes da bolsa (fls. 77).

A vítima ELIS disse que estava em sua bicicleta e sua bolsa encontrava-se na cestinha da mesma. Afirmou que o APELANTE, reconhecido na audiência, passou também de bicicleta e pegou a bolsa. Disse que saiu atrás do rapaz gritando por socorro e WAGNER, que estava de carro e presenciou a ação, saiu ao calço do Condenado e conseguiu detê-lo. Afirmou que pediu ajuda a um policial aposentado e localizou FERNANDO, já detido por WAGNER, tendo recuperado sua bolsa com todos os seus pertences (fls. 75).

A testemunha WAGNER disse que viu quando o Condenado passou em uma bicicleta, seguido pela vítima que pedia socorro. Seguiu o rapaz e o abordou, recuperando a bolsa subtraída. Informou que FERNANDO não aparentava estar sob o efeito de drogas (fls. 76).

Por tais provas, correta a condenação de FERNANDO.

A confissão do Condenado deve ser crida como verdadeira, desde que

mantenha ela conjunto harmônico com as demais provas dos autos, como se verifica no caso em tela.

A alegação de atipicidade da conduta por aplicação do princípio da insignificância não merece prosperar.

Valendo-se dos ensinamentos de JULIO FABBRINI MIRABETE, temos que *“a excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não **contra legem**.”* (in Manual de Direito Penal, Atlas, 2002, pág. 118), razão pela qual, inexistindo texto legal claro para a aplicação deste princípio e contrariando ele norma penal expressa e constante no artigo 155, § 2º, do Código Penal (privilégio), deve este ser aplicado em benefício do agente quando presentes os seus requisitos, o que não ocorre no caso em pauta.

A forma privilegiada reconhecida na r. sentença deve ser afastada, como bem ponderado pelo Digno representante do **MINISTÉRIO PÚBLICO**, em razão da reincidência do Condenado, certificada às fls. 12 do apenso próprio.

O Condenado foi submetido a exame de dependência química e os Drs. Peritos concluíram que ele era inteiramente capaz de entender o fato denunciado e de determinar-se de acordo com tal entendimento.

O uso voluntário de drogas não tem o condão de afastar a imputabilidade penal ou gerar a redução da pena por aplicação das normas dos artigos 45 e 46, da Lei nº 11.343/06.

Afastado o privilégio, as bases ficam estabelecidas nos pisos, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, operada a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Pela tentativa, diante do longo **iter criminis** percorrido, as sanções são reduzidas de um terço, tornando-se definitivas em oito meses de reclusão, e pagamento de seis dias-multa mínimos.

A reincidência de FERNANDO impediria a substituição da carcerária por restritivas de direitos, mas diante do pedido ministerial neste sentido, para não prejudicar o Condenado, fica a privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período, a ser determinada pelo Juízo das Execuções.

O regime prisional, caso necessário, será o aberto.

A pena pecuniária, prevista no preceito secundário do tipo penal, não pode ser afastada.

Assim, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento ao apelo ministerial para afastar o privilégio e declarar FERNANDO FERRONI LOPES como incurso no artigo 155, **“caput”**, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, fixar as penas em **OITO (08) MESES DE RECLUSÃO**



e pagamento de **SEIS (06) DIAS-MULTA** mínimos, substituir a carcerária por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período e fixar o regime aberto, mantendo-se a r. sentença recorrida em todos os seus demais termos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004724-72.2011.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante ANTONIO CARLOS PACHECO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 15 de outubro de 2013.

AMADO DE FARIA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - USO DE DOCUMENTO FALSO - PROVA - SUFICIÊNCIA - Apresentação de habilitação especial falsa, para transporte de carga perigosa - Autoria e materialidade delitivas comprovadas - Réu surpreendido portando documento falso, em abordagem policial de rotina - Laudo pericial conclusivo acerca da falsidade - CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - ERRO DE PROIBIÇÃO - APLICAÇÃO - INVIABILIDADE - Alegação de erro de proibição que tampouco isenta o apelante de responsabilidade penal - Acusado que deixou de apresentar justificativa idônea para a aquisição do documento falso - Procedimento para a expedição de habilitação comum que conta com etapas complexas, incluindo a realização de prova prática, sendo razoável a expectativa de incremento na dificuldade para aquisição de habilitação especial**

- Curso que só apresentou poucas explicações sobre o transporte de cargas perigosas - Inverossimilhança da hipótese de que o réu, motorista profissional há mais de quinze anos, desconhecia condições necessárias à obtenção de habilitação especial - Circunstâncias a indicar que o réu tinha plena ciência da falsidade do documento por ele apresentado - Condenação mantida.

**RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.**

## VOTO

A respeitável sentença, cujo relatório ora se adota, julgou procedente a Ação Penal, condenando o réu **ANTONIO CARLOS PACHECO**, como incurso no artigo 304 c.c. o artigo 297 do Código Penal, à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de dez dias-multa, fixados no piso legal (fls. 97<sup>v</sup>/99).

O r. “Decisum” determinou a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

O réu apelou (fl. 104). Nas razões recursais, a Defesa colima a absolvição do acusado, sob o fundamento de ter incorrido em erro de proibição. Acrescentou, ainda, que o réu teria apresentado os documentos após instigação (fls. 111/114).

O recurso foi regularmente processado.

A Justiça Pública apresentou contrarrazões, pugnando a manutenção da sentença (fls. 116/119).

O Parecer da Douta Procuradoria de Justiça propõe o desprovidimento do recurso (fls. 125/126).

### **É este o relatório.**

Na manhã de 19 de novembro de 2010, policiais rodoviários realizavam fiscalização de rotina na rodovia Hermínio Petrin, SP 308, km 190, Córrego da Onça, quando determinaram ao acusado **ANTONIO CARLOS PACHECO**, condutor do caminhão Mercedes Benz, modelo Axor 2644S, placas DBL 3548-Sumaré/SP, que parasse, para averiguação de rotina.

ANTONIO dirigia um veículo para transporte de cargas perigosas, o que demanda habilitação específica fornecida pelo DETRAN.

Os policiais suspeitaram da autenticidade do documento apresentado por ANTONIO, consistente em habilitação para transporte de produtos perigosos (fl. 18).

Por tal razão, os policiais apreenderam o documento e conduziram o

motorista à Delegacia de Polícia. Após, foi apresentado e também apreendido certificado de realização do curso de habilitação (fl. 62).

Realizado laudo pericial, foi constatada a falsidade documental, conforme atestado a fls. 15/17.

Na Delegacia de Polícia e em Juízo, ANTONIO negou ter conhecimento de que portava documento falso, alegando haver obtido a habilitação na cidade de Promissão/SP, na casa de pessoa de prenome Renato, pelo valor de 250 reais. Acrescentou que é motorista profissional e não foi submetido a aulas ou provas.

As testemunhas de Defesa *Márcio* e *Milton* declararam ter igualmente se submetido ao mesmo curso, obtido por meio de Renato, na cidade de Promissão. *Márcio* informou que foi ministrada aula de cerca de trinta minutos sobre o deslocamento de carga perigosa. *Milton* alegou apenas ter fornecido seus dados e efetuado pagamento em troca da habilitação.

Não há se falar em exclusão da culpabilidade, por erro de proibição.

A pueril alegação de que ANTONIO desconhecia o caráter ilícito da conduta não o isenta de responsabilidade penal, porquanto o desconhecimento da lei é inescusável (“*ex vi*” do artigo 21 do Código Penal).

Demais, não é crível a hipótese de que ANTONIO, motorista profissional, o qual foi submetido a provas escritas e práticas para obtenção de carteira de habilitação comum, não esperasse se sujeitar a exames de igual ou maior dificuldade para aquisição de habilitação especial.

A isso, acrescenta-se a sua experiência de mais de 15 anos como caminhoneiro, sendo razoável se crer que a sua larga vivência neste meio profissional tenha lhe propiciado conhecimento suficiente dos requisitos para obter a referida habilitação.

Assim, a autoria do crime é certa, uma vez que o próprio réu admitiu ter apresentado a carteira falsa - muito embora tenha alegado desconhecimento dessa condição -, circunstância confirmada pelos policiais rodoviários.

Tampouco há dúvidas quanto à materialidade do crime, cuja prova sequer é questionada pela Defesa.

A observação acrescentada pela r. Defesa, dando conta de que o réu teria apresentado o documento mediante solicitação dos policiais, em nada altera o deslinde da questão.

Nesse sentido, recentíssimo julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 304 DO CP. USO DE DOCUMENTO FALSO. ENTREGA REALIZADA MEDIANTE SOLICITAÇÃO DE AGENTE POLICIAL OU DE FORMA ESPONTÂNEA. NÃO AFASTAMENTO DA CONSUMAÇÃO*

DO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. MEIO DE AUTODEFESA. IMPOSSIBILIDADE. TIPCIDADE DA CONDUTA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO EXISTENTE. SÚMULA 7/STJ. 1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que a atribuição de falsa identidade - por meio de apresentação de documento falso - não constitui mero exercício do direito de autodefesa, a tipificar, portanto, o delito descrito no art. 304 do Código Penal. 2. A circunstância de o documento falsificado ser solicitado pelas autoridades policiais não descaracteriza o crime do art. 304 do Código Penal. (...) (AgRg no REsp 1369983/RS. Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 06/06/2013. DJe 21/06/2013). (grifos nossos)

Enfim, o conjunto probatório amealhado aos autos evidenciou, de modo suficiente, que o acusado tinha plena ciência da falsidade da habilitação especial por ele utilizada.

No tocante à pena, a r. Sentença não comporta qualquer reparo.

A pena-base, fixada no piso legal, foi assim tornada definitiva, à míngua de circunstâncias desfavoráveis e de causas de aumento ou diminuição. Pelo mesmo motivo, fixou-se o regime aberto para início do cumprimento da pena, com substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direitos.

Pelo exposto, é de se confirmar na íntegra a r. sentença, cujos fundamentos ficam incorporados a este Acórdão.

**NEGA-SE, DESTARTE, PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002667-79.2010.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante R.F.L., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 27.591)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente) e SÉRGIO COELHO.

São Paulo, 10 de outubro de 2013.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO. PRETENSÃO DE SER RECONHECIDA A DECISÃO COMO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E, SUBSIDIARIAMENTE, A MINORAÇÃO DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA SOBERANIA CONSTITUCIONAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA E REGIME PRISIONAL CORRETAMENTE FIXADOS. RECURSO DESPROVIDO.**

## VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 311/312, prolatada pela MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito, Dr<sup>a</sup>. DÉBORA DE OLIVEIRA RIBEIRO, acrescento que R.F.L. foi condenado, como incurso no artigo 121, *caput*, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado. O réu foi absolvido da infração do artigo 214, c.c. o artigo 14, inciso II, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Apelou o réu em busca da anulação do julgamento alegando, em síntese, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, pede a revisão e minoração da pena aplicada (fls. 332/333).

Processado regularmente o recurso, com contrarrazões (fls. 353/357), os autos subiram a esta egrégia Corte.

A D. Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento do apelo (fls. 361/365). É o relatório.

Segundo consta da denúncia, R.F.L., tentou constranger *T.R.S.* à prática de ato diverso da conjunção carnal mediante violência e grave ameaça, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta ainda que, momentos depois, o réu, agindo com ânimo homicida, por motivo torpe e valendo-se de disparos de arma de fogo, tentou matar *T.R.S.*, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade (fls. 01d/03d).

Quando da votação dos quesitos, reconheceram os senhores jurados, por maioria de votos, a materialidade e autoria acerca da tentativa de homicídio, todavia absolveram o réu da imputação da prática do crime previsto no artigo 214, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 307/309).

Como se sabe, a decisão do júri tem sua soberania garantida na

Constituição Federal e somente não prevalece quando totalmente dissociada do conjunto probatório. É assim porque o artigo 593, inciso III, “d”, do Código de Processo Penal, admite apelação das decisões do Tribunal do Júri quando o veredicto dos jurados for *manifestamente* contrário à prova dos autos. O advérbio *manifestamente* indica que a decisão não pode ser arbitrária, afastada totalmente das provas. Isso não ocorreu no caso em exame, onde foi proferida em perfeita consonância com o conjunto probatório.

Assim é o entendimento da doutrina, como se vê de JULIO FABBRINI MIRABETE<sup>1</sup>:

*“A final, o art. 593, III, d, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. Apelação por esse motivo é admissível ainda que a flagrante injustiça verse sobre matéria secundária, como ocorre com as qualificadoras e causas de aumento ou diminuição da pena especiais. Por isso, têm sido anulados julgamentos do Júri pelo reconhecimento indevido de ter sido o crime praticado por violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, por relevante valor moral, por motivo torpe ou fútil etc. Há, porém decisões no sentido de que se deve julgar improcedente a apelação, que somente seria cabível com relação ao fato principal (existência do crime, autoria, responsabilidade), e não quanto à matéria secundária ou incidental. Caso a apelação seja julgada procedente, o tribunal deve anular o julgamento para sujeitar o réu a outro, não podendo modificar a decisão diante do princípio da soberania dos veredictos. Esse princípio,*

1

Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., p.1252

*entretanto, não exclui a recorribilidade dos julgamentos do Tribunal do Júri para que seja realizado novo julgamento uma vez cassada a decisão recorrida pelo princípio do duplo grau de jurisdição. A lei não admite, pelo mesmo motivo, segunda apelação. Anulado o julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à provas dos autos, e repetindo-se a mesma decisão, não se permite nova anulação. É proibida também nova apelação se, agora, a decisão foi a inversa da anterior; ou seja, é indiferente ter sido da parte ex adversa a interposição do apelo anterior. Para a doutrina e jurisprudência, a expressão pelo mesmo motivo significa pelo mesmo fundamento. Sendo outro o fundamento, nada impede seja anulado o segundo julgamento. Havendo hipótese de crimes conexos de competência do Tribunal do Júri, com quesitos formulados em séries apartadas e independentes, pode o tribunal, em grau recursal, reconhecer a nulidade parcial do julgamento, em relação apenas a um dos delitos, com realização de novo julgamento quanto a esse, mantida a decisão no que respeita ao outro.”*

RUI STOCO, em *Teoria e Prática do Júri*, no item 3.03 (págs. 1251-3) cita vários julgados nesse sentido. Destaco:

*“É pacífico, hoje, que o advérbio ‘manifestamente’ usado pelo legislador no art. 593, III, d, do CPP, dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária, por se dissociar inteiramente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões apresentadas” (TJSP - AP - Rel. Álvaro Cury - RT 595/349).*

(ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, com doutrina atualizada por LUIZ ANTONIO GUIMARÃES MARREY, 7ª ed., RT).

Esse julgado também é mencionado no *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, coordenado por ALBERTO SILVA FRANCO e por RUI STOCO, em que cito o julgado sobre a matéria, a saber:

*Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. “O êxito da apelação fundada no argumento de decisão manifestamente destoante ao acervo probatório vincula-se à arbitrariedade do Júri, quando este, ao apreciar a causa, desvia-se dos fatos apurados para impor solução sem apoio em elementos de convencimento idôneos.”*

(STF RE RTJ 123/345)

(Ob. cit., RT, 1999, págs. 2524-5 e 2666-7; consulte-se a mesma obra, 2ª ed., vol. 4, p. 1177, nº 3.00)

Não há dúvida da materialidade do delito, comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fl. 07), Auto de Reconhecimento de Pessoa Positivo (fl. 11), Laudo de Exame de Corpo de Delito (fl. 134/134v.) e Ficha de Atendimento Ambulatorial da vítima (fls. 165 e 166).

É resta claro que não houve decisão contrária às provas dos autos, porque ficou bem provado que o recorrente foi o executor do crime tentado.

O apelante foi ouvido em Juízo e negou os fatos narrados na denúncia. Disse que na ocasião sequer estava na cidade, mas sim na casa de seus genitores. Acrescentou que tudo não passou de uma “armação” (fl. 316 - mídia).

A vítima relatou que estava na praia cuidando de seus filhos e um amigo deles, quando o réu surgiu e disse que era um assalto. A depoente disse que não possuía dinheiro e entregou as chaves do carro. O réu exigiu que ela fosse com ele, mas diante de sua resistência, ele a puxou para um quiosque vazio e mirou a arma para sua cabeça, ocorre que ao puxar o gatilho, a bala não saiu, mas, numa segunda tentativa, novo disparo foi efetuado e este atingiu a depoente no pescoço (fl. 315 - mídia).

Mas não é só.

A vítima não teve dúvida, em todas as vezes que foi ouvida, em apontar o réu como autor da tentativa de homicídio. Também foi categoria em afirmar que somente não morreu porque a bala não saiu no primeiro disparo.

Como se vê, diante desse arcabouço probatório, o Conselho de Sentença proferiu o seu veredicto.

Tudo isso demonstra, de forma irrefutável, que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, ao contrário do sustentado pela ilustre Defesa, encontra amplo respaldo nas provas. Os Jurados simplesmente optaram por uma das teses defendidas pelas partes em Plenário.

Quanto à dosimetria da pena, adoto o entendimento esposado pelo i. Procurador de Justiça (fls. 363/365), o qual fica fazendo parte do presente *decisum*:

*“4. O apelante já foi condenado em diversas oportunidades e definitivamente.*

*Foi condenado por roubo e estupro (cf. fls. 18, 19, 20, 21 e 23). Também já foi condenado por homicídio doloso (cf. fls. 24).*

*Percebe-se facilmente, que o apelante não era apenas um criminoso, mas um bandido perigosíssimo...sangue ruim.*

*Com certeza, diante dos outros crimes já referidos, a intenção era praticar estupro.*

*Impossível era a fixação da pena-base no mínimo. Impossível era fixar a pena-base apenas 1/6 acima do mínimo.*

*Em relação à tentativa, correta a redução mínima.*

(...)

*E o iter criminis é a base para a redução da pena em razão da tentativa.*

(...)

*O apelante atirou duas vezes contra a vítima, mais precisamente contra a cabeça. Na primeira o projétil não foi disparado. Na segunda, diante da atitude defensiva da vítima, o peçoço foi atingido.*

*Nota-se que a vítima somente não morreu por desígnio Divino, pois o apelante fez de tudo para alcançar a morte.*

*O “iter criminis”, portanto, aproximou-se e muito da consumação.*

*Diante das circunstâncias judiciais já analisadas, o regime inicial fechado era o único cabível.”*

Posto isso, nego provimento ao apelo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003590-08.2012.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante TIAGO MIRANDA BUENO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO HENRIQUE (Presidente sem voto), SOUZA NERY E ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

PENTEADO NAVARRO, Relator

**Ementa: Aplicação da Lei nº 11.343, de 23/08/06. Condenação por tráfico de drogas (caput do art. 33). Diferença deste com o consumo pessoal (cabeça do art. 28). Condutas típicas dos dois crimes explicadas à luz do § 2º do art. 28. Destaque para a quantidade das drogas que, pela sua desproporção com o uso próprio, transforma a conduta de mero usuário**

na de traficante. Emprego de regras de experiência (CPC, art. 335), autorizado pela analogia (art. 48 da Lei c/c art.3º do CPP). Prova da materialidade e da autoria do delito. Exames periciais da substância com resultados positivos. A conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no caput do art. 33 implica em reconhecimento do tráfico. Depoimentos coerentes e isentos de agentes de polícia, merecendo credibilidade. Interceptação telefônica utilizada como prova emprestada. Admissibilidade. Penas e regime mantidos. Descabida a diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei, considerando-se que trata-se de réu integrante de organização criminosa. Apelação à qual se nega provimento.

## VOTO

Vistos estes autos de ação penal nº 408.01.2012.003590-6/000000-000, originários da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos, em que Tiago Miranda Bueno restou condenado, por incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, impondo-se-lhe 5 anos e 10 meses de reclusão, com início em regime fechado, bem como 583 dias-multa, no menor valor unitário (fls. 174/180).

Inconformado com esse **decisum**, o réu apela (fls. 194), buscando, preliminarmente, a nulidade do processo em razão do cerceamento de defesa ocasionado pela juntada de cópias da transcrição de conversas telefônicas interceptadas sem que fosse dada oportunidade à defesa para manifestação. No mérito, pugna pela desclassificação do delito para aquele do art. 28 da Lei. Alternativamente, pede a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, do mesmo dispositivo legal. Por fim, argumenta ser exagerada a pena de multa fixada. Como razão de defesa, alega que era usuário de drogas e que o dinheiro encontrado em sua casa pertencia à sua esposa, bem como que não foi feita perícia na balança apreendida para atestar seu perfeito estado de funcionamento. Saliencia, ainda, que não há nos autos autorização judicial referente à interceptação telefônica, o que a torna prova ilícita (fls. 200/203).

Em contrarrazões, o apelado refuta a preliminar de nulidade do processo e reitera a sua manifestação de fls. 161/164. Depois, afasta os demais argumentos expendidos no recurso defensivo e pugna pela manutenção da sentença recorrida, inclusive quanto às sanções aplicadas, visto que procede integralmente a acusação acolhida pelo juiz singular (fls. 205/208).

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do

recurso, em vista das considerações de fato e de direito que faz sobre o caso. Observa, também, que ficou caracterizado o tráfico ilícito, repudiado o argumento de que a posse das drogas era para uso próprio ou exclusivo (fls. 216/222).

Esse o relatório, em acréscimo ao da sentença (fls. 174).

A preliminar de cerceamento de defesa não merece acolhida.

Releva notar, desde logo, que, se a prova emprestada for produzida no processo de origem, respeitando os princípios constitucionais e, também, não constitua o único elemento probatório de convicção do juiz criminal para efeito de condenação do réu, não há qualquer ilegalidade no fornecimento e juntada das cópias solicitadas pelo juiz singular. Aliás, há previsão legal sobre o uso de prova emprestada nas leis processuais (CPP, art. 155; CPC, art. 332; ECA, arts. 152 e 153). A proibição que existe se refere apenas às “provas obtidas por meios ilícitos” (CF, art. 5º, LVI), que não são essas do caso em exame.

Deveras, segundo precedentes do Pretório Excelso, “A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Inocorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia” (STF, 1ª T., HC 67.707-0/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14/08/92, pág. 12.255 ou RTJ, 141/816, grifei; STF, 2ª T., HC 67.064/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 02/06/89, pág. 9.600 ou RTJ, 129/727).

Não discrepa o colendo Superior Tribunal de Justiça, ao esclarecer que: “I - A prova emprestada é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador” (cf. STJ, 5ª T., HC 155.149/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJe de 14/06/10).

No mesmo sentido, ainda podem ser citados outros julgados dessas Cortes Superiores (cf., p. ex., STF, Pleno, Inq 2.774/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe - 171 de 06/09/11; STF, 1ª T., HC 95.549/SP, rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, DJe - 99 de 29/05/09; STJ, 5ª T., HC 180.194/SP, rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe de 01/08/11; STJ, 1ª Seção, MS 16.122/DF, rel. Min. Castro Meira, DJe de 24/05/11; STJ, 1ª Seção, MS 15.825/DF, rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19/05/11), deste Tribunal de Justiça (cf., p. ex., TJSP, 3ª Câ. Crim., Ap. 0074708-95.2005, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. em 31/05/11; TJSP, 10ª Câ. Crim., Ap. 0002926-47.2010, rel. Des. David Haddad, j. em 24/03/11; RJTJESP, 3/405; LexJTJ, 181/263), bem como do extinto Tribunal de Alçada Criminal (JTACrim, 89/445).

Realce-se, por oportuno, que tal prova não foi a única utilizada pelo magistrado sentenciante para fundamentar o decreto condenatório, na medida em que as transcrições das interceptações telefônicas aludidas foram corroboradas

pela apreensão da droga em poder do réu e pela prova oral.

Por outro lado, observe-se que, ao contrário do alegado pelo douto defensor, da juntada das cópias das transcrições das interceptações telefônicas teve oportunidade de se manifestar a defesa em sede de alegações finais, o que efetivamente ocorreu conforme se vê a fls. 170/171.

Arredada a questão preliminar, passo ao exame do mérito do recurso.

Conforme a imputação posta na denúncia, resumidamente, por volta das 11h20min de 09/03/2012, na Rua Pedro Amadeu nº 1.092, Jardim Guaporé, Ourinhos, o réu apelante Tiago Miranda Bueno guardava, para consumo de terceiros, 1 pedra de **crack**, pesando aproximadamente 51,9g, substância essa que determina dependência física ou psíquica, sem autorização e também em desacordo com determinação legal e regulamentar. Expõe a inicial, ainda, que policiais civis cumpriram mandado de busca na residência de Tiago, em virtude de investigação de tráfico de drogas dando conta de sua participação na distribuição de entorpecentes para venda. Então, os policiais encontraram uma grande pedra de **crack** e uma balança de precisão dentro do forro de uma jaqueta do acusado. Apreenderam, ainda, um aparelho de telefone celular e a quantia de R\$ 64,00 (fls. 1d/2d).

A materialidade do fato infringente da lei restou demonstrada pelos elementos de prova seguintes: 1º) auto de exibição e apreensão da substância entorpecente, de uma balança e de R\$ 64,00 (fls. 17/18); 2º) laudos de exames químicos toxicológicos, provisório e definitivo, ambos com resultados positivos para a substância apreendida e ainda mencionando o peso correspondente (fls. 21 e 56/57).

Incontroversa também a prova de autoria do crime imputado, que passo a examinar para efeito de valoração.

Preso em flagrante delito, o réu Tiago Miranda Bueno recusou-se a responder às perguntas formuladas pela autoridade de polícia judiciária (fls. 10). Em juízo, negou a traficância, afirmando que a droga apreendida em sua residência lhe pertencia, mas se destinava ao consumo pessoal. Admitiu também a propriedade da balança apreendida, afirmando que ela servia para verificar se o peso do entorpecente que comprava para consumo próprio estava correto. Com relação ao dinheiro apreendido em sua casa, afirmou que ele pertencia à sua esposa. Disse, ainda, que o aparelho de telefone celular apreendido lhe pertencia, mas negou ter conversado com Alcides Ojeda Gonçalves e Valdir Alexandre Teixeira. Por fim, disse que possuía o apelido de “Chefinho” (fls. 106/109).

Sucede, porém, que a negativa acima referida não encontra respaldo no cotejo com os demais elementos de convicção existentes no processo **sub examine**.

Com efeito, o policial civil Homero Irineu da Silva explicou que participou do cumprimento do mandado de busca realizado na residência do réu, onde encontrou uma pedra grande de **crack** e uma balança escondidas no forro de uma blusa do acusado. Afirmou, ainda, que a esposa de Tiago disse que o dinheiro encontrado na residência lhe pertencia e era fruto de seu trabalho (fls. 4/5 e 110/112).

Por seu turno, o policial civil Valmir Alves Veloso explicou que participou das investigações de uma pessoa ligada ao crime organizado, que era integrante do PCC e tinha saído da penitenciária recentemente, onde cumpria pena por tráfico e homicídio, chamada Alcides Ojeda Gonçalves. Durante as interceptações telefônicas, o réu Tiago foi identificado como sendo uma das pessoas que revendiam a droga para Alcides. Diante disso, solicitou a interceptação do telefone de Tiago. Afirmou, ainda, que houve uma negociação entre Tiago e Alcides, na qual este perguntou se Tiago recebeu a droga e ele disse que sim, mas não tinha mexido nela. Então, Alcides orienta Tiago a picar o entorpecente e fazer dinheiro. Por isso, solicitou o mandado de busca para a casa de Tiago, que culminou com a apreensão da pedra de **crack** e da balança mencionadas na denúncia, bem como de dinheiro e de um aparelho de telefone celular. Disse, ainda, que os traficantes chamavam o réu de “Chefinho”. Afirmou que, pelas interceptações, deu para constatar o envolvimento do réu com outros traficantes e com o crime organizado. Acrescentou, por fim, que havia informações de que o acusado estava andando armado e fazia cobranças no Jardim Guaporé (fls. 7/8 e 113/116).

Trata-se, pois, de depoimentos coerentes, harmônicos e verossimilhantes, que não demonstram o propósito de querer enganar nem dão motivo de suspeição. Como seu valor não se põe em dúvida, eles podem ser considerados fonte de convicção para este julgamento (ver CF, 93, IX; CPP, art. 155, **caput**; RTJ, 143/160 e 201/637; RSTJ, 200/101, 204/122 - 145 e 217/62).

Convém frisar, nesta oportunidade, que os depoimentos das autoridades policiais e seus agentes não podem ser desprezados somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública. Citando o exímio Eugenio Florian (Delle Prove Penali, ed. 1924, vol. II, nº 42, págs. 92-6, ou a tradução De las Pruebas Penales, 1ª ed., Temis, Bogotá, 1990, vol. II, nº 42, págs. 105-9), lembra o festejado Eduardo Espínola Filho, “Não importam o sexo, a idade juvenil ou avançada, as imperfeições físicas (cego, surdo, mudo, surdo-mudo, paralítico), as doenças mentais ou corporais, os estados contingentes de inconsciência (embriaguez, por exemplo) e assim por diante... Do mesmo modo, nem o estado social e a condição econômica das pessoas, nem a reputação ou a fama, nem a profissão religiosa acarretam restrições; nem da condenação penal decorrem indignidades, que formem obstáculo ao exercício do testemunho; com a perfeita conclusão: Essa amplíssima liberdade, que sustenta e vivifica a

capacidade de testemunhar, encontra o seu fundamento na exigência da maior e mais larga investigação dos fatos, a qual é dominante no processo penal” (vide Código de Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., F. Bastos, 1945, vol. III, art. 202, nº 440, pág. 55).

Não discrepa Fernando da Costa Tourinho Filho, acrescentando que “Ninguém sabe onde e a que horas o crime vai eclodir. Tanto pode ser nas vias públicas, nos palácios, como nas zonas licenciosas da cidade. Por isso, nenhuma restrição à capacidade para depor” (confira-se Código de Processo Penal Comentado, 13ª ed., Saraiva, 2010, vol. I, pág. 628). No mesmo diapasão é o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (v. Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., RT, 2011, art. 202, nº 9, pág. 479).

Portanto, a simples condição de agentes de polícia das testemunhas inquiridas neste feito, por si só, não é apta a tirar o valor de seus depoimentos, tornando-os inócuos e impróprios para gerar a convicção do magistrado (confira-se CPP, arts. 202, 214, 1ª parte, e 187, § 2º, V, combinados).

Aliás, na esteira desse entendimento, em casos de aplicação da Lei de Drogas, a jurisprudência amplamente majoritária não tem feito restrição ao testemunho de qualquer policial, quando o seu depoimento estiver em harmonia com os demais elementos de prova. Em outras palavras, o depoimento da autoridade policial ou de seu agente tem o mesmo valor que outro qualquer. Por ser agente público, até goza da presunção de legitimidade. Para elidi-lo, cumpre demonstrar motivo sério e concreto, sendo insuficiente a mera alegação de parcialidade desacompanhada dos respectivos elementos de convicção.

Deixou assentado o colendo Supremo Tribunal Federal que “A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado. É preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (vide STF, 2ª T., HC 74.522-9/AC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 13/12/96, pág. 50.167).

No mesmo teor, inúmeros precedentes podem ser lembrados (cf., p. ex., STF, 1ª T. HC 74.608/SP, rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 168/199; STF, 2ª T., HC 76.557/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ, 176/759; STF, 1ª T., HC 87.662/PE, rel. Min. Carlos Britto, LexSTF, 339/417; STF, 1ª T., HC 91.487/RO, relª Minª Cármen Lúcia, DJU, 19/01/07, pág. 46; STJ, 5ª T., HC 30.776/RJ, relª Minª Laurita Vaz, DJU, 08/03/04, pág. 304; RTJ, 68/64, 133/299, 133/693 e 157/94; LexSTF, 125/332; RSTJ, 110/384 e 147/407; LexSTJ, 87/522 e 138/525; RJTJESP, 90/497, 93/400, 94/400, 94/463, 95/469, 107/457, 115/253, 120/529, 122/489, 125/563, 127/284, 129/501, 136/477 e 139/270; LexJTJ, 169/313, 170/288, 170/313, 171/314, 176/313, 180/284, 184/307, 189/310,

189/325, 192/289, 200/276, 204/287, 205/314, 205/318, 207/297, 208/272, 225/305, 226/293, 231/325, 268/525, 277/523, 279/615, 320/902, 323/885-904 e 328/740; RT, 411/266, 416/96, 417/94, 423/370, 426/439, 433/486, 444/406, 454/422, 532/381, 541/408, 574/401, 581/311, 585/311, 591/313, 594/332, 595/423, 604/407, 609/324, 609/394, 610/369, 612/316, 614/275, 616/187, 619/327, 623/276, 654/278, 681/376, 712/457, 714/349, 715/439, 716/479, 721/144, 723/583, 725/608, 726/666, 727/473, 729/541, 732/623, 733/566, 736/625, 737/602, 742/615, 768/561, 771/566, 772/617, 772/682, 807/597, 808/612, 816/549, 832/588, 838/571, 849/627 e 852/570).

Por sua vez, Ângela de Cássia Ignácio, esposa do réu, disse que estava em casa quando os policiais chegaram para cumprir um mandado de busca, tendo os mesmos encontrado a droga e uma balancinha. Disse que os policiais também apreenderam o telefone celular de Tiago. Afirmou, ainda, que o dinheiro apreendido lhe pertencia e era fruto de seu trabalho. Confirmou que o réu era conhecido como “Chefinho” (fls. 9 e 117/120).

Já Vânia Maria de Oliveira apenas disse que o réu ficou alguns dias em sua residência porque estava separado da esposa e que, ao vê-lo usando droga no quintal de sua casa, pediu para que ele fosse embora. Confirmou que o réu possuía o apelido de “Chefinho” (fls. 121/123).

Ademir Alves de Oliveira também não presenciou os fatos, limitando-se a dizer que conhecia o acusado desde criança e que ele possuía o apelido de “Chefinho” (fls. 124/126).

Frise-se que os policiais civis são eloquentes em seus depoimentos sobre as circunstâncias que culminaram com a apreensão da droga na residência do réu ante o cumprimento de mandado de busca. O policial Valmir ainda explicou que o réu Tiago foi identificado numa interceptação telefônica referente a investigação de outro traficante, sendo apurado que o acusado era uma das pessoas que revendiam a droga para ele. Por isso, o telefone de Tiago também foi interceptado e quando os policiais obtiveram informação de que o acusado tinha recebido a droga, cumpriram um mandado de busca em sua residência, onde encontraram o referido entorpecente. Por outro lado, inexistiu nos autos qualquer sinal indicando eventual interesse desses agentes de polícia em incriminar falsamente um indivíduo que ainda não conheciam.

Cumpra ressaltar que segundo o § 2º do art. 28 da Lei, “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (grifei).

Comentando o dispositivo acima, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho afirmam que, “em geral, a quantidade de droga,



notadamente em vista de sua natureza, poderá ser indicativa de mercancia. De outro lado, a forma de condicionamento da droga (por exemplo, se embaladas para venda), o local (se próximo a pontos conhecidos como distribuição da droga, por exemplo) e horário da apreensão, assim como as demais circunstâncias em que se desenvolveu a ação (o porte de valores significativos de dinheiro, recebidos dos usuários) devem ser alguns dos critérios norteadores do magistrado (Lei de Drogas, 3ª ed., Método, 2013, nº 3.4.1.1, pág. 56, grifei).

Examino, agora, diversas circunstâncias presentes no caso em tela, as quais devem ser consideradas para a diferenciação de tráfico e mero vício. Deveras, somente o conjunto dos elementos poderá indicar qual dos delitos ocorreu (classificação legal).

Pelos depoimentos dos policiais civis, verifica-se que o réu já estava sendo investigado, tendo sido constatado que ele revendia drogas para um perigoso traficante chamado Alcides, que já tinha cumprido pena por tráfico e homicídio, ou seja, pertencia a uma organização criminosa. Na residência do acusado, eles fizeram a apreensão de uma pedra grande de **crack**, com peso líquido total de 51,9g, a respeito da qual Tiago recebeu instrução de Alcides para picá-la e fazer dinheiro. A quantidade do entorpecente denota a sua destinação comercial, afastando a possibilidade de que o narcótico se destinava ao consumo próprio do acusado (uso exclusivo ou restrito).

Observo, na sequência, as circunstâncias referentes à arguição de que as drogas eram trazidas exclusivamente para consumo pessoal (ou tinham finalidade exclusiva de uso próprio), sem olvidar que o toxicômano normalmente acaba traficando.

A quantidade da substância apreendida, apesar de não ser o único critério na diferenciação, é dos preponderantes. Para tanto, deve-se levar em conta as doses que são consumidas por usuários esporádicos ou viciados em drogas.

Tem importância observar, também, que o critério escolhido (quantidade) provém dos efeitos adversos (intoxicação) das substâncias (drogas ou fármacos) sobre o organismo humano. Ainda no século XIV, Paracelsus “definiu que a diferença entre o medicamento e o veneno encontra-se na dose” (**apud** Marcos Passagli, Toxicologia Forense, 3ª ed., Millennium, 2011, cap. I, nº 1, pág. 3).

Quanto aos produtos da coca (**erythroxilin**), cocaína em pó e o derivado em pedra (base livre ou **crack**), a quantidade pode ser mensurada com parâmetro em overdoses (doses insuportáveis ou excessivas para alguém). Com o emprego desse dado pode ser verificada a desproporção entre o uso próprio exclusivo e o consumo por outros indivíduos (terceiros).

Segundo a literatura médica e a jurisprudência, a reação letal ou não letal, por intoxicação aguda, da cocaína com a pureza da rua (depois de modificada ou ‘batizada’) em usuários diversos, depende de muitos aspectos. Doses

consideradas pequenas, de alguns centigramas, entre 0,01 e 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (**vide** Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5ª ed., Saraiva, 2004, nº 14.2.11.3, pág. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, Medicina Legal e Antropologia Forense, 1ª ed., Atheneu, 1988, nº 42, pág. 539; Marcos Passagli, Toxicologia Forense, 3ª ed., Millennium, 2011, cap. V, nº 1.3.2, pág. 140; STJ, 5ª T., HC 235.257/DF, relª Minª Marilza Maynard, DJe, 26/03/13).

Note-se, por oportuno, que “A cocaína fumada na forma de **crack**... possui ação farmacológica comparável à cocaína” (v. Toxicologia Forense cit., cap. V, nº 1.3.1, pág. 136).

Logo, aprendidas 51,9g da substância, com a sua divisão por doses de 0,02g, teremos no mínimo cerca de 2.595 quantidades letais (excessivas ou insuportáveis) a cada usuário do tóxico. Até porque o consumo continuado de cocaína (também denominada pelos viciados de “pó” ou “farinha”) provoca o “enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e insatisfação” (**vide** Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, 1ª ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).

Por fim, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico (cf. Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi, Lei de Drogas Anotada, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 33, nº 4, pág. 81; RTJ, 149/521; RT, 727/478, 747/642, 750/590, 789/536, 793/576, 793/727, 807/597, 810/578 e 831/614).

Daí segue ser dispensável para o caso a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga ou de associação para tanto, bastando a prova do conjunto de indícios e presunções (= circunstâncias ligadas ao fato probando) envolvendo o agente acusado. Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (= **praesumptiones hominis**), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano (CPC, art. 335). Aliás, a questão em exame comporta a aplicação analógica das normas aludidas (art. 48 da Lei c/c art. 3º do CPP). Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, nº 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, nº 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, nº 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209).

De outra banda, a alegada ausência de exame na balança apreendida em nada favorece o apelante, na medida em que diante da prova carreada aos autos torna-se irrelevante saber se tal balança estava funcionando ou não.

Concluindo, o conjunto probatório é suficiente para dar credibilidade à acusação pela sua persuasão racional.

Os cálculos das sanções aplicadas, por sua vez, não merecem qualquer reparo.

Correta a fixação das penas-base acima dos mínimos legais, em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido (51,9g de **crack**), atendendo ao que determina o art. 42 da Lei de Drogas.

A esse respeito, ressalte-se a alta nocividade da substância apreendida, que em pouco tempo torna o indivíduo dependente, causando-lhe sérios danos.

Sem valia, ainda, o pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto, como demonstrado pela prova oral, trata-se de réu integrante de organização criminosa, tendo o policial Valmir mencionado ainda que havia informações de que ele estava andando armado e fazia cobranças, tudo a demonstrar que não estava se iniciando nessa atividade ilícita, não preenchendo, portanto, os requisitos necessários para a obtenção da **benesse**.

Quanto à pena de multa, cumpre observar que conforme já restou esclarecido por este Tribunal: “A aplicação da pena pecuniária decorre do preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/06, incidindo, cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, independentemente da situação financeira do réu. Ao contrário do sustentado pela Defesa, tal penalidade não é inconstitucional e, tampouco ofende os princípios da proporcionalidade das penas e da isonomia. A severidade da pena de multa visa à repressão e prevenção do crime nefasto que é o tráfico de entorpecentes.” (TJSP, 6ª Câmara Criminal, Apelação 0035794-54.2010.8.26.0577, rel. Des. Machado de Andrade, j. de 04/08/11).

No mesmo diapasão, podemos citar outros julgados desta Corte Estadual (cf., p. ex., TJSP, 15ª Câmara Criminal, Apelação 990.10.084921-2, rel. Des. Amado de Faria, j. de 16/12/10 e TJSP, 16ª Câmara Criminal, Apelação 0020351-05.2010.8.26.0564, rel. Des. Newton Neves, j. de 03/05/11).

No concernente ao regime carcerário, em consonância com a Lei nº 11.464/07 que alterou o art. 2º da Lei nº 8.072/90, passando a permitir a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos e assemelhados, a fixação do regime carcerário deve ser a mais rigorosa, isto é, início no fechado.

Deveras, “1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente

fechado. 2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante” (vide STF, HC 103.011/RN, 2ª T., relª. Minª. Ellen Gracie, LexSTF 382/450). Confira-se também: STF, HC 103.141/PR, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe - 27, de 10/02/2011.

Além do mais, consigne-se que a solução é absolutamente necessária, porquanto o delito nas condições em que foi praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, sendo a concessão de regime mais brando algo responsável pelo sentimento de impunidade, com conseqüente estímulo à prática de delito de indiscutível gravidade. Ninguém desconhece que a dependência de drogas é o flagelo da sociedade.

Pelo exposto, rejeitada a preliminar, nego provimento ao recurso.

Como o réu apelante está preso, recomende-se-o no presídio em que se encontra (RTJ, 150/545, 159/234, 163/1082, 164/231, 166/531, 169/271, 181/1029, 182/644, 184/682 e 185/647; RSTJ, 97/384, 98/397, 98/406, 133/542, 136/413, 139/444 e 148/542; RT, 728/501, 730/449, 738/567, 749/597, 776/499, 777/573 e 783/571).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000001-68.1999.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ JOAQUIM DA SILVA.

**ACORDAM**, em 11ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.444)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G.STRENGER (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA E PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 9 de outubro de 2013.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RÉU ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, QUANTO A ACUSAÇÃO DE TENTATIVA DE**

**HOMICÍDIO - SIMPLES ABSOLVIÇÃO DO RÉU APÓS RESPOSTA AFIRMATIVA AOS QUESITOS SOBRE MATERIALIDADE E AUTORIA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS - SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI - OS JURADOS TÊM LIBERDADE DE ABSOLVER O ACUSADO POR FUNDAMENTO DE FORO ÍNTIMO - INOVAÇÃO DA LEI Nº 11.869/2008 - ART. 483, INCISO III, DO CPP QUE INDAGA DOS JURADOS O ACOLHIMENTO, OU NÃO, DAS TESES DEFENSIVAS.**

**RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO.**

## VOTO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** interpôs recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo Tribunal do Júri de Miracatu, que absolveu o réu JOSÉ JOAQUIM DA SILVA da acusação de tentativa de homicídio (*art. 121, caput, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal*).

Inconformado, o il. Promotor de Justiça postula a anulação do julgamento, considerado contrário à prova dos autos, e requer a realização de outro.

Regularmente processado e respondido o recurso, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento.

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 04 do abril de 1999, por volta da 00h00min, na Estrada Biguá, Km 3, na cidade de Miracatu, JOSÉ JOAQUIM DA SILVA, agindo com manifesto propósito homicida, tentou matar a vítima Ricardo Aparecido Rosa mediante disparo de arma de fogo, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Os jurados responderam “sim” aos quesitos de materialidade, autoria e *animus necandi*, porém, absolveram o acusado, respondendo positivamente ao quesito previsto no artigo 483, inciso III, do CPP.

A solução apresentada pelo Conselho de Sentença encontra respaldo no sistema processual penal vigente. Vejamos.

Consoante ensinamentos de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ao dissertar sobre o artigo 483, inciso III, do CPP, “*a principal inovação, introduzida pela Lei 11.869/2008, no contexto do questionário, diz respeito à concentração em uma única indagação, em relação às teses de defesa. (...) O defensor continuará a expor suas variadas teses (...). Porém, essa exposição destina-se*

ao Conselho de Sentença, unicamente. O juiz presidente cuidará de indagar dos jurados apenas o seguinte: ‘o jurado absolve o acusado?’. A resposta afirmativa leva à absolvição; a negativa, por óbvio, conduz à condenação por homicídio (...). Entretanto, a razão pela qual os jurados absolveram o réu, se for positiva a resposta, torna-se imponderável. É possível que tenham acolhido a tese principal da defesa (...), mas também se torna viável que tenham preferido a subsidiária (...). Pode ocorrer, ainda, que o Conselho de Sentença tenha resolvido absolver o réu por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas. Em suma, da maneira como o quesito será encaminhado aos jurados, serão eles, realmente, soberanos para dar o veredicto, sem que os juízes e tribunais togados devam imiscuir-se no mérito da solução de absolvição” (in Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008, p. 812).

Portanto, não há que se falar em contradição pelo fato de os jurados terem afastado a tese de negativa de autoria e, por outro lado, terem absolvido o réu, já que, como exposto com brilhantismo pelo doutrinador, os jurados podem ter absolvido o réu por pura clemência, sem apego à tese defensiva sustentada em Plenário.

É possível, destarte, que tenham entendido que o acusado praticou o fato, mas que, por outro lado, deveria ser absolvido, por razões desconhecidas, o que é admitido pela nova lei.

Confira-se, nesse sentido, as seguintes ementas:

“APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI HOMICÍDIO QUALIFICADO - INSURREIÇÃO DO DOMINUS LITIS - CONSELHO DE SENTENÇA QUE ABSOLVEU A ACUSADA - SUPOSTA CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS CONFERIDAS AOS QUESITOS - INOCORRÊNCIA. 1 Mesmo reconhecendo a autoria do crime quanto a um dos agentes, pode o Conselho de Sentença absolvê-lo, ainda que a defesa não tenha manifestado outra tese senão a de negativa de autoria, pois os Jurados decidem por sua íntima convicção, sendo-lhes possível, inclusive, absolver o réu por motivo não alegado pela defesa” (TJMS, 3ª Câmara Criminal, Desª. JANE SILVA).

Na mesma linha segue o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

1. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 2. CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DOS JURADOS. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. POSSIBILIDADE. SOBERANIADOS VEREDICTOS. PLENITUDE DA DEFESA. 3. TESE ÚNICA DE NEGATIVA DE AUTORIA. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS DURANTE A VOTAÇÃO DOS DOIS PRIMEIROS

QUESITOS. VOTAÇÃO DO QUESITO OBRIGATÓRIO RELATIVO À ABSOLVIÇÃO DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE OS QUESITOS. (...) 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o quesito previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, é obrigatório e, dessa forma, não pode ser atingido pela regra da prejudicialidade descrita no parágrafo único do art. 490 do mesmo diploma legal. Precedentes. 2. O fato de a decisão dos jurados se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contrariedade entre as respostas. Eventual discordância da acusação deve ser ventilada por meio do recurso próprio, nos termos do art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal. 3. Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria. 4. Não cabe ao Juiz Presidente, a pretexto de evitar a contradição entre os quesitos, pela influência direta que exerceria na formação da convicção dos jurados, fazer considerações sobre a suficiência das provas, pois a matéria se insere na competência do órgão revisional, em recurso de apelação (...) (HC nº 200440 / SP Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 5ª T., j. 15.03.2012).

Sendo assim, não há que se anular o julgamento para que outro seja realizado, pois a absolvição do réu pelo Conselho de Sentença foi decidida de forma soberana, dentro do previsto no artigo 483, inciso III, do CPP.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso do Ministério Público.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011027-78.2004.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante SERGIO LOPES MARINHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto por Sergio Lopes Marinho para absolvê-lo do crime previsto no artigo 1º, incisos II e V, ambos da Lei nº 8.137/90, c.c. artigo 71, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO

MAÑAS (Presidente) E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 16 de outubro de 2013.

PAULO ROSSI, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - Crime Tributário - Artigo 1º, incisos II e V, da Lei nº 8.137/90 c.c. artigo 71 do Código Penal - Recurso Defensivo - Pleiteia absolvição do apelante ante a ausência de justa causa para a ação penal e por insuficiência de provas - Possibilidade - Ausência de lesividade ao fisco e Estado, tendo em vista a garantia do pagamento com imóvel do réu, antes do recebimento da denúncia. Recurso provido.**

## VOTO

VISTOS.

1 - Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de Sergio Lopes Marinho, contra a r. sentença datada de 21/02/2013, proferida pela MMª Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, que condenou o réu como incurso no artigo 1º, incisos II e V, ambos da Lei nº 8.137/90, c.c. artigo 71, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de reclusão, sob o regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a carcerária por prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária no valor de dez salários mínimos e dez dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/10 do mínimo legal, bem como absolveu Rita Maria Lopes Marinho da imputação do delito previsto no artigo 1º, incisos II e V, ambos da Lei nº 8.137/90, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal (fls. 1526/1530v).

Irresignada, reclama a d. Defesa argui a falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista que ao interpor Embargos à Execução, através dos quais discute a existência do débito fiscal, foi ofertado e aceito imóvel garantidor da suposta dívida, de forma que, julgados procedentes a dívida não subsistirá e, se improcedentes, o imóvel quitará o pagamento, sendo que qualquer dos resultados não causará resultado lesivo ao Estado. No mérito, pede a absolvição ante a insuficiência de provas, alegando que o AIIM foi lavrado de forma ilegal (fls. 1547/1560).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 1563/1567).

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1569/1597).

É o relatório.

2 - Consta da denúncia que nos meses de janeiro de 2000 até dezembro de 2001, na Av. Thomaz Alberto Whately, nº 1819, no horário e comercial, local em que se situa a empresa “Comercial Marinho-Fer. Distribuidora de Produtos Siderúrgicos Ltda”, Rita Maria Lopes Marinho e Sergio Lopes Marinho, na condição de sócios-proprietários da empresa acima referida, por inúmeras vezes, deixaram de pagar ICMS em decorrência de operações de saídas de mercadorias tributadas omitidas ao fisco - vendas desacompanhadas de notas-fiscais - no montante de R\$ 164.585,79, nos meses de janeiro a dezembro de 2000 e no montante de R\$115.916,79 nos meses de janeiro a dezembro de 2001.

É de salientar, ainda, que os sócios das empresas, nos referidos períodos, receberam mercadorias tributadas no valor de R\$ 62.680,72 sem documentação fiscal - de 01/01/00 a 31/12/00. Assim também procedeu nos meses de 01/01/01 a 31/12/01, já que neste período a empresa recebeu o equivalente a R\$ 12.563,70, sem documento fiscal.

O total de imposto sonegado, segundo o laudo do I.C. (fls.1330/1333) corresponde a um total de R\$ 294.046,57.

Assim agindo, os acusados que estavam em conluio e com identidade de desígnios, suprimiram o pagamento do Tributo, no caso, ICMS, isto ao deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativo à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação, além de fraudar a fiscalização tributária omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

A denúncia foi oferecida em 09/12/2010 (fls. 01D/02D) e recebida em 12/11/2010 (fls. 1471).

O apelante foi citado e ofereceu sua defesa preliminar (fls. 1484/1503).

A r. sentença foi publicada em 12/04/2013 (fls. 1531), tendo transitado em julgado para o Ministério Público em 12//04/2013 (fls.1531) e para Rita Maria em 19/04/2013 (fls.1537).

A materialidade delitiva está consubstanciada pelo auto de infração e imposição de multa (fls. 05/06) e laudo pericial contábil (fls. 1330/1333), bem como pela prova oral produzida nos autos.

Em Juízo, o apelante negou os fatos, dizendo que não deixou de emitir nota fiscal quando era obrigatória e, assim, não deixou de recolher o respectivo tributo. Negou que tivesse fornecido nota fiscal em desacordo com a legislação, como também que tivesse omitido operação. Afirmou que juntamente com o programador da empresa, criou códigos internos para os produtos comercializados no local. Informou que nas notas fiscais de venda dos produtos constam a classificação fiscal deles e o código interno. Sustentou que na conclusão do

fiscal, ele coloca o código interno do produto e não a classificação fiscal do mesmo. Acredita que tenha havido um equívoco por parte do fiscal quando do levantamento e da lavratura do auto de infração, pois ele não conhecia seu produto. Afirmou que embora tivesse dinheiro para pagar a multa, não o fez, pois achou um absurdo ser acusado de algo que não cometeu. Sempre cumpriu com as obrigações e efetuou os devidos recolhimentos afetos à área municipal, estadual e federal. Por ocasião da fiscalização achou que poderia ser autuado, em razão de algum equívoco da empresa ou contábil, mas não nos valores em que foi autuado. Disse que se o fiscal classifica a mercadoria erroneamente, vai constar como se ela tivesse sido comprada com nota fiscal e vendida sem nota fiscal. Sustentou que se o fiscal tivesse classificado a mercadoria correta, não teria feito o auto de infração. Em virtude deste erro, faltaram produtos em vários itens e sobraram em vários outros. Os itens em que o fiscal constatou a falta de produtos, ele achou que foram vendidos sem a nota fiscal, e nos produtos que sobraram, ele acreditou que foram comprados sem a nota. Acrescentou que Rita, apenas figurava no contrato social da empresa, mas não tinha qualquer decisão na mesma, não participando de qualquer ato de gestão, sendo que a administração sempre foi feita pelo interrogando. Mencionou que sabia que os agentes fiscais possuíam competência para executarem sua função, mas o agente que efetuou o levantamento não tinha conhecimento algum do produto comercializado na empresa do réu (fls.1524-CD).

A corré Rita nada soube informar acerca dos fatos, uma vez que afirmou que embora constasse como sócia-proprietária no contrato social da empresa, não tinha qualquer participação na mesma, que era administrada por seu marido (fls.1524-CD).

A testemunha de acusação, Alfredo Pereira da Silva, Agente Fiscal, afirmou que possui uma programação para auditar algumas empresas, tendo optado pela empresa ré, por determinação de seus superiores hierárquicos. Foram feitos levantamentos dos documentos fiscais dos anos de 2000 e 2001 e na conclusão do trabalho verificaram que nestes dois anos deixou-se de recolher tributos, mediante operações de saída sem emissão de nota fiscal, portanto, saídas tributadas omitidas do fisco. As diferenças de entrada correspondem a recebimento de mercadoria sem nota fiscal. Tudo isso foi observado com a verificação dos livros de entrada, de saída, recibos de talões de notas, arquivos magnéticos fornecidos pela empresa, dentre outros. Não se recorda qual a defesa apresenta pela empresa. Não foi feito levantamento físico específico, sendo que o estoque foi computado pelo inventário apresentado nos arquivos magnéticos apresentados pela empresa. Disse que não chegou a conversar com Rita, nem mesmo a viu na empresa. Com relação às fls. 23 e 24, afirmou que os códigos foram feitos de acordo com a informação do próprio contribuinte. Não sabe explicar tecnicamente a diferença de chapa expandida e chapa FQ, pois não é

especialista nisso e, cada uma das chapas tem um código que as individualiza (fls.1513).

A testemunha de Defesa Marcos Roberto Mendes Carvalho, que trabalha na empresa dos réus desde 1997 como auxiliar administrativo, afirmou que Rita nunca trabalhou no local, embora conste como sócia no contrato. A empresa é administrada por Sergio. O depoente não tinha acesso à escrituração contábil da empresa em serviços diversos. Ficou sabendo da fiscalização, mas não sabe dar detalhes, pois esta o responsável era o acusado (fls.1514).

A testemunha de defesa Rosana Aparecida Campos Nascimento, que trabalha na empresa desde 1995, também afirmou que Rita não trabalhava lá, apesar de constar como sócia, e que Sergio era o administrador. A depoente fez o levantamento dos documentos solicitados pelos fiscais, mas não sabe dar detalhes a respeito das acusações. Afirmou que o fiscal não teve acesso ao estoque físico. A partir das notas, ele indagava a depoente algo sobre a classificação das chapas. No entanto, se em uma nota fiscal constasse a saída de três mercadorias como chapa grossa, poderia haver divergência entre elas, na forma como são chamadas, fina quente ou fina frio. Então, em algumas oportunidades ficava obscuro ao fiscal qual mercadoria constava na nota. Quando não conseguia se expressar e explicar as divergências ao fiscal, quem o fazia era o réu (fls.1515).

A testemunha de Defesa Ailton Santana, proprietário de um escritório de contabilidade, disse que a empresa é sua cliente há mais de vinte anos e quando ocorreu a fiscalização, o depoente acompanhou os fiscais, apresentando toda a documentação requerida. Informou que o fiscal começou a solicitar os documentos fiscais desde o início do ano, sendo que após serem fornecidos, nada de errado foi encontrado. Em dado momento, o fiscal determinou que fosse feito o levantamento por amostragem, ou seja, produto por produto, mas na verdade, o procedimento apresentou falhas. Esclareceu que a empresa, quando da aquisição da mercadoria, efetua a classificação da mesma, baseada em denominações fiscais, sendo que quando esta mercadoria sai da empresa, deve sair com a mesma classificação. Ocorre que a empresa do réu atua também com certa modificação do produto, efetuado o corte e a dobra dos materiais, o que muitas vezes, faz com que esta única mercadoria que havia entrado saia, dividida e com diferente classificação, por ter se tornado outra mercadoria. Mencionou que nesse “corte” há a sobra de produtos, exemplificando que pode ser que entrem 10kg de um produtos, mas somente saiam da empresa 09 ou 08kg, pois parte do material se perde nas operações. Essa sobra é colocada no caminhão junto com a mercadoria, ou seja, é um desperdício de material. Afirmou que da maneira que o fiscal efetuou a contagem, é difícil que ela seja precisa. Frisou que se a mercadoria entrou com uma classificação e saiu com outra, significa que houve modificação em sua estrutura. Disse que o fiscal confundiu a classificação oficial com os códigos internos da empresa o que o fez constatar

que a entrada de muita mercadoria e também a sobra de muita mercadoria. O agente fiscal não utilizou a metodologia correta para a apuração. Mencionou que o método de amostragem já não é mais utilizado pela Fazenda Estadual, tanto que recentemente foi lançado o recurso da nota fiscal eletrônica, justamente para fazer o cruzamento de dados. Finalizou dizendo que Rita não tinha participação em nenhum ato da empresa (fls.1524-CD).

Assim, vista a prova, verifica-se que o apelante deve ser absolvido.

Inicialmente, vale mencionar que, de acordo com os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa, não se tem certeza se o método de fiscalização utilizado, por amostragem, é o mais adequado para apurar a correspondência entre os produtos e valores.

Salienta-se, que o réu mencionou que o agente não demonstrou intimidade com o material produzido em sua empresa, e a testemunha Ailton, contador, apresentou depoimento claro e firme, esclarecendo como o método de amostragem é realizado, tendo afirmado que o agente fiscal não utilizou a metodologia correta para a apuração.

Por sua vez, o agente fiscal asseverou que não sabia a diferença entre algumas chapas, o que torna a certeza quanto ao método de fiscalização duvidoso.

Ademais, o laudo do Instituto de Criminalística não analisou os documentos que deram origem aos tributos que o fisco entendeu devido, tendo argumentado genericamente sobre o método utilizado.

Outrossim, embora a via administrativa tenha se esgotado, a dívida foi inscrita na Dívida Ativa do Estado, já correndo processo de Execução, contra o qual foi interposto recurso de Embargos, onde ainda se discute a existência da dívida.

Além do que, ao interpor o mencionado recurso, o réu deu como garantia de pagamento da dívida, um imóvel, no valor aproximado de R\$2.000.000,00, de modo que o fisco e o Estado estão garantidos, e não haverá falta de pagamento do imposto, caso seja julgado devido.

Ressalte-se, que conforme fls.1433, os Embargos à Execução foram protocolados no dia 10/09/2010, ou seja, antes do recebimento da denúncia, que se deu em 20/10/2011 (1471), de forma que, o pagamento já estava assegurado, não havendo que se falar em crime de sonegação fiscal.

É certo que a Súmula 112 do STJ consigna que somente o depósito integral e em dinheiro é apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário. Todavia, o art. 151, II, do Código Tributário Nacional, estipula apenas que o depósito deve corresponder ao “montante integral” da dívida para viabilizar a suspensão, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

No entanto, em observância ao art. 34 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137/90

e na Lei nº 4.729/65 quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”, a expressão “promover o pagamento” deve ser entendida, *“para efeitos penais, como qualquer providência tomada pelo agente visando, mesmo que de forma indireta, o cumprimento da obrigação de recolher tributo”, não cabendo “ao intérprete estipular que a forma de pagamento se dê nos moldes preconizados no CTN, quando a própria lei não o fez”* (TRF 3ª região, HC 8437, 1ª Turma, DJ de 29.06.1999).

Dessa forma, com a respectiva garantia do Juízo materializada no imóvel do réu, é motivo suficiente para ensejar a sua absolvição.

Independentemente do resultado dos embargos à execução, será resolvida, quer pelo pagamento em caso de rejeição dos embargos, quer pela decisão de inexistência do débito, de forma a afastar a lesividade ao bem jurídico tutelado e a consequente tipificação da conduta ilícita imputada ao acusado, lembrando que não há crime sem ofensa a bem jurídico protegido por norma penal.

Nesse sentido manifesta-se a jurisprudência: *“se a ação anulatória de débito fiscal for julgada improcedente, a dívida será quitada, porquanto está ela garantida pela carta de fiança. Isto significa que, qualquer que seja o resultado da ação anulatória, não haverá lesividade ao Estado. E, sem lesividade, não há crime”* (TJSP, HC 993.08.017052-5, Rel. Des. Celso Limongi, 12ª Câmara Criminal, j. 25/07/08).

Diante dessas circunstâncias, não se encontra configurado o crime de sonegação fiscal, pois em qualquer das soluções a que chegue o MM. Juízo da Execução Fiscal ocorrerá a extinção da ação penal, razão pela qual o réu deve ser absolvido.

3 - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto por Sergio Lopes Marinho para absolvê-lo do crime previsto no artigo 1º, incisos II e V, ambos da Lei nº 8.137/90, c.c. artigo 71, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000016-03.2003.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante RICARDO VERON GUIMARÃES JUNIOR, e é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 5ª 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 15.481**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) E JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

JUVENAL DUARTE, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - OCULTAÇÃO DE CADÁVER - Anulação do julgamento - Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos - Impossibilidade - Anulação cabível somente nas hipóteses em que o julgamento do Conselho de Sentença é arbitrário, sob pena de violação ao princípio da soberania dos veredictos - Decisão que encontra suporte no acervo probatório - Ausência de exame necroscópico, diante da impossibilidade de sua realização, em razão da não localização do cadáver da vítima - Materialidade comprovada pela prova oral, ex vi do disposto no artigo 167, do Código de Processo Penal - Pena fixada de acordo com os parâmetros previstos em lei - Efeito - Imperativa a perda do cargo público que o recorrente ocupava ao tempo do crime (policia militar), nos termos do artigo 92, I, b, do Código Penal - Recurso não provido.**

## VOTO

RICARDO VERON GUIMARÃES JUNIOR foi condenado a quinze anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a onze dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 121, § 2º, I e IV, e 211, na forma do artigo 69, do Código Penal.

E, como efeito da condenação, foi reconhecida, ainda, a perda do cargo público (policia militar).

Inconformado, apela postulando a anulação do julgamento, pois o veredicto popular contrariou manifestamente a prova dos autos.

Recebido e contrariado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento.

Os autos foram desmembrados com relação ao corrêu JAIR DE ALMEIDA BERNARDO condenado pelo Tribunal do Júri, em sessão realizada aos 3.4.2013, pela prática do mesmo crime, a quinze anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a onze dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 121, § 2º, I e IV e 211, na forma do artigo 69, do Código Penal, com consequente perda da função pública de policial militar, nos termos do artigo 92, I, b, do mesmo código.

Os coacusados WAGNER GARCIA, ARIIVALDO CRISTÓVÃO ANTONIO DE FREITAS e JOSÉ CARLOS ROMUALDO, a seu lado, foram impronunciados.

### **É, em síntese, o relatório.**

O recorrente foi condenado pelo Tribunal do Popular porque, agindo em concurso com o coacusado Jair de Almeida Bernardo, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, por motivo torpe e com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, concorreu para a prática de homicídio contra o menor Rodrigo Isac dos Santos.

Foi condenado, ainda, porque, nas mesmas condições de tempo e lugar, ocultou o cadáver do ofendido.

Colhe-se do acervo de provas que Jair e o apelante - os quais compunham a guarnição da viatura M-31114 - foram informados, via COPOM, a respeito de suposto *furto de fios da rede de telefonia* (sic) e foram ao sítio apontado na denúncia. A seguir, após ouvirem a *ocorrência paga pelo COPOM* (sic), os policiais que ocupavam a viatura M-31170 - cuja guarnição era composta pelo Sargento Wagner (CG-1), pelo auxiliar José Carlos e pelo motorista Ariovaldo -, e os milicianos da viatura M-31113, conduzida pelo motorista Samuel Alencar Neri, cujo encarregado era o policial militar Leonardo Rodrigues Craveiro, também compareceram ao local, para dar apoio àquela guarnição. Ocorre que a vítima e alguns amigos, os quais carregavam tais cabos elétricos, após notarem a aproximação dos milicianos, dispensaram os fios e correram, mas, durante a fuga, foram vistos pelos policiais, que passaram a persegui-los. O ofendido, no entanto, foi alcançado e contido pelos milicianos. E, em seguida, foi levado à viatura M-31114, pertencente à guarnição do recorrente e do corrêu Jair, os quais, então, encerraram as buscas e deixaram o local.

Todavia, no dia seguinte, após notar que o filho não havia retornado para casa, o pai da vítima - Elias Isac dos Santos - saiu à sua procura e soube, por informações fornecidas por amigos dela, que havia sido detida por policiais e não mais a viram. Diante disso, o genitor compareceu ao distrito policial da região em que morava, mas nenhuma informação havia a respeito da apreensão do ofendido. Depois, obteve o telefone do Sargento Wagner Garcia que, na ocasião, comandara as guarnições que participaram da diligência em questão, no

entanto, ao contatá-lo, ele afirmou que durante aquela ocorrência ninguém havia sido detido. Então, Elias retornou à delegacia e a autoridade policial elaborou o boletim de ocorrência concernente ao desaparecimento da vítima e, a seguir, o pai do ofendido compareceu à Corregedoria da Polícia Militar e informou a suspeita de que ele havia sido morto pelos milicianos, propiciando a instauração do inquérito policial militar e o início da ação penal.

A materialidade delitiva, além de incontroversa, está estampada no boletim de ocorrência relativo ao desaparecimento da vítima e na prova testemunhal, mormente nas declarações das testemunhas Maria Aparecida Lisboa, Reinaldo Pereira de Souza e Elton Cardoso dos Santos - este último ouvido no Inquérito Policial Militar, consoante documentos acostados a fls. 22/234 -, os quais viram o ofendido ser detido pelos agentes da lei, ser colocado na viatura M-31114 e levado do local, bem assim nos relatos do policial Leonardo Rodrigues Craveiro, que notou uma *silhueta* de pessoa do sexo masculino dentro de referido veículo, elementos de convicção que suprem a ausência de laudo de exame necroscópico, sobretudo diante do que dispõe o artigo 167, do Código de Processo Penal, e da impossibilidade de realização de tal exame, porquanto o cadáver da vítima não foi localizado, tanto que também foi imputada ao apelante a prática do crime de ocultação de cadáver.

E, ainda que, posteriormente, o cadáver encontrado e reconhecido como sendo o da vítima por seus familiares, por meio de suas vestes e o tênis que ela calçava, cujo resultado, no entanto, não foi confirmado pela perícia, pois o resultado de DNA não foi conclusivo diante do estado de decomposição dos restos mortais, tem-se que a materialidade, no que tange aos dois crimes em estudo, é inequívoca e foi demonstrada, como se viu, por outros elementos de convicção.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*A prova testemunhal pode substituir de modo idôneo o exame de corpo de delito, quando há dificuldade ou impossibilidade total de recolherem os vestígios do crime* (ED no HC 65.541-6/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO REZEK, SEGUNDA TURMA, j. 26.4.88).

Já no que tange à autoria, é certo, o recorrente sempre negou ter concorrido para a prática ilícita.

Na fase administrativa, ratificou as declarações que prestou no Inquérito Policial Militar, no qual aduziu ter recebido informação, via COPOM, a respeito de delito de furto de *fios elétricos* em curso, mas, ao chegar ao local indicado na denúncia, *notou que os cabos estavam intactos* (sic) e que não havia ocorrido subtração alguma. Recorda-se que os policiais Wagner e Ariovaldo também estiveram no local, os quais compunham a guarnição da viatura M-31170 (*Blazer*). Indagado sobre o extenso período de duração do atendimento, que

perdurou da 1h12 às 2h42, uma vez que nada irregular constataram, disse que nesse meio tempo realizaram buscas pelas imediações a fim de verificar se algum cabo havia sido retirado dos postes. Após a chegada da guarnição da viatura M-31170, disse aos policiais que nada irregular havia sido constatado no local. Não efetuou disparo e não viu os demais policiais atirarem.

E, ouvido em outra oportunidade, aos 6.3.2003, no distrito policial, após lhe ser apresentado o teor das gravações das conversas captadas pelo sistema COPOM, aduziu não se recordar da comunicação enviada da viatura a que estava vinculado, durante a qual se entabulou o seguinte diálogo, em resumo: (...) *tem muito fio por aqui ... três indivíduos, QSL, bem no final da rua, no meio do mato aí; (...) O CG é mais prá baixo aí, três caras; (...) A QSL, eu vou entrar por cima, eles entraram pelo meio do mato, ou negativo; (...) QSL, eu vou ter que subir aí pela, pela Miguel Ackel, aí, ... positivo ... esse acesso que dá no mato da Miguel Ackel, QSL!! (...) Pinote aqui ó!!!! (...) Na rua de trás!!! (...) O pinote aqui, é antes do posto de gasolina, perto daquela casa abandonada, onde tentaram roubar outra vez; (...) Essa chácara aí tá cheia de cachorro QSL ... (...) Copom é a 114; (...) QSL, patrulhamento aqui pelo QTH, com o apoio do CG e a 113 aí, é QRU nihil QSL!!! Anote a testemunha ... é João Carlos da Silva Bitencout, QSL!!! NPD (...) Copom: É QSL em, às duas horas e quarenta e dois (fls. 346/351).*

E, por fim, aos 7.2.2006, ainda na fase inicial, ratificou mais uma vez seus relatos anteriores, mas acrescentou que, logo após o atendimento dessa ocorrência, atendeu outra, em que havia um indivíduo agressivo que foi conduzido ao 4º DP de Guarulhos, não sabendo informar, porém, se foi elaborado o boletim de ocorrência a respeito desse segundo fato.

Em audiência, aduziu que durante as buscas, nada irregular constataram, *ou seja, não havia nenhum indício de que naquele local pudesse ter ocorrido furto (sic).*

Em plenário, disse que não deteve ninguém nessa ocorrência, somente na seguinte. Não localizou fio elétrico algum, embora tenha emanado de sua viatura a seguinte mensagem, via rádio: (...) *tem muito fio por aqui e há três indivíduos (sic).* E, indagado a respeito da presença de indivíduos que foram vistos correndo, disse que as pessoas correm quando os veem, *eles são bandidos. Se eles viram a gente e correram, se estivessem perto de mim, eu ia deter e ia constar no meu relatório (sic). Se eu tivesse detido alguém eu ia botar na minha viatura, ia anotar no meu relatório e ia mostrar para o meu sargento (sic).* Lidas as gravações das mensagens enviadas ao COPOM, oriundas da viatura em que se encontrava, o recorrente tornou a afirmar que nada foi constatado, apresentando, porém, respostas evasivas, no sentido de que não se recordava de tais comunicações.

Não bastasse, o acervo amalhado durante a *persecutio criminis* revelou a existência de outra versão a respeito dos fatos que não o favorece, senão vejamos.

Elias Isac dos Santos, pai do ofendido, à Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, consoante se infere das cópias do Inquérito Policial Militar (fls. 22/234), relatou que, no dia dos fatos, a vítima saiu de casa para ir a um *baile*, mas, em razão de não ter retornado, procurou o amigo dele - André - e este lhe disse que, por volta de 1h30, Edson, Cleiton, o ofendido e ele, após passarem em frente a um terreno em construção, pararam para conversar com um grupo de pessoas que ali se encontrava e falava sobre a *partilha de fio de cobre que havia sido encontrado nesse terreno* (sic). Nesse instante, foram surpreendidos pela aproximação de algumas viaturas da Polícia Militar, motivo pelo qual todos correram, mas o ofendido foi alcançado e contido pelos milicianos. André contou que *ficou escondido atrás de um veículo Sprinter* (sic) e viu a vítima ser abordada por componentes de uma viatura *tipo jipe*, fato que também foi notado por Edson. O ofendido, então, foi colocado num dos veículos e levado a local não esclarecido. Procurou os amigos do filho no dia seguinte aos fatos, aos 20.11.2001. Também procurou informações sobre ele em vários locais, mas nada conseguiu que revelasse sua localização. (...) *Várias vezes compareceu à Cia/PM do local; ... chegou a falar via fone com o Sgt PM Wagner daquela Cia, o qual estava de serviço no dia dos fatos, sendo informado que naquela localidade dia e hora mencionado não houve nenhum registro de ocorrência* (sic). Disse que uma *senhora ouviu som semelhante a disparo* e saiu de sua casa para ver o que acontecia, então presenciou policiais militares fardados colocarem um rapaz no interior de uma das viaturas.

Ouvido em outra oportunidade (aos 3.1.2002), ainda na Corregedoria da Polícia Militar, acrescentou que, no local onde localizaram um cadáver, recolheu os demais ossos que restaram dos restos mortais ali encontrados e outro par de tênis que o amigo de seu filho reconheceu como sendo aquele que lhe emprestara no dia anterior ao seu desaparecimento. Acredita que a *ossada* seja de seu filho, em razão do tênis localizado próximo ao cadáver. Apresentou tais materiais na Delegacia de Polícia do Jardim Cauby, onde foram apreendidos e também requisitada a perícia do local onde foram encontrados.

Já no DHPP, ratificou as declarações anteriores e ressaltou ter notado *diversas irregularidades durante o trabalho investigativo, mas foram de caráter operacional, como por exemplo, a questão do IML de Suzano, aonde não havia registro de um encontro de ossada, que poderia ser de seu filho* (sic). Disse que reconheceu as vestimentas ao ver as fotos do cadáver referido.

Em juízo, acrescentou ter conversado com Maria Aparecida e ela confirmou ter visto *uma pessoa sendo colocada dentro da viatura* (sic). Procurou pelo ofendido na *delegacia local* e foi orientado a comparecer na 1ª

Delegacia de Polícia de Guarulhos. Procurou no Instituto de Medicina Legal e nada localizou. Foi ao batalhão dos milicianos e foi orientado a procurar a Corregedoria da Polícia Militar. Aduz que o corpo do ofendido foi encontrado, *só que não tenho o paradeiro dele* (sic). Investigou que haviam encontrado um cadáver que estava registrado como *desconhecido*. Foi ao local e recolheu os restos mortais. Um amigo de seu filho *lhe disse que tinha emprestado o tênis para ele. Eu falei: “puxa vida! Nesse local tinha um tênis”. Eu fui, coloquei ele dentro do carro e fomos lá* (sic). Como os peritos deixaram um *dos pés* do par do tênis no local em que encontraram referido cadáver, Marcos reconheceu referido calçado, aduzindo que *lhe pertencia*. Posteriormente, no IML de Mogi das Cruzes, *eu consegui a foto que o perito tinha tirado do local* (sic). *Não tive dúvida que o corpo é do meu filho, ele estava com um camisão amarelo com detalhes pretos* (sic). Um policial, namorado de sua sobrinha, entrou em contato com o miliciano Wagner. Ele *lhe telefonou, mas disse que não havia detido o ofendido. Ele lhe disse que iria averiguar e depois retornou dizendo que não houve nenhuma detenção naquele local. A partir desse momento, eu tive certeza absoluta que meu filho tinha sido assassinado* (sic). Esclareceu a respeito de episódio envolvendo o sargento Wagner e seus outros dois filhos. Um deles havia sido assassinado. Foi ao pronto socorro, *só que eu cheguei ao pronto-socorro e não encontrei o corpo do meu filho, retornei para o outro pronto socorro perto de casa onde aconteceram os fatos, encontrei o sargento Wagner e o corpo do meu filho e eu perguntei a ele se ele tinha o levado para mostrar aos traficantes. Foi onde ele arrancou a funcional dele, dizendo que não trabalhava dessa forma ... meu filho foi enterrado naquela noite e ninguém conseguia dormir. Meu filho e minha esposa não estavam nem em casa porque não estavam conseguindo dormir. Parou meu filho e perguntou o que ele estava fazendo ali e se era filho do senhor Elias, meu filho já sabia o que tinha acontecido e falou que não, negou. O motorista da viatura falou vamos levá-lo para Eucaliptal e matar e ele resolveu levá-lo para minha casa, para mostrar que ele tinha minha vida sob controle...* (sic). O cadáver que suspeitou tratar-se de seu filho foi encontrado no dia seis, mas o fato só foi registrado no dia catorze, por isso desconfiou que tivesse havido alguma irregularidade. Levou os restos mortais à Corregedoria, onde foi orientado a encaminhá-los ao distrito policial de Itaquaquecetuba, cuja atribuição compreendia a área dos fatos. O recolhimento do corpo foi feito pela polícia e depois o IML esteve no local e recolheu o restante e *mais o que eu levei* (sic).

Em plenário, disse que a vítima saiu e não retornou para casa, razão pela qual procurou pelos amigos dela e soube da ação policial e que seu filho havia sido detido e levado numa viatura policial. Foi à *delegacia do bairro*, mas no local informaram-lhe que nenhum adolescente havia sido encaminhado àquele distrito. Conseguiu o telefone do sargento Wagner e entrou em contato com

ele, mas ele lhe disse que não tinha conhecimento de que algum jovem havia sido detido e prometeu averiguar o caso e retornar. *Depois ele retornou dizendo que não tinha havido ação policial lá* (sic). Passou a procurar o ofendido nas cidades vizinhas a Guarulhos e localizou o boletim de ocorrência que continha informação de *encontro de cadáver de pessoa desconhecida*. Viu a fotografia e reconheceu como sendo o ofendido; *era do meu filho; mesmo irreconhecível, mas as roupas e tênis eram do meu filho* (sic). Foi ao local onde o cadáver havia sido localizado e encontrou *mandíbula, partes dos dentes, pedaços dos braços, inclusive, um deles quebrado, três costelas e algumas vértebras da costela ... logo à frente, um par de tênis azul* (sic). Nesse dia, retornava a sua casa e um amigo de seu filho perguntou-lhe se já o havia localizado. Então, durante a conversa, informou- lhe as características do tênis que estava próximo do corpo que encontrara e ele lhe contou que seria aquele que havia emprestado à vítima no dia dos fatos. Diante disso, o levou até referido local e ele reconheceu o tênis. O exame de DNA resultou negativo, no entanto, havia *seis cadáveres desconhecidos junto com o meu filho. O cadáver do meu filho entrou lá; entrou mais seis cadáveres e, onde era para ter a anotação no cadáver do meu filho como 817, tava vago e não tinha nenhuma anotação, e ele tava no meio dos dois. O que levou a supor que houve a troca de cadáver na hora de enterrar porque eram todos desconhecidos* (sic). *As roupas que estavam com ele era as roupas que minha esposa tinha comprado recentemente e, inclusive, uma das camisas que estava no cadáver é do meu outro filho mais velho* (sic). Em data anterior aos fatos, o ofendido havia sido conduzido pelo sargento Wagner até sua casa, após ser detido numa esquina próxima, *porque ele achou que o meu filho se parecia comigo*, pois antes desse episódio, já *tinha havido um entrevero com o sargento Wagner, porque um outro filho meu foi assassinado e o sargento pegou o corpo do meu filho e demorou mais de meia hora pra chegar no PA Alvorada, que demorava três minutos de carro, e eu procurando o corpo de meu filho e não encontrava. E eu fui questionar com ele porque ele demorou tanto tempo pra levar o corpo do meu filho ao médico. E questionei com ele se ele estava trabalhando a mando de alguém lá na região* (sic).

É do depoimento de Marcos Nascimento Melo, nos autos da investigação relativa ao encontro de referido cadáver, concernente ao Boletim de Ocorrência nº 8486/01, da Delegacia de Polícia da Comarca de Itaquaquecetuba (documentos acostados a fls. 161/197), consta que, no dia anterior ao desaparecimento do ofendido, o depoente lhe emprestou um par de tênis. Disse que Elias lhe relatou detalhes a respeito das vestimentas do filho e comentou consigo sobre a existência do referido calçado no local onde os restos mortais dele (ofendido) haviam sido localizados. Então, lhe contou que era seu (o calçado) e que o emprestara à vítima. Foram a referido sítio e reconheceu o tênis que ali estava.

Em audiência, ratificou o relato anterior e aduziu ter reconhecido o

calçado localizado junto ao cadáver daquela pessoa, porque havia feito um *rolo* (sic) com a vítima.

A testemunha Maria Aparecida Lisboa, por sua vez, declarou à Corregedoria da Polícia Militar, consoante se infere da cópia do Inquérito Policial Militar, ter ouvido barulho de estampidos de arma de fogo e, em razão de seu filho não estar em casa, saiu para ver o que ocorria e, então, notou uma viatura, *tipo jipe*, cujos agentes abordavam um indivíduo em frente à sua moradia. *Ele vestia uma camiseta branca e usava um boné vermelho ou cor de abóbora. Os policiais abordaram o rapaz e após terem revistado ele, o rapaz entregou os documentos e foi colocado no interior da viatura, tendo em seguida os policiais se retirado, levando o rapaz; esclarece a declarante que pode ver através da porta de sua residência que havia viatura, no entanto, não pode precisar o tipo de viatura, ainda não reparou e nem anotou prefixos das viaturas; que não tem condições de reconhecer nenhum dos policiais ou mesmo o rapaz que foi detido, pois não pode visualizá-los bem. (...) ele entrou sozinho na viatura, após os policiais pararam as viaturas distante de sua residência, na rua Caculé com a Alameda Pinheiros, onde permaneceram por aproximadamente umas duas horas pois a declarante permaneceu aguardando seu filho e após ter este chegado, os policiais ainda ficaram por algum tempo ... após os policiais terem pego o rapaz, não mais ouviu nenhum estampido* (sic).

Em audiência, esclareceu ter visto os policiais abordando um rapaz e colocando-o dentro da viatura. Recorda-se que ele era *moreno, magro e alto*, usava *chapéu vermelho ou abóbora, camiseta e calça jeans* (sic). Soube que detiveram o indivíduo porque ele estava fugindo. Havia *umas quatro viaturas* (sic). Estava próxima ao local onde o rapaz foi abordado, mas não chegou a ver as feições dos milicianos. No entanto, notou que foram dois policiais que fizeram a abordagem. Ele foi posto na parte detrás na viatura, *pediram o documento dele, ele sentou, mandaram ele tirar o chapéu e depois eu não vi mais* (sic).

A testemunha Reinaldo Pereira de Souza relatou - no inquérito policial militar - que transportavam os fios elétricos e viram as viaturas se aproximarem e, então, correram. Edson e ele se esconderam e os demais amigos correram em sentido oposto. Notou que durante a ação dos policiais, havia duas viaturas *tipo jipe* e duas *tipo Blazer*. Ouviu seis disparos e um dos policiais gritando (...) *para, para filho da puta* (sic). Permaneceram escondidos até que os milicianos fossem embora. Soube por André que os policiais militares que chegaram ao local em uma viatura *tipo jipe* abordaram o ofendido, mas ele não tem certeza se os mesmos policiais o levaram. Não tem condições de reconhecer os policiais.

Em audiência, aduziu que estava na companhia de alguns amigos, dentre eles, a vítima, e foram abordados pelos milicianos. *Nós fomos revistados pelos policiais e, em seguida, liberados. O único que não foi liberado foi a vítima. Eu vi os policiais colocando o Rodrigo dentro da viatura, mas não sei para onde*

*ele foi levado (...) tentamos correr da polícia antes da abordagem (...) ele usava tênis, calça jeans, uma camisa de botão e um boné (sic).*

Os demais amigos do ofendido, que o acompanhavam na ocasião dos fatos (André Luis Silva de Oliveira, Elton Cardoso dos Santos, José Cleiton Alves da Silva e Edson Cardoso dos Santos), foram ouvidos somente na Corregedoria da Polícia Militar, consoante se infere dos autos de inquérito policial militar (documentos de fls. 22/234).

André relatou que retornava de um festejo com os amigos Elton, Edson, José Cleiton e o ofendido e avistou dois rapazes que moravam naquela localidade, os quais *arrastavam* fios elétricos que estavam na pista, provavelmente furtados. Eles pediram que os ajudassem a transportar os cabos e, quando começaram a puxá-los, notaram a aproximação de uma viatura da polícia militar, razão pela qual resolveram correr. Elton e a vítima correram para o interior de uma chácara, a fim de saírem em outra rua que fica do outro lado da propriedade. Eles se adiantaram. Então, escondeu-se embaixo de uma *sprinter* e desse local pôde ver um dos policiais atirar *por seis vezes contra seu amigo Elton que corria, porém não conseguiu acertar Elton que fugiu; que o declarante ficou por cerca de meia hora escondido, sendo que do local percebeu que apenas seu amigo Rodrigo não conseguiu fugir, o qual ficou seguro pelos policiais na traseira da viatura jipe, que estava com a porta traseira aberta; que após percebeu que os policiais saíram do local, porém como ficou abaixado, não percebeu se Rodrigo foi colocado na viatura e se o mesmo foi levado no compartimento de presos; que após a viatura sair, verificou que Rodrigo não estava lá, nem mais foi visto (sic)*. Esclarece que não pôde ver a face dos policiais, tampouco as placas dos veículos porque estava escuro.

Elton disse que ele e o grupo de amigos retornavam para casa quando resolveram *pegar um cabo de fios que estava na rua (sic)*. Após notarem a aproximação da viatura, correram. André escondeu-se embaixo de um veículo, mas a vítima foi alcançada. Conseguiu fugir e escondeu-se em uma chácara, de onde notou que ali passou outra viatura, *pois viu as luzes da sirene e quando o declarante saía da chácara, pode ver uma viatura tipo Blazer entrando na chácara (sic)*. Enquanto corria, um dos policiais foi ao seu encalço e efetuou seis disparos em sua direção. O ofendido foi colocado em uma viatura *tipo jipe*.

José, a seu lado, aduziu que ele e os amigos, dentre os quais o ofendido, avistaram dois rapazes subtrair fios elétricos. Eles lhes pediram que os auxiliassem a transportar os fios, em troca de *algum dinheiro*. Então, quando começaram a puxar os cabos, notaram a aproximação de duas viaturas da *PMESP*, um *jipe*, com dois policiais, e uma *Blazer*. Diante disso, correu e entrou em uma chácara. Reinaldo e Edson correram para o quintal de um imóvel, nos fundos da chácara e a vítima, Elton e André também fugiram em direção a essa chácara. Nada visualizou do local onde se encontrava. Somente escutou cerca de seis disparos,

vindos desse imóvel, *quando da chegada das viaturas e no momento em que Rodrigo, Elton e André separaram-se e correram para o local* (sic). No dia seguinte, soube que a vítima havia desaparecido.

Por fim, Edson disse que, ao avistarem a viatura da polícia militar, ele e os amigos correram. José Cleiton, Reinaldo e ele pularam o muro de uma casa abandonada e ficaram escondidos. Daquele local, nada mais conseguiu visualizar, mas ouviu o barulho de seis disparos vindos da parte da frente da chácara. Os demais amigos seus haviam corrido na direção da chácara. Escondido, percebeu que além daquele *jipe*, havia uma viatura tipo Blazer e outra *tipo jipe*, mas não conseguiu ver se o ofendido estava no interior de algum desses veículos.

Já o policial militar Leonardo Rodrigues Craveiro, que, na ocasião, atuava como encarregado da guarnição da viatura M-31113, aduziu, à Corregedoria da Polícia Militar, que, por volta de 1h15, ouviu o COPOM distribuir ocorrência à equipe da viatura M-31114, composta pelo recorrente e por Jair, em razão de suposto *furto de fios de telefonia* (sic). Então, foram ao local mencionado, onde se deparou com a guarnição dos policiais Wagner, Ariovaldo e Romualdo, que estavam na viatura M-31170, bem assim a equipe da viatura M-31114, os quais *já estavam patrulhando pelo local, quando se reuniram, após patrulhamento, nas imediações da portaria de uma chácara; que lá o declarante ficou sabendo através da guarnição da Vtr-M-31114, que havia um detido no interior da mesma viatura e que ele teria sido preso no local, suspeito de estar furtando fios; que o declarante avistou de relance, no interior do compartimento de preso daquela viatura, a existência do mencionado indivíduo; que nem foi ver a fisionomia do preso, pois não lhe interessou muito; que após isso, por volta das 01:30 hs, saíram todos do local e o declarante seguiu em patrulhamento, sendo que a guarnição do CGP e da Viatura M-31114, seguiram com o detido para a Av. Miguel Ackel sentido a Praça do Bairro dos Pimentas, em seu final; que os mesmos tomaram destino ignorado, sem nada dizerem ao declarante e para seu parceiro* (sic). Nada mais soube do rapaz detido. Soube do desaparecimento do ofendido, pois *um senhor* foi à Corregedoria e disse que seu filho havia desaparecido. *Esclareceu o fato na íntegra, para ajudar nas investigações e pela simples razão de não ter nada a ver com o destino dado aquele rapaz; que o declarante ao chegar no início da ocorrência, disse que percebeu indivíduos correndo para o matagal, porém eles não foram encontrados; ... conhece os policiais militares envolvidos há pouco tempo e teme que algo possa lhe acontecer, quando descobrirem que narrou a verdade sobre os acontecimentos; que apesar de contar que primeiramente trabalhou com o Sd PM Bernardo, naquela data, em seu Relatório de serviço Motorizado, foi um engano de sua parte, pois trabalhou a noite inteira com o Sd PM Neri, sendo que no local de averiguação do furto de fios, o Sd Romualdo (auxiliar do Sgt.) permaneceu na vtr do declarante por cerca de meia hora, pois em dado momento que estavam*

*desembarcados, a vtr do Sgt Wagner deslocou-se para outro ponto na tentativa de cercar os indivíduos que esconderam-se na mata (chácara). Esclarece que quando deixou a chácara, o Sd Romualdo já estava novamente na companhia do Sgt (sic). Esclareceu, ainda, após efetuarem o patrulhamento próximo de uma chácara existente no local, o declarante avistou três indivíduos adentrando em uma chácara, onde foi passado a novidade para as outras viaturas, sendo que o declarante permaneceu pelo local, juntamente com o Sd PM Romualdo, sendo que as outras viaturas prosseguiram na busca no interior da chácara e imediações; que posteriormente ficou sabendo que havia um indivíduo detido no interior da Vtr M-31114, o qual havia sido preso pelo local, suspeito de ser um dos autores do furto de fios (sic). Observou que em um campo havia fios telefônicos jogados. Notou de relance a pessoa detida no interior da viatura.*

E, aos 13.12.2001, ainda na Corregedoria da Polícia Militar, ratificou ter notado no interior da viatura M-31114 que *havia uma pessoa que pela silhueta tratava-se de uma pessoa do sexo masculino com aparência jovem (sic). Conhecia a vítima, pois a deteve em data anterior, em uma favela, por suspeita de uso de entorpecentes (sic). O indivíduo preso na ocorrência de furto de fios que estava na viatura M-31114 tinha a mesma silhueta e semelhança de Rodrigo, porém não pode afirmar se era ele ou não (sic).*

E, aos 6.3.2003, ratificou à autoridade policial que, *com certeza viu um vulto de uma pessoa que estaria detida no interior da viatura M-31114, percebendo que esta pessoa era do sexo masculino, porém não conseguiu visualizar sua fisionomia (sic). Notou os três indivíduos correndo e que realmente havia fios em um descampado, onde pelo rádio o declarante avisou as demais viaturas sobre os indivíduos (sic).*

Em audiência, confirmou ter notado três indivíduos correndo na direção de um matagal. Saíram para a busca e depois retornou ao local onde estavam localizadas as outras duas viaturas. Desembarcou do veículo e o sargento Wagner *falou sem novidade a ocorrência, para a gente dar prosseguimento nas outras ocorrências, aí embarquei na viatura, no deslocamento passamos por esse descampado, teria realmente alguns metros de fio pelo chão (...) Cheguei a avistar alguém no interior da viatura dele, porém vi a silhueta, não sei informar que tipo de pessoa (sic). Quando chegou, esse rapaz já estava no interior do veículo.*

O coacusado Jair, que compunha a mesma guarnição do apelante, atuando como motorista da viatura M-31114, aduziu - na fase administrativa - terem percorrido toda extensão da via pública mencionada na denúncia, com o apoio da guarnição do policial Wagner e da viatura em que se encontrava o miliciano Craveiro, mas nada irregular constataram. Permaneceram realizando patrulhamento por cerca de uma hora e vinte minutos. Não efetuou disparos, tampouco o recorrente. Em momento algum desembarcaram da viatura ou

realizaram abordagens. Demoraram a retornar porque percorreram toda a extensão da via pública, por diversas vezes. Não se recorda de haver transmitido ao COPOM informação referente a indivíduos fugindo, malgrado lhe tenha sido apresentado o teor das degravações oriundas do veículo oficial que dirigia, as quais, do mesmo modo, aduziu não se recordar.

Aos 9.3.2006, novamente ouvido, ainda na fase administrativa, acrescentou que na mesma noite em que ocorreram os fatos versados nestes autos, atenderam outra ocorrência, *imediatamente após*, a respeito de indivíduo agressivo. Conduziu referida pessoa *na sua viatura, no compartimento traseiro para presos* (sic) ao 4º Distrito Policial de Guarulhos. *Pelo que sabe, no DP não foi elaborado Boletim de Ocorrência, sendo lavrado o BOPM, pelo interrogado e demais componentes* (sic).

No mesmo sentido foram seus relatos em audiência. Confirmou que sua guarnição recebeu apoio de outras duas guarnições, que compunham as viaturas M-31113 e M-31170. *A ocorrência foi encerrada brevemente* (sic).

O policial militar Samuel Alencar Neri, motorista da viatura M-31113 (*Land Rover*), na qual estava o encarregado Craveiro, aduziu, na fase administrativa, que ao comparecerem ao local, nada irregular observaram, razão pela qual a ocorrência foi dada como *nada constatado* (sic). Ninguém foi abordado. A viatura M-31114 *encerrou a ocorrência* e, a seguir, o recorrente e Jair atenderam outro chamado. Durante o apoio, estacionaram a viatura e desembarcaram na Rua Utinga, onde permaneceram até que a guarnição da viatura M-31114 realizasse a verificação. Os policiais que estavam na viatura M-31170 também realizaram patrulhamento em apoio àquela guarnição. Não fez disparos, tampouco ouviu tiros. Durante as buscas, o auxiliar Romualdo, da equipe da viatura M-31170, permaneceu com a sua guarnição, *pois o Sgt Vagner juntamente com o motorista Ariovaldo e a guarnição da viatura M-31114 se retiraram do local tendo demorado um tempo* (sic).

Aduziu, no entanto, que após sair do local da ocorrência, o policial Craveiro teria comentado: *you viu? Parece que tem alguém dentro da viatura* (sic), referindo-se à viatura M-31114. Não viu se havia mesmo alguém no carro oficial, pois não desembarcou do veículo e *o modo como estacionou a viatura não permitia uma boa visão interna da outra viatura* (sic).

Em audiência, disse que a *viatura acionada comunicou nada constatado* (sic). Não viu ninguém dentro do *jipe*. Permaneceu com o policial Craveiro todo o tempo. Aduziu que, logo a seguir, a guarnição da viatura M-31114 foi acionada para atender ocorrência de um *rapaz embriagado* e também acompanhou essa outra diligência. *Cruzou com uma dessas viaturas que conduzia esse rapaz* (sic).

Ouvido em outra oportunidade, em juízo, disse que ao chegar ao local onde teria ocorrido o furto de fios, já estavam o sargento Wagner e o apelante.

Não havia ninguém detido. Depois disso, o COPOM acionou as guarnições para comparecerem a outra ocorrência, a respeito de *desinteligência* e para lá foram as viaturas do recorrente e de Jair, bem assim as demais. Nessa diligência, uma pessoa foi detida e foram todos ao distrito policial. Durante suas férias, foi chamado para ser ouvido na Corregedoria da Polícia Militar. Dos policiais inicialmente acusados, somente Craveiro não foi preso. *Fazia pouco tempo que estava no 31º BPM. Formou-se em 2000. Era menos de um ano. Logo depois, o Cb Craveiro foi transferido para o interior do Estado, não sabe se a pedido. Para se requerer transferência, na época, havia a necessidade de permanência por pelo menos dois anos no local. Não é assim com relação com transferência compulsória (...)* Indagado a razão pela qual ele e o cabo tinham sido incluídos na investigação, respondeu que não sabe, mas acredita que assim sendo, a corregedoria acreditava que ele pudesse dizer algo para que fosse transferido para onde quisesse. *Disseram-lhe que se ele dissesse algo, ele conseguiria a transferência que quisesse. O depoente respondeu que nada tinha visto (...)* Na Corregedoria foi coagido a falar algo que eles queriam ouvir. Não cedeu à coação. *Queriam ouvir do depoente que naquela noite, eles tinham pegado o menor e sumido com ele. Houve um processo administrativo com relação ao fato e foi arquivado com relação a todos (sic).*

Em plenário, aduziu ter comparecido ao local das buscas para dar apoio à guarnição do apelante, mas não se recorda *se foi constatada alguma irregularidade (sic)*. A seguir, ao reverso do que sustentou em audiência, disse que foi atender a outra ocorrência, porque nós estávamos indo ao apoio e, logo em seguida, pagou outra ocorrência para a minha viatura. *Eu me desloquei para atendimento de outra ocorrência (sic)*. Aduziu, ainda, não se recordar da mensagem enviada através do rádio de sua viatura, dando conta da fuga de três indivíduos, malgrado o teor das degravações referentes às comunicações do veículo que conduzia, nas quais informou: ... *os três indivíduos deram pinote aqui, entraram nessa vielinha ... (...) Sei que é Urupurú, QSL!!!, ... naquela casa abandonada por aqui. (...) Positivo essa casinha branca abandonada, que a gente tava batendo um dia aqui, correram três para dentro aqui, QSL!!! (...)* O 13 eu vou entrar pela Vila Iza, eu vou entrar pela Vila Isabel, aqui pelo outro lado. O CG, eu tô dando a volta aí viu!!! Positivo, tem ô, paralelo a nós aqui também, **tem o QRU do campinho, aí, QSL (...)**

Ademais, ao que se depreende das degravações, a guarnição da viatura M-31113 foi acionada antes do término da diligência para atender a outra ocorrência, *verbis*:

COPOM: *A viatura 113 é o Copom ...*

COPOM: *O 13 o Sr já tá QRU nihil???*

M-31113: *To no patrulhamento, QSL, em apoio a 14.*

COPOM: *QSL 13, então vamos prosseguir pelo PA Alvorada, QSL, PA Alvorada, é a vítima de agressão aí, QSL, PAPA 05 é o meia dúzia, às duas horas e vinte minutos.*

(...)

M-31113: *Positivo vou verificar .....*

Já o policial militar Wagner Garcia pertencia à guarnição da viatura M-31170 e comandava as viaturas M-31113 e M-31114. Declarou, na fase administrativa, que a guarnição em que se encontrava o recorrente foi acionada para atender ocorrência de furto de fios, então determinou que o motorista se deslocasse ao local informado para prestar apoio àquela equipe. Realizado o patrulhamento, nada irregular foi constatado. Não entrou na chácara próxima à via pública apontada na denúncia. Em dado momento, o soldado Bernardo, da viatura M-31114, gritou na rede *Pinote, pinote, informando com isso que indivíduos estavam se evadindo da guarnição* (sic). Então, solicitou informações aos integrantes daquela guarnição, mas não obteve resposta, *acreditando o declarante que neste momento eles já haviam desembarcado da viatura e estavam no encalço dos indivíduos que eles informavam estarem se evadindo* (sic). Do lado externo da chácara, depararam-se com a viatura M-31114 e com o apelante e o corréu Jair, *os quais informaram ao declarante que alguns indivíduos tinham saído correndo evadindo-se deles pelas ruas do bairro, não tendo dito que alguém havia se evadido para o interior da chácara, pois próximo havia um acesso para esta; Que foi efetuado um patrulhamento pelas imediações não sendo localizado nenhum indivíduo e diante disso deixou o local, sendo certo que a viatura M-31114 permaneceu no local em patrulhamento* (sic). Confirmou que a equipe da viatura M-31113 esteve dando apoio durante a verificação da ocorrência em questão. De início, chegaram ao local sua guarnição e a da viatura M-31114 e, em seguida, chegou a da viatura M-31113. Durante o tempo em que permaneceu no local, não ouviu disparos. Não presenciou nenhuma prisão nem tomou conhecimento se isso ocorreu. Permaneceu dando apoio por cerca de 1h. Confirmou conhecer Elias Isac dos Santos, *pois quando mataram seu filho conhecido pelo apelido de “Papelão”, foi o declarante quem prestou o socorro e houve um contratempo, pois o Sr Elias alegou que o declarante demorou para prestar o socorro, tendo alegado ainda que poderia ter sido a polícia quem teria matado seu filho* (sic).

Em audiência, tornou a afirmar que nada foi constatado. *Tive contato com os responsáveis das demais viaturas e também nada foi constatado* (sic).

Em plenário, aduziu, do mesmo modo, que nada havia sido constatado quanto à ocorrência de furto de fios. Ninguém foi detido, somente na ocorrência posterior. Confirmou ter socorrido, em outra oportunidade, o irmão da vítima, levando-o ao Pronto Socorro de Alvorada, e não houve demora no

encaminhamento ao hospital. Já havia abordado o ofendido em outra ocasião. Ele estava com *cheiro na mão* (sic). *Como eu conhecia o pai dele, eu perguntei se havia saído um velório no dia anterior daquele local e ele falou “não, não, não”; eu perguntei o nome da mãe e eu confirmei o nome do pai dele, e ele falou “Elias”, e eu falei “poxa vida, ontem o seu pai me falou um monte de coisa”, e foi onde eu coloquei ele na minha viatura e levei até a casa dele e entreguei ele nas mãos do senhor Elias* (sic). Asseverou que ninguém desembarcou das viaturas nesse dia, bem assim que *não existiram* (sic) *os três indivíduos que foram vistos fugindo*.

Todavia, consta do auto de degravação as seguintes comunicações, que foram enviadas ao COPOM pelo rádio da viatura M-31170, a que ele estava vinculado: *Copom dá um “X” pra nós aí, eu vou ... entrar na ruazinha última lá, o 114, eu avistei dois indivíduos; (...) M-31170: QSL, tô entrando na chácara!!!! 113, é, volta para o QTH que você tava, pelo rumo que eles correram aqui, vai sair lá de novo; (...) Eles, eles cruzaram esse mato, aí, saíram aqui na, na Vila Isabel, conforme viu a viatura, eles volto a correr para onde você tava; (...)....certo o 14 dá uma coladinha aqui (...) QAP, “motorista”; (...) **Positivo, inclusive o CG e o motorista da 14 tão a pé, pelo mato aí, QSL** (sic).*

Além do mais, consta o seguinte registro de tentativa de comunicação com referida viatura, sem sucesso, evidenciando que a equipe estava afastada do veículo:

(...)

Copom: *CG-1 Copom!!!*

Obs.: *CG-1 não responde ao Copom.*

Ainda, a despeito de negarem terem detido uma pessoa durante referida diligência, consta do auto de degravação que durante as buscas realizadas, por certo período, a tecla do rádio utilizada para comunicação com o COPOM da viatura pertencente à guarnição do policial Wagner, talvez por descuido ou defeito, permaneceu acionada, propiciando fossem as conversas entre os milicianos captadas pelo sistema, notadamente um trecho chama a atenção, pois traduz convicção no sentido de que, de fato, localizaram uma pessoa e a conduziram até a viatura, senão vejamos.

Copom: *É QSL em, às duas horas e quarenta e dois.*

Obs: *CG-1, provavelmente ficou com a tecla do mike acionada e vários foram os acionamentos dos mikes das viaturas para atrapalharem a comunicação.*

(??) *O mike está acionado CG!!!!*

(??) *O mike está acionado CG!!!!*

M-31170: *..... Pode trazer, pode trazer!!!!*

(??) ..... “comunicação incompreensível”.

Copom: *A CG-1!!!*

M-31170: *QAP.*

Copom: *É sargento, QSL em, a tecla do senhor tá ficando acionada aí, QSL.*

O policial José Carlos Romualdo, auxiliar da viatura M-31170, tendo como encarregado o miliciano Wagner e motorista policial Ariovaldo, aduziu, na fase administrativa, que ao chegar ao sítio indicado na denúncia, os integrantes da viatura M-31114 informaram que nada haviam constatado, razão pela qual sua equipe, então, se deslocou para atender outra ocorrência. Ninguém foi detido. Desembarcou do veículo, pois o sargento Wagner foi conversar com os policiais das demais viaturas. Não houve disparos de arma de fogo. Em nenhum momento o sargento Wagner e o miliciano Ariovaldo se ausentaram de sua presença.

Ressaltou, no entanto, que todos os policiais notaram os fios, que supostamente estavam sendo furtados, jogados em um *descampado que é praticamente anexo ao campo de futebol* (sic), sem olvidar que em outra oportunidade em que foi ouvido na Corregedoria da Polícia Militar, aduziu não ter ouvido as comunicações transmitidas pelo rádio da viatura de sua equipe, pois estava *na guarnição da viatura M-31113* (sic).

Em audiência, disse que durante as buscas nada foi constatado. *Feita a diligência no local que durou cerca de uns vinte minutos e nada tendo sido constatado, de imediato foi informado via rádio a ausência do delito de furto* (sic).

O miliciano Ariovaldo Cristóvão Antonio Freitas, motorista da viatura M-31170, relatou, na fase inicial, que realizaram patrulhamento pelo local indicado na denúncia por cerca de meia hora, até que a equipe da viatura M-31114 informou que nada irregular havia sido constatado. Em nenhum momento pararam a viatura. Somente a guarnição da sua viatura e a da M-31114 participaram da diligência. Viu a viatura M-31113, mas não sabe se a equipe respectiva também realizava buscas. Em momento algum desembarcou do veículo. Ninguém foi detido e não houve disparos de arma de fogo. Indagado a respeito das comunicações ao COPOM oriundas da viatura em que se encontrava, aduziu não tê-las ouvido ou não se recordar das conversas entabuladas.

E, no mesmo sentido foram seus relatos em audiência.

Já as testemunhas Luiz Henrique de Paula Diniz, Zeno Morrone, Flávio José Gonçalves, Luiz Antônio Custódio, Renato de Macedo Pereira, João Batista da Costa, Ademilton dos Santos e Reinaldo Jacinto Maglioro, funcionários da funerária de Itaquaquecetuba, foram ouvidos em razão da suspeita de Elias, pai do ofendido, pois após procurar nos distritos policiais próximos à região em que morava, localizou o Boletim de Ocorrência nº 8486/01 da Delegacia

de Polícia da Comarca de Itaquaquecetuba (documentos de fls. 161/197), que tratava do encontro de cadáver de pessoa desconhecida, em avançado estado de decomposição, em data próxima àquela em que o ofendido havia desaparecido. Então, foi ao local onde o corpo foi localizado, recolheu alguns restos de ossos que foram deixados pelos peritos e, então, notou um pé de par de tênis que lhe suscitou atenção e que, depois, como se viu, foi reconhecido pelo amigo da vítima - Marcos -, porquanto ele lhe teria emprestado na noite do episódio um sapato com características semelhantes. Depois, localizou no IML de Mogi das Cruzes as fotografias (fls. 433/434) que o perito havia tirado do cadáver e o reconheceu como sendo o corpo do ofendido.

Diante disso, Elias levou os ossos ao distrito policial de Itaquaquecetuba e solicitou a realização de exame de DNA (fl. 195), que, todavia, resultou negativo (fls. 523/529). No entanto, não ficou satisfeito, porquanto suspeitou que o cadáver teria sido *trocado*, tendo em vista que também soube que o corpo fora localizado aos 7.12.2001, mas somente fora registrado na funerária em 14.12.2001 (documento de fls. 439/440), razão pela qual requereu a realização de exame de DNA com relação ao material colhido de todos os cadáveres que não possuíam identificação e que teriam sido entregues naquela funerária na mesma data.

Então, foi instaurado inquérito policial que tramitou na Delegacia Seccional de Polícia de Guarulhos, no qual se colheram declarações dos funcionários da funerária, bem como foram realizados a exumação de tais cadáveres e os exames de DNA dos materiais recolhidos, os quais, todavia, também não foram capazes de elucidar as dúvidas, em razão do resultado inconclusivo, diante da *baixa concentração de DNA nelas contido ou pela presença de interferentes inibidores da reação de PCR, não expurgados pelo sistema de purificação empregado* (fls. 571/579, sic), sem desconsiderar que tais perícias foram concretizadas cerca de dois anos após os fatos.

E o funcionário Luiz Henrique aduziu à autoridade policial que o cadáver não permaneceu nas dependências da funerária do dia 7 ao dia 14.12.2001.

Em audiência, disse que, à época, exercia a função de diretor do Serviço Funerário de Itaquaquecetuba, mas não se recorda *da vítima e do caso específico* (sic).

A testemunha Zeno esclareceu, no distrito policial, que o corpo permaneceu de 7 a 14.12.2001 na funerária em razão do *estado de putrefação* (sic).

Em audiência, disse que encontrou aquele cadáver em *estado de putrefação*, apresentando duas perfurações por projéteis de arma de fogo.

O funcionário Flávio, em audiência, disse que ao assumir seu plantão, encontrou um corpo em avançado estado de putrefação e que não constava dos registros. Então o lançou no livro de registros. Somente observou que, ao

chegar ao IML, o corpo já se encontrava no local, acompanhado de guia de requisição de exame necroscópico. No plantão anterior, sete dias antes, este corpo não estava no IML. *O procedimento de preparação de um corpo que foi o mesmo destinado ao de que se trata nestes autos é o de retirar o corpo da maca ou do caixão e colocá-lo na mesa de necropsia. O corpo é submetido a uma lavagem se necessário mas sempre na presença do médico legista. O procedimento é o mesmo para corpos com estado de putrefação mais avançado, salvo particularidades como esqueletização e perda de fixação das articulações* (sic).

Luiz Antônio aduziu à autoridade policial ter recebido o cadáver, mas não o registrou naquele dia. O corpo fica mergulhado na água oxigenada de cinco a seis dias, por isso só foi liberado aos 14.12.2001. Descarta a hipótese de ter ocorrido alguma troca, porque havia poucos cadáveres na ocasião.

Em audiência, aduziu que nada se recordava. *Não se recorda de eventual registro tardio, pois, via de regra, o registro é imediato* (sic).

O funcionário Renato, em audiência, aduziu *que é improvável que se aguarde seis dias para realização de necrópsia, mas não pode afastar a hipótese em virtude da possibilidade do cadáver chegar sem identificação e o posterior encaminhamento das impressões datiloscópicas ao IIRGD na tentativa de identificar o corpo* (sic). *Pelo que se recorda vagamente a respeito das indagações na época, o pai da vítima a teria reconhecido pelas vestes, porém no exame de DNA, constatou-se que não se tratava da mesma pessoa* (sic).

A testemunha João declarou, no distrito policial, que na funerária não permanecia nenhum corpo. Assim que o resgata, encaminha-o à delegacia para requisição de necropsia.

Os funcionários Ademilton e Reinaldo, por sua vez, relataram à autoridade policial que o cadáver permanece sozinho na funerária, se deixado em horário noturno. O procedimento, nesse período, se resume em buscar as chaves, deixar o corpo no local, fechar a sala e deixar as chaves com a requisição do exame.

Já o policial Givanildo Silva de Oliveira aduziu que estava em serviço no dia 7.12.2001. Foi ao local onde encontraram o corpo em *avançada decomposição*. O crânio estava separado do restante. Não havia evidências do crime. Havia *um saco plástico preto*. Suspeitou que se tratava do local de *desova e não de execução* (sic).

A testemunha Edson Aimar Caioni, funcionário da Corregedoria, aduziu, na fase administrativa, que *trabalhou com afinco nesse caso* (sic), em razão da suspeita de que a vítima teria sido executada por policiais. Alguns policiais ficaram presos durante o prosseguimento das investigações.

As testemunhas arroladas pela defesa, Gustavo José Galdino, Marlene

Luiz Galdino e Cristiane Luiz Galdino não presenciaram os fatos, apenas confirmaram ter solicitado auxílio da polícia militar em razão de indivíduo que estava embriagado.

Gustavo disse que sua filha Cristiane chamou a polícia e quatro policiais foram ao local, *podendo apontar com certeza* José Carlos, Wagner e o apelante. Levaram seu outro filho (Ismael Luiz Galdino) ao distrito policial *para dar uns conselhos* (sic). Na viatura, além dos policiais, *só estavam seu filho e sua filha. Falaram que a pessoa desapareceu no mesmo dia e horário da prisão de seu filho* (sic). Alguns policiais foram à sua casa, indagá-lo se aqueles policiais foram a sua moradia naquele dia, mas estavam à paisana.

No mesmo sentido foram os relatos de Marlene Luiz Galdino, mãe de Ismael. *Naquela ocasião, só havia uma viatura policial que foi onde seu filho entrou* (sic).

Já Cristiane aduziu que *chegaram umas quatro viaturas e acha que havia uns doze policiais. Recorda-se da fisionomia de todos os réus aqui presentes como sendo policiais que estavam no local. (...) a depoente foi na viatura com Ismael e os acusados Jair e José Carlos. Não havia mais ninguém naquela viatura. Não havia nenhum preso ou pessoa detida nas outras viaturas. No dia seguinte, o pessoal da Corregedoria foi a casa da depoente com várias fotos (um livro) perguntado se ela conhecia aquelas pessoas. A depoente apontou os cinco acusados. Não lhe disseram para que fim era aquela investigação* (sic). Seu irmão foi conduzido no *chiqueiro* e ficou no distrito policial por cerca de três horas. Acha que era o 4º distrito policial. Somente a viatura em que estava a depoente e os acusados Jair e José Carlos compareceu ao distrito policial. O *pessoal da corregedoria* se identificou e usava farda quando foram à sua casa. Uma segunda viatura que estava na sua moradia também seguiu o veículo em que estava. Jair e José Carlos ainda estavam no distrito quando saiu, às seis horas da manhã.

Por fim, as testemunhas Wagner Leite da Silva, Américo Alfonso Polichetti e Ana Lúcia Batista nada esclareceram a respeito dos fatos, pois não os presenciaram. Somente se limitaram a ressaltar os predicados do apelante.

Nesse contexto, em que pese o empenho da combativa defesa, não há como negar que o júri optou por uma das versões reproduzidas nos autos, pois ao deliberar pela condenação do apelante, reconheceu a existência de prova da materialidade, da autoria delitiva que lhe foi atribuída, inclusive no que concerne ao delito conexo, do *animus necandi*, e das qualificadoras (motivo torpe e emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido), afastando, em consequência, as teses defensivas relativas às versões de inexistência de materialidade e de negativa de autoria, não se cogitando, assim, de decisão manifestamente contrária à prova dos autos nem de nulidade decorrente dessa

escolha soberana, máxime por não ser arbitrária ou sem apoio em elemento de convicção algum.

Além do mais, ao dar mais crédito aos elementos de convicção produzidos pela acusação, é cediço, o júri simplesmente exerceu a sua soberania constitucional, pois essas provas não contêm mácula e estavam aptas a embasar a convicção do Conselho de Sentença, mormente se consideradas as declarações das testemunhas Elias, pai da vítima, que acompanhou a investigação e auxiliou na busca pelo corpo do filho, ainda que, supostamente, sem sucesso, consoante resultado de exame de DNA, malgrado ele tenha reconhecido o cadáver por fotografia e o amigo Marcos, o tênis, que teria emprestado ao ofendido - circunstância que, no entanto, não foi suficiente para afastar a materialidade, em razão da presença dos demais elementos de convicção que demonstraram que a vítima foi morta, pois as testemunhas Maria Aguiar e os amigos Reinaldo e André viram o ofendido ser colocado na viatura pertencente à guarnição do apelante e de Jair (M-31114) e, desde então, não foi mais localizado, sem olvidar os relatos do policial Leonardo, que notou uma *silhueta* dentro de referido veículo, e as degravações referentes às conversas entabuladas entre os componentes das viaturas que participaram da diligência e o COPOM, nas quais se constata que os milicianos teriam notado não somente os cabos elétricos espalhados pelo chão de um campo, como também três indivíduos fugindo daquele sítio, os quais foram perseguidos e, por fim, o ofendido foi alcançado e levado à viatura (consoante se depreende da mensagem *Pode trazer, pode trazer*, captada pelo COPOM, em razão de uma tecla do rádio de comunicação ter permanecido acionada), conquanto tenham os policiais, exceto Leonardo, sempre negado tais fatos e apresentado declarações evasivas ao serem confrontados com o teor dessas mesmas degravações, sem desconsiderar que a circunstância de Leonardo ter cedido a supostas *chantagens*, ao ser ouvido na Corregedoria da Polícia Militar, em nada beneficia o recorrente, pois não teria mentido e prejudicado os demais policiais somente para alcançar uma *transferência* de posto de trabalho, mesmo porque as esclarecedoras degravações estão em consonância com seus relatos.

Mais: as declarações das testemunhas Gustavo, Marlene e Cristiane, como se viu, não afastaram o apelante do palco criminoso, porquanto somente relataram que acionaram a polícia em razão do estado de embriaguez do familiar e que os coacusados compareceram a sua casa e, depois, conduziram o indivíduo à delegacia e naquele local permaneceram, circunstâncias que não impediriam o cometimento do delito em tela, porquanto a ocorrência do furto de fios foi atendida momentos antes desta, tal como se depreende do acervo coligido durante a *persecutio criminis*.

Assim, emerge inviável o pedido de anulação do julgamento, porque não evidenciado, na hipótese, o *error in iudicando*.

É que, de acordo com o disposto no artigo 593, III, *d*, do Código de

Processo Penal, as decisões soberanas do Tribunal do Júri somente podem ser anuladas, via apelação, quando *manifestamente* contrárias à prova dos autos.

E, no que se refere ao advérbio *manifestamente*, constante do dispositivo legal acima mencionado, interpretado à luz do princípio da soberania dos veredictos, é pacífico o entendimento de que somente são anuláveis os julgamentos do Tribunal Popular quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se totalmente da prova colhida nos autos.

A propósito, merecem transcrição os apontamentos de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCA FERNANDES: *É constante a afirmação de que a decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela inteiramente destituída de qualquer apoio no processo, completamente divorciada dos elementos probatórios, que não encontra, enfim, amparo em nenhuma versão resultante da prova (STF, RT 667/361, RTJ 100/615, 117/1.273, 118/273; TJSP: RT 642/287, 669/299, RJTJSP 71/343, 99/445, 100/464, 102/465) (Recursos no Processo Penal, RT, 4ª edição, p. 124).*

Assim, incensurável o edito condenatório, não exigindo reparo, inclusive, no que tange à dosimetria da pena do crime de homicídio qualificado, porquanto a básica foi corretamente majorada de 1/6, dadas a suas circunstâncias, porquanto o corpo da vítima jamais foi localizado, da reprovabilidade da conduta do recorrente, pois, consoante bem ponderou o e. magistrado, *além de se colocar acima da lei, confiante na certeza da impunidade, agiu de forma consciente e deliberada, tendo pleno conhecimento da ilicitude de seu ato e discernimento suficiente para agir de forma diversa (sic), da sua personalidade, dissimulada, covarde e irresponsável (sic) e das consequências do delito, sobretudo o sofrimento atroz impingido aos familiares do ofendido, cujo pai nunca esmoreceu mesmo diante da agonia e calvário que enfrentou à busca do cadáver do filho, incomensuráveis mesmo, bem assim em razão da presença de duas qualificadoras.*

E, no que tange ao crime conexo (ocultação de cadáver), as básicas também foram majoradas de 1/6, diante do *dolo intenso, pois o fato de o ofendido ter sido abandonado em local ignorado vai muito além do desrespeito aos mortos, inerente ao tipo penal infringido (sic).*

E, como efeito da condenação, nos termos do artigo 92, I, b, do Código Penal, correta, outrossim, a perda do cargo público que o recorrente ocupava ao tempo do crime em tela (policiaI militar), dada a independência entre as esferas penal, civil e administrativa.

Correto o regime imposto para o início da expiação (fechado), não somente diante do *quantum* da reprimenda, mas, sobretudo por ser o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes desta natureza.

Em arremate, embora não se desconheça o teor da Lei nº 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao artigo 387, do Código de Processo Penal, estabelecendo que *o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade*, infere-se inviável, de igual sorte, a alteração do regime prisional, na hipótese, com esteio no lapso que perdurou a prisão cautelar, porque não se tem notícia a respeito da real situação carcerária do recorrente, durante esse período, nem se não registra outras condenações ou prisões processuais ou quanto ao seu comportamento e conduta no cárcere, a revelar não existirem elementos seguros para a correta análise, nesta seara e de pronto, quanto a eventual direito à detração penal, emergindo mais adequado que o juízo da execução se manifeste por primeiro, à míngua de informações concretas e, sobretudo, em estrita obediência ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Por tais motivos, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038121-37.2009.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes AGUINALDO DE ALMEIDA GOMES, ROGERIO RODRIGUES DA SILVA, EMERSON CARDOSO, MARINA SCHIAVINATTO, MARCOS ANTONIO PETRALIA, CLAUDINEI GOMES DA SILVA e MARIA ANGELICA PINHEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos apelos mantendo-se a sentença tal como lançada. Comunique-se. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 15 de outubro de 2013.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

**Ementa: Apelação - Roubo biqualeficado cumulado com extorsão mediante sequestro - Preliminar de nulidade do feito por falta de intimação de defensor e da sentença por ausência de manifestação sobre de tese de defesa - Inocorrência - No mérito, pedido de**

**absolvição - Insuficiência de provas - Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Redução da pena imposta, reconhecimento da continuidade delitiva e alteração de regime - Descabimento - Recursos improvidos.**

## VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 1204/1265 acrescenta-se que o M.M. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campinas julgou parcialmente procedente ação penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, absolvendo da prática do crime de formação de quadrilha e condenando como incurso nos artigos 157, § 2º, inciso I e II, e 159, § 1º, ambos na forma do artigo 69, todos do Código Penal:

**a) Aguinaldo de Almeida Gomes e Rogério Rodrigues da Silva** à pena total de 14 anos e 08 meses de reclusão, no regime fechado, mais pagamento de 24 dias-multa no mínimo legal;

**b) Claudinei Gomes da Silva** à pena total de 17 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, no regime fechado, mais pagamento de 26 dias-multa no mínimo legal; e,

**c) Marina Schiavinatto, Emerson Cardoso, Marcos Antonio Petralha e Maria Angélica Pinheiro** à pena total de 13 anos e 04 meses de reclusão, no regime fechado, mais pagamento de 23 dias-multa no mínimo legal.

Inconformados, insurgem-se os réus (fls. 1273/1293, 1312/1315, 1319/1324, 1335/1343, 1355/1363, 1379, 1404/1426, 1429/1437).

Marina alega, em preliminar, a nulidade da sentença por falta de apreciação de tese defensiva.

No mérito, ela, Aguinaldo e Rogério sustentam a insuficiência de provas. Alternativamente, pedem a absorção do crime de roubo pelo de extorsão ou, ainda, o reconhecimento da continuidade delitiva.

Marcos, por sua vez, também pugna pela absolvição alegando a precariedade da prova. Subsidiariamente, argumenta pela diminuição da pena com pedido genérico de afastamento das agravantes.

Maria Angélica levanta novamente a negativa de autoria e argumenta, ainda, a insuficiência de provas.

Emerson busca a absolvição sustentando que agiu sob coação e, subsidiariamente, pede o reconhecimento do roubo como crime meio.

Finalmente, Claudinei objetiva a decretação de nulidade em razão de não ter sido conduzido à audiência realizada por precatória na Comarca de Jundiáí, alegando, ainda, não ter sido intimada a defesa da realização do ato.

No mérito, lança argumentos para sustentar a insuficiência de provas, fundados, principalmente, na ausência de reconhecimento. Subsidiariamente, pediu a desclassificação do crime de extorsão para o de estelionato ou “qualquer outro”. Por fim, pede o reconhecimento do crime único.

Contra-razões às fls. 1438/1447.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos apelos (fls. 1452/1463).

### **É o relatório.**

Extrai-se dos autos que os réus foram processados, pois teriam, em 17 de junho de 2009, agindo em concurso entre si e, ainda, com grave ameaça exercida mediante o emprego de arma de fogo, subtraído a caminhonete Ford F-250, bem como um aparelho de telefonia celular ambos pertencentes à vítima Valdir Barbi.

Na mesma oportunidade, teriam também os réus sequestrado Valdir com o fim de obter a título de resgate a quantia de R\$ 1.500.000,00.

Os crimes teriam sido praticados mediante prévia associação para esse fim em quadrilha ou bando.

De acordo com a exordial, o denunciado Emerson, ex-funcionário de Valdir e conhecedor de informações privilegiadas no tocante à rotina diária da vítima, bem como ao faturamento de sua empresa e ao modo de armazenamento de valores, em conjunto com Aguinaldo, arquitetou um plano para sequestrar e extorquir a vítima.

Aguinaldo, então, contactou Rogério, que contactou Claudinei que, por sua vez, chamou Marcos Antônio para a empreitada. Posteriormente, Aguinaldo acertou, ainda, com Marina a utilização de seu imóvel como cativoiro.

Assim, narra a denúncia, que no dia dos fatos, os denunciados devidamente associados, inclusive com outra parceira, Maria Angélica, seguiram a vítima desde seu domicílio na cidade de Jundiaí até seu estabelecimento comercial na cidade de Campinas. Quando a vítima ali se encontrava, com o veículo já estacionado, foi abordada por Claudinei e Rogério.

Sob a mira de um revólver, o ofendido foi levado até a cidade de Itatiba, onde foi transferido para um Tempa de propriedade do denunciado Marcos, que, inclusive, era quem o dirigia.

A partir daí, Rogério tomou rumo ignorado levando a caminhonete e o celular da vítima, ao passo que Marcos e Claudinei seguiram com Valdir para Valinhos.

No meio do caminho, a vítima foi transferida para um outro veículo, um Fiat/Uno branco, agora conduzido por Aguinaldo. A vítima foi finalmente levada para a casa de Marina, local que serviria de cativoiro.

Valdir foi, então, obrigado a contatar seus familiares e repassar a exigência de resgate no valor de R\$ 1.500.000,00.

Ante a informação da família e da vítima de que tal valor não poderia ser arrecadado, Valdir passou a negociar com os sequestradores que aceitaram receber R\$ 200.00,00 por sua libertação, mais a quantia mensal de R\$ 3.000,00, a título de “segurança” dele, Valdir, e de sua família.

Satisfeitos com o acordo, os sequestradores libertaram a vítima na cidade de Jundiá, entregando-lhe um chip de celular que deveria ser utilizado para contatos posteriores acerca da entrega dos valores.

A partir desse momento, policiais do DEAS, que já haviam sido acionados pela família, tomaram a frente das negociações e acertaram local e horário para o pagamento da primeira parte do acordo.

A coleta ficou a cargo de Maria Angélica, namorada de Claudinei, que compareceu ao local, sem, contudo, lograr apoderar-se de qualquer valor.

Nestes termos, foram descritas as condutas de cada um dos acusados.

O inconformismo trazido nos recursos não merece prosperar, mantendo-se a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isso porque, no caso em exame, verifica-se que o M.M. Juízo *a quo* analisou detidamente os elementos constantes dos autos e corretamente concluiu pela responsabilidade criminal dos réus.

Com efeito, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, é desnecessário o enfrentamento de questões já debatidas e que estão em consonância com o entendimento desta Relatoria.

Observa-se que a utilização dos fundamentos da sentença de primeiro grau é providência que vem sendo adotada por este E. Tribunal (Apelações Criminais nº 990.10.198301-0, nº 990.09.355096-2, nº 993.06.073165-3 e nº 990.09.049140-0) e, sistematicamente, reconhecida como válida também pelos Tribunais Superiores (*Habeas Corpus* nº 98282/RS; Agravo Regimental no Agravo nº 1067436/SC; *Habeas Corpus* nº 92169/RS).

Isto posto, tem-se que as preliminares devem ser afastadas.

Marina alega que não houve por parte do Magistrado *a quo* apreciação da tese de participação de menor importância.

Todavia, às fls. 1244, verifica-se que o N. julgador fez menção expressa ao ponto levantado pela acusada anotando que **“todas as teses defensivas restaram afastadas no bojo da presente sentença (...) não havendo que se falar em participação de menor importância (...)”**.

Na sequência, o Magistrado enumera todos os pontos que tocam as elementares dos tipos e as circunstâncias de cometimento dos delitos que restaram provadas nos autos e explica que **“não há, dessa forma, necessidade**

*de se aprofundar em qualquer ponto defensivo, uma vez que restaram todos afastados de forma fundamentada”.*

Nesse quadro, não há que se falar em não apreciação.

Com efeito, o que salta aos olhos em uma leitura até mesmo superficial da sentença é que, ao longo de 62 laudas, o magistrado analisou em detalhes cada um dos elementos e argumentos trazidos aos autos.

Houve assim minucioso trabalho do magistrado na avaliação do conteúdo processual e, ainda que não tivesse ele feito menção expressa a alguma tese levantada pela defesa, tal não importaria nulidade simplesmente, porque ofende o bom senso e a boa prática processual, ignorar o que foi efetivamente dito pelo magistrado, para invalidar-se o julgado pelo que não foi dito.

Em outras palavras, como bem anotou a Procuradoria transcrevendo jurisprudência pátria *“O fato de deixar o Magistrado de rejeitar uma a uma, as teses apresentadas pela defesa, não basta para eivar de nulidade o decisório. O que se exige para a validade da sentença é que sua fundamentação seja apresentada, realçada e esteja de acordo com a conclusão final. E tais elementos estão perfeitamente contidos nos autos”* (TACRIM-SP - AP - Rel. Camargo Aranha - JUTACRIM 32/282) (fls. 1455).

No que toca a preliminar arguida por Claudinei, o recurso também não comporta provimento.

Aliás, o ponto já havia sido levantado em primeiro grau e ali devidamente afastado.

A defesa alega que deveria ter sido intimada da realização de audiência de oitiva da vítima, bem como que o réu deveria ter sido levado a juízo para reconhecimento.

Todavia, das fls. 575, 635, 725, 772 e 694/696, extrai-se que o réu foi declarado revel por estar foragido e não ter sido localizado quando da realização dos atos.

Não obstante, foi ao longo da instrução representado por defensor constituído que, embora ciente da realização de ato deprecado não compareceu ao mesmo.

Eventual prejuízo foi evitado nomeando-se representante público (fls. 780).

Assim, vê-se que, em verdade, além de não ter havido na prática prejuízo, a parte se insurge contra seu não comparecimento voluntário, o que em outras palavras é o mesmo que ato por nulidade a que deu causa.

Nesse quadro fica afastada a alegação.

No mérito, melhor sorte não assiste aos acusados.

Ouvido em sede policial, **Aguinaldo** confessou integralmente os delitos

(fls. 74 e 152).

Já, em juízo, alterou sua fala. Admitiu em parte a prática do roubo dizendo que não participou dos atos executórios, mas que venderia os bens subtraídos (fls. 900).

**Rogério** procedeu do mesmo modo. No curso das investigações delatou Aguinaldo, Claudinei e Marcos (fls. 119, 162, 325), para em juízo retratar-se e admitir somente a prática do roubo (fls. 899).

**Emerson**, por sua vez, descreveu a dinâmica dos delitos tanto em sede policial quanto em juízo, tendo, porém, alegado que a ideia do crime partiu dos demais e que participou das ações, porque havia sido ameaçado (fls. 171, 326, 898).

**Marcos** manteve-se calado no inquérito. Em juízo, disse que somente emprestou o Tempira para Claudinei e que não teve nenhuma participação nos fatos (fls. 238, 327 e 897).

**Maria Angélica** negou qualquer participação nos crimes e disse que somente atendeu ao pedido de Aguinaldo e Claudinei para que fosse buscar “um dinheiro” em uma lixeira, sem, contudo, saber do que se tratava (fls. 1170).

Finalmente, **Marina**, que no curso da investigação negou ter cedido a casa para que servisse de cativoiro (fls. 180/181), em juízo tornou-se revel, de modo que não ofereceu, assim, formalmente sua versão (fls. 903).

Conforme mencionado linhas atrás, o caso era mesmo de condenação.

O que se extrai dos autos é que, após a libertação de Valdir, a continuidade da ação policial, que demandou complexa investigação inclusive com quebra autorizada de sigilo telefônico, levou à perfeita identificação de cada um dos envolvidos, bem como suas prisões na posse de parte dos pertences da vítima, assim como dos celulares e veículos utilizados na ação.

Com efeito, dos depoimentos prestados pelos policiais Adinei (fls. 757), Edson (fls. 752), Brisola (737) e Klaus (fls. 748), bem como dos relatórios de fls. 32/36 e 257/265 verifica-se que foi através do cruzamento das ligações telefônicas feitas pelos réus para a vítima no intuito de negociar a forma de pagamento de sua “liberdade protegida” (fls. 614/627 e 645/684) que os policiais lograram identificar cada um dos agentes envolvidos na ação.

Foi também no curso das oitivas policiais que alguns dos réus ofereceram versões detalhadas sobre o planejamento e execução dos crimes, o que possibilitou a elucidação da exata participação de cada um nas empreitadas.

Os policiais acrescentaram, inclusive, que alguns dos réus forneceram informações, mas se recusaram a assinar o termo, o que foi respeitado pela autoridade responsável pelas oitivas.

Foi ainda nessa fase, que os próprios réus indicaram o local do cativoiro

que foi mais tarde devidamente reconhecido pela vítima.

Todo o histórico narrado pelos agentes encontra respaldo nas falas da vítima acostadas às fls. 20, 194/197, 248, 320, 720 e 281.

Assim, Valdir reconheceu Rogério, Claudinei, Marcos e Aguinaldo, confirmou a descrição dos veículos utilizados na ação e forneceu informações sobre o cativo e as pessoas que ali estavam fazendo sua guarda.

A esposa de Valdir, por sua vez, contou sobre o apoio prestado pelos policiais ao longo das investigações (fls. 25, 723, 784), sendo que três testemunhas relataram a dinâmica do roubo praticado (fls. 06 e 726, 08 e 730, e 13 e 767).

As testemunhas de defesa, por outro lado, não lograram desconstituir a prova produzida pela acusação (fls. 823, 827 e 1200, 829, 831, 834, 835, 836, 838 e 891).

Vale acrescentar, que a sentença fez detalhada análise sobre as falas de cada um dos acusados, sobre os detalhes que envolveram as investigações, aqui, salientando a propriedade das linhas telefônicas e os horários das ligações e, principalmente, sobre as evidências de envolvimento de cada um dos acusados tanto no roubo, como no sequestro.

Nesse quadro, conforme anotado linhas atrás, o caso era mesmo de condenação.

Além disso, andou bem o primeiro grau tanto ao reconhecer a responsabilidade de todos os réus pelos crimes de roubo e sequestro como ao absolver os acusados pelo delito de quadrilha ou bando.

Com efeito, às fls. 1227/1229 o magistrado sintetiza a participação de cada um dos acusados na ação.

Verificou-se ali que houve sofisticada orquestração do roubo e do sequestro, detalhada divisão de tarefas e, embora não tenham todos os agentes participado de todos os atos executórios, houve evidente adesão de todos eles em relação às condutas dos demais.

Isso porque, a intenção do grupo como um todo era auferir a maior vantagem patrimonial ou monetária possível da vítima e para tanto se valeram os acusados tanto do roubo quanto do sequestro.

Nesse quadro, não há que se falar em reconhecimento do roubo como crime meio.

No contexto dos autos, resta claro que embora a intenção final fosse o apoderamento patrimonial de bens e valores pertencentes à vítima, os agentes agiram com desígnios autônomos no cometimento de um e outro delito, escolhendo livre e conscientemente a prática de cada uma das condutas delitivas.

Nesse ponto, vale anotar que o crime de roubo já estava consumado

quando os agentes deram início à prática dos atos executórios do sequestro, sendo que tanto em um como em outro restaram plenamente demonstrados tanto o concurso de agentes quanto o emprego de arma.

Do mesmo modo, não há que se falar em participação de menor importância.

Conforme salientado há pouco, a ação foi detalhadamente orquestrada e seria justamente a divisão de tarefas com participações distintas e pontuais que, na visão dos agentes, garantiria o sucesso da empreitada.

Assim sendo, impossível considerar que a atuação de um ou outro fosse irrelevante ou secundária.

Por fim, tem-se que a alegação de Emerson no sentido de que teria agido, porque foi coagido pelos demais não encontrou amparo em nenhum elemento de prova.

Afastadas as nulidades, a alegação de insuficiência de provas, a absorção do crime de roubo, a desclassificação de qualquer um dos delitos e o pedido genérico do réu Marcos para que fossem afastadas as agravantes, bem como a participação de menor importância e a alegação de coação, tem-se que as penas também não merecem reparo, porque dosadas ponderadamente de acordo com as convicções do juízo de Primeiro Grau.

Em relação ao delito de extorsão mediante sequestro, na fixação da base o juízo *a quo* considerou os contornos concretos da ação fixou somente em relação a Aguinaldo, Emerson e Claudinei a pena em 1/6 acima do mínimo legal.

Na sequência, Emerson foi beneficiado com o reconhecimento da confissão espontânea e Claudinei suportou novo aumento no mesmo patamar em virtude da reincidência.

Em relação ao crime de roubo, todos os agentes tiveram a pena fixada no mínimo legal e, muito embora tenha sido observada a ocorrência de duas qualificadoras, o aumento imposto foi o mínimo possível na ordem de 1/3.

Reconhecido o concurso material, as penas foram somadas.

Assim, tem-se que a dosimetria foi bem elaborada e, por isso, não comporta alteração.

Por fim, no tocante ao regime, também não há o que alterar.

Seja por conta do montante de pena imposto, seja porque os delitos em questão foram praticados com audácia, elevado número de agentes e complexidade de ação, tudo está a indicar a necessidade de resposta penal mais rígida.

Assim, regime outro que não o fechado, não surtiria os efeitos necessários.

Pelo exposto, **nega-se provimento aos apelos** mantendo-se a sentença tal como lançada. Comunique-se.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003742-09.2010.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que é apelante SAMUEL PEDROZO MACIEL, 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 recurso, para absolver Samuel Pedroso Maciel, com base no artigo 386, I, do Código de Processo Penal. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6906)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

LAURO MENS DE MELLO, Relator

**Ementa: ROUBO - materialidade - inexistência - vítima que relata a entrega voluntária da res a título de empréstimo - recusa do réu em devolver a res, ameaçando a vítima para que esta não tente reavê-la - presente os crimes de estelionato e constrangimento ilegal – inexistência das elementares de ambos os crimes nos fatos descritos na denúncia - impossibilidade de *mutatio libelli* em Segundo Grau - inteligência da Súmula 453 do STF - apelo provido para absolvição do réu.**

## VOTO

Ao relatório da r. sentença<sup>1</sup>, proferida pelo Dr. Diogo Corrêa de Moraes Aguiar<sup>2</sup>, que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 157, *caput*, do Código Penal<sup>3</sup>, à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa.

1 Folhas 85.

2 1ª Vara Judicial da Comarca de Capão Bonito.

3 Fato ocorrido em 12/08/2010.

O réu apelou<sup>4</sup> alegando ser cabível a sua absolvição, com fundamento na prova da inexistência do fato ou na exclusão da culpabilidade por ser viciado em “crack”. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime de furto simples ou a redução da pena aplicada em seu máximo.

Apresentadas contrarrazões<sup>5</sup>.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou<sup>6</sup> pelo não provimento ao recurso.

### **É o relatório.**

O réu Samuel Pedroso Maciel<sup>7</sup> informou que já havia sido processado por furto duas vezes, mas não sabe se foi condenado, nem mesmo se os processos já chegaram ao fim. Era pedreiro antes de ser preso e estudou até o primeiro colegial. Tem 18 anos de idade e já ficou internado na “Febem”. Sobre os fatos, o réu afirmou que, na ocasião, chamou a atenção da vítima perguntando-lhe as horas, pedindo, em seguida, o telefone celular da mesma para fazer uma ligação. Quando o ofendido pediu o celular de volta, ele se recusou a entregá-lo. Ato contínuo, disse que estava com uma faca, mas que não fez ameaças expressas de esfaquear a vítima. Saiu correndo com o celular e, logo depois, foi preso pela polícia. Antes, havia dispensado o aparelho em um matagal. Samuel finalizou dizendo ser usuário de “crack” e estar sob o efeito da droga no momento do roubo.

A vítima Marcelo Aparecido de Proença, ao depor em juízo<sup>8</sup>, relatou que, na data dos fatos, caminhava pela Rua Floriano Peixoto quando, em dado momento, o réu o abordou perguntando que horas eram, por mais de uma vez. No início, desconfiou da postura do apelante, mas, quando este lhe dissera que ele, Marcelo, era irmão de Luana, o ofendido parou para conversar com o réu. Em seguida, pediu emprestado o telefone celular da vítima dizendo que precisava ligar para sua namorada. Ao perceber, no entanto, que o apelante conversava com outra pessoa, Marcelo segurou o celular que estava nas mãos do réu e pediu para que ele lhe devolvesse o aparelho porque precisava ir embora. O acusado, então, puxou o celular com mais força e, na sequência, fez um gesto por debaixo da blusa ordenando que a vítima o soltasse, pois, do contrário, lhe desferiria uma facada. Marcelo soltou o celular e o réu fugiu com o objeto. Logo depois, a vítima encontrou a polícia e o acusado foi localizado, tendo apontado onde havia escondido o aparelho, que acabou recuperado. Por fim, Marcelo disse que não conhecia o acusado antes.

4	Folhas 107.
5	Folhas 120.
6	Folhas 132.
7	Folhas 65.
8	Folhas 62.

À palavra da vítima deve ser dada a devida credibilidade como meio de prova, tendo em vista inexistir nos autos qualquer indício de que o ofendido tenha intenção de prejudicar o réu, pois sequer se conheciam anteriormente ao crime.

Como, nos termos supra, ficou descrita conduta que se adequa ao injusto penal, apontando quem o praticou, necessária análise do valor de tal declaração.

Neste sentido, existe a possibilidade de a vítima, por ser objeto material do crime, ser levada pela paixão, ódio, ressentimento e emoção, procurando narrar os fatos como lhe pareçam convenientes. Aliás, mesmo sem a nítida intenção de prejudicar quem quer que seja, pode, em face da intensa comoção decorrente do crime, desvirtuar os fatos, ainda que acredite que os narra com fidelidade.

Embora tal hipótese mostre-se possível, não se pode simplesmente descartar declaração de vítima.

Toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz.

Portanto, não se pode excluir tão somente pela condição de vítima, sendo indispensável à análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA<sup>9</sup> que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*<sup>10</sup>.

Por tais motivos, a declaração de vítima só deve ser vista com reservas quando verificar-se a existência de incongruências.

Desta forma, não há que falar-se na validade da regra romana, inserida no Digesto<sup>11</sup>, no sentido de que *“nullus idoneus testis in re sua intelligitur”*.

Tanto assim que MANZINI<sup>12</sup> afirma que *“o ofendido, seja ou não denunciante, querelante ou parte civil, tem plena capacidade testemunhal, e*

9        La logica delle prove in materia criminale - 1895 - v. 2 - p. 59/60.

10       Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in: *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* - 6ª. Ed. - Rio de Janeiro: Editora Rio - 1980 - v. 3 - p. 78.

11       Livro 22, tít. V, l. 10.

12       Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice - 1932 - v. III - p. 201.

*torna-se, efetivamente, testemunha, para todas as consequências de direito”.*

No caso dos autos, não se vislumbra incongruências, tanto que a declaração de vítima mostra-se segura e sem vislumbres de sofrer qualquer desvirtuamento em face da comoção do crime ou eventual interesse em prejudicar a pessoa acusada.

Nestes termos, possível o decreto condenatório lastreado tão somente em declaração de vítima, posicionando-se neste sentido SOUZA NUCCI<sup>13</sup>, ao afirmar: *“sustentamos poder a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”.*

No mesmo sentido, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO<sup>14</sup>, ao dizer: *“quando não há interesse, costuma-se dar muito apreço à imputação da vítima, apontando o autor do crime, que a feriu”.*

Em crimes praticados de forma clandestina, a palavra da vítima mostra-se altamente relevante, uma vez que na maioria dos casos é a única prova de autoria.

TOURINHO FILHO<sup>15</sup> diz que *“é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos ‘qui clam comittit solent’ - que se cometem longe dos olhares de testemunhas - a palavra da vítima é de valor extraordinário”.*

Também EDUARDO ESPÍNOLA FILHO<sup>16</sup> defende o valor de depoimento da vítima nestes casos, relatando que *“existem muitos crimes cuja prova se torna impossível, sem se dar um valor preponderante às informações da própria vítima”.*

Por fim, destaca-se que alegação de intenção de vítima prejudicar inocente deve ser afastada de plano, visto que ela, mais do que ninguém, tem o interesse em acusar apenas o culpado, posto que, agindo em sentido contrário, levaria à impunidade daquele que a prejudicou.

Como diz EDUARDO ESPÍNOLA FILHO<sup>17</sup>, *“seria inconcebível a falsa acusação de um inocente, com o efeito mediato de firmar a impunidade do agente culpado”.*

---

13 *Código de Processo Penal Comentado* - 11ª ed. - São Paulo: RT - 2012 - p. 465.

14 *Código de Processo Penal Anotado* - ed. Histórica - Rio de Janeiro: Editora Rio - 1980 - v. III p. - 59.

15 *Processo Penal* - 3ª ed. - Bauru: Editora Jalovi Ltda. - 1977 - v. III - p. 183.

16 *Código de Processo Penal Anotado* - ed. Histórica - Rio de Janeiro: Editora Rio - 1980 - v. III - p. 55.

17 *Código de Processo Penal Anotado* - ed. Histórica - Rio de Janeiro: Editora Rio - 1980 - v. III - p. 59.

Neste sentido, esclarece FRAMARINO DE MALATESTA<sup>18</sup> que “a animosidade pelo ofensor não pode ser considerada como motivo de suspeita contra o ofendido, quanto à designação do delinquente. O ofendido, nessa sua qualidade, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor; e por isso dizer ao ofendido: - não acreditamos na tua palavra indicativa do delinquente, porque tu, como ofendido tens ódio contra ele - é uma verdadeira e flagrante contradição; é reconhecer a verdade da indicação, querendo tolher-lhe a fé. Quando, pois, a aversão contra o ofensor derivasse de causa estranha ao crime, então a razão de suspeita não estaria mais na qualidade de ofendido, mas na de inimigo, qualidade esta que, como vimos, expondo os critérios gerais em seu lugar, deprecia qualquer testemunho, mesmo de terceiro, e não tem que ver com os motivos de suspeita particularmente inerentes à qualidade de ofendido, dos quais nos ocupamos aqui”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma tal entendimento:

*HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE NO ATO DE RECONHECIMENTO DO ACUSADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO EM OUTROS ELEMENTOS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. CRIME COMETIDO NA CLANDESTINIDADE. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.*

1. A alegada fragilidade do conjunto probatório, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial se o édito condenatório está fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito ao paciente.

3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, na angusta via do writ, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão

*repressiva em desfavor do paciente.*

4. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese”<sup>19</sup>.

Desta forma, plenamente válida declaração de vítima.

O policial militar Carlos Francisco Ferreira de Almeida, ao depor em juízo<sup>20</sup>, afirmou que, na data dos fatos, ele e um companheiro estavam em patrulhamento próximo à Praça Rui Barbosa quando populares informaram que havia um indivíduo correndo pela Rua Silva Jardim e um outro sujeito atrás, e que o último possivelmente tenha sido roubado pelo primeiro. Na sequência, a vítima apareceu contando que o réu havia pedido seu telefone celular emprestado, mas que não quis devolvê-lo quando solicitado, dizendo que estava com uma faca e que iria cortá-lo. Logo depois, localizaram o réu na Rua Campos Sales e o revistaram, não encontrando a faca, nem o celular. O policial relatou também que o acusado confessou a subtração e o local onde tinha escondido o aparelho. De posse da informação, localizaram o objeto em um matagal perto da igreja. O réu disse aos policiais que tinha pedido o celular emprestado num primeiro momento, simulando, depois, estar armado com uma faca e falando que não devolveria o aparelho à vítima. O declarante conhecia o réu antes dos fatos, pois o mesmo já havia se envolvido em outro furto de telefone celular na área central.

Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por policial.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES<sup>21</sup>.

Desta forma os policiais, como funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta

19 STJ - HC 162913/SP - rel. Min. Jorge Mussi - j. 05/04/2011.

20 Folhas 63.

21 Direito Administrativo Brasileiro - Ed. Malheiros - 1995.

FRAMARINO DE MALATESTA<sup>22</sup> ao afirmar que “*não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público*”.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de policial tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA<sup>23</sup> que “*para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho*”<sup>24</sup>.

Por tais motivos o depoimento policial só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que fazem parte dos quadros da polícia não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do policial envolvido, caberia àquele que alega o prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

22 *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* - Campinas: Bookseller - 1986 - p. 396.

23 *La logica delle prove in materia criminale* - 1895 - v. 2 - p. 59/60.

24 Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in: *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* - 6ª. Ed. - Rio de Janeiro - Editora Rio - 1980 - v. 3 p. - 78.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento policial.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento policial para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

*“Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo”<sup>25</sup>.*

*“Ainda que a condenação tivesse sido amparada apenas no depoimento de policiais - o que não ocorreu na espécie -, de qualquer forma não seria caso de anulação da sentença, porquanto esses não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenha participado, no exercício das funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório”<sup>26</sup>.*

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

*“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações”<sup>27</sup>.*

Logo, como visto, o policial confirma a versão dada pelo réu e pela vítima, no sentido de que o primeiro pediu para o segundo o empréstimo do celular e posteriormente recusou-se a devolvê-lo, chegando a ameaçar a vítima.

Como visto não ficou caracterizada a materialidade do roubo, quer próprio, quer impróprio. Não utilizou-se o réu de violência ou grave ameaça para subtrair o bem, nem tampouco para garantir sua posse após subtração.

O ato inicial foi o “empréstimo” do celular da vítima para o réu, fato narrado por ambos, circunstância que afasta a materialidade do roubo.

25 STJ - *habeas corpus* 177980/BA - rel. Min. Jorge Mussi - J. 28/06/2011.

26 STJ - HC 30776/RJ - rel. Min. Laurita Vaz - DJ 08.03.2004 - p. 304.

27 STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

Também não há que falar-se em materialidade do furto, visto que não houve retirada do bem da vítima sem sua anuência. O bem foi entregue pela vítima, por “empréstimo” ao réu, circunstância que descaracteriza a subtração.

Logo, estaria configurado o crime de estelionato pelo ardil de pedir o telefone emprestado, já prevendo a sua não devolução - conclusão que se retira do fato de dizer que iria usar o celular para falar com a namorada e não o fez, bem como ter exibido arma para que a vítima largasse o aparelho, quando esta tentou reavê-lo.

Porém, além do estelionato, configurado outro crime.

Conforme já explanado, a vítima Marcelo emprestou seu telefone celular para o réu e, ao perceber que este não estava ligando para sua namorada - motivo pelo qual havia pedido o objeto emprestado -, solicitou o aparelho de volta dizendo que precisava ir embora. Negando-se a devolvê-lo, o acusado puxou o celular com força e, em seguida, fez um gesto por debaixo da blusa ordenando que Marcelo o soltasse, pois, do contrário, lhe daria uma facada.

Diante da grave ameaça exercida contra a vítima no intuito de manter a posse do aparelho de telefone celular que esta havia lhe emprestado, e que não quis lhe devolver quando solicitado, restou caracterizado o cometimento do crime de constrangimento ilegal.

O auto de exibição e apreensão<sup>28</sup> e a prova oral, em especial a vítima, que relata a grave ameaça contra ela exercida<sup>29</sup>, comprovam a materialidade delitiva.

Quanto à autoria, ficou suficientemente demonstrada pelos depoimentos da vítima e do policial Carlos Francisco, bem como pelos documentos acostados aos autos. Neste sentido, resta frágil e isolada a versão do réu, que admitiu ter se negado a devolver o aparelho de telefone celular de Marcelo, porém sem tê-lo ameaçado.

De igual modo, desacolhe-se o pedido absolutório fundamentado no argumento de ser o réu viciado em “crack” e de estar, no momento do crime, sob o efeito de drogas, sendo, portanto, possível o reconhecimento de circunstância que o isente de pena. Isso porque, conforme bem lembrado pelo órgão do Ministério Público em suas contrarrazões<sup>30</sup>, a não culpabilidade do réu em decorrência de dependência de entorpecentes reclamava exame próprio, o qual sequer chegou a ser solicitado pela sua defesa durante a instrução do processo.

Logo, deveria o réu, pela prova produzida em juízo, ser condenado por estelionato e constrangimento ilegal.

Porém, as elementares de ambos os crimes não se encontram presentes na denúncia.

28 Folhas 12.

29 Folhas 62.

30 Folhas 120.

Inicialmente, deve-se destacar a necessidade de correlação entre a imputação dos fatos descritos na denúncia e aqueles reconhecidos na sentença.

Isto porque faz parte do corolário da ampla defesa a certeza de não ser condenado por fato do qual não pode se defender.

Neste sentido, Magalhães Noronha, afirmando que “*compreende-se, destarte, que o juiz se ache de certo modo vinculado à denúncia, não podendo julgar o réu por fato de que não foi acusado (extra petita), ou de modalidade mais grave (in pejus), proferindo sentença que se afasta ou se alheia do requisitório da acusação*”<sup>31</sup>.

Em primeiro grau, existe a possibilidade de alteração dos fatos nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Assim, a condenação por fato não descrito na denúncia e não aditado importa em ilegalidade.

Neste sentido, a doutrina ao afirmar que “*a inobservância da prescrição do art. 384, caput, é causa de nulidade, antes de mais nada porque o princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa*”<sup>32</sup>.

É certo, no entanto, que a pessoa acusada defende-se dos fatos e não da capitulação dada na denúncia.

Assim, afirma Tourinho Filho que “*no processo penal vigora também o princípio do jura novit curia, isto é, o princípio da livre dicção do direito - o juiz conhece o direito, o juiz cuida do direito. Em outras palavras, vigora o princípio da consubstanciação narra mihi factum dabo tibi jus (narra-me o fato e te darei o direito)*”.

Porém, não estando o fato descrito implícita ou explicitamente na denúncia, mostra-se inviável ser utilizado para um decreto condenatório.

Em segundo grau, entretanto, não existe a possibilidade de alteração dos fatos pelos quais a pessoa responde, nos termos da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, que prevê ser “*nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício*”.

Deve-se considerar conjuntamente a Súmula 453, também no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “*não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do 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*”.

**Logo,** verificando o Tribunal que o crime praticado não se encontra

31 *Curso de Direito Processual Penal* - 25ª ed. - São Paulo: Saraiva - 1997 - p. 287.

32 *Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho - As Nulidades no Processo Penal* - 5ª ed. - Malheiros Editores Ltda, 1996, p.180,182.

corretamente descrito, não pode suprir tal omissão, impondo-se o desabe absolutório.

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO DA CONDUTA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA QUE CONDENA O RÉU PELA PRÁTICA DE ESTUPRO. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO NARRADAS NA INICIAL. MUTATIO LIBELLI. NULIDADE ABSOLUTA. RECURSO DESPROVIDO.*

*I. O fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo Juiz, na sentença, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.*

*II. Impossibilidade do magistrado, ao promover a emendatio libelli, de modificar qualquer fato descrito na inicial acusatória.*

*III. Hipótese em que a denúncia foi direcionada no sentido da ocorrência de atentado violento ao pudor, tendo sido incluída, na sentença condenatória, conduta não descrita na inicial acusatória, com a condenação do réu por tentativa de estupro.*

*IV. A situação que representa hipótese típica de mutatio libelli, diante da nova definição jurídica dada ao fato, em consequência de circunstância da infração penal não contida na acusação, razão pela qual dependia da participação ativa do Ministério Público, com estrita observância às formalidades descritas no art. 384 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade absoluta.*

*V. Acórdão recorrido que merece ser mantido por seus próprios fundamentos.*

*VI. Recurso desprovido”<sup>33</sup>.*

Logo, como a denúncia não faz alusão a qualquer ardid, nem tampouco à prática de grave ameaça para que a vítima faça ou deixe de fazer algo, impõe-se a absolvição.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para **absolver** Samuel Pedroso Maciel, com base no artigo 386, I, do Código de Processo Penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000371-57.2010.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante CLOVIS ALVES DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para o fim de reduzir a sanção imposta para três (03) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença ora hostilizada. V.U”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4855)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

IVO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: ESTATUTO DO DESARMAMENTO - Porte de arma de fogo, com numeração suprimida - Materialidade e autoria bem definidas - Condenação - Adequação - Pretensão defensiva voltada para absolvição em face da excludente de ilicitude (estado de necessidade) ou desclassificação para a figura do artigo 14, da lei de armas - Impossibilidade - Intuito do legislador em apenar de forma mais rigorosa a conduta de portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo que não possa ser identificada. Recurso provido, em parte, tão-somente para afastar a nota de reincidência, nos termos propostos pelo voto.**

## VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 135/140, cujo relatório fica adotado, CLOVIS ALVES DOS SANTOS viu-se condenado a cumprir três (03) anos e seis (06) meses de reclusão, em regime semiaberto, e a pagar 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Inconformado, parcialmente, busca o recorrente sua absolvição em face de uma excludente de ilicitude (estado de necessidade). Subsidiariamente, objetiva a desclassificação do delito imputado para aquele de que trata o artigo 14 da suso referida Lei Federal. (fls. 165/169).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 175/179), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento (fls.

197/199).

### **É o relatório.**

A acusação acolhida pela sentença é no sentido de que no dia 1º de janeiro de 2010, na cidade e Comarca de Itaquaquecetuba, o réu possuía e portava arma de fogo, com numeração suprimida, devidamente municada, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O recurso manifestado não merece provimento.

Com efeito.

A prova haurida nos autos é robusta e contundente no tocante à responsabilização criminal do apelante, merecendo restar mantida a condenação exarada em primeiro grau jurisdicional.

Ora, sob o crivo do contraditório ele confessou que portava a arma apreendida e como justificativa aduziu que a adquiriu em uma “feira do rolo” porque estaria sendo ameaçado.

Todavia, tal justificativa não tem o condão de afastar a ilicitude da conduta praticada.

Não se pode cogitar que alguém que esteja sofrendo um crime de ameaça prefira adquirir uma arma de fogo, ilegalmente, vale dizer, em uma “feira de rolo” buscando a prática de um ilícito ainda mais grave, ao invés de procurar o auxílio da polícia para registrar tal ocorrência.

Demais disso, não trouxe aos autos qualquer comprovação do alegado para o fim de se emprestar um mínimo de credibilidade.

Igualmente, não há se falar em desclassificação dessa conduta reprovável para aquela prevista no artigo 14 da Lei 10.826/03 por suposta ocorrência de erro de tipo.

Nesse particular, alega o apelante que desconhecia o fato de a arma de fogo ser de “uso restrito das Forças Armadas”.

Pois bem.

O fato é que não é essa a acusação que recai sobre ele. Sua condenação pelo tipo descrito na denúncia é no sentido de que portava arma de fogo com identificação suprimida e tal condição do artefato adquirido era evidentemente de seu conhecimento.

O delito insculpido no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 refere-se a armas de fogo com classificação de uso permitido. Mas por se tratar de artefato com numeração obliterada (cf. laudo de fls. 77/78) torna-se justificável uma apenação mais rigorosa em face da maior censurabilidade da conduta daquele que porta ou possui arma com numeração raspada, artefato comumente utilizado em crimes contra a vida ou de natureza patrimonial.

Aliás, sobre esse tema assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Se a*

*pessoa é surpreendida portando arma com numeração raspada, incide no crime do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03, pouco importando seja a arma de uso permitido, restrito ou proibido” (AgRg no Recurso Especial nº 990.839/RS, Rel. Min. Jane Silva).*

Logo, escorreito o édito condenatório, de modo que a sua reforma é inatingível.

Examina-se a dosimetria imposta.

Da análise dos autos, verifica-se que a douta magistrada “a quo”, na primeira fase da dosimetria, considerando o réu portador de maus antecedentes, equivocadamente, compensou tal circunstância com a confissão espontânea. A seguir, por conta da reincidência considerada pela certidão de fls. 132, estabilizou a sanção penal, definitivamente, em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão, em regime semiaberto, e a pagar 11 (onze) dias-multa.

Pois bem.

O réu não é portador de reincidência. O documento encartado às fls. 132 se refere a fato anterior, com trânsito em julgado também anterior ao fato ora em apuração, mas com período depurador há muito transcorrido. Logo, de rigor o afastamento desse aumento perpetrado, devendo as reprimendas tornar ao mínimo legal de três (03) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, estabilizada, nesse patamar, à míngua de outras causas modificadoras.

Nesse particular, cumpre registrar que os maus antecedentes ostentados pelo réu foram neutralizados pela confissão (pese o fato de o serem realizados ao arrepio do artigo 68 do CP). Todavia, não se pode alterar tal ajuste da sentença, pois o recurso é exclusivo da defesa.

No tocante ao substitutivo penal, escorreito “decisum”, porquanto, efetivamente, o réu não preenche os requisitos de que trata o artigo 44 do CP.

Já a imposição do regime inicial semiaberto era mesmo imperativa, na hipótese e, nesse passo, não se vislumbra qualquer ofensa às disposições contidas nas Súmulas 718 e 719 do Excelso Pretório, porquanto a fixação da regência carcerária se deu de forma motivada.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para o fim de reduzir a sanção imposta para três (03) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença ora hostilizada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008312-60.2012.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que são apelantes

DIEGO VIEIRA DOS SANTOS e GELSON DE JESUS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento aos apelos defensivos para reduzir a pena imposta aos apelantes, fixando-a em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, regime inicial fechado, mais 416 dias-multa, no piso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente) e ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

**Ementa: Tráfico de drogas e Corrupção de menor. Configuração do tráfico. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos de policiais militares e demais elementos de prova juntados aos autos. Condenação mantida. Corrupção bem comprovada. Tipo penal que tem por escopo impedir o estímulo do ingresso e da permanência do menor no universo criminoso. Condenação mantida. Necessidade de adequação da dosimetria da pena quanto ao crime de tráfico, aplicando-se na terceira fase a causa de diminuição inscrita art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no mínimo legal em virtude da quantidade e espécie de droga encontrada. Recursos defensivos parcialmente providos para reduzir a pena aplicada aos apelantes, em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, regime inicial fechado, mais 416 dias-multa, no piso.**

## VOTO

1. DIEGO VIEIRA DOS SANTOS (RG nº 71.025.075-SSP/SP) e GELSON DE JESUS SANTOS (RG nº 71.033.200-SSP/SP) foram denunciados por infração ao artigo 33, *caput* e ao artigo 35 da Lei nº 11.343/06, bem como ao artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente porque, no dia 19 de maio de 2012, por volta das 15 horas e 30 minutos, nas imediações da Rua Curitiba, nº 15-29, na cidade de Presidente Epitácio, traziam consigo vários invólucros e um tijolo de crack pesando 528,92 gramas, bem como um tablete de maconha com peso de 2,7 gramas.

Regularmente processado o feito, pela r. sentença de fls. 232/239, que

Julgou parcialmente procedente a ação penal, os réus foram condenados como incurso nos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 e no artigo 244-B, *caput* da Lei nº 8.069/1990, em concurso material, às penas totais de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de pagamento de 500 dias- multa, no piso legal. Foi-lhes negado o direito de recorrer em liberdade. Os dois sentenciados foram absolvidos da prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorreu GELSON, pugnando pela reforma do julgado (fls. 278/288). Pleiteia, inicialmente, a absolvição por falta de provas, pois a prova oral produzida não seria firme para sustentar a condenação. Quanto ao crime de corrupção de menores, afirma que a infração é material, e não tendo sido provado o ato corruptor praticado pelo apelante deve ser ele absolvido da prática da conduta.

Por sua vez, apela DIEGO afirmando, preliminarmente, ser nula a sentença por ter sido negada pelo Juízo a conversão do julgamento em diligência para requerer junto à polícia local a gravação que dava a notícia do delito, por configurar cerceamento de defesa. No mérito, pleiteia a absolvição do crime de tráfico de drogas por ausência de provas suficientes para sustentar o édito condenatório. Além disso, afirma que o delito de corrupção de menores é material, e por não haver prova de ato corruptor praticado pelo apelante deve ser ele absolvido. Requer, ainda, diminuição da pena de multa, que reputa desproporcional (fls. 290/295).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi pelo desprovimento (fls. 307/318).

Pelo despacho de fls. 320, determinou-se o encaminhamento do feito à Vara de origem para regularização, posto que os recursos defensivos não haviam sido contra-arrazoados pelo órgão ministerial oficiante.

Foram apresentadas contrarrazões ministeriais a fls. 325/328.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça reiterou o parecer anteriormente exarado a fls. 334.

É o relatório.

2. A preliminar de cerceamento de defesa invocada pela Defesa não merece prosperar.

A pretensão, analisada e indeferida durante o processo, de converter o julgamento em diligência para requerer junto à polícia local a gravação que dava a notícia do delito não tinha mesmo cabimento, nenhum indício há nos autos que justifique a providência requerida.

Isto porque a diligência requerida pela defesa foi considerada desnecessária pela douta Juíza *a quo*, que a indeferiu fundamentadamente: “*Há provas suficientes nos autos e produzidas sob o crivo do contraditório para o*

*juízo de julgamento da demanda. Ademais, a eventual gravação do chamado feito ao COPOM não influenciaria no resultado do julgamento, porque não seria apta a comprovar a materialidade ou a autoria delitiva” (fls. 233).*

Neste sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*“Segundo o princípio da persuasão racional, cabe ao magistrado verificar a necessidade da realização da diligência requerida e a sua efetiva conveniência, não configurando constrangimento ilegal o indeferimento de produção de provas que se apresentam meramente protelatórias ou desnecessárias para o deslinde da causa, como na hipótese dos autos” (STJ - HC nº 138431, Habeas Corpus 2009/0108975-8, Rel. Ministro Celso Limongi, 6ª Turma, julgado em 26.10.2010).*

Superada, portanto, a suposta nulidade apontada.

3. O recurso não merece provimento.

Segundo consta, na data e local dos fatos, DIEGO e GELSON, juntamente com terceiros não identificados e com o adolescente M.V.F.S., traziam consigo e produziam, para o fim de entregar ao consumo de terceiros, vários invólucros e um “tijolo” da droga popularmente conhecida como crack pesando 528,92 gramas, bem como um tablete de maconha com peso de 2,7 gramas.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, DIEGO e GELSON corromperam ou facilitaram a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando tráfico de drogas.

Conforme apurado, policiais militares foram informados de que cinco pessoas estariam embalando drogas na escada da Orla Fluvial, que dá acesso ao rio, e dirigiram-se até o local e de pronto avistaram três bicicletas próximas à escada. Momentos após, um dos militares desceu pela escada e visualizou cinco indivíduos manuseando entorpecentes, procedendo ao seu embale.

Ato contínuo, ao dar voz de prisão aos indivíduos, quatro deles conseguiram empreender fuga, dentre eles o adolescente M.V.F.S. e o apelante GELSON, permanecendo no local apenas DIEGO, sendo apreendidos vários invólucros e um tijolo de crack, uma sacola de plástico com farelos da droga, bem como um tablete de maconha e dois celulares.

A materialidade do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343 está evidenciada no auto de prisão em flagrante (fls. 02 e ss.), no boletim de ocorrência (fls. 13/17), no auto de exibição e apreensão (fls. 18/24) e no exame toxicológico (fls. 81/84 e 85, 88 e 99).

A autoria dos apelantes também é certa.

Interrogado em Juízo, DIEGO afirmou que fora até o local dos fatos para procurar por amigos, mas não os encontrou. Também disse que o corréu GELSON não se encontrava lá e narrou que havia pessoas lidando com drogas

no lugar, mas que ele não estava envolvido com a ação.

GELSON, quando ouvido sob o crivo do contraditório, disse que não estava no local dos fatos no momento da apreensão do entorpecente, mas sim em sua casa, bem como que conhecia DIEGO apenas de vista.

A versão defensiva, todavia, quando confrontada com os demais elementos de prova carreados aos autos.

Ouvido em Juízo, o policial Waldyr Pereira de Araújo afirmou que recebeu denúncia anônima de que havia indivíduos embalando entorpecentes no local dos fatos, motivo pelo qual se dirigiu até lá com outros policiais. Narrou que, ao chegar, avistou pessoas em uma das escadas, oportunidade em que desceu pela escada ao lado e se deparou com os apelantes, reconhecidos por ele em audiência, e mais outros indivíduos, dentre eles o menor, embalando drogas. Asseverou que quando os réus o viram tentaram empreender fuga, subindo as escadas correndo, sendo que DIEGO tentou se esconder num matagal, mas acabou localizado e detido. Salientou que na escadaria em que estavam os acusados encontrou crack, estando uma parte já embalada. Ademais, encontrou no local um jogo eletrônico pertencente ao adolescente (que, em audiência reconheceu como sendo de sua propriedade) e dois celulares, sendo um deles de DIEGO.

Complementarmente, o policial Cleber Barbosa dos Santos ressaltou que se recordava de DIEGO e que ele era aquele que tentara sem sucesso se esconder num matagal, quando da chegada da polícia, mas fora detido. Entretanto, não conseguiu visualizar os cinco indivíduos no local por não ter descido as escadas, mantendo-se num plano mais elevado para dar cobertura para seu parceiro e evitar fugas.

Já o policial Victor Paulo Reole disse que se deslocou para o local dos fatos, a fim de dar apoio aos colegas, e viu indivíduos fugindo. Disse que auxiliou na condução para a Delegacia do réu DIEGO, que foi aquele quem tentou se esconder na vegetação existente no local, e na apreensão do adolescente M.V.F.S., que estava no local com os demais agentes.

As declarações de policiais, como vem decidindo esta C. Câmara, merecem a mesma credibilidade que aquelas prestadas por outras testemunhas. Impossível presumir de pronto que os agentes investidos pelo Estado do dever de combater a criminalidade e zelar pela segurança pública buscariam prejudicar inocentes, trazendo entorpecentes ilegais e atribuindo sua posse a qualquer desconhecido.

Ademais, ficou evidenciado que o adolescente M.V.F.S. estava na companhia dos agentes embalando drogas, razão porque a prova colacionada aos autos também dá subsistência à materialidade e à autoria, pelos apelantes, do crime tipificado no art. 244-B do ECA, mantendo-se a condenação. Trata-se de delito formal, pouco importando o fato de o adolescente ter sido apreendido

anteriormente por tráfico de drogas.

Conforme sedimentado entendimento jurisprudencial, “*o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos*” (STJ, HC nº 144.181/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 30.11.09).

No mesmo sentido: “*O fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. O bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais*” (STJ, Resp. nº 1.160.429/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJE 29.03.10).

Passo à dosimetria da pena, que comporta pequena adequação. Ela será realizada conjuntamente, válida para os dois apelantes, porque eles ostentam as mesmas condições objetivas e subjetivas a serem analisadas na individualização da reprimenda.

Para o crime de tráfico de entorpecentes, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, apesar de incidência da atenuante da menoridade relativa, ela não foi aplicada pela impossibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal nesta etapa, conforme preceitua a Súmula nº 231 do STJ.

Na terceira fase, o Juízo *a quo* afastou a incidência da causa de diminuição inscrita no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 em virtude da quantidade e espécie de droga encontrada. Todavia, tendo em vista as características do caso em concreto, em que foram localizados vários invólucros e um tijolo de crack pesando 528,92 gramas, bem como um tablete de maconha com peso de 2,7 gramas, entendo ser caso de aplicação da causa de diminuição no mínimo legal, qual seja, 1/6, totalizando 4 anos e 2 meses de reclusão, além de 416 dias-multa, no piso.

Não há inadequação na pena de multa fixada nos estritos moldes legais. Com efeito, eventual impossibilidade de o réu arcar com os custos da pena de multa se resolverá, nos termos civis, pela execução de dívida de valor e não irá interferir em seu direito de locomoção. Por outro lado, caso fixado valor aquém do previsto, ainda que a situação econômica do réu seja favoravelmente modificada à época da execução, o Estado não poderá receber o valor devido.

No que se refere ao crime de corrupção de menores, não há adequações a serem feitas, sendo fixada no mínimo legal em 01 ano de reclusão.

Isto posto, pelo concurso material as penas conjuntamente consideradas totalizam 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 416 dias-multa,

no mínimo legal.

Enfim, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e do montante imposto, mantenho o regime inicial fechado para desconto da reprimenda, sendo incabível a substituição pela não satisfação dos requisitos legais.

4. Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos apelos defensivos para reduzir a pena imposta aos apelantes, fixando-a em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, regime inicial fechado, mais 416 dias-multa, no piso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041343-48.2010.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante FRANCISCO MOREIRA MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Francisco Moreira Martins, para o absolver da imputação da prática do crime previsto no artigo 330, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, como prolatada. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.596)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) E LOURI BARBIERO.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO DE AMBAS AS IMPUTAÇÕES, POR FALTA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.**

**CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS ARTS. 330 E 147, C.C. O ART. 69, TODOS DO CP.**

**CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM INCRIMINAR O APELANTE QUANTO À PRÁTICA DO CRIME DE AMEAÇA NA FORMA RECEPCIONADA NA R. SENTENÇA.**

**CASO EM QUE, NO TOCANTE AO DELITO DE**

**DESOBEDIÊNCIA, A EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA DE SANÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA, QUE PODE SER ATÉ MESMO DE PRISÃO PREVENTIVA, TORNA ATÍPICA A CONDUTA IMPUTADA, A ENSEJAR A ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA.**

**Recurso parcialmente provido.**

## VOTO

1 - Trata-se de apelação interposta em favor de Francisco Moreira Martins, que se viu condenado ao cumprimento de pena corporal de um mês e quinze dias de detenção, em regime prisional inicial aberto, mais o pagamento de dez dias-multa, lhe tendo sido concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, por infração aos ditames dos artigos 330 e 147, c.c. o artigo 69, todos do Código Penal (fls. 71/72 e versos).

Aduz a Defensoria do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido da imputação da prática dos crimes de ameaça e de desobediência, nos termos do artigo 386, II, III ou VII, do Código Adjetivo. Alega que quanto ao primeiro delito, não há provas a incriminá-lo (fl. 91), sendo a versão da vítima duvidosa (fl. 93). Acerca do segundo frisa que existe previsão de sanção para descumprimento de medida protetiva, ou seja, decretação de prisão preventiva (fl. 97), não havendo que se falar em crime de desobediência, sob pena de tal caracterizar “*bis in idem*” (fl. 97). Requer ainda, que o Ministério Público, em Segunda Instância, não ofereça parecer, “sob pena de nulidade do acórdão” (fl. 99), isso porque “não pode atuar como **parte e como órgão imparcial** ao mesmo tempo” (fl. 87). Argumenta, demais, “que nova manifestação pelo Ministério Público, sem que se faculte à Defesa impugná-la, viola a ampla defesa e o contraditório. Em suma, viola o devido processo legal e a paridade de armas entre a acusação e a defesa” (fl. 88). Supletivamente, requer a absolvição pela “AUSÊNCIA DE DOLO OU PROVA DE INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA” (fl. 93) (fls. 86/100).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que requer o seu desprovimento, alegando que a intervenção do Ministério Público decorre de lei (fls. 104/107 e 111/113). No mérito assevera que a infração prevista no artigo 330, do Código Repressivo, se configurou, pois o apelante confessou que descumpriu medida protetiva da qual havia sido intimado (fls. 117/118), frisando que também ocorreu o crime de ameaça, “tanto que a vítima sentiu-se intimidada (...) que mudou de endereço, chamou a polícia, pediu proteção, confirmou a ameaça na polícia e em Juízo, ou seja, como bem observado pelo

douto Magistrado, o apelante retirou a paz de espírito da vítima, a quem incutiu temor” (fl. 119) (fls.102/119).

E a D. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Rui Pires Galvão Filho, se pronunciou pelo desprovimento do apelo e pela manutenção da r. sentença (fls. 131/137).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Há que se dar parcial provimento ao recurso defensivo.

Por primeiro, no que tange a argumentação quanto a resultar em cerceamento de defesa o pronunciamento da dita Procuradoria de Justiça nos autos ou, ainda, em *bis in idem*, em relação à manifestação do membro do *Parquet* de Primeira Instância, não há que se acolhida, isto porque diversamente desse último, que é parte integrante na relação processual, a primeira atua como *custos legis*, se manifestando sobre o acerto ou erro da decisão recorrida, portanto em limites diversos e em consonância com os ditames dos artigos 610 e 613, do Código de Processo Penal.

Assim, não há que se falar que tal atuação enseja quebra do princípio do contraditório e da ampla defesa, inclusive porque referido parecer pode até mesmo ser prolatado em sentido benéfico ao réu, não estando, assim, sujeito à parcialidade atribuída, somando-se a tal que ao patrono do acusado é facultada a possibilidade de oferecer sustentação oral em sessão de julgamento.

Nenhuma nulidade se verifica, e jamais ensejou, pois, na remessa dos autos para fins de oposição de parecer pela Procuradoria de Justiça.

Já em relação à tese de atipicidade do delito de desobediência, há que ser acolhida.

Isso porque, no caso concreto, trata-se de descumprimento de medida protetiva imposta com base na Lei nº 11.340/2006, para o qual há previsão de adoção de outras providências visando garantir a efetividade das medidas de urgência determinadas, que podem culminar, inclusive, nos termos do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, com a decretação da prisão preventiva do agressor.

Assim, havendo cominação de sanções específicas para os casos de descumprimento da ordem judicial de afastamento do lar decorrente de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, que pode ser até a de prisão preventiva, não há que se falar em imputação da prática do crime de desobediência, sequer citado na legislação como sendo passível de ser cumulado com tais sanções processuais cautelares.

Nesse sentido já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal: - **“AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. (...). Descumprimento do preceito. Irrelevância penal. Falta**

de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito.” (HC 88572, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julg. em 08/08/2006, DJ 08-09-2006).

Como também: - **“CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO.** - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (“astreinte”) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência.” (HC 86254/RS - Rel. Min. Celso de Mello - julg. 25/10/2005).

No mesmo sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: - **“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. 1. É legal a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas agressões, em se considerando o histórico do Paciente. 2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico - art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006 - prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. 3. Ordem denegada.”** (HC 170.962/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. em 03/05/2011, DJe 17/05/2011).

E ainda: - **“CRIMINAL. DESOBEDEIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE - ENGENHEIRO QUE CUMPRIA ORDENS DA MUNICIPALIDADE. PENA DE MULTA**

**PREVISTA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.**

**1. Não se configura o crime de desobediência se o paciente não foi pessoalmente intimado da decisão que revogou uma liminar, não agindo com dolo no seu descumprimento, mormente por se tratar de engenheiro trabalhando para a municipalidade a qual foi dirigida a intimação e a quem está subordinado. 2. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes. 3. Ordem concedida para trancar o procedimento instaurado contra o paciente.”** (HC 115.504/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva (convocada), DJe 09/02/2009).

Fica, pois, o apelante, absolvido quanto ao crime em tela, por atipicidade da sua conduta, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

No tocante ao delito de ameaça, a autoria é certa.

O apelante, em seu interrogatório judicial, apesar de ter negado sua prática, confirmou que ingressou na residência da vítima quando já estava proibido de fazê-lo por ordem judicial, asseverando que na ocasião estava sob efeito de bebida alcoólica, o que por certo não ilide sua imputabilidade penal, vez que não comprovado que tal decorreu de caso fortuito ou força maior (fl. 75).

Já a vítima Maria Albertina Mota Martins, à sua vez, relatou que naquela ocasião o acusado forçou a entrada no imóvel, embora de sua tentativa de contê-lo, impedindo que abrisse a porta, chegando a ser lançada ao solo, diante da força que ele empregou, conseguindo assim seu intento, ocasião em que reiterou as ameaças de morte que desde antes já lhe fazia, o que, aliado à sua maneira violenta de agir, motivou não apenas seu anterior pedido de adoção de medidas protetivas por parte do Poder Judiciário, como também a levou a mudar de endereço, visando garantir sua integridade física, e de seus filhos (fls. 14 e 73).

E o policial militar José Roberto da Costa Júnior relatou que ao atender a ocorrência, ainda se deparou com o acusado na residência da vítima, dela ouvindo sobre as ameaças que ele proferiu (fl. 74).

Quanto ao crime de ameaça, pois, acertado o deslinde condenatório do apelante, tendo sido a pena corporal fixada no patamar mínimo, e concedido o *sursis*, de maneira a não ensejar qualquer reparo.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Francisco Moreira Martins, para absolvê-lo da imputação da prática do crime previsto no artigo 330, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mantida, no mais, por seus fundamentos, a r. sentença, como prolatada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005488-16.2011.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DANIEL DA SILVA ALVES.

**ACORDAM**, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Rejeitaram a preliminar e DERAM PROVIMENTO ao recurso da acusação para anular, integralmente, o julgamento, ordenando que outro seja realizado. DECRETA, outrossim, a PRISÃO PREVENTIVA do recorrido, com fundamento no artigo 312, do C. Processo Penal, expedindo-se imediatamente MANDADO DE PRISÃO em primeiro grau, oficiando-se ao E. Magistrado com cópia do v. acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), SÉRGIO RIBAS E JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

PINHEIRO FRANCO, Relator

**Ementa: Homicídios duplamente qualificados e furto, em concurso material de infrações. Decisão do Tribunal do Júri absolvendo o réu das três imputações. 1) Preliminar arguida pela acusação, desacolhida. Quesito relativo à absolvição do réu, previsto no artigo 483, inciso III, de formulação obrigatória, ainda que os Senhores Jurados tenham afirmado a autoria e a materialidade do delito, limitando-se a defesa a sustentar, em Plenário, tese de negativa de autoria. Quesito que não é atingido pela regra de prejudicialidade prevista no artigo 490, parágrafo único, do mesmo Diploma. 2) Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quanto às três imputações. Acolhimento. Evidências de que o réu foi o autor dos referidos delitos (homicídio de Gelson e de Cristiano e, ainda, do furto de bens pertencentes ao primeiro), até mesmo porque, inexistentes indícios de coautoria ou de participação de terceiro, as vítimas foram mortas em um mesmo contexto fático, sendo surpreendidas**

**juntas, no interior de um veículo. Minudente confissão extrajudicial do réu em sintonia com os relatos da testemunha José Roberto corroborando os relatos extrajudiciais de sua mãe, esposa de Gelson, clara ao afirmar que, após os crimes, efetuou ligação para a linha celular da vítima, sendo então atendida por pessoa com voz que guardava semelhança com a do recorrido. Julgamento anulado, eis que, no caso concreto, a contrariedade à prova, a par de estar evidenciada, individualmente, em cada série, decorre, ainda e fundamentalmente, da ambiguidade da decisão quanto à autoria dos três delitos, afirmada pelo Conselho de Sentença quanto ao homicídio de Gelson e, todavia, sem suporte em elemento fático-probatório, negada quanto às imputações de furto dos bens pertencentes a este e, ainda, do homicídio de Cristiano. Apelo da acusação provido, rejeitada a preliminar. Decretação da prisão preventiva do recorrido, expedindo-se mandado de prisão.**

## VOTO

Apelação Criminal interposta com lastro no artigo 593, inciso III, “d”, do Código de Processo Penal contra sentença que, nos termos do veredicto proferido pelo E. Conselho de Sentença, absolveu DANIEL DA SILVA ALVES da imputação de haver infringido o artigo 121, § 2º, incisos I e IV (por duas vezes) e artigo 155, *caput*, ambos do Código Penal, todos em concurso material de infrações, com fundamento no artigo 386, incisos IV e VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, preliminarmente, sustenta ser caso de reconhecimento de nulidade, sobretudo quanto ao questionário formulado pelos Jurados no tocante à 1ª série de quesitos, relativa ao homicídio duplamente qualificado que vitimou Gelson Moreira de Souza. Diz que a ata de julgamento relata como única tese sustentada pela Defesa, quanto a esta série, a negativa de autoria. Pondera, contudo, que os Senhores Jurados, afirmando a materialidade delitiva e ao ensejo da votação do 3º quesito, reconheceram ter DANIEL efetuado disparos de arma de fogo, tendo desferido, ainda, facadas no corpo de Gelson. Aduz que, em seguida e sem qualquer correspondência com o pleito defensivo, na votação do 4º quesito, os integrantes do Conselho de Sentença absolveram-no. Insiste que a DANIEL foi reconhecido como autor dos disparos e das facadas que mataram o ofendido, razão pela qual não poderia ter sido absolvido, inexistindo razões nos autos, ademais, para que o Magistrado formulasse o referido quesito, nos

exatos termos do parágrafo único do artigo 490, do Código de Processo Penal, até mesmo porque os Senhores Jurados não podem absolver por mera clemência ou por razão estranha ao direito positivo. No mérito, e no tocante à votação relativa a todas as séries (homicídio de Gelson, homicídio de Cristiano e furto de aparelho celular, dinheiro e documentos pertencentes ao primeiro), diz que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos, ressaltando que os Senhores Jurados, ao ensejo da análise da responsabilidade de DANIEL pelo homicídio de Gelson (1ª série), votaram afirmativamente quanto ao quesito obrigatório, o que fizeram, contudo, sem lastro em argumentos defensivos ou circunstância fática a indicar causas excludentes de ilicitude ou dirimentes. Ademais, assevera que as evidências colhidas demonstram, com segurança, a autoria dos delitos, não havendo um único indício a sustentar a tese de que DANIEL não cometeu os crimes que lhe são imputados. Aduz, por outro lado, que a materialidade dos homicídios está satisfatoriamente comprovada nos autos, aduzindo que a prova oral colhida na fase do sumário da culpa corrobora a confissão extrajudicial do recorrido no tocante à autoria do crime, mas não em relação à alegada legítima defesa, restando isolada a negativa de DANIEL em juízo. Aduz, ao fim, que não bastasse tudo isso, os Senhores Jurados, no tocante à autoria dos delitos, admitiram ter sido o réu o autor dos disparos de arma e facadas contra o ofendido Gelson, mas, todavia, negaram que ele tivesse assim agido em relação ao ofendido Cristiano, vindo, ainda, a furtar os bens pertencentes ao primeiro, o que demonstra contradição na votação dos quesitos relativos às três séries. Busca a realização de novo julgamento (folhas 524/532).

Processado o recurso, com resposta, subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial.

### **É o relatório.**

### **A preliminar de nulidade arguida no tocante aos quesitos relativos ao homicídio que vitimou Gelson (1ª série) não merece acolhida.**

Isso porque, de início, cumpre anotar que a matéria está coberta pelo manto da preclusão, pois basta leitura atenta da ata da sessão de julgamento para se verificar que o D. Promotor de Justiça, ao ensejo da leitura e da explicação dos quesitos, ficou inerte, não manifestando sua irrisignação a tempo próprio, consoante, aliás, o artigo 484, do C. P. Penal. Não bastasse isso, inobstante sustentada em Plenário tão somente a tese de negativa de autoria, o fato é que respondidos afirmativamente, por maioria, os quesitos relativos à materialidade e ainda à autoria ou participação, de rigor a formulação do quesito obrigatório “o jurado absolve o acusado?” previsto no artigo 483, inciso III, do C. P. Penal, que não pode ser atingido pela regra de prejudicialidade prevista no artigo 490, do mesmo Diploma de Regência, sob pena de afronta, inclusive, a entendimento sumulado pelo Pretório Excelso (Súmula 156, do E. STF).

A esse propósito, aliás, já se pronunciou a Colenda 5ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, em ensejo do julgamento do Habeas Corpus nº 200.440-SP, de relatoria do Culto Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, assim ementado:

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DOS JURADOS. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PLENITUDE DA DEFESA 2. TESE ÚNICA DE NEGATIVA DE AUTORIA. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS DURANTE A VOTAÇÃO DOS DOIS PRIMEIROS QUESITOS. VOTAÇÃO DO QUESITO OBRIGATÓRIO RELATIVO À ABSOLVIÇÃO DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE OS QUESITOS [...]**

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o quesito previsto no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, é obrigatório e, dessa forma, não pode ser atingido pela regra da prejudicialidade descrita no parágrafo único do art. 490 do mesmo diploma legal. Precedentes. 2. O fato de a decisão dos jurados se distanciar das provas coletadas durante a instrução criminal não justifica a renovação da votação ou caracteriza contrariedade entre as respostas. Eventual discordância da acusação deve ser ventilada por meio do recurso próprio, nos termos do art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal. 3. Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria. 4. Não cabe ao Juiz Presidente, a pretexto de evitar a contradição entre os quesitos, pela influência direta que exerceria na formação da convicção dos jurados, fazer considerações sobre a suficiência das provas, pois a matéria se insere na competência do órgão revisional, em recurso de apelação [...] (grifos nossos).

E deste entendimento, em fato de idêntica natureza, não destoou esta C. 5ª Câmara, ao ensejo do julgamento recentíssimo da Apelação nº 0099003-45.1995.8.26.0052, da lavra do E. Desembargador JUVENAL DUARTE, deixando o v. acórdão, no que interessa, designado o seguinte:

Não bastasse, ainda que a tese defensiva tenha se limitado à versão de negativa de autoria, não há se cogitar de afastamento do quesito previsto no artigo 483, *caput*, III, do Código de Processo Penal, sobretudo porque, de acordo com a nova sistemática do júri, introduzida pela Lei nº 11.689/08, referido quesito é obrigatório, nos termos dos artigos **482 e 483, caput, III, e § 2º e 3º, do Código de Processo Penal**, porquanto, além de compreender todas as teses defensivas em uma única indagação, abrange a hipótese de absolvição pelos jurados por piedade ou clemência ou com esteio noutra causa popular, veredicto que a partir da edição da

lei em comento também se mostrou possível e perfeitamente admissível, a revelar que se não for formulado ou submetido à apreciação dos leigos, após o reconhecimento da materialidade e da autoria, caracterizará cerceamento de defesa, e, mais que isso, sua ausência é que propiciaria a nulidade absoluta do julgamento, *ex vi* do disposto na Súmula nº 156, do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse quadro, de nulidade por supostas contradições nas respostas dos Senhores Jurados aos quesitos relativos ao homicídio de Gelson não há falar.

### **Ao mérito.**

DANIEL ALVES DA SILVA, vulgo “Magal” ou “Kiko”, foi denunciado porque no dia 11 de agosto de 2006, por volta da 1 hora, na Avenida Sabiá, altura do nº 6, Jardim Briquet, em Itapevi, agindo com *animus necandi*, munido de arma de fogo e faca, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa dos ofendidos, matou Gelson Moreira de Souza e Cristiano Júlio Arcanjo de Oliveira, produzindo-lhes os ferimentos que foram as causas de suas mortes. Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias espaço-temporais, DANIEL subtraiu, para si, o aparelho celular, R\$ 250,00 em espécie e documentos pessoais do ofendido Gelson.

Segundo o apurado, os ofendidos se encontravam no interior do veículo VW Fusca, vermelho, de placas BFM-7523, conduzido por um deles, quando o denunciado se aproximou e passou a efetuar disparos de arma de fogo contra ambos, que tentaram deixar o veículo, visando defender suas vidas. A despeito disso, foram novamente alvejados com outros disparos, sendo ainda golpeados com faca, vindo ambos a falecer em razão dos ferimentos sofridos. Em seguida, o denunciado subtraiu, para si, alguns pertencentes de Gelson, deixando o local.

Diz a peça que o denunciado agiu por motivo torpe, pois ceifou a vida dos ofendidos por vingança, já que havia morado na casa de Gelson, a quem devia dinheiro em razão de ter realizado telefonemas no valor de R\$ 1.000,00. Apurou-se que DANIEL também se encontrava em débito com João Roberto (filho de Gelson), pois havia se acidentado com a motocicleta deste, causando-lhe prejuízos de R\$ 1.500,00, fatores estes que o levaram a ser expulso daquela casa. O crime foi cometido, também, mediante o emprego de recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, pegas de surpresa, pois trafegavam em um veículo, sem possibilidade de oferecer resistência, sendo ainda golpeadas pelas costas.

Após regular instrução, sobreveio decisão pronunciando o réu pelos crimes de homicídio, impronunciando-o, contudo, pelo crime conexo de furto. O Ministério Público recorreu em sentido estrito, sendo provido seu inconformismo para que DANIEL fosse submetido a julgamento pelo Conselho de Sentença também pelo crime conexo (folhas 388/393).

O réu, então, foi submetido a julgamento, sustentando a Defesa, em Plenário, apenas a tese de negativa de autoria quanto aos três crimes (homicídio de Gelson - 1ª série; homicídio de Cristiano - 2ª série; furto de bens pertencentes a Gelson - 3ª série). Ao ensejo da votação dos quesitos relativos à 1ª série, **embora respondidos afirmativamente, por maioria, aqueles relativos à materialidade e a autoria do crime que vitimou Gelson, os Senhores Jurados, também por maioria, indagados acerca do quesito obrigatório, responderam, majoritariamente, que o absolviam.** Por sua vez, no tocante às demais séries (homicídio de Cristiano e furto de pertences de Gelson), o Conselho de Sentença, embora afirmando, por maioria, a materialidade dos delitos, **ao ser questionado acerca da autoria delitiva, respondeu negativamente, também por quatro votos.** E em razão desses veredictos, DANIEL foi absolvido das três imputações, com fundamento no artigo 386, incisos IV e VII, do Código de Processo Penal.

Contra essa decisão insurge-se o Ministério Público, ao argumento de que ela é manifestamente contrária à prova dos autos. Diz, em síntese, que os elementos colhidos atestam, à saciedade, que DANIEL efetuou disparos de arma e golpes de faca que ceifaram não só a vida de Gelson, mas também a de Cristiano, que estava no interior do VW Fusca, na companhia do primeiro. Assevera, ainda, que a prova aponta ter o recorrido, em seguida, subtraído os pertences de Gelson, furtando.

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela incompatível com a prova material colhida, representando clara distorção da função jurisdicional atribuída aos Jurados.

Pois bem.

A materialidade dos delitos está satisfatoriamente comprovada nos autos pelos laudos de exame necroscópicos dos ofendidos (folhas 43/44 e 45/47), pelo laudo de exame do local (folhas 48/70) e pela prova oral.

O réu, na polícia, evidenciada sua ligação com integrantes de dada facção criminosa e com o tráfico de entorpecentes, confessou pormenorizadamente a autoria dos homicídios, dizendo, contudo, ter agido em legítima defesa. Explicou que após sofrer ameaças dos amigos Gelson e José Roberto (com os quais chegou a residir), passou a andar armado com uma pistola calibre .380. Na noite dos fatos, divisiu dois indivíduos ocupando o Fusca vermelho de Gelson e resolveu com eles conversar. Ao se aproximar do carro, o condutor Cristiano, a quem sequer conhecia, exibiu-lhe arma, chamando-o de “pilantra”. Por tal razão, sacou sua pistola e efetuou vários disparos em Cristiano e também em Gelson, que ocupava o banco traseiro. Quanto ao mais, negou tivesse subtraído pertencentes de quaisquer dos ofendidos, dizendo, ainda, que não se apoderou da arma que era empunhada por Cristiano. Após os fatos, retornou para o bairro

do Jaraguá, sendo preso, por roubo, dias depois (folhas 99/102). Em juízo, o réu inovou e negou a acusação, dizendo ter permanecido em casa no dia dos fatos. A despeito disso, confirmou que em razão de conhecer José Roberto, filho do ofendido Gelson, residiu três dias na casa deste. Não devia dinheiro à referida vítima e destacou que sequer conhecia o ofendido Cristiano. Quanto ao mais, disse ter gerenciado, por dois meses, na companhia de José Roberto, um ponto de venda de drogas, situado na favela Jandira. Ao fim, destacou que em dezembro de 2006 havia se separado da esposa Eliane, razão pela qual passou a residir no bairro do Jaraguá, onde conheceu Débora, com quem morou durante algum tempo. As vítimas não tinham envolvimento com a “biqueira” gerenciada por ele e também por José (folhas 140/141 e 288).

José Roberto Rodrigues de Souza, filho da vítima Gelson, afirmou que o réu, seu amigo, e em razão de dívidas oriundas da prática do tráfico de drogas, residiu na companhia dele e de seus familiares por aproximadamente dois meses. A vítima Cristiano morava no imóvel vizinho. Explicou que DANIEL, durante o tempo em que morou naquela casa, ficou devendo a Gelson R\$ 900,00, fruto de inúmeras ligações telefônicas realizadas às expensas deste. Destacou que DANIEL, ainda, acidentou-se com motocicleta pertencente a ele, depoente, mas arcou com as despesas dos reparos, vindo, posteriormente a não mais residir na companhia deles. Relatou ainda que o recorrido, antes dos crimes, passou a ameaçar Gelson, por telefone, pois este passou a cobrá-lo, instando-o a adimplir os valores relativos às contas telefônicas. Destacou que referidas ameaças foram também decorrentes do fato dele, depoente, ter ido ao novo endereço do acusado com o intento de resgatar Débora, prima de sua namorada e que, mesmo travando relacionamento amoroso com DANIEL, havia sido por este “sequestrada”. Quanto ao mais e após os homicídios, disse ter sido cientificado pela genitora Marizete que o réu havia feito aquelas ameaças por telefone, razão pela qual não tinha a menor dúvida acerca da autoria dos delitos, aduzindo que não mais viu o acusado após os fatos. Ao responder as perguntas formuladas pela acusação, explicou que à época dos crimes o réu não mais residia na companhia dele, de Marizete e de Gelson. Afirmou ainda que ao ensejo das ligações ameaçadoras, sua genitora foi capaz de identificar a voz do interlocutor DANIEL que, no dia do crime a após a morte dos ofendidos, efetuou nova ligação telefônica para sua residência, afirmando “já era, já era”. Ao fim, afirmou que o ofendido Gelson também foi ameaçado pelo acusado via telefone, aduzindo que este, além de ceifar a vida de Gelson e Cristiano, também furtou o celular e dinheiro pertencentes ao primeiro. Segundo os comentários, os ofendidos foram mortos a tiros e facadas (folhas 238/240).

Marizete Rodrigues de Souza, inquirida apenas na polícia, confirmou a veracidade dos fatos apurados no curso das investigações. Disse ter sido informada pelos filhos que Gelson, seu marido, acompanhado de Cristiano,

havia saído de casa por volta das 22 horas do dia 10 de dezembro, o que fez com o propósito de visitar a cunhada Vilmar. Por isso, pensando que o marido retornaria tarde, deitou-se. Na manhã seguinte, constatou que Gelson não havia retornado para casa. Passou, então, a efetuar várias ligações para o celular dele, mas ora as ligações não eram atendidas, ora o eram por pessoa que nada falava. Insistiu e efetuou ligações durante toda a tarde, sem êxito. Já na madrugada do dia 12, por volta das duas horas, fez nova tentativa, sendo a ligação atendida por uma pessoa do sexo masculino, que se identificou pela alcunha de “Kiko” e afirmou que havia achado aquele telefone e que, ao ser indagado acerca de Gelson, simplesmente desligou o aparelho. Afirmou ter notado certa semelhança da voz daquele indivíduo com a de DANIEL que, com a permissão da vítima, chegou a residir na companhia deles, vindo inclusive a efetuar diversas ligações por intermédio da linha telefônica instalada no imóvel, acarretando-lhes prejuízos de R\$ 1.000,00. Em razão desse fato, Gelson pediu a DANIEL que fosse embora daquela casa, o que este fez a contragosto. Após o ocorrido, Gelson passou a receber ligações telefônicas ameaçadoras, prometendo o interlocutor “que o pegaria”. Quanto ao mais, aduziu que o suspeito DANIEL residia no mesmo bairro onde Gelson e Cristiano foram mortos. Asseverou, ainda, que durante o período em que DANIEL residiu na companhia da família, considerada a quantidade excessiva de ligações que este recebia, bem como o fato de que era constantemente procurado por pessoas conduzindo carros novos e de alto valor, suspeitou do envolvimento dele com atividades ilícitas, destacando que o recorrido, em dada ocasião, ao atender uma chamada telefônica, identificou-se pela alcunha de “Kiko”. Ao fim, destacou que ao ensejo do registro policial da ocorrência, não restou consignado que de Gelson foram subtraídos telefone celular, R\$ 250,00 e documentos pessoais (folhas 12/13). Posteriormente, referida testemunha retornou ao distrito policial e efetuou, sem nenhuma dúvida, o reconhecimento de DANIEL, o provável autor dos crimes, por meio de fotografia sobremaneira nítida, (folhas 75 e 80).

Mariana de Almeida Pontes asseverou que era amasiada com Cristiano há cinco anos. Não conhecia DANIEL, afirmando que residia no mesmo bairro do ofendido Gelson, com quem não travava contatos. Narrou que Cristiano, antecedentemente aos fatos, não possuía desafetos e nem sofria ameaças, afirmando que este, durante a tarde da data dos fatos, saiu de casa com o propósito de procurar imóvel para alugar e não mais retornou. Por isso, na manhã do dia seguinte, rumou ao distrito policial, sendo informada por policiais sobre o homicídio de uma vítima que ainda não havia sido identificada. Diante de tal informe, parentes rumaram ao Instituto Médico Legal e ali reconheceram o cadáver de Cristiano. Após os fatos, não ouviu comentários sobre a dinâmica e autoria dos crimes, afirmando que “nem procurou saber” (folhas 159/160).

Eliane Correia da Silva, no sumário da culpa, confirmou ter convivido

maritalmente com DANIEL, vulgo “Magal”, por seis anos. Dizendo nada saber acerca dele possuir algum outro apelido, destacou que à época dos fatos já estavam separados, residindo DANIEL na companhia de seus genitores, no bairro do Jaraguá. Conhecia o ofendido Gelson, genitor de um amigo do réu, afirmando que nada sabia acerca de eventuais e antecedentes desentendimentos entre eles. Ao fim, negou que estivesse na companhia do réu no dia e horário dos fatos, destacando ter sido cientificada da ocorrência dos crimes por intermédio de vizinhos, não tendo ouvido comentários acerca da autoria (folhas 232).

Em Plenário, DANIEL, dizendo ser conhecido pela alcunha de “Magal”, negou que estivesse na comarca de Itapevi na data e horário do crime, ressaltando que após se separar de Elaine (que continuou a residir no Jardim Briquet), mudou-se para a casa de seus genitores, situada no bairro do Jaraguá, nesta capital. À época, em razão de cirurgia decorrente de acidente motociclístico, usava aparelho ortopédico e tinha dificuldades para se locomover. Não conhecia a vítima Cristiano, ressaltando que já havia frequentado a casa de Gelson, genitor do amigo José Roberto, pessoa esta com quem passou a traficar entorpecentes no Jardim Briquet. Insistiu que na época dos fatos não mais residia naquele bairro, pois em razão de enteveros com traficantes (para quem chegou a dever dinheiro) mudou-se para a casa dos genitores e nunca mais travou contatos com José Roberto. Quanto ao mais, disse ter confessado os fatos na delegacia em razão de temor e com o propósito de proteger seus familiares, pois segundo comentários, os verdadeiros autores do crime, dentre eles pessoa conhecida pela alcunha de “Máscara”, eram **“companheiros” do tráfico**. Negou tivesse dívidas com o ofendido Gelson, destacando que havia se acidentado com a motocicleta de José Roberto, pagando a este o valor de R\$ 1.500,00 pelos reparos do veículo. Destacou, ainda, ter residido na casa de ambos por apenas dois dias, efetuando, no período, ligações telefônicas que totalizaram R\$ 80,00, devidamente pagos a Gelson. Já havia suportado condenação por roubo e se encontrava preso por tráfico de drogas e pelos crimes referenciais (folhas 493/496 vº).

Esse quadro traz evidências indicativas de que DANIEL foi o autor dos crimes. Embora ele tenha negado no sumário da culpa e em Plenário responsabilidade pelos fatos, aduzindo que na data e horário dos delitos se encontrava na casa de seus genitores, situada em bairro desta Capital e onde passou a residir após se separar de Elaine, o fato é que ele, ao ensejo de sua oitiva na fase extrajudicial, confessou, detidamente e ao menos, a autoria dos homicídios de Gelson e Cristiano, mortos em um mesmo contexto, já que surpreendidos juntos, no interior do VW Fusca pertencente ao primeiro. E no que efetivamente importa, embora tenha alegado, na polícia e quanto aos homicídios, ter agido em legítima defesa, negando a subtração dos pertencentes de Gelson, não se pode olvidar que os elementos colhidos no curso da instrução infirmam o teor de suas versões exculpatórias na fase do sumário da culpa e em

Plenário (até mesmo porque, embora alegando dificuldades para se locomover, o réu foi preso três dias após os crimes referenciais, em razão da prática de roubo), tudo a evidenciar, em um primeiro momento e ao menos quanto às imputações de homicídio de Cristiano e do crime conexo relativo ao furto de pertencentes de Gelson, já que os senhores Jurados não atribuíram a autoria de ambos os crimes ao réu, juízos contrários à evidência dos autos.

É isso porque, não se pode olvidar, não há evidência, no bojo dos autos, no sentido de ter DANIEL agido em comparsaria, anotando-se que o laudo de exame do local (folhas 48/70) atesta que Gelson e Cristiano foram surpreendidos juntos, sobrevivendo os homicídios deles em um mesmo contexto fático e no interior de veículo, conforme, aliás, o teor da confissão extrajudicial do recorrido. E no tocante à imputação de furto, cumpre anotar que os relatos judiciais de José Roberto corroboram as declarações extrajudiciais de Marizete, clara ao afirmar que, após os crimes, efetuou ligações para a linha celular do ofendido Gelson, seu marido, sendo uma delas atendida por pessoa que se identificou pela alcunha de “Kiko”, com voz que guardava certa semelhança com a de DANIEL. De mais a mais, o recorrido, queira-se ou não, não comprovou, no sumário da culpa e em Plenário, o alibi oferecido, com a nota de que o ônus da prova, mormente ao se considerar o teor de sua confissão extrajudicial, tocava a ele.

Esse quadro permite concluir que a solução dada pelos jurados, ao menos no que se refere aos homicídios de Cristiano e ao crime conexo de furto (de bens pertencentes a Gelson, nunca é demais frisar), é manifestamente contrária à prova dos autos.

Resta agora o exame do inconformismo ministerial no tocante ao veredicto absolutório proferido pelos Senhores Jurados quanto ao homicídio de Gelson. A propósito, afirma a acusação que, sustentada em Plenário tão somente a tese de negativa de autoria, os Senhores Jurados, ao reconhecerem, por maioria, a materialidade e a autoria delitivas, deveriam responder ao quesito obrigatório de forma negativa, até mesmo porque o Conselho de Sentença não pode proferir veredicto absolutório por mera clemência ou por razão estranha ao direito positivo, tudo a evidenciar, assim e também quanto a este crime, julgamento proferido em contrariedade à evidência dos autos.

O fato posto demanda algumas observações.

Inicialmente, não é demais repetir que os Senhores Jurados, por maioria de votos, afirmaram os quatro quesitos iniciais (àquele relativo à materialidade foi desdobrado, para dar vazão à pergunta sobre o nexa causal). Vale dizer: reconheceram a materialidade e a autoria e, mesmo tendo a defesa se limitado a sustentar, em Plenário, a tese da negativa de autoria, conforme se depreende da análise detida da ata da sessão de julgamento (folhas 488 e verso), absolveram DANIEL.

Por sua vez, a prova é clara ao apontar que o réu, tanto na fase do sumário da culpa como em Plenário, no exercício da autodefesa, portanto, também se limitou a negar a autoria dos delitos, afirmando que na data e horário dos crimes não se encontrava na comarca de Itapevi.

Todavia, a prova, como já se disse, evidencia que o réu, em tese, surpreendeu Gelson e Cristiano juntos, no interior de um VW Fusca pertencente ao primeiro, muniu-se da arma que portava e efetuou vários disparos em direção a ambos, matando-os. E diante desse quadro, nada há nos autos a sustentar a tese de negativa de autoria invocada, de sorte que a absolvição não encontrou suporte na prova.

E diante desse panorama fático, pertinente e necessária resposta para a seguinte indagação: Se os senhores jurados - como é provável e ainda que por razões até imponderáveis - reputaram o réu merecedor de clemência, é possível considerar que esse merecimento afronta a prova dos autos, como assevera o representante do Ministério Público em seu recurso?

A resposta a essa indagação demanda o exame e a compreensão dos limites em que deve ser entendido o princípio da soberania dos veredictos, que tem sede constitucional (artigo 5º, XXXVIII, da CF) e, evidentemente, não possui alcance absoluto.

Assim é que o Código de Processo Penal, em seu artigo 593, inciso III, “d”, prevê a possibilidade de apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. E o parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, estabelece que nessa hipótese o tribunal *ad quem*, convencendo-se de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, poderá sujeitar o réu a novo julgamento, estabelecendo, no entanto, limite quanto à segunda apelação pelo mesmo motivo, que não será admitida. E a lei não excepciona a possibilidade de o Ministério Público recorrer com lastro na contrariedade da decisão à prova dos autos.

Não bastasse isso, há, ainda, o artigo 619, inciso I, do mesmo diploma, que diz ser cabível revisão criminal quando a sentença for contrária à lei ou à evidência dos autos, sem, uma vez mais, fazer exceção aos julgamentos proferidos pelo Conselho de Sentença.

É dizer, a sistemática do Júri, tal como posta na lei, prevê a possibilidade de revisão dos julgamentos proferidos pelos jurados, até como forma de se garantir a plenitude da defesa, também preconizada na Constituição (artigo 5º, XXXVIII, “a”), sem que isso caracterize ofensa ao princípio da soberania dos veredictos.

Noutras palavras, não constitui a soberania dos veredictos, em suma, um poder de decisão absolutamente incontestável que permitisse ao Conselho de Sentença decidir com liberdade plena, isto é, sem vinculação alguma com a prova

dos autos ou com o ordenamento jurídico vigente, considerando-se, sobretudo, a mais absoluta incompatibilidade de semelhante poder com os princípios e fundamentos basilares de um Estado Social e Democrático de Direito.

Daí porque é perfeitamente possível o questionamento formulado pela acusação.

E considerado o quadro posto, o fato é que, em face da prova colhida, o julgamento no tocante ao crime de homicídio praticado contra Gelson é mesmo contrário à prova dos autos.

E isso porque se é certo que ao Conselho de Sentença a lei não exige explícita fundamentação a seus julgamentos, não é menos certo que, ante a existência de limitações (ou relativizações, de qualquer forma já mencionadas) ao princípio da soberania dos veredictos, a decisão proferida, qualquer que seja sua natureza, deve se calcar em elementos e em substratos implícitos, ainda que tênues ou claudicantes, mas derivados das provas dos autos e, ainda, das teses e do teor da autodefesa ventilados em Plenário, sob pena de, assim não o sendo, prestigiar-se a arbitrariedade, ou seja, a decisão proferida em subversão ou em total menosprezo à manifesta evidência da prova dos autos.

E no caso concreto, como já se disse, não há evidência alguma, no bojo dos autos, de que **DANIEL tivesse praticado o crime mediante auxílio ou concurso de terceiras pessoas**. De outro lado, o exame pericial do local, ilustrado com fotografias, atesta que Cristiano e Gelson, ao ensejo dos crimes, foram surpreendidos juntos, em um mesmo contexto fático e no interior de um automóvel, palco de suas mortes, decorrentes de lesões provocadas, sobretudo, por vários disparos de arma de fogo. E quanto a isto, nunca é demais repetir que a minudente confissão extrajudicial do recorrido encontrou suporte no teor das declarações judiciais de José Roberto, claro ao narrar que DANIEL, após ser expulso da residência de Gelson, onde residiu por meses, passou a perpetrar ameaças contra este, tudo em decorrência, segundo as evidências dos autos, de seu inconformismo com o fato. Não bastasse isso, referida testemunha ainda cuidou de narrar que, no dia do crime, sua genitora (esposa do ofendido) recebeu ligação telefônica, efetuada por indivíduo que possuía voz que guardava semelhança àquela de DANIEL, oportunidade na qual o interlocutor afirmou “já era, já era”.

Diante desse quadro, a decisão absolutória proferida pelo Conselho de Sentença no tocante, também, ao homicídio de Gelson, inobstante tenha sido afirmada a materialidade do crime, restando atribuída sua autoria o réu, contraria, no caso concreto, consideradas as teses ventiladas em Plenário, a prova dos autos. Não bastasse isso, observo uma vez mais que, segundo os elementos probatórios coligidos - **e disso não há a menor dúvida** - os crimes foram praticados **em um mesmo contexto fático e nas mesmas circunstâncias espaço-temporais**, de

sorte que a contrariedade à prova, a par de estar evidenciada, individualmente, em cada série, decorre, ainda e fundamentalmente, **da ambiguidade da decisão quanto à autoria dos três delitos**, afirmada pelo Conselho de Sentença quanto ao homicídio de Gelson e, todavia, sem suporte em elemento fático-probatório, negada quanto às imputações de furto dos bens pertencentes a este e, ainda, do homicídio de Cristiano.

Esse quadro permite concluir que a solução dada pelos jurados, quanto às três imputações, como se viu, é manifestamente contrária à prova dos autos.

Não se trata, portanto, de divisar mero critério divergente entre uma tese e outra, do exercício de opção pela versão mais razoável. A hipótese cuida de julgamento contra o que está nos autos, dissociando-se da prova colhida na instrução, sob o contraditório.

O julgamento é anulado, portanto, para que outro seja proferido por novo Corpo de Jurados, com a nota de que o Conselho de Sentença deverá decidir também sobre o crime conexo. O exame mais aprofundado da prova foi necessário para viabilizar a afirmação de julgamento contrário à prova dos autos.

Por fim, **DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA** do recorrido, com lastro nos artigos 311 e 312, do C. P. Penal, para garantia da ordem pública. A custódia é absolutamente necessária, até mesmo porque DANIEL se encontra provisoriamente preso em razão de seus supostos envolvimento em crimes de tráfico e roubo, particularidade a autorizar, senão a exigir, o decreto da custódia cautelar também nestes autos. O réu é indivíduo dotado de altíssima periculosidade, com personalidade voltada à prática de crimes hediondos e de delitos graves, com emprego de violência e grave ameaça contra pessoa. A sociedade, frente a esse cidadão, estará sempre em risco evidente, em razão da conduta de alguém que não tem compromisso com nenhuma regra de convivência social e que parece fazer dos crimes seu meio de vida. Indivíduo dessa natureza não pode permanecer solto, anotando-se que o fato dele se encontrar provisoriamente preso em razão de suposto envolvimento em outros crimes em nada infirma a necessidade da decretação da custódia cautelar também nestes autos.

Meu voto, pois, **rejeita a preliminar e DÁ PROVIMENTO** ao recurso da acusação para anular, integralmente, o julgamento, ordenando que outro seja realizado. **DECRETA**, outrossim, a **PRISÃO PREVENTIVA** do recorrido, com fundamento no artigo 312, do C. Processo Penal, expedindo-se imediatamente MANDADO DE PRISÃO em primeiro grau, oficiando-se ao E. Magistrado com cópia do v. acórdão.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0083705-23.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALCIMAR SANTOS SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 3210)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS E EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

IVANA DAVID, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - INVIABILIDADE - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - CONFIRMADA A UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO PELA PALAVRA DA VÍTIMA E PELA CONFISSÃO DOS ENVOLVIDOS - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE - FIXAÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - O RECONHECIMENTO DE ATENUANTE DA CONFISSÃO OU DA MENORIDADE NÃO TEM A FORÇA DE REDUZIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE A UM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO COMINADO EM ABSTRATO PELO TIPO PENAL - OBEDIÊNCIA À SÚMULA 231, DO STJ - REGIME FECHADO É O ADEQUADO AOS CRIMES DE ROUBO. RECURSO DESPROVIDO.**

**VOTO**

Ao relatório da r. sentença de fls. 201, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. **Klaus Marounelli Arroyo**, ora adotado, acrescento que a ação penal foi julgada procedente para condenar **Alcimar Santos Silva**, como incurso no art.

157, § 2º, I e II, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, apela o réu. Busca a reforma da r. sentença e, para tanto, pleiteia o afastamento da qualificadora referente à arma de fogo, a redução da reprimenda e a fixação de regime menos gravoso (fls. 220/224).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 228/232), os autos subiram a esta egrégia Corte.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 242/244).

É o relatório.

É da inicial acusatória que em data, hora e local nela descritos, **Alcimar Santos Silva**, ora apelante, e **Edson Silva**, agindo em concurso de pessoas, caracterizado pela unidade de desígnios e identidade de propósitos, subtraíram, para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, contra a vítima P.V.O.B., o automóvel *GM Astra*, na cor prata de placas ARN 0709, um aparelho de telefonia móvel da marca *Motorola* e uma carteira contendo documentos pessoais e a quantia de R\$ 116,00 (cento e dezesseis reais), bens e valores a ela pertencentes.

Segundo o que foi apurado, **Alcimar** e **Edson**, este empunhando um revólver, abordaram a vítima no local dos fatos e, mediante grave ameaça exercida com o emprego da arma de fogo, anunciaram o roubo.

Ato contínuo, os réus se apossaram dos bens do ofendido e se evadiram do local dos fatos na condução do veículo subtraído.

Ocorre que a vítima comunicou a ocorrência à Polícia Militar, que localizou e deteve os sentenciados em flagrante delito, ainda na posse do automóvel, dos bens roubados e da arma de fogo utilizada na prática do delito.

**Edson Silva** não apelou da r. sentença e o trânsito em julgado para ele ocorreu em 15.05.2013 (fls. 216).

A materialidade restou cabalmente comprovada pelos Boletim de Ocorrência (fls. 12/17), Autos de Exibição e Apreensão (fls. 18/20), de Entrega (fls. 21/23), bem como as demais provas orais colhidas nos autos.

A autoria, também, é certa.

Silentes, na Delegacia (fls. 09 e 10), em Juízo, os réus confessaram a prática do delito e demonstraram arrependimento. **Alcimar** disse que agiu por molecagem, enquanto **Edson** afirmou que necessitava de dinheiro para sustentar sua filha menor (fls. 164 e 165).

Ressalto o valor da confissão como meio de prova, delineado no seguinte julgado:

*“A confissão judicial tem valor absoluto e, ainda que seja o único elemento de prova, serve como base à condenação, só podendo ser recusada em circunstâncias especialíssimas, ou seja, naquelas em que lhe evidencie a insinceridade, ou quando tiver prova veemente em contrário”.* (TJSP - AP – 6ª C. - Rel. Nelson Fonseca -j. 17.04.97 - RT 744/57.

Além disso, a confissão foi corroborada pelo depoimento da vítima (fls. 162) que, além de confirmar os exatos termos da denúncia detalhando a conduta de cada criminoso, na Delegacia e em Juízo reconheceu o recorrente e o corréu, com absoluta certeza, como os autores do delito.

De igual teor são os depoimentos dos policiais militares, *Reginaldo* (fls. 03 e 163) e *Willian* (fls. 06) responsáveis pela prisão do recorrente. Narraram que em patrulhamento de rotina depararam-se com o *Astra* roubado, ocupados pelos réus, presentes na audiência. A parada do veículo foi determinada, todavia, os ocupantes do automóvel empreenderam fuga até colidirem com um *SUV Vera Cruz*. Os recorrentes desembarcaram do carro e, sem o freio de mão puxado, empreenderam a ré no veículo, o qual acabou por atingir a viatura. Os réus desembarcaram e dentro do automóvel foram encontrados gêneros alimentícios. Indagados, os suspeitos confessaram informalmente a prática do roubo e foram reconhecidos pela vítima como os autores do assalto.

Destaco, por oportuno, que, conforme jurisprudência dominante, não há qualquer impedimento no depoimento de policiais, que é idôneo para embasar um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para incriminar inocentes, principalmente quando seu depoimento é coerente com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

Sobre a idoneidade dos depoimentos dos agentes públicos, o E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

*Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos Policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, tal como se dá na espécie em exame (HC 168.476/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª Turma, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010).*

Com efeito, diante do reconhecimento seguro e preciso da vítima, não há dúvida de que **Alcimar** praticou o roubo tratado nestes autos.

Anoto que a jurisprudência tem entendido que em crimes patrimoniais a posse da *res* com o agente gera a presunção de autoria do delito, invertendo-se o ônus da prova, cabendo ao possuidor oferecer justificativa admissível

para essa posse suspeita, o que não ocorreu no caso presente. Assim, em não o fazendo, prevalece para efeito de condenação, a certeza possível de ter praticado a subtração (RT 739/627).

As provas amealhadas aos autos são robustas para conduzir a condenação do recorrente, impossível enxergar qualquer fragilidade probatória, tanto assim, que a irresignação da Defesa se restringe ao afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, bem como o da agravante da reincidência e, por fim, a fixação de regime menos gravoso.

Destarte, as qualificadoras do emprego de arma de fogo e concurso de agentes, também, foram devidamente demonstradas.

Pois bem.

Sem razão a douta Defesa.

Inviável o afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo, porquanto, em que pese à falta de perícia no mencionado artefato, a utilização do armamento na empreitada criminosa foi confirmada pela palavra da vítima.

Como se não bastasse, os réus confirmaram a prática do delito conforme narrado na exordial acusatória, com o emprego da arma de fogo, que foi apreendida por ocasião da prisão dos recorrentes.

Vejam os que estabelece **Guilherme de Souza Nucci**:

*Apreensão da arma: desnecessidade. A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova de autoria pode ser caracterizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização da arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida<sup>1</sup>.*

Neste sentido:

*Para a comprovação da qualificadora do emprego de arma no crime de roubo e de que se tratava de quadrilha armada, não é necessária a apreensão do armamento ou que pesquise sua eficácia através do exame pericial, bastando, tão somente, as declarações das vítimas quanto à utilização de artefatos na perpetração dos crimes e da sua aptidão para intimidação (RT 790/560).*

Assim, também é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2º, INCISOS I, II e IV, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 7 ANOS, 1 MÊS E 7 DIAS DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO. NÃO APREENSÃO

1

Código Penal Comentado, 11ª Edição - Editora Revista dos Tribunais, pág. 796.

DA ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA CRIMINOSA JUSTIFICADA EM PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. 1. **A impossibilidade de apreensão e a conseqüente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa.** 2. A sentença *condenatória*, confirmada em grau de apelação, não apresentou fundamentação adequada para fixar a pena-base acima do mínimo legal, pois elementos próprios do tipo penal foram utilizados para considerar desfavoráveis a culpabilidade e as conseqüências do crime e uma ação penal em curso foi considerada para negativar a personalidade do paciente, em ofensa ao enunciado da Súmula 444 desta Corte. 3. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem. 4. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal (4 anos), aumentada, conforme a sentença, em 6 meses pela reincidência e em 3/8 pelas causas de aumento de pena previstas nos incisos I, II e IV do § 2º do art. 157 do Código Penal, totalizando 6 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 dias-multa. (HC 152.074/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010).

As penas e o regime foram aplicados de forma fundamentada e dentro dos parâmetros legais, atendendo ao princípio da individualização das penas, não há ofensa a qualquer garantia constitucional.

Sopesadas as diretrizes do art. 59, do Código Penal, a pena-base foi fixada no mínimo, em decorrência da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, apesar de reconhecida a atenuante da confissão e o recorrente ser menor na data dos fatos, inviável a redução da pena aquém do mínimo em razão da confissão ou mesmo da menoridade do agente (fls. 12), diante da Súmula 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, porquanto, não pode existir redução aquém do mínimo.

Conforme lição de **Guilherme de Souza Nucci**:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não

tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o Juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-lo, salvo quando a própria lei estabelece causas de aumento ou de diminuição de pena. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o Juiz nada mais faz que seguir orientação do próprio legislador.

(...) Na doutrina, mencione-se a lição de LYCURGO DE CASTRO SANTOS: *Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena a quem do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica (O princípio de legalidade no moderno direito penal, p. 193)*<sup>2</sup>.

Nesse sentido é o entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. I - A questão relativa à dosimetria da pena não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes. II - A via estreita do habeas corpus não permite que se proceda à ponderação e o reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, consideradas na sentença condenatória. Precedentes. III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena a quem do mínimo legal. IV - Habeas corpus não conhecido. (HC 100371, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00884).**

Na fase derradeira, presente duas qualificadoras, concurso de agentes e

emprego de arma de fogo, a reprimenda foi majorada em 1/3.

Destaco que, neste aspecto, em que pese entendimento diverso do douto Magistrado, o recorrente e o corréu não apelante foram beneficiados, uma vez que, segundo jurisprudência dominante o aumento deveria ter sido de 3/8. Todavia, sem irresignação ministerial, nada pode ser feito.

Nesse sentido transcrevemos o seguinte acórdão:

*Em face da Lei 9426/96, que acrescentou um causa de aumento ao dispositivo, que hoje descreve cinco circunstâncias, recomenda-se alteração do sistema de aplicação da pena, dividindo-se o acréscimo de 1/3 até a metade por cinco, sob a ótica progressiva: uma circunstância, 1/3; duas 3/8; três 5/12; quatro, 7/16, reservando-se o acréscimo de 1/2 se presentes as cinco causas especiais de aumento (TACrimSP, 14ª. CCrim., Ap.1.175.749, Rel. Juiz França Carvalho, j.07/12/1999, RJTACrimSP, 46.237, abr/jun. 2000, g.n.).*

Concluindo, nota-se que foi obedecido o sistema trifásico definido no art. 68, do Código Penal.

O regime fechado é o recomendável ao caso presente, conforme as diretrizes estabelecidas nos art. 33, § 3º, do Código Penal.

Observe que o total das penas, somado a todas as circunstâncias, em especial o elevado comprometimento da personalidade do réu, revela-se necessário o início da pena em regime mais gravoso.

Aliás, cabe lembrar que esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, principalmente nas metrópoles, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais severa para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0007352-54.2011.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante RODRIGO GONÇALVES DO NASCIMENTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.” de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.493)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) E IVANA DAVID.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.  
LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa: Tentativa de furto qualificado por comparsaria e corrupção de menores (art. 155, § 4º, IV c.c. art. 14, II, Cód. Penal e art. 244-B do ECA, na forma do art. 69, Cód. Penal). Crimes caracterizados, integralmente. Prova tranquila de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima, de testemunha presencial e de Policial Militar. Confissão parcial em Juízo, ademais. Responsabilização inevitável. Corrupção de menores caracterizada. Influência e liderança exercidas durante o crime. Manutenção de adolescente na esfera da criminalidade. Condenação imperiosa. Apenamento adequado, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Regime adequado. Apelo improvido.**

## VOTO

### Visto.

Ao relatório da sentença doutra, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Rodrigo Gonçalves do Nascimento** saiu condenado às penas de 1 ano de reclusão (*regime aberto*), mais pagamento de 5 dias-multa, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 155, § 4º, IV, c.c. 14, II, do Cód. Penal (*tentativa de furto qualificado por comparsaria*), e de 1 ano de reclusão (*regime aberto*), pela prática do delito previsto pelo art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (*corrupção de menores*) - *substituídas as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade*.

O apelo do acusado - *f. 152/157* - pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e conseqüente inversão do resultado, com absolvição da prática de corrupção de menores, por defendida falta de materialidade.

Anote-se contrarrazões ministeriais - *f. 159/160* - pela manutenção do decisório de origem.

Autos distribuídos (*f. 173*), foram imediatamente encaminhados à doutra Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal - *f. 174/175*, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **23.ago.2013** (*f. 176*).

É o relatório.

Tentativa de furto qualificado por comparsaria e corrupção de menores, em concurso material (*art. 155, § 4º, IV, c.c. art. 14, II, do Cód. Penal, e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente*).

Acusado, mais comparsa adolescente, arromba o quebra-vento e adentra o automóvel da vítima, estacionado na via pública, mas é surpreendido pelo irmão daquela, e evadem-se do local.

O acusado e o menor infrator são perseguidos pelo irmão da vítima, até serem detidos por Policiais Militares que passavam pelo local.

Condenação acertada.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Assim e de saída, pela materialidade demonstrada no **(i)** boletim de ocorrência, *f. 15/17*, **(ii)** auto de exibição e apreensão, *f. 18*, **(iii)** laudo pericial das chaves apreendidas em poder do acusado, *f. 39/40*, e **(iv)** auto de avaliação, *f. 47*.

A autoria também é certa.

De efeito.

O acusado foi detido em plena **flagrância delitiva**, coisa que é inegável e inquestionável, nos autos.

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 conseqüentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Só por aí, então, e já seria aquela autoria indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra o acusado.

Assim, as importantíssimas palavras **da testemunha presencial Vanderlei**, *f. 5 e 64*.

Afirma que foi guardar o carro do seu irmão na garagem e acabou surpreendendo o menor infrator **Leonardo** ao lado do veículo, e o acusado já no seu interior.

Informa que o acusado e o adolescente imediatamente tentaram se evadir do local, mas os perseguiu até o momento em que encontrou os Policiais Militares, que os detiveram.

A testemunha reconhece sem titubeios o acusado, dando ao julgador a certeza necessária a um julgamento de prudência.

Por sua vez, a vítima **João**, em Juízo (*f. 63*), como fizera em inquisitório (*f. 6*), esclarece que foi acordado pelo seu irmão, que relatou a tentativa de subtração de seu automóvel e a perseguição e detenção do acusado e de seu comparsa.

E essas palavras são seguras e firmes, o que só pode levar à certeza do quadro.

No mesmo sentido incriminador, as narrativas do diligente e competente *Policia Militar Odair*, f. 3 e 65.

Estoria exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Informa que estava em patrulhamento de rotina quando se deparou com a testemunha *Vanderlei* perseguindo o acusado e o menor infrator, e imediatamente os abordou.

Esclarece que a testemunha relatou a tentativa de subtração, e deteve o acusado.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

Em remate e para além disso tudo, a **confissão judicial** do acusado (f. 66/67), ainda que parcial.

O acusado admite ter invadido o veículo da vítima, sustentando que pretendia subtrair o som do automóvel, embora ressalve que o adolescente não participou da ação e sequer sabia de sua intenção.

Donde o quadro probatório indicar como furtador exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

E quanto à **corrupção de menores**, de igual forma a autoria se desvela.

Ao contrário do que pretende fazer crer a defesa, a materialidade do delito encontra-se suficientemente demonstrada através do auto de prisão em flagrante, na qualificação e interrogatório do menor *Leonardo* - f. 8.

E este documento deve, sim, ser considerado hábil para comprovar a menoridade do comparsa *Leonardo*, posto que foi lavrada por autoridade competente, cujos atos gozam de presunção de veracidade “*juris tantum*”.

Significa dizer que incumbia à defesa demonstrar fundamentar a inadmissibilidade daquele documento, comprovando a ocorrência de alguma circunstância que provocasse dúvidas acerca de sua legitimidade.

O que aqui não se fez.

Ademais, a dinâmica dos fatos demonstra **que o acusado, durante o crime, exercia função preponderante, invadindo o veículo da vítima**, enquanto o adolescente permanecia ao lado do automóvel, dando guarida à ação criminosa, pronto para auxiliar para a consumação do crime.

Donde se depreende com clareza que o acusado era quem capitaneava as ações do crime, com domínio sobre o assecla.

Daí se vê a influência que exercia sobre o adolescente, debutante na criminalidade sob a orientação do acusado.

Condenação, portanto, inevitável, pelos crimes de tentativa de furto qualificado por comparsaria e corrupção de menores.

“*Quantum satis*”, enfim.

### **Apenamento.**

Para o crime de furto qualificado por comparsaria, pena-base fixada no mínimo legal, com posterior redução em *1/2*, pela tentativa, tornando-se definitivas em *1 ano de reclusão*, mais *pagamento de 5 dias-multa*, mínimo valor unitário.

Quanto ao crime de corrupção de menores, pena-base fixada também no mínimo legal, ou seja, *1 ano de reclusão* e, ausentes circunstâncias modificadoras, assim tornada definitiva.

Preenchidos os requisitos legais, oportuna a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade.

Por fim, regime aberto adequado, na hipótese de descumprimento das penas substitutivas.

*Nega-se provimento* ao recurso.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0013378-38.2012.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JULIO CESAR DE CAMARGO ROCHA.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Mantido o mais decidido, deram parcial provimento ao apelo para: (i) afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, redimensionando-se as penas do acusado em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias- multa, valor unitário mínimo; e (ii) cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa, expedindo-se mandado de prisão. v.u.” de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.762)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) E IVANA DAVID.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa:** Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, ‘caput’, da Lei nº 11.343/06). Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Guardas Civas Municipais. Versão exculpatória inverossímil. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento. Necessidade de correção. Redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastado. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por pena alternativa e multa. Apelo parcialmente provido.

## VOTO

### Visto.

Ao relatório da sentença doutra, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Júlio Cezar de Camargo Rocha** saiu **condenado** às penas de **1 ano e 8 meses de reclusão** (*regime inicial fechado*), mais pagamento de **166 dias-multa**, mínimo valor unitário - *substituída a corporal por restritiva de direitos e multa* -, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 (*tráfico ilícito de entorpecentes*).

O apelo ministerial - *f. 109/115* - pleiteia: **(i)** fixação da pena-base acima do mínimo legal; **(ii)** inaplicabilidade do redutor disciplinado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; e **(iii)** cassação das penas alternativas.

Anotam-se contrarrazões - *f. 120/122* - que defendem a manutenção do decisório.

Autos distribuídos (*f. 126*), foram imediatamente encaminhados à doutra Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo provimento do inconformismo recursal - *f. 127/135* -, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **16.set.2013** (*f. 136*).

É o relatório.

**Tráfico ilícito de entorpecentes** (*art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06*).

Guardas Civas, realizando patrulhamento de rotina, resolvem proceder à abordagem do acusado.

Em revista pessoal, os Agentes Municipais localizam em um dos bolsos de sua blusa um frasco plástico contendo **porções de crack, cocaína e maconha**.

Ao ser surpreendido, o acusado indica o local em que mantinha em depósito o restante das drogas, **totalizando 59 ‘pedras’ de crack (31,24 gramas)**,

**44 ‘pinos’ de cocaína (70,17 gramas) e 27 porções de maconha (94,64 gramas).**

O réu - *que também estava na posse da quantia de R\$ 38,50, em dinheiro* - é detido em flagrante.

***Estes os fatos***, em suma.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Está caracterizada pelo **(i)** auto de exibição e apreensão (*f. 11/12*); **(ii)** laudo de constatação (*f. 14/15*); e **(iii)** exame químico-toxicológico, a bem caracterizar as substâncias entorpecentes (*f. 47/50*).

A autoria, por seu turno, é incontestável.

A começar pelo **estado flagrancial**.

De efeito.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria - *e o próprio tráfico* - uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno “*iter criminis*”, como aqui, trazendo consigo e mantendo em depósito tamanha quantidade e variedade de drogas - **59 ‘pedras’ de crack, 44 ‘pinos’ de cocaína e 27 porções de maconha, repita-se** -, além de valores em dinheiro, simplesmente não tem como justificar a situação.

Não há explicação razoável ou verossímil para tal atitude, senão aquela que a entenda destinada ao comércio.

Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso.

Só por aí e já seria - *e é verdadeiramente* - indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra o acusado.

Assim as narrativas dos diligentes e competentes **Guardas Civis (i) Gilson, f. 3 e mídia de f. 76; e (ii) Janaína, f. 5 e mídia de f. 101.**

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Na ocasião, os Agentes Municipais realizavam patrulhamento quando resolveram proceder à abordagem do acusado, que tentou evitar a aproximação da viatura.

Em revista pessoal, os Guardas Municipais localizaram no bolso de sua blusa **9 ‘pedras’ de crack, 9 ‘pinos’ de cocaína e 4 porções de maconha** armazenadas em um frasco plástico.

Ao ser surpreendido, o acusado **admitiu informalmente** o tráfico e indicou o local em que mantinha o restante das drogas - *apreendidas no interior de uma bolsa tipo ‘pochete’, escondida sob um pedaço de tábuas*.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

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 de agentes públicos 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.

O que só pode levar à certeza do quadro.

No vazio, portanto, a versão exculpatória oferecida pelo acusado - **resumindo-se a negar a propriedade das drogas**, *mídia de f. 101* -, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Procura, em verdade, atribuir os fatos ao infortúnio e a uma leviana vontade dos Guardas Municipais de incriminá-lo injustamente.

Pois bem.

Para além de fantasiosa, a versão do acusado está isolada e desacompanhada de qualquer elemento probatório.

Nesses termos, aceitar-se sua versão, “*data venia*”, 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 irreabilidade.

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.

Dar-se crédito àquele que é surpreendido em conhecido ponto de tráfico, em poder de ***mais de uma centena de porções de cocaína, “crack” e maconha***, em plena e objetiva ação delituosa, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-lo da responsabilização, que é imperiosa, todavia.

Ou valem as palavras dos Policiais ou se estará dando crédito maior a quem comercializa a droga, em plena ação delituosa.

Enfim.

**Não há**, nem de longe, fragilidade probatória. 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.

Donde o quadro probatório indicar como autor do delito exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Condenação, portanto, inevitável.

*“Quantum satis”*.

**Apenamento** deve ser revisto.

Base fixada no *mínimo legal*.

É certo que a situação é grave e tem que ser, como está sendo, combatida, porém, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, *“data venia”*, afigura-se **adequada** e dentro dos parâmetros desta C. Câmara, a imposição das reprimendas no patamar mínimo, diante da primariedade do acusado.

E da base e mínimo legal a pena não pode descer, ainda que o réu fosse *relativamente menor* - f. 24 - à época dos fatos (Súmula nº 231, do C. **Superior Tribunal de Justiça**: *“A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*).

Por outro lado, com absoluta razão o reclamo ministerial ao pleitear a inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no **art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006**.

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (*Lei nº 11.343, 23.ago.2006*) criado **aparente** situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), **não é o caso** de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do réu (*“lex mitior”*), porque meramente **facultativa** a situação (*“...as penas poderão ser reduzidas...” g. do a.*), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, **mais aqui, evidentemente**, face à considerável **quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, de alto poder lesivo à saúde humana**, levando a crer que o acusado já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota **habitualidade** constante e reiterada, a revelar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.

Portanto, resultam as penas do acusado em **5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, valor unitário mínimo**.

Quanto ao regime, outro não poderia ser que não o **fechado**.

Não obstante recentíssima decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com declaração da inconstitucionalidade - *incidentalmente* -, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, não há como aplicar, *“in casu”*, regime inicial menos severo.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E também se sabe, malgrado a edição da Súmula nº 719, pela Corte Máxima, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando devidamente justificado.

Exatamente como na espécie.

Afinal, o réu foi surpreendido, aqui, em poder de *entorpecentes de natureza nefasta: cocaína e crack - de implacável torpor violento e desmedido, alterador de razões, debilitante do corpo e de desestruturação mental.*

Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridam - *em plena confiança de impunidade* - a ordem jurídica em que a legislação se sustenta.

Ora.

O Direito é, acima de tudo e simplesmente, um fenômeno social, dês que a própria Justiça é um ideal humano.

Assim, as Leis e o ordenamento jurídico são frutos dos anseios de uma sociedade, que visam a proteger seus valores básicos através dos Poderes do Estado.

Destarte, se a Lei objetiva recrudescer a situação dada ao traficante, a impor-lhe pena grave, evidente que a atuação do Judiciário não pode perder este norte.

O julgador, portanto, agente político que é e com evidente função social, deve guinar a este sentido.

Daí que aquele que infringe as normas penais dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que fica sujeito, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, *retributiva.*

Com isso, não se pode jamais perder de vista que o tráfico de drogas trata-se de **delito nefasto**, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.

Daí que aquele que se dispõe a disseminar entorpecente, cujo vício é odiável e de difícil recuperação, a infligir transtornos não apenas ao próprio dependente, como também a todo seu seio familiar e social, contribui para a destruição da própria sociedade.

Merece, por isso, fixação de regime inicial compatível com as circunstâncias e consequências do delito por ele praticado.

Ademais, vale dizer.

Àquele que é surpreendido em circunstâncias tais como as descritas

nos autos, não há como aplicar-se regime mais brando, sob pena de violação ao princípio constitucional da individualização da pena (*art. 5º, XLVI, da Constituição Federal*), o que não se pode permitir.

Garante-se, ao caso concreto, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Daí porque o **regime inicial fechado** é mais do que aqui indicado.

Impossibilitada, por fim, a **substituição da corporal** por restritiva de direitos - *prestação de serviços à comunidade* - e multa, “*data venia*” do entendimento esposado na origem.

Isto porque, evidente que a benesse, “*in casu*”, não ostenta caráter suficientemente retributivo (*art. 44, III, do Código Penal*).

Nem é bastante à reeducação do acusado.

Que, em verdade, verá a sua liberdade e branda pena como incentivo a que torne a propagar o tráfico por sua comunidade.

Não se pode perder de vista que, afastado aqui o redutor previsto no *art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006*, o novo “**quantum**” das penas fixadas ao réu, por si só, afasta qualquer possibilidade de concessão da benesse (*art. 44, I, do Código Penal*).

Tem-se, portanto e por evidente, que a aplicação de restritivas de direitos não condiz com a gravíssima conduta praticada pelo acusado, encontrando óbice no *art. 44, I e III, do Código Penal*.

Daí o apelo ministerial - que veio em ***ótima hora*** - e que também vinga nesta parte.

**POSTO e mantido o mais decidido, dá-se parcial provimento** ao apelo para:

(i) **afastar** o redutor previsto no *art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06*, redimensionando-se as penas do acusado em **5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, valor unitário mínimo**; e

(ii) **cassar** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa.

Expeça-se ***mandado de prisão***.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008287-86.2008.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que são apelantes IDIEL MACKIEVICZ VIEIRA e DANILO MACHADO MARTINS, é apelado

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso para absolver os apelantes do crime de porte ilegal de arma, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal e para reduzir as penas impostas pelo crime de disparo de arma de fogo para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário equivalente a um salário mínimo para Idiel, substituída a pena privativa de liberdade de ambos por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e mais 10 dias-multa com o mesmo valor unitário acima. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Carlos Roberto Rossato e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Ruy Cid Martins Vianna.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2844)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) E SALLES ABREU.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Disparo de arma de fogo - Palavra dos policiais - Laudo pericial indicando marcas de projéteis em placa de sinalização - Perigo à segurança pública caracterizado - Condenação mantida;**

**Disparo de arma de fogo - Crime fim - Porte ilegal - Absorção - Ocorrência - Absolvição decretada;**

**Disparo de arma de fogo - Circunstâncias judiciais - Utilização de ações penais em curso para exasperação da pena base - Impossibilidade - Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça;**

**Disparo de arma de fogo - Requisitos do art. 44, do Código Penal - Ocorrência - Recurso parcialmente provido para afastar o crime de porte ilegal de arma de fogo, adequar a pena dos acusados, com substituição por restritiva de direitos.**

**VOTO**

**Vistos.**

**IDIEL MACKIEVICZ VIEIRA e DANILO MACHADO MARTINS** foram denunciados e processados perante o juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca

de Presidente Epitácio, apontados como incurso no art. 14 e art. 15, ambos da Lei nº 10.826/03, c.c. o art. 69, do Código Penal.

Segundo a inicial, no dia 07 de agosto de 2008, por volta de 22h30min, na boate “Ele e Ela”, localizada na Rua Sebastião Lopes, nº 29-48, na cidade de Presidente Epitácio, agindo em concurso de agentes, portavam um revólver da marca “Taurus” calibre 38, nº 834479, municiado com 06 cartuchos, e mais 26 cartuchos intactos, de uso permitido, sem autorização legal. Além disso, na mesma data, no trevo de acesso à cidade de Presidente Epitácio, efetuaram disparos de arma de fogo em via pública.

Após regular instrução, sobreveio a r. sentença de fls. 187/199, prolatada pela MMª. Juíza de Direito Dra. Daiane Thaís Souto Oliva de Souza, que julgou procedente a ação penal e condenou os acusados por infração ao art. 14 e art. 15, ambos da Lei nº 10.826/03, cada um ao cumprimento da pena de 4 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial semiaberto e pagamento de 22 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e com valor unitário correspondente a 1 salário mínimo para Idiel.

Inconformada recorre a Defesa sustentando, em síntese, que o apelante Idiel não participou do delito, pois apenas acompanhava o corréu, que possui permissão para portar arma de fogo, e que os disparos não expuseram ninguém a perigo, tudo levando à absolvição. Subsidiariamente, pleiteia a absorção do crime de porte de arma pelo de disparo e o estabelecimento do regime prisional aberto (fls. 235/247).

Recebido o recurso (fls. 218), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 251/256).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do apelo (fls. 262/266).

Anotese que o processo foi inicialmente distribuído para a Col. 2ª Câmara de Direito Criminal (fls. 261), mas acabou redistribuído para essa E. 4ª Câmara Criminal Extraordinária em 03 de setembro de 2013 (fls. 278).

### **É o relatório.**

Cuida-se de apelação interposta por Idiel Mackievicz Vieira e Danilo Machado Martins contra a r. sentença de fls. 187/199 que julgou procedente a ação e os condenou por infração ao art. 14 e art. 15, ambos da Lei nº 10.826/03, cada um ao cumprimento da pena de 4 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial semiaberto e pagamento de 22 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e com valor unitário correspondente a 1 salário mínimo para Idiel.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, forçoso concluir que a absolvição era mesmo impossível.

A materialidade dos delitos está comprovada pelos laudos periciais de fls. 49/54 e 79/84, que atestaram, respectivamente, a existência dos disparos na

placa de sinalização e a potencialidade lesiva da arma, enquanto a autoria restou bem demonstrada pela prova produzida.

De fato, interrogados perante a autoridade policial, Idiel afirmou que conduzia seu veículo, quando encontrou o acusado Danilo para contratá-lo como segurança particular. Nessa ocasião, quando parou o carro e ele sacou uma arma de fogo e desferiu tiros em direção a uma placa de sinalização e depois, quando estavam em uma boate da cidade foram abordados por policiais que encontraram a arma de fogo no interior de seu veículo (fls. 9/10). O corréu Danilo, por sua vez, confirmou a versão do comparsa (fls. 22/23).

Entretanto, ambos foram incriminados pelos policiais militares Marcio Roberto Brambila e Ricardo Monteiro, que receberam denúncia anônima informando sobre os disparos de arma de fogo e indicando as características do veículo. Acrescentaram que procuraram pelo carro e o localizaram em uma boate onde estavam os réus, ocasião em que o corréu Danilo confessou que buscou a arma em sua residência para entregá-la a Idiel e desferiram tiros contra uma placa sinalizadora (fls. 7 e 8).

Somente por esses elementos já se tinha razoável certeza a propósito da procedência da acusação.

Mas não é só, pois em juízo, agora sob as garantias do contraditório, o apelante Danilo admitiu que portava a arma de fogo juntamente com o corréu, pois este queria comprá-la, mas apenas ele (Danilo) realizou os disparos (fls. 167).

O acusado Idiel, por sua vez, embora intimado (fls. 107v), preferiu a revelia (fls. 161v e 162/163), não tratando de apresentar sua versão dos fatos ao Magistrado, tampouco de desmentir os fortes indícios existentes contra ele, mas a despeito disso, tem-se que a prova produzida tratou de comprovar com segurança a responsabilidade de ambos.

É que os policiais, em declarações coerentes com aquelas prestadas no flagrante, reafirmaram que abordaram os acusados na boate e apreenderam o revólver no veículo de propriedade de Idiel, esclarecendo, inclusive, que compareceram ao local para apurar denúncia sobre disparos que tinham sido efetuados contra uma placa sinalizadora, fato que acabou confirmado informalmente pelos apelantes (fls. 153/155 e 156/157).

Tais depoimentos foram confirmados pelo também policial Marcos Antônio Teixeira de Souza, que acrescentou ter recebido a denúncia de um casal que namorava debaixo do viaduto e constatou as marcas de disparos na placa sinalizadora (fls. 165).

Ora, como se sabe, a lei não tira a validade do depoimento do policial, que é testemunha como outra qualquer, não figurando entre os impedidos ou suspeitos, além de se sujeitar ao compromisso e às penas do falso testemunho,

caso venha a faltar com a verdade.

Assim, o que cumpre normalmente é conferir às declarações do policial o merecido vm130184alor em confronto com os demais elementos de convicção trazidos aos autos.

Nessa esteira já decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal, dando relevância ao testemunho de policiais: **“o valor do depoimento testemunhal de servidores público - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal”** (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello).

E também o Col. Superior Tribunal de Justiça:

**“Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos Policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, tal como se dá na espécie em exame.”** (HC 168.476/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010).

**“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.”** (HC 146.381/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 09/08/2010).

**“Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido - no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime -, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento. 4. Nesse contexto, e com maior razão, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo.”** (HC 177.980/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011).

No caso dos autos, repita-se, os depoimentos dos policiais que participaram da diligência não mereceram contrariedade de qualquer outra prova produzida nos autos. Assim, na medida em que as palavras dos réus restaram isoladas nos autos, e como estavam juntos, inclusive com indicação de que Idiel pretendia

comprar a arma, o que se tem é prova segura de que juntos efetuaram disparos de arma de fogo, de sorte que a condenação pelo crime do art. 15, da Lei nº 10.826/03 era mesmo a solução correta para o caso em questão.

Nem se alegue, como pretende a Defesa, que o local era inabitado e por isso a conduta seria atípica, pois, na verdade, os disparos ocorreram em plena via pública, onde a presença de pessoas é presumida, ainda que, no momento, ninguém estivesse presente.

Na verdade, certamente trafegam veículos e pessoas diariamente pelo local, de sorte que os disparos a esmo, ainda que em direção à placa de sinalização como efetuado pelos apelantes, certamente coloca em risco a segurança pública.

Indiscutível, então, o acerto da condenação em relação ao disparo de arma de fogo, mas o mesmo não se pode dizer quanto ao de porte, que deve mesmo ser havido como absorvido pelo crime-fim.

Na verdade, o porte do revólver municiado com cápsulas íntegras apenas representou meio para a execução do delito que realmente pretendiam praticar, que era o disparo dessa arma.

Ora, conforme jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, ***“Sabe-se que o crime consuntivo atrai os demais, formando uma unidade, um só delito, sendo que os outros (crimes meio) passam a fazer parte de seu contexto. Assim, se o acusado portava arma de fogo para efetuar disparos em local habitado, deve responder somente pelo último, pois, por lógica, não é possível efetuar tais disparos sem portar o armamento. A posse ou o porte de arma de fogo, mesmo em desacordo com determinação legal, configuram um fato anterior não punível, sob pena de caracterizar bis in idem, caso se evidencie um mesmo contexto fático”*** (Apelação nº 0060848-85.2009.8.26.0050, 4ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Salles Abreu, julgado em 07/01/2012).

De mais a mais, tanto é evidente que a intenção eram os disparos, que a arma foi apreendida quando estava no carro dos acusados e não em poder deles, em demonstração de que não houve conduta autônoma, mas delito único.

Resta analisar, então, a pena imposta.

Entretanto, respeitado o entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, tem-se que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não são desfavoráveis aos acusados, pois a certidão de fls. 114 diz respeito à existência de processo em andamento em relação ao corréu Danilo e não pode servir, por si só, como indicativo de má conduta social, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça). Também aquela outra de fls. 111, indica condenação de Idiel por crime de porte de drogas extinta há mais de 20 anos, sem que se vislumbre, com isso, a ocorrência de maus antecedentes.

Assim, a pena dos dois acusados fica reduzida para o mínimo legal de 2

anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e igual a um salário mínimo para Idiel, que tem condição econômica diferenciada, já que é advogado (fls. 12).

Por fim, estão presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, pois os réus são primários e, como se viu, sem antecedentes desabonadores, de sorte que a pena privativa de liberdade de ambos fica substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, na forma e local a serem definidos pelo juízo das execuções e mais 10 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e de valor equivalente a um salário mínimo para Idiel.

Pelos mesmos motivos, em caso de revogação do benefício, o regime aberto para o início de cumprimento da pena corporal é o que se mostra mais razoável para ambos os acusados.

Em suma, o provimento parcial do recurso é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para absolver os apelantes do crime de porte ilegal de arma, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal e para reduzir as penas impostas pelo crime de disparo de arma de fogo para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo para Danilo e 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário equivalente a um salário mínimo para Idiel, substituída a pena privativa de liberdade de ambos por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e mais 10 dias-multa com o mesmo valor unitário acima.**

Custas na forma da lei.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002182-84.2012.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante LEONEL VICENTE DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO à apelação interposta por LEONEL VICENTE DA SILVA, a fim de reduzir a pena a 09 meses e 10 dias de detenção, e pagamento de 15 dias-multa, e proibição de conduzir veículo automotor pelo prazo de 03 meses e 03 dias, mantida, no mais, a sentença condenatória. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 07331)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

FRANCISCO ORLANDO (Presidente sem voto), IVAN MARQUES E ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

**Ementa:** EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, CTB) - Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Recurso parcialmente provido para outro fim.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - Exame de sangue - Prova ilícita - Inocorrência - Não há que se falar em ilegalidade dessa prova. Isso porque como muito bem salientou o Magistrado sentenciante, “o réu não alegou que foi forçado a fazer o exame, mas sim que concordou, apenas que ficou com medo dos policiais, sem narrar ameaça alguma. Além disso, não há prova de ameaça. Portanto, a prova é válida”.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - Inconstitucionalidade - Inocorrência - A infração em tela é de perigo abstrato, que prescinde do dano ou perigo de danos concretos. Neste sentido, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

## VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 94/95), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que o apelante **LEONEL VICENTE DA SILVA** foi condenado à pena de 01 ano e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, mais 15 dias-multa, e proibição de conduzir veículos automotores pelo mesmo prazo da condenação, por infração à norma penal contida no art. 306, CTB.

Inconformado, apelou (fls. 107/109), sustentando a inconstitucionalidade no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto estabelece um nível de álcool e, assim, faz presumir que toda pessoa ao alcançá-lo estará embriagada, cuja presunção contra o réu é vedada no Direito Penal. Também menciona que a materialidade do delito não se encontra comprovada nos autos.

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 115/119).

A DD. Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 127/130).

É o relato do necessário.

A manutenção da condenação é medida de rigor.

O MD. Magistrado sentenciante analisou as provas produzidas de modo sereno e correto, razão pela qual a r. sentença atacada há de ser mantida.

Ouvido o Policial Militar, Douglas (fls. 98/99), este confirmou que foi atender a uma ocorrência, deparando-se com o réu, que tentava sair com o caminhão, sendo abordado, constatando que este exalava odor etílico. Disse que apresentaram a ocorrência e, no hospital, o apelante foi submetido a exame de sangue.

Interrogado em Juízo (fls. 100/102), o réu não negou que conduzia o caminhão, afirmando, no entanto, que havia ingerido bebida alcoólica dias antes.

A materialidade também se encontra comprovada através do exame de sangue de fls. 14, que concluiu pelo resultado positivo, na concentração de 2,1 g/l (dois gramas e um decigrama por litro de sangue).

Não há que se falar em ilegalidade dessa prova. Isso porque como muito bem salientou o Magistrado sentenciante, “o réu não alegou que foi forçado a fazer o exame, mas sim que concordou, apenas que ficou com medo dos policiais, sem narrar ameaça alguma. Além disso, não há prova de ameaça. Portanto, a prova é válida”.

Também não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito.

A infração em tela é de perigo abstrato, que prescinde do dano ou perigo de danos concretos. Neste sentido, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores:

**Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - 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. II - 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. Precedente. III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV - Por opção**

**legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V - Ordem denegada.**

(HC 109269, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 639-644 REVJMG v. 62, n. 198, 2011, p. 413-415)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

( ... )

**IV. A redação do art. 306 da Lei nº 9.503/97 dada pela Lei nº 11.705/08 suprimiu a elementar do tipo “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, de modo que a mera constatação da condução de veículo automotor em via pública com concentração alcoólica igual ou superior a 6 (seis) decigramas configura o delito. V. O delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato.**

Precedentes.

( ... )

VII. Ordem denegada.

(HC 167.882/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012)

Ademais, mesmo que o delito fosse de perigo concreto, há notícia nos autos de que o apelante trafegava pela contramão de direção.

Impossível, portanto, se falar em absolvição.

Assim, não procedem as teses invocadas nas razões recursais, cujos fundamentos já foram bem analisados e rejeitados quando da condenação, razões estas que perduram e que ora invoco, nada mais tendo a acrescentar nos termos autorizativos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*).

Por outro lado, a sentença merece reparo quanto à dosimetria da pena imposta.

O Magistrado sentenciante agiu com excessivo rigor ao dobrar a pena-base. Assim, considerando que o réu dirigia um caminhão de grande porte, carregado com 15 toneladas, por rodovias, entre Piracicaba e Porto Feliz, causando enormes perigos à segurança e à vida dos demais usuários da rodovia, majoro a pena-base de 1/3 (um terço), alcançando 08 meses de detenção e pagamento de 13 dias-multa.

Na segunda fase, em virtude da comprovada reincidência (fls. 47), elevo a pena de mais 1/6 (um sexto), atingindo 09 meses e 10 dias de detenção, e pagamento de 15 dias-multa, que torno definitiva ante a ausência de outras modificadoras.

A proibição para dirigir veículo automotor, seguindo os mesmos critérios, fica estabelecida em 03 meses e 03 dias.

Mantenho o regime inicial semiaberto em virtude da reincidência.

Posto isto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta por **LEONEL VICENTE DA SILVA**, a fim de reduzir a pena a 09 meses e 10 dias de detenção, e pagamento de 15 dias-multa, e proibição de conduzir veículo automotor pelo prazo de 03 meses e 03 dias, mantida, no mais, a sentença condenatória.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000927-06.2011.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante VINÍCIUS DOS SANTOS SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial ao recurso de apelação, para reduzir a pena do estupro para 10 anos de reclusão e a pena de ameaça para 01 mês e 10 dias de detenção, bem como para estabelecer o regime semiaberto para início do cumprimento da pena do crime de ameaça, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.383)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G.STRENGER (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA E PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 16 de outubro de 2013.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO - ESTUPRO E AMEAÇA - PROVAS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA - PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL - PALAVRA DA VÍTIMA - CONDENAÇÃO MANTIDA.**

**DOSIMETRIA PENAL READEQUADA - PENAS DE AMBOS OS DELITOS FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO, EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO, E AUMENTADAS PELA REINCIDÊNCIA.**

**REDUÇÃO DA PENA DO ESTUPRO AO MÍNIMO LEGAL - 10 ANOS DE RECLUSÃO - ENTENDIMENTO A *CONTRARIO SENSU* DA SÚMULA 231 DO STJ - NECESSIDADE.**

**REDUÇÃO DA PENA DO CRIME DE AMEAÇA - 01 MÊS E 10 DIAS DE DETENÇÃO - NECESSIDADE - PENA ABSTRATAMENTE COMINADA INFERIOR À ESTABELECIDNA NA R. SENTENÇA.**

**REGIME INICIAL FECHADO PARA O CRIME DE ESTUPRO - QUANTIDADE DA PENA E NATUREZA HEDIONDA DO DELITO.**

**SUBSTITUIÇÃO DO REGIME FECHADO PELO SEMIABERTO PARA O DELITO DE AMEAÇA - NECESSIDADE - CRIME APENADO COM DETENÇÃO.**

**RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

## VOTO

**VINÍCIUS DOS SANTOS SOUZA** foi condenado ao cumprimento de 11 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no artigo 213, *caput*, bem como às penas de 01 ano e 02 meses de reclusão, também em regime fechado, pela prática do delito do art. 147, ambos do Código Penal, negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apela.

Alega que não há prova de ter agido mediante violência ou grave ameaça contra a vítima, que a condenação está embasada unicamente nas palavras desta e, subsidiariamente, pede o reconhecimento da continuidade delitiva, a absorção da ameaça e dos atos libidinosos praticados pelo crime de estupro, respondendo por um só crime de estupro.

Regularmente processado e respondido o recurso, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento.

É o relatório.

Narra a denúncia que no dia 04 de março de 2011, na Rua Prefeito Hilário Dassiê, 1.026, na cidade de Santa Isabel, o acusado constrangeu Camila Rodrigues Pereira à prática de atos libidinosos e conjunção carnal, mediante grave ameaça, bem como a ameaçou de causar-lhe mal injusto e grave.

A vítima estava em sua casa com seus três filhos menores, quando ouviu um barulho no muro. Logo em seguida, ouviu alguém bater à porta, perguntou quem era e o invasor respondeu que estava ali à procura de um indivíduo conhecido como “Cabelo”. A vítima respondeu que ali não residia ninguém como este apelido e insistiu para que o rapaz deixasse sua residência, mas este arrombou a porta e adentrou a casa, alegando que precisava de dinheiro, que o marido da vítima estava lhe devendo e caso não lhe fosse entregue o dinheiro a “comeria”. Camila tentou novamente convencer o rapaz de que seu marido não era a pessoa que estava procurando, mas mesmo assim o invasor a obrigou, sob ameaça de morte, a fazer sexo oral e, em seguida, a ter com ele conjunção carnal.

O agressor conduziu a vítima para diversos cantos do cômodo, mantendo com ela a conjunção carnal. Tentou constrangê-la também à prática de sexo anal, mas não conseguiu. Os três filhos da vítima, o mais velho com apenas três anos de idade, presenciaram o ato.

Depois de consumado o ato, o indivíduo tirou uma caixa de fósforos do bolso, fez gestos de que iria atear fogo na casa e ameaçou de morte a vítima, caso ela avisasse a Polícia.

Em seguida, deixou o local, mas esqueceu na varanda da casa uma mochila, contendo roupas e fotografias, o que possibilitou sua posterior identificação.

Detido, a vítima reconheceu o acusado, sem dúvidas, como sendo o autor dos delitos, reconhecimento que se renovou em Juízo (fls. 157/160).

O réu negou a acusação.

Contou a mendaz e risível versão de que teve um relacionamento amoroso com a vítima e que a reencontrou quando saiu em livramento condicional em 2009, ocasião em que a vítima, que já tinha três filhos, não estava comprometida com ninguém, por isso voltaram a se relacionar. Em 2011 se reencontraram. No dia dos fatos não teve relação sexual com a vítima, sendo que o marido dela surgiu com uma arma na mão e o expulsou da casa. Como saiu às pressas, acabou esquecendo sua mochila. Acredita que a vítima inventou essa história, pois ficou com medo de ser assassinada pelo marido e disse que ela era uma simples amante e que não precisava manter relações sexuais com ela, já que tinha esposa (fls. 161/163).

A fantasiosa versão do acusado não merece a menor credibilidade. Quer fazer crer que manteve um relacionamento amoroso com a vítima, que se iniciou no ano de 2007, mas não soube informar onde ela residia na época em que se relacionavam, o nome completo dela, o de seus pais e nem a data do aniversário. Disse que quando reencontrou a vítima, em 2009, esta já havia tido seus três filhos, o que não é verdade, pois o filho mais novo da vítima contava com apenas 11 meses de idade quando dos fatos, em 2011.

E como reiterada e acertadamente se vem decidindo, nos crimes sexuais, cometidos sempre às escondidas, a palavra da vítima muitas vezes é a única prova que se tem, de modo que duvidar delas apenas por ser vítima, será o mesmo que incentivar a prática de tais crimes e deixar na impunidade os seus autores.

A materialidade delitiva foi comprovada pelas seguras palavras da vítima, bem como pelo laudo de exame sexológico (fls. 76/79), que apontou a presença de espermatozoides no canal vaginal da vítima.

Provadas autoria e materialidade, era de rigor a condenação.

Fica afastado o pedido da Defesa quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva, pois, diversamente do alegado, os delitos de estupro e ameaça não são de mesma espécie.

Quanto ao pedido para condenação por um só crime de estupro, tal fica prejudicado, visto que o apelante foi condenado pela prática de um único crime.

A pena-base do crime de estupro foi fixada no patamar máximo, ou seja, 10 anos de reclusão, em virtude de o constrangimento ter se dado não apenas à prática da conjunção carnal, mas também a atos libidinosos diversos (sexo oral e anal), do crime ter sido cometido na presença de três crianças de tenra idade, estando o acusado em livramento condicional, quando o cometeu.

Presente a agravante da reincidência (fls. 69), a pena foi aumentada de 1/6, totalizando 11 anos e 08 meses de reclusão.

Entendo, todavia, acompanhando jurisprudência sobre o tema que, se a Súmula 231 do STJ, não permite a redução da pena aquém do mínimo legal por força da presença de atenuante, a *contrario sensu* a incidência de agravante não pode elevar a pena acima do máximo (*Agravo em Recurso Especial, 305771/CE, Ministro Og Fernandes, DJE 21/6/2013*), motivo pelo qual deve a pena do delito de estupro ser reduzida para 10 anos de reclusão.

A pena do crime de ameaça foi igualmente fixada em 1/6 acima do piso, em razão de o delito ter sido cometido na presença dos filhos da vítima e no curso do livramento condicional, e, na segunda fase da dosimetria, aumentada de 1/6 pela reincidência. A pena final resultou em 01 ano e 02 meses de reclusão. Todavia, a pena mínima prevista para o crime de ameaça é de 01 mês de detenção, e não 01 ano de reclusão, como constou na r. sentença.



Assim, considerando o patamar mínimo de 01 mês de detenção, fica a pena pelo crime de ameaça reduzida para 01 mês e 10 dias de detenção.

O regime inicial fechado foi corretamente fixado para o crime de estupro, diante do *quantum* da pena imposta e da natureza hedionda do delito.

Com relação ao delito de ameaça, apenado com detenção, substituiu-se o regime fechado pelo semiaberto, por força de expressa previsão legal (art. 33, “caput”, CP).

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso de apelação, para reduzir a pena do estupro para 10 anos de reclusão e a pena de ameaça para 01 mês e 10 dias de detenção, bem como para estabelecer o regime semiaberto para início do cumprimento da pena do crime de ameaça, mantida, no mais, a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003334-72.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROGERIO SARAIVA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Afastada a preliminar de nulidade arguida pela defesa, deram provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir as penas para 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 703)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) E RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 24 de outubro de 2013.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO, Relator

**Ementa: Apelação. 1. Quadro probatório suficiente para ensejar a responsabilidade penal do apelante pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes. Condenação mantida 2. Pena, todavia, que comporta redução. 3. Não devem ser considerados, no processo de dosimetria da pena, condenações por fatos posteriores, nem processos e inquéritos em andamento. 4. A teoria da chamada coculpabilidade**

(ou culpabilidade por vulnerabilidade), tal como concebida pela doutrina, não merece acolhida, a se ter em conta o atual sistema penal vigente. 5. A reincidência, enquanto circunstância agravante, não é inconstitucional, não reclamando, necessariamente, para ser demonstrada, certidão cartorária. 6. Apelante que, ao tempo dos fatos, contava com menos de 21 anos, a incidir a circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal. Recurso provido em parte, para diminuição da sanção.

## VOTO

1. A sentença, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação, para condenar **ROGERIO SARAIVA DOS SANTOS**, às penas de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, como incurso no artigo 157, par. 2º, II do Código Penal.

Apelou a defesa (fls. 139/167), postulando a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, colima: a) a nulidade da sentença, uma vez que a dosimetria da pena carece de fundamentação; b) afastamento do duplo aumento em razão de maus antecedentes e da reincidência; c) afastamento da reincidência por ausência de certidão cartorária, bem como a consideração de inconstitucionalidade da mesma por caracterizar *bis in idem*; d) reconhecimento de circunstância atenuante obrigatória, invocando a teoria da coculpabilidade (vulnerabilidade social) e) afastamento do concurso de agentes; f) a fixação de regime semiaberto.

Processado o recurso, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento.

### É o relatório.

2. De início, cabe repelir a alegação de nulidade da r. sentença. Isto porque, diferentemente do acenado nas razões de inconformismo, o ato judicial acha-se fundamentado tanto na quantificação da sanção, quanto na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Vale dizer, a r. sentença, sob o aspecto puramente formal, mostra-se hígida. Eventuais equívocos na fixação das penas não ser corrigidos nesta sede, sem que seja o caso de invalidar-se o ato judicial.

3. No mérito, vinga em parte o reclamo. Na linha do que se segue.

4. Evidenciada a responsabilidade penal do apelante pelo crime de roubo.

O quadro probatório desenhado pelas duas etapas da persecução penal assenta a condenação pelo roubo majorado. A prova restou bem apreciada pela

r. sentença, cujos fundamentos ficam aqui acolhidos, com as considerações que se seguem.

A materialidade do delito acha-se positivada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/06), auto de exibição, apreensão e entrega (fls.07/11) e prova oral.

E certa a autoria.

Com efeito, a vítima, ao depor em audiência (fls. 120; mídia - fls.122), disse que, na data dos fatos, estava dentro de seu automóvel, chegando ao portão de sua residência, quando foi abordada por dois homens, os quais se achavam em uma motocicleta. Um deles, na posse do que a vítima disse ser uma arma, mandou que ela e a filha descessem do veículo, sendo este último subtraído pelos assaltantes, juntamente com outros pertences da ofendida que estavam no automóvel.

Quando da realização da audiência, afirmou não ter condições plenas de reconhecer o apelante, uma vez que o homem que a abordou usava capacete, impossibilitando a visualização total de seu rosto. Apesar disso, destacou que algumas marcas escuras, parecendo com pintas ou gotas, na face do assaltante, lhe chamaram a atenção - o que foi, posteriormente, identificado como tatuagens de lágrimas que apelante possui abaixo do olho direito. Esclareceu, ainda, que seu carro foi encontrado a 10 km de distância do local dos fatos, 20 minutos após o ocorrido.

Sabe-se, com efeito, que, neste tipo de delito, a palavra do ofendido assume grande relevância, mormente quando não se entrevê motivo algum para que acuse falsamente um inocente (**RT 732/633, 737/624; JUTACRIM 100/250, 100/266, 99/273, 95/268, 94/341, entre outros**).

Ademais, o relato encontra sólido apoio nos testemunhos dos policiais apresentados sob o crivo do contraditório (fls. 98 e 99 - termo de depoimento com mídia às fls. 100). Pois, verte dos relatos que, em patrulhamento, após o aviso do roubo via COPOM, os agentes públicos surpreenderam o réu na posse do automóvel subtraído, no qual foi encontrado um simulacro de arma de fogo. Ademais, a busca pessoal no acusado redundou na apreensão de dinheiro e do aparelho celular da vítima. E mais, quando da detenção, o apelante admitiu o cometimento da infração.

Certo que, interrogado em juízo, o apelante repeliu a imputação. Alegou que saía da casa de sua mãe, a pé, quando foi abordado pelos agentes militares, já conhecidos seus por sempre o “enquadrarem” acusando-o de fazer parte do PCC e pedindo propina para não matá-lo. Depois de não atender ao pedido dos policiais, disse ter sido levado ao 98ºDPI, sob a alegação de autoria de um crime de roubo.

Mas a versão apresentada não vinga. Além de pouco verossímil mercê das regras de experiência comum, acha-se escoteira nos autos.

Na realidade, o manancial probatório tem pujança para firmar a autoria. Deveras, o apelante (a) foi encontrado na posse de bens subtraídos e de um simulacro de arma de fogo, pouco tempo depois do delito, (b) admitiu o cometimento da infração aos policiais e (c) possui traços físicos (tatuagem) tal como apontados pela vítima. E não apresentou explicação ao menos verossímil que o exculpasse.

Impende ter em mente que a apreensão do bem subtraído em poder do agente, notadamente se pouco tempo depois dos fatos, constitui, mercê das regras de experiência comum, um poderoso indicio de autoria. Bem por isso, fala-se que o fato enseja uma inversão do ônus da prova, no sentido de reclamar do suspeito, a fim de escusar-se, a apresentação de uma justificativa plausível (TACRIM-SP; **Apelação, rel. Renato Nalini. 04.11.1996, RT 739/627; Apelação, rel. Rulli Junior, j. 25.03.2999, RJD 43/253; Apelação, rel. Osni de Souza, j. 27.08.1998, RJTACRIM 41/235; Apelação, rel. Xavier de Aquino, j. 04.11.1196, RJTACRIM 33/218; Apelação, rel. Nogueira Filho, RJD 24/230; Apelação, rel. Damião Cogan, RT 711/336, “apud” Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua Interpretação, Doutrina e Jurisprudência, RT, 8ª edição. CD).**

Por conseguinte, a condenação era mesmo de rigor.

5. E, designadamente, na linha do que se explanou, trata-se de roubo majorado pelo concurso de agentes. A prova - notadamente o relato da vítima - desnuda que o apelante agiu em conjunto com outro indivíduo, despontando o liame subjetivo.

6. Mas a sanção comporta reparos.

6.1. A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal (07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão e pagamento de 16 dias-multa). Mas, com a devida vênia, de forma indevida, uma vez que: (i) condenações referentes a fatos posteriores ao delito apurado nestes autos não podem ser consideradas na dosimetria da pena (STJ, HC nº 143.074, rel. Min. Felix Fischer); (ii) processos e inquéritos em andamento não se prestam a elevar a sanção (Súmula nº 444, do STJ). Assim, a pena-base fica reduzida para o mínimo legal, ou seja, 04 anos de reclusão e pagamento 10 dias-multa.

6.2. Na segunda fase, bem reconhecida a circunstância agravante da reincidência, configurada pelo documento de fls. 74 (folha de antecedentes), que se mostra apto a tanto.

Anote-se não ser necessária, para a comprovação da reincidência, certidão cartorária, na medida em que a legislação não exige documento específico para demonstração deste fato (STF, HC nº 103.969, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC nº 121.244, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 145055, rel. Min. Og Fernandes).

E, diversamente do sustentado pela defesa, a reincidência, enquanto circunstância agravante e fator a ser considerado em desfavor do agente em outros aspectos do procedimento de fixação da pena (estabelecimento do regime inicial, substituição da pena privativa de liberdade e outros benefícios), não agride a Carta Magna. Quem comete um crime após condenação definitiva por outro fato revela uma insistência na prática de condutas bastante reprováveis sob o ponto de vista ético-jurídico (tanto que o ordenamento lhes reserva as sanções mais afitivas). Essa reiteração de infrações penais reclama um juízo mais severo de reprovabilidade da segunda conduta, trazendo, para o agente, consequências penais negativas. Na realidade, a reincidência, como fator de maior punição do agente, acha-se ligada ao **“caráter preventivo especial da sanção penal, notando-se que a pena anterior teria sido insuficiente, motivo pelo qual o autor tornou a delinquir (reincidência), necessitando, pois, de pena mais severa”** (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Individualização da Pena, RT, 2.004, pág. 233). Cuida-se de um instituto compatível com o moderno Direito Penal da Culpabilidade, porquanto a ação do agente que volta a praticar uma infração penal encerra, em princípio, um grau de censurabilidade maior do que aquela que comete um crime pela primeira vez. Não se trata, pois, de um “bis in idem” (JULIO FABBRINI MIRABETE, Código Penal Interpretado, Atlas, 5ª edição, pág. 499), mas de ter em conta a personalidade e os antecedentes do réu na aferição de seu grau de culpa. E chamado a se manifestar sobre a matéria, o **Supremo Tribunal Federal**, julgando Recurso Extraordinário (RE 453000), declarou, recentemente, que é constitucional a aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais (artigo 61, inciso I, do Código Penal). Conferir, ainda, na mesma linha: **STF, HC nº 93.815, rel. Min. Gilmar Mendes**.

**6.3.** Porém, cumpre observar que o réu era menor de 21 anos ao tempo dos fatos, de sorte que a circunstância agravante da reincidência fica compensada pela circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, de sorte que, no final das contas, a pena permanecerá inalterada na segunda fase.

**6.4.** Carece de razão a defesa ao acenar com a existência de circunstância atenuante inominada (artigo 66, do Código Penal).

Hodiernamente, fala-se em coculpabilidade - ou culpabilidade pela vulnerabilidade - enquanto instituto penal que se presta a aplacar a responsabilidade do agente. Traduz a ideia, a traços largos, de que o Estado, ao deixar de cumprir deveres que lhe são cometidos pela Constituição Federal a fim de diminuir as desigualdades econômica e social, contribui para a prática do delito. O indivíduo que se acha desprovido de condições dignas de sobrevivência, mercê da omissão estatal, possui uma capacidade de autodeterminação restrita, num cenário que funciona como um estímulo ao cometimento do ilícito penal. Nessa ordem de ideais, o Estado tem uma responsabilidade indireta pela ocorrência

da infração penal. Trata-se de uma situação que deve ser levada em conta pelo juiz, em favor do agente, quando da outorga da prestação jurisdicional. O que seria concretizado, em princípio, a se ter em conta o atual sistema penal, pelo (i) reconhecimento de uma circunstância atenuante inominada (artigo 66, do CP), ou, em (ii) situações extremas, na absolvição por ausência de culpabilidade (**ROGÉRIO GRECO**, Código Penal Comentado, Editora Impetus, 5ª edição, pág. 68).

Não se olvida que a culpabilidade, enquanto reprovabilidade da conduta do agente, constitui uma das vigas mestras da dogmática penal. O ilícito penal somente se aperfeiçoa - entre outros requisitos - se, no caso concreto, possível exigir do sujeito uma conduta diversa daquela tomada (fato típico e antijurídico). E, além disso, a culpabilidade - passível de graduação (**STJ, HC nº 9.584, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro**) - constitui o fator mais importante no procedimento de dosimetria da sanção (artigo 59, do Código Penal). Dentro deste espectro, não há dúvida de que o juiz deve considerar, quando da fixação da pena, circunstâncias pessoais do agente, embora observados os limites do fato criminoso (**FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 2.002, pág. 88).

Mas daí a se aceitar genericamente a condição de vulnerabilidade - termo empregado pela doutrina - (derivada da pobreza ou de uma outra condição social adversa), como circunstância atenuante - ou mesmo, em último caso, como causa de exclusão da culpabilidade - vai uma longa distância. Na realidade, o acolhimento da teoria da coculpabilidade termina por gerar uma insegurança no sistema penal, representando a adoção da concepção - equivocada e por demais reducionista - de que o fator econômico-social explica toda a criminalidade. Além disso, nos moldes em que delineada - de conteúdo bastante amplo, envolvendo uma gama de fatores e circunstâncias relacionadas à vida do agente -, é praticamente de impossível comprovação pelo juiz em cada processo. Com efeito, somente uma circunstância muito especial de carência, cuja relevância no caso em concreto resulte bem demonstrada, tem o condão de influenciar a resposta penal do Estado.

Bem por isso a advertência de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, no sentido de que **“ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando um fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiram muitos outros ‘coculpáveis’ na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal**

qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante. Há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente - e não comum a inúmeras pessoas, não delinquentes, como seria a pobreza ou o descaso imposto pelo Estado -, para implicar na redução da pena” (Código Penal Comentado, RT, 13ª edição, pág. 248, grifo nosso).

De resto, a teoria da coculpabilidade, pelo menos tal como cunhada pela doutrina, não tem encontrado eco na jurisprudência: STJ, HC nº 172.505, rel. Min. Gilson Dipp; HC nº 116.972, rel. Min Jorgi Mussi; TJSP, Apelações nº 0003076-54.2005.8.26.0326, rel. Des. Silmar Fernandes; nº 0007256-92.2010.8.26.0050, rel. Des. César Augusto Andrade de Castro; nº 0015750-72.2012.8.26.0050, rel. Des. Souza Nery; nº 0027968-61.2010.8.26.0161, rel. Des. Francisco Bruno.

Na hipótese, não se divida qualquer dado empírico que postule a incidência da regra estampada no artigo 66, do Código Penal. A bem da verdade, pouco se sabe da vida pregressa do apelante.

**6.5.** Na terceira fase, em razão do concurso de agentes, a sanção é majorada em 1/3, alcançando 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, que representa a pena final.

E o regime inicial somente poderia ser o fechado, mercê do elevado grau de culpabilidade da conduta, bem como da reincidência.

**7.** Ante o exposto, afastada a preliminar de nulidade arguida pela defesa, **dou provimento parcial** ao recurso, apenas para reduzir as penas para 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011893-55.2005.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes MARIA APARECIDA CRISTINA NOGUEIRA e NATALINO PEREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 2ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. Após o trânsito em julgado, expeça-se mandados de prisão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 00471)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS

BUENO (Presidente) E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 25 de outubro de 2013.

EDUARDO ABDALLA, Relator

**Ementa: DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. Apelação criminal. Prescrição afastada. Autoria e materialidade bem delineadas. Penas corretamente dosadas. Manutenção dos regimes impostos. Recursos improvidos.**

## VOTO

Trata-se de **APELAÇÕES CRIMINAIS** interpostas por **MARIA APARECIDA CRISTINA NOGUEIRA** e **NATALINO PEREIRA DA SILVA** contra a sentença proferida nos autos nº 408.01.2005.011893-6, do Juízo da 2ª Vara Criminal de Ourinhos, que os **condenou** às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime **semiaberto**, e 11 dias-multa, fixados no mínimo legal e às penas de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime **fechado**, além de 15 dias-multa, no piso, como incurso no art. 241, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, **com apelos em liberdade** (fls. 215/220).

Inconformados, ambos pleitearam absolvição, diante da fragilidade das provas, tendo **MARIA** ventilado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Em caráter subsidiário, pugnou pela diminuição das penas, fixação de regime aberto e substituição da corporal por restritivas (fls. 230/234 e 236/238).

Contrariados os recursos, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento (fls. 240/245 e 253/255).

### É O RELATÓRIO.

De início, afasta-se a pretendida extinção da punibilidade, em decorrência de prescrição retroativa, ventilada por **MARIA**, tendo em vista que pela pena aplicada, tem-se o prazo prescricional de oito anos (art. 109, IV, do Código Penal), não decorrido por inteiro entre os marcos interruptivos.

No mais, não há que se cogitar de fragilidade das provas, porquanto o acervo coligido demonstra, sem dúvidas, que os Apelantes, no segundo semestre de 2004, fotografaram e publicaram cenas de sexo explícito envolvendo a adolescente *Francislaine* (conduta que fora amoldada ao art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente antes da modificação ocasionada pela Lei nº 11.829/2008, que recrudesceu suas penas).

Segundo apurado, os Apelantes, em várias oportunidades tiraram

fotografias de relações sexuais com a infante *Francislaine* e, na posse do material, passaram a lhe constranger para que continuasse a consentir a tal concupiscência, sob ameaça de que as mostrariam para amigos e familiares dela. Obtida a resposta negativa, os Apelantes fizeram o bilhete de fls. 66, com fotografias de sexo envolvendo a menor, e encaminharam ao estabelecimento comercial de *Márcia*, amiga de sua mãe, que a esta informou o que ocorria.

Realizada a perícia no referido bilhete, houve a comprovação de que o manuscrito fora apostado pelo punho de **MARIA** (fls. 37/43), de modo a demonstrar sua participação no evento. Além disso, robora o laudo pericial, as declarações prestadas pela vítima na fase policial, porquanto a adolescente fora enfática ao afirmar ter praticado relação sexual com os Apelantes, sendo fotografada durante o ato e, após a primeira vez, passou a sofrer chantagem para que continuasse com a orgia. Por ter negado, eles enviaram o bilhete à *Marcia*, além de fotografias ao seu pai, que acabou rasgando ou queimando (fls. 20).

E como bem consignou o R. Juízo, apesar de a adolescente não ter sido encontrada para confirmar sua versão policial, suas palavras foram corroboradas pelas testemunhas *Márcia* (fls. 143/147), *Maria* (fls. 148/152) e *Jéssica* (fls. 153/155), “*todas no sentido de que adolescente Francislaine dizia que estava sendo vítima de chantagem por parte de ambos os réus para manter relações sexuais com eles, sob pena de divulgação de fotos de sexo explícito suas a seus pais e vizinhos*” (fls. 217). Ademais, *Márcia* confirmou que viu **NATALINO** do outro lado da rua de seu estabelecimento, no dia em que a carta obscena fora lá deixada (fls. 146).

Instados a se manifestar, os Apelantes apresentaram versões de exculpa, divorciadas de quaisquer provas. Além disso, mesmo ao se aceitar a alegação de que fora um sobrinho dos Apelantes quem tirou as fotografias (afirmação realizada com o nítido intuito de eximirem-se da responsabilização), o certo é que a divulgação fora realizadas por eles, como demonstrado, configurando, portanto, o crime em tela.

Assim, irrefutável a autoria.

Analisa-se a dosimetria.

Para **NATALINO**, as penas-base foram corretamente fixadas em 1/3 acima do mínimo, em razão dos maus antecedentes (comprovados pelas certidões de fls. 09 e 13 do apenso) e das consequências do crime, exaustivamente bem motivada na sentença às fls. 218. Após, sofreram novo acréscimo de 1/6, pela reincidência comprovada na certidão de fls. 14 do apenso, tornando-se definitivas em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, além de 15 dias-multa, no piso, sendo adequadamente estabelecido o regime fechado, não só em decorrência da gravidade concreta da conduta perpetrada, mas também da recidiva do Apelante (o que também impede a substituição por restritivas), nos termos do art. 33, § 2º

do Código Penal. Confira-se:

*“O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, mesmo quando condenado à pena inferior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula nº 269 desta Corte Superior de Justiça”* (STJ - HC 211819/ SP - Ministra LAURITA VAZ - Quinta Turma - DJe de 28/02/2013).

Já com relação à **MARIA**, as iniciais partiram com acréscimo de 1/6, diante das consequências do crime, como já dito, devidamente justificado em 1ª Instância (fls. 219), tornando-se definitivas em 2 anos e 4 meses de reclusão, além de 11 dias-multa, no piso. Por sua vez, foi estabelecido o regime intermediário para o desconto da pena, tendo em vista que o mais brando não seria suficiente a repreensão da conduta perpetrada, em que a Apelante, antes de divulgar as imagens da infante, a manteve sob chantagem durante aproximadamente 2 meses, para suprir sua concupiscência e de **NATALINO**. Aliás, por esses motivos, inviável a substituição da corporal por restritivas, uma vez que o benefício, nesta hipótese, não se mostra socialmente recomendável, a teor do que dispõe o art. 44, III, do Código Penal.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso. Após o trânsito em julgado, exigem-se mandados de prisão.**

## **Habeas Corpus**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0096096-29.2013.8.26.0000, da Comarca de Nova Granada, em que é paciente **JOÃO CARLOS LOPES** e Impetrante **JECSON SILVEIRA LIMA**. **(Voto nº 15.207)**

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Concederam a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 0002271-59.2012.8.26.0390, da Vara única da Comarca de Nova Granada. v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores **XAVIER DE SOUZA** (Presidente) e **SALLES ABREU**.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

**MARIA TEREZA DO AMARAL**, Relator

**Ementa: HABEAS CORPUS - ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI Nº 9.605/98 - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICAÇÃO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO - TUTELADO.**

**ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.**

### VOTO

O advogado Jecson Silveira Lima impetra o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, alegando que JOÃO CARLOS LOPES sofre constrangimento ilegal por parte do meritíssimo Juiz da Vara única da Comarca de NOVA GRANADA que, nos autos da Ação Penal nº 0002271-59.2012.8.26.0390 Controle nº 294/2012, em que se viu denunciado por infração ao artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/1998 (“pescar espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos.”), recebeu a denúncia oferecida contra o paciente.

Alega o impetrante, em síntese, que a denúncia é inepta, pois não descreve com exatidão a conduta do paciente, já que este não foi surpreendido pescando mas sim transportando os peixes.

Alega, ainda, que a ação penal deve ser trancada, pois não há prova da materialidade do crime e nem indícios de autoria.

Finalmente, afirma que é caso de reconhecimento do princípio da insignificância.

Postula a concessão da ordem, para que a ação penal seja trancada.

A liminar foi indeferida (fls. 91).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 95/96), com cópias dos respectivos autos (fls. 97/133), e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 135/140).

É o relatório.

Consta da denúncia que JOÃO CARLOS LOPES, no dia 04 de março de 2012, por volta das 15:20 horas, no km 36 da Rodovia Transbrasiliana, município de Onda Verde, Comarca Nova Granada, foi surpreendido após ter pescado do Rio Grande, enquanto transportava espécimes de peixes com tamanhos inferiores aos permitidos.

Consta, ainda, que policiais militares ambientais, após abordagem, encontraram no interior do veículo conduzido pelo paciente, alguns mandis de tamanho inferior a 25cm. (vinte e cinco centímetros) de comprimento.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a denúncia foi recebida em 30 de julho de 2012, o paciente já foi citado e os autos aguardavam a inquirição das testemunhas da acusação, deprecada ao Juízo da Comarca de São José do Rio Preto.

Pois bem.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que **“o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas** (precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009):

- (a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- (b) nenhuma periculosidade social da ação;
- (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;
- (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso em tela, o paciente foi denunciado por ter sido surpreendido por policiais militares ambientais transportando alguns peixes (4), pesando aproximadamente um quilo, conhecidos como “mandi”, após tê-los pescado no Rio Grande, Município de Onda Verde.

O objetivo da Lei nº 9.605/98 é proteger a fauna e a flora impedindo práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou que submetam animais à crueldade, o que não ocorreu “in casu”.

Destarte, a conduta imputada ao paciente atende aos requisitos acima enumerados e deve ser considerada atípica, pois a pesca de um quilograma de peixes, não tem potencialidade para ocasionar relevante lesividade ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Sobre o caso, colacionam-se as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

“(…) Aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado (…).” (HC 178208/SP Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura j. 20/06/2013).

“(…) Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede, rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no aresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de

peixes, de espécies diversas.

Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental (...).” (HC 112840/SP Relator Ministro Napoleão Nunes Maia j. 23/03/2010).

“(...) A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, valendo ressaltar que delitos contra o meio ambiente, a depender da extensão das agressões, têm potencial capacidade de afetar ecossistemas inteiros, podendo gerar dano ambiental irrecuperável, bem como a destruição e até extinção de espécies da flora e da fauna, a merecer especial atenção do julgador.

No caso dos autos, constatou-se que a pesca artesanal de 03 ou 04 peixes não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, afastando a incidência da norma penal (...).” (RE nº 905864/SC Relator Ministra Laurita Vaz j. 11/03/2008).

Registre-se que, no caso em tela, não foi apreendido com o acusado qualquer espécie de petrechos para a pesca dentre os que são proibidos.

Ante o exposto, concede-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 0002271-59.2012.8.26.0390, da Vara única da Comarca de Nova Granada.

Comunique-se.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus nº 0115388-97.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente M. I. G. e Impetrante W. M. J. (**Voto nº 12.474**)

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “concederam a ordem, para determinar o trancamento da ação penal n.º 0064519-14.2012.8.26.0050 controle 1648/2012, em curso junto à 4ª Vara Criminal do Fórum Central da Barra Funda - Comarca da Capital, ante a falta de justa causa para a persecução penal. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BRENO GUIMARÃES (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

PAULO ROSSI, Relator

**Ementa: HABEAS CORPUS - Apropriação Indébita em razão da Profissão - Contrato de Honorários Advocatícios - Art. 168, § 1º, inc. III, CP - Trancamento por Falta de Justa Causa – Conduta Atípica – Pleiteia o trancamento da ação penal diante da falta de justa causa para a persecução penal – ADMISSIBILIDADE - A conduta descrita na inicial acusatória é atípica, faltando, portanto, justa causa para a ação penal, impondo-se, em consequência, o seu trancamento. Havendo divergência por parte do contratante em relação ao valor dos honorários recebidos por sua advogada, caberá a ele rediscutir os termos do contrato na esfera cível, e ainda, caso entenda que o benefício auferido por ela na demanda tenha ultrapassado os limites éticos, poderá formular representação junto ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, para apreciação da adequação do contrato de honorários advocatícios aos preceitos éticos que devem pautar a conduta dos advogados. Ordem concedida.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de M. I. G., apontando MM. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0064519-14.2012.8.26.0050 controle 1648/2012.

Aduz o impetrante que a paciente foi denunciada como incurso no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, pois atuando como advogada, teria se apropriado de indenização trabalhista de seu cliente. Alega, em síntese, que a atitude da paciente nada tem de ilícito, porquanto sua conduta está adstrita às cláusulas previstas no contrato de honorários advocatícios, que prevê o percentual de 30% incidente sobre todos os valores efetivamente recebidos pelo contratante, FGTS, seguro desemprego e valor indenizado. Alega ainda que sua postura está legitimada através do recibo de prestação de contas, firmado pela suposta vítima, dando plena quitação dos serviços advocatícios prestados. Alega que a paciente sofre constrangimento ilegal, ante a falta de justa causa para a persecução penal, pleiteando o trancamento do feito em questão, diante da ausência de dolo em apossar-se indevidamente da indenização trabalhista a que seu cliente fazia jus, havendo somente o cumprimento dos termos do pacto



jurídico entre eles firmado. Alega, ainda, inépcia da denúncia, pois não houve descrição do fato tido criminoso com todas suas circunstâncias.

Pleiteia a concessão da ordem, para que seja determinado o trancamento da ação penal em virtude da falta de justa causa para a persecução penal (fls. 02/22).

O pedido liminar foi deferido, para determinar o sobrestamento do feito até o julgamento do *writ* (144).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, dita coatora (fls. 152/153), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Dr. Luiz Carlos Ormeleze, pela denegação da ordem (fls. 248/253).

Este, em síntese, é o relatório.

Conforme se depreende das informações prestadas pela autoridade judiciária, em 20 de junho de 2013, no dia 22/05/2012 foi instaurado inquérito policial, por meio de Portaria, para apuração dos fatos envolvendo a paciente. A denúncia foi oferecida em 24/09/2012, imputando à paciente a conduta tipificada no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal. O seu recebimento deu-se em 24/10/2012, determinando-se a citação da paciente para responder à acusação. No dia 28/11/2012, foi oferecido aditamento para constar o correto nome da vítima, sendo o mesmo recebido no dia 06/12/2012. Citada, a paciente apresentou resposta à acusação e, não sendo hipótese de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 18/07/2013. No mais, foi determinada a vista ao representante do Ministério Público para que tome conhecimento acerca da concessão da liminar (fls. 152/153).

Segundo consta da denúncia, no dia 12 de dezembro de 2012, por hora incerta, no Fórum Trabalhista da Barra Funda, nesta Comarca da Capital, a denunciada Maria Izabel Garcia, em tese, apropriou-se da importância em dinheiro de aproximadamente R\$ 1.450,00 em prejuízo da vítima Roberto Ribeiro de Souza, dos quais tinha posse ou detenção em razão de profissão de advogada.

Apurou-se que a denunciada é advogada e foi contratada pela vítima para patrocinar uma causa trabalhista contra a empresa Logística Engenharia Ltda. A ação foi intentada, obtendo-se êxito ao final do processo, totalizando indenização no valor de R\$ 2.500,00. A denunciada procedeu ao levantamento das importâncias depositadas pelo empregador da vítima.

Ocorre que a denunciada, que deveria reter a importância de 30% do valor da causa, a título de honorários advocatícios, somente repassou R\$ 300,00 ao seu cliente, supostamente apropriando-se indebitamente dos R\$ 2.200,00 restantes, da qual tinha posse em razão da profissão de advogada.

A denunciada já possui histórico de casos similares, conforme boletins de

ocorrência, e teve sua licença para o exercício profissional suspensa por tempo ignorado, readquirindo o direito de advogar em maio de 2009 (fls. 154/156).

Diante de tal conduta apropriação indébita sustenta o impetrante a atipicidade da conduta imputada à paciente, passível de trancamento da ação penal.

A ordem deve ser concedida.

O crime de apropriação indébita se consuma quando o agente se apropria de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção.

No caso presente, a paciente foi denunciada pelo crime de apropriação indébita qualificada em razão do ofício, nos termos do artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal.

De acordo com o contrato de prestação de serviços e honorários advocatícios, as cláusulas 4 e 5 preveem o percentual de 30% incidente sobre todos os valores efetivamente recebidos pelo contratante, FGTS, seguro desemprego e valor indenizado (fls. 50/51).

Do recibo de prestação de contas assinado pelo contratante, verifica-se que foi dada quitação dos serviços advocatícios prestados pela paciente (fls. 36).

Os cálculos foram discriminados da seguinte forma: R\$ 852,44, de FGTS + R\$ 3.316,00 referente ao seguro desemprego + R\$ 2.500,00 a título de indenização, perfazendo o total de R\$ 6.668,44. Desse valor global, incidiram honorários advocatícios na ordem de 30%, tendo a paciente verba honorária a receber no valor de R\$ 2.206,53.

Do total das verbas rescisórias de direito do contratante no valor de R\$ 6.668,44, descontado o valor dos honorários (R\$ 2.206,53), o contratante recebeu R\$ 4.461,91.

Ressalte-se que deste valor (R\$ 4.461,91), subtraídos os valores do FGTS (R\$ 852,44) e do seguro desemprego (R\$ 3.316,00), verbas estas a serem levantadas pelo próprio contratante.

Dessa forma, considerando que o valor de R\$ 2.500,00, a título de indenização, foi o único valor depositado pelo reclamado diretamente na conta da advogada paciente, esta, por sua vez, em cumprimento aos ditames estabelecidos no contrato de honorários, descontou o valor de 30% a título de honorários (R\$ 2.206,53), repassando a seu cliente a soma de R\$ 293,47.

A paciente entregou ao seu cliente, ora vítima, o valor entre eles acordado no contrato, de modo que houve o repasse do valor ao mesmo a título de honorários advocatícios, a evidenciar atipicidade e, por conseguinte, falta de justa causa para a ação penal.

Ainda que o contratante não tenha se conformado com o valor repassado por sua advogada, a título de indenização, deve ser sopesado que a discussão

do quantum por ele recebido é questão relacionada a matéria cível, de valor contratual de sucumbência.

Segundo dispõe o artigo 168, do Código Penal:

*“Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:*

*Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.*

*Aumento de pena*

*§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:*

*I - em depósito necessário;*

*II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;*

*III - em razão de ofício, emprego ou profissão. (grifo nosso).*

Com efeito, a conduta típica “apropriar-se” o agente de coisa alheia, elemento objetivo do crime de apropriação indébita, não ocorreu na hipótese, pois para a caracterização do delito em questão, deve assentar-se em atos concretos de usurpação.

Não há falar em tal crime haja vista que a paciente, na qualidade de advogada do ofendido, com poderes expressos, levantou quantia depositada a título de honorários advocatícios expressamente previstos em contrato, repassando o restando ao seu cliente.

Tal fato não constitui justa causa para a instauração de ação penal. Não deve a suposta vítima valer-se da seara penal para resolver questão de natureza civil.

Nesse sentido.

*“PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA EM RAZÃO DE OFÍCIO (CP, ART. 168, § 1º, III). ACORDO FIRMADO POR ADVOGADO, RECLAMANTE E RECLAMADO PERANTE JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DA JUSTIÇA DO TRABALHO, INCLUINDO OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUPOSTA MÁ-FÉ DO ADVOGADO AO DEDUZIR OUTRA VERBA HONORÁRIA DA QUANTIA DESTINADA AO RECLAMANTE, A PRETEXTO DE ULTERIOR PRÁTICA DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, PELO QUE TAMBÉM FOI DENUNCIADO POR EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO, DIFAMAÇÃO E PATROCÍNIO INFIEL. ABSOLVIÇÃO QUANTO A ESSES CRIMES E CONDENAÇÃO A UM 1 (UM) ANO E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO PELO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CUMPRIMENTO DA PENA NO CURSO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE, ANTE ESSE FATO NOVO, JULGOU PREJUDICADO O WRIT. INSISTÊNCIA CONCESSÃO DA ORDEM, NO*

*PRESENTE HABEAS CORPUS, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA IMPEDE BENEFÍCIOS EM EVENTUAL NOVA CONDENAÇÃO. CABIMENTO DO WRIT. ATIPICIDADE DA CONDUTA, QUE PODE SER TIDA COMO MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. 1. O crime de apropriação indébita se consuma quando o agente se apropria de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção. 2. In casu, o paciente foi denunciado pelos crimes de apropriação indébita qualificada em razão do ofício (CP, art. 168, § 1º, inc. III), difamação (CP, art. 139), patrocínio infiel (CP, art. 355) e exploração de prestígio (CP, art. 357), narrando a denúncia que o mesmo compareceu à Junta de Conciliação e Julgamento de Angra dos Reis, acompanhado do reclamante, e assinou um termo de acordo no qual restou consignado que dos R\$ 250,00 destinados ao reclamante, R\$ 50,00 caberiam ao paciente a título de honorários, sendo certo que quando do acerto, o recorrente apropriou-se de mais R\$ 40,00, entregando ao reclamante a quantia de R\$ 160,00, a pretexto de ulterior prática de corrupção ativa e passiva, crime do qual foi absolvido. 3. O habeas corpus pode ser conhecido mesmo após o cumprimento da pena: HC 87.132/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 31/10/07, por isso que na espécie, apesar de a pena ter sido extinta, pelo cumprimento, a condenação poderá implicar vedação de benefícios em eventual nova condenação. 4. O não repasse de determinado valor ao constituinte, antecedido de discussão a respeito do quantum devido a título de honorários advocatícios, constitui mero descumprimento de obrigação contratual, a evidenciar atipicidade e, por conseguinte, falta de justa causa para a ação penal. Precedente: HC 83.166/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 12/03/04. 5. Recurso ordinário provido para declarar a atipicidade quanto ao crime de apropriação indébita.” (STF - RHC: 104.588 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 07/06/2011, Primeira Turma).*

Havendo divergência por parte do contratante em relação ao valor dos honorários recebidos por sua advogada, caberá a ele rediscutir os termos do contrato na esfera cível, e ainda, caso entenda que o benefício auferido por ela na demanda tenha ultrapassado os limites éticos, poderá formular representação junto ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, para apreciação da adequação do contrato de honorários advocatícios aos preceitos éticos que devem pautar a conduta dos advogados.

Neste caso, a teor da orientação jurisprudencial, o trancamento de ação penal é possível quando pela simples narrativa dos fatos restar evidente a atipicidade da conduta do paciente ou não houver nenhum indício para servir de base à acusação, uma vez que não é possível a profunda análise de prova na via estreita do remédio heróico.

Nesse sentido.

*“A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando,*

*de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório” (STJ, HC n. 36385/PE, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 09.11.2004).*

*“É entendimento desta Corte que o trancamento da ação penal por falta de justa causa para a sua propositura só é possível quando se constate, prima facie, a atipicidade da conduta, a incidência de causa excludente de culpabilidade, bem como a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito” (STJ, HC n. 38247/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 04.10.2005).*

Nesse sentido, também o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete: *“somente se justifica a concessão de habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação” (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., 2001, Atlas, p. 1426/1427).*

Assim, a conduta da paciente, descrita na inicial acusatória é realmente atípica, faltando, portanto, justa causa para a ação penal, impondo-se, em consequência, o seu trancamento, restando prejudicado o pedido de justiça gratuita.

Ante o exposto, concede-se a ordem, para determinar o trancamento da ação penal n.º 0064519-14.2012.8.26.0050 controle 1648/2012, em curso junto à 4ª Vara Criminal do Fórum Central da Barra Funda - Comarca da Capital, ante a falta de justa causa para a persecução penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus n.º 0136235-23.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente ANDREY ROCHA DA SILVA, Impetrantes AHMAD LAKIS NETO e WILLIAN RICARDO SOUZA SILVA, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE 1ª INSTÂNCIA DA CAPITAL. **(Voto n.º 3.839)**

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram a ordem, com determinação. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Ahmad Lakis Neto e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.”, de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. MARTINS (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 19 de setembro de 2013

DE PAULA SANTOS, Relator

**Ementa: HABEAS CORPUS – Receptação - Prisão preventiva - Inteligência dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal - Requisitos objetivos e subjetivos verificados - Condições pessoais favoráveis que não têm o condão de, por si sós, desconstituírem os alicerces da custódia preventiva - Decisão do Juízo fundamentada - Liberdade provisória incabível Ausência de nulidade da decisão que a indeferiu - Pas de nullité sans grief - Ordem denegada, com determinação.**

## VOTO

Cuida-se de pedido de habeas corpus impetrado por AHMAD LAKIS NETO, GABRIELA FONSECA DE LIMA, WILLIAN RICARDO SOUZA SILVA e DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA a favor de ANDREY ROCHA DA SILVA, preso desde 27/06/2013, sob acusação de estar incurso no art. 180, do Código Penal, contra ato do MM. Juiz do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo, consistente na conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 52/53) e posterior indeferimento do pedido de liberdade provisória (fls. 76).

Sustentam os impetrantes, em síntese: a) nulidade da decisão proferida por ausência de manifestação do Ministério Público; b) o não preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva; c) a impossibilidade de se invocar a gravidade em abstrato do delito para justificar a prisão cautelar; d) o paciente possui residência fixa e ocupação lícita; e) há medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas ao caso. Requerem a nulidade da decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* e que seja revogada a prisão preventiva ou, alternativamente, seja concedida a liberdade provisória, expedindo-se alvará de soltura.

Formulado pleito de medida liminar, a E. Desembargadora então oficiante no Plantão Judiciário, antes de apreciá-lo, encaminhou-o ao douto Procurador de Justiça que atuava naquela oportunidade (fls. 02).

O referido Procurador de Justiça se manifestou no sentido de que a

alegação de eventual nulidade por falta de manifestação do Ministério Público restou superada com sua intervenção e opinou pelo indeferimento da liminar. Requereu vista dos autos após as informações prestadas pela autoridade impetrada (fls.84/85).

A liminar foi indeferida (fls. 87/88) pela E. Desembargadora Maria Tereza do Amaral, que respondia pelo Plantão e determinou a distribuição do feito.

Foram apresentados dois pedidos de reconsideração do indeferimento da medida liminar (fls. 93/96 e 103/105), não acolhidos (fls. 98/100 e 107/110).

Ao se rejeitar o segundo desses pedidos de reconsideração, foi prolatada, por este Relator, a seguinte decisão (fls. 107/110):

“Vistos.

“Cuida-se do segundo pedido de reconsideração referente ao indeferimento de medida liminar no presente procedimento de *habeas corpus*.

“Tal pleito foi inicialmente indeferido pela r. decisão de fls. 87/88, proferida pela Eminentíssima Desembargadora Maria Tereza do Amaral, então oficiante no Plantão Judiciário.

“Houve um primeiro pedido de reconsideração, não acolhido por este magistrado, conforme decisão proferida a fls. 98/100, do seguinte teor:

‘Apesar das considerações tecidas pelo douto advogado que o subscreve, não se afigura viável acolher o pedido de reconsideração de fls. 93/96.

‘Deveras, o indeferimento da medida liminar foi devidamente justificado pela E. Des<sup>a</sup>. Maria Tereza do Amaral, que o apreciou no Plantão Judiciário, que desacolheu o pleito pelos seguintes fundamentos, que merecem ser mantidos:

*“Ao contrário do sustentado, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está bem fundamentada, e foi mantida pelos mesmos fundamentos articulados na anterior.*

*“Com flagrante formalmente em ordem, necessária se fazia a prisão preventiva, ante as condições pessoais do ora paciente e para garantia da instrução criminal, apresentando-se insuficientes as demais medidas cautelares.*

*“O paciente registra antecedentes criminais em crimes contra o patrimônio e encontrava-se no gozo de livramento condicional com término previsto para 30/08/2016, conforme documento acostado com a inicial, quando da prática do presente delito.*

*“Não se verifica, destarte, em fase de cognição sumária, o alegado constrangimento ilegal a permitir se conceda a liminar pretendida” (fls. 87/88).*

‘Cumprido salientar, outrossim, que a concessão de medida liminar é instrumento excepcional, possível apenas quando o constrangimento ilegal é manifesto e de imediata detecção por meio de cognição sumária,

de maneira a autorizar a drástica providência postulada.

‘E, na presente hipótese concreta, estão, deveras, ausentes motivos peculiares, passíveis de pronto e seguro reconhecimento, de relevância tal que justifique a concessão pretendida.

‘De qualquer modo, a matéria, *in casu*, deverá ser apreciada detidamente por ocasião do julgamento do writ, após seu regular processamento.

‘Portanto, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão que negou a medida liminar (fls. 87/88), aduzindo as considerações supra e ressaltando a necessidade de informações do Juízo impetrado.

‘Cumpra-se integralmente o já determinado no despacho de fls. 90/91’.

“Não obstante a bem elaborada petição de fls. 103/105, em que novamente pleiteada a reconsideração, o fato é que, estritamente para efeito de concessão, ou não, de liminar, a matéria já foi analisada e apreciada, tendo-se sempre presente está claro que, na fase em tela, o campo de análise é estreito, tendo em vista a excepcionalidade da medida. Portanto, ficam agora expressamente reiterados, como motivação, todos os argumentos já expostos nas decisões anteriores.

“Isso, evidentemente, com o cuidado de se ressaltar que ora se cogita de mero exame de pleito de liminar, o que em nada inibe a posterior análise, particularizada e fundamentada, do mérito do pedido, quando do julgamento do *habeas corpus*, momento próprio para a incursão meritória.

“Máxime porque, na fase de julgamento estarão presentes as informações do Juízo impetrado e a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, com garantia de conhecimento de todos os aspectos relevantes da questão e formação de base segura para que possa ser bem decidida.

“Quanto ao desejo do douto advogado impetrante de despachar pessoalmente com este magistrado, cumpre ressaltar que é sempre bem-vindo, mas, tendo em vista a própria natureza (em tese, urgente) dos pleitos de liminar (bem como dos respectivos pedidos de reconsideração), sua apreciação pronta e célere se impõe. Ademais, observando-se a boa qualidade técnica das petições juntadas, instala-se a certeza de que o douto advogado impetrante já expressou com clareza e objetividade seu ponto de vista, sabendo-se que todos os argumentos de interesse para o caso podem e devem ser expostos por escrito (até para que fiquem consignados nos autos), de modo que a reiteração verbal não altera, em hipóteses quejandas, a situação. Assim, embora repetindo que o douto advogado é bem-vindo para despachar pessoalmente, convém deliberar sem demora em face dos bem articulados argumentos escritos já expostos.

“E, nesse diapasão, indefiro, desde logo, o novo pedido de reconsideração (fls. 103/105), sem prejuízo da ampla análise do mérito no momento oportuno, observando que as informações já foram solicitadas (fls. 101) e que, para o próprio paciente, convém que se permita que o presente

feito siga celeremente seu curso regular, pois isto propiciará a agilização do julgamento.

“Int.”

A autoridade apontada como coatora prestou as informações requisitadas (fls. 112/112vº).

A Procuradoria Geral de Justiça destacou que não há qualquer nulidade por falta de manifestação do Ministério Público e, ainda que hipoteticamente houvesse, teria restado superada com sua intervenção. Asseverou que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva foi bem fundamentada e que o paciente não tem vínculo com o distrito da culpa. Ressaltou que *“o paciente é reincidente, registrando condenação anterior e, quando preso, se encontrava em gozo de livramento condicional. Pilhado novamente em flagrante na posse de veículo automotor produto de roubo, revela não ser mesmo merecedor da benesse pleiteada”*. Aduziu, ainda: *“À vista da gravidade da imputação, bem como dos péssimos antecedentes criminais do paciente, revelando periculosidade, inviável a substituição por medida cautelar diversa da prisão preventiva”*. Opinou pela denegação da ordem (fls. 129/134).

Foi, outrossim, juntado aos autos ofício do C. STF, acompanhado de cópia de decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 118.910 que negou provimento àquele recurso, alvitando celeridade no julgamento deste *writ*.

### **É o relatório.**

Insurge-se o impetrante contra decisões do MM. Juiz do Plantão Judiciário da Capital, que converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente (fls. 52/53) e que indeferiu seu pedido de liberdade provisória (fls. 76).

*Ab initio*, não colhe êxito a alegação de nulidade da decisão, por ausência de pronunciamento prévio do representante do Ministério Público.

Como bem anotado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, em suas manifestações de fls. 84/86 e 129/134, isso não acarreta nulidade alguma e, mesmo que assim hipoteticamente não fosse, eventual nulidade estaria superada por sua intervenção, ainda naquele momento em que apresentado o parecer de fls. 84/86, anterior ao indeferimento da medida liminar pela E. Des. Maria Tereza do Amaral, então oficiante no Plantão Judiciário.

Cumpra salientar, outrossim, que vigora no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal: *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*.

Portanto, além de despicando o pronunciamento ministerial prévio e de ter havido intervenção da Procuradoria Geral de Justiça, não demonstrou o paciente ter sofrido qualquer prejuízo ante a ausência de manifestação preambular do

*Parquet*, o qual, inclusive, como tantas vezes repetido, “*é uno e indivisível*”. Ou seja, teve seu entendimento indubitavelmente exteriorizado pelas reiteradas manifestações dos doutos Procuradores que atuaram nos autos (incisivamente desfavoráveis às pretensões do impetrante).

Aliás, a este respeito, cabe trazer à baila elucidativo excerto de julgado da lavra do E. Des. Almeida Toledo (HC nº 0101395-55.2011.8.26.0000, j. 19/07/2011).

“Em que pese o inconformismo da impetrante, nenhuma regra processual estipula que o Ministério Público deva se pronunciar nos autos da liberdade provisória antes da apreciação judicial e mesmo com o advento da Lei nº 12.403/2011, continua a não existir mandamento em tal sentido.

“Frise-se que na relação processual, Acusação e Defesa ocupam posições antagônicas, não se podendo presumir que, em seu parecer, o Órgão Ministerial levantasse pontos não mencionados pela Defesa e favoráveis à liberdade do paciente.

“Pelo contrário, a posição esperada do MP é de confronto à liberdade do acusado, de modo que eventual prejuízo à Acusação, justificador da alegação de nulidade, decorreria do acolhimento do pedido defensivo, fato este que não ocorreu.”

Não há que se falar, portanto, em nulidade das decisões pelas quais convertida a prisão em flagrante em preventiva (fls. 52/53) e indeferido o pedido de liberdade provisória (fls. 76).

E, como se não bastasse, ao pé de cada uma delas, o representante do Ministério Público de primeiro grau após seu “ciente”, na mesma data, sem qualquer insurgência, deixando patenteada, assim, sua concordância com o decidido. Concordância esta, como dito, reiterada pelos doutos Procuradores de Justiça que subscreveram os pareceres acima mencionados.

Por outro lado, no presente caso concreto, o cabimento da medida prisional imposta pelo Juízo Singular é, de veras, inequívoco.

Sobre a prisão preventiva, dispõe o Código de Processo Penal, com sua redação atualizada:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

No caso em tela, há indícios suficientes de autoria e materialidade (valendo consignar que o paciente já foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal, cf. fls. 113/117).

Apenas para permitir o entendimento da situação fática delineada, observa-se que consta do Boletim de Ocorrência nº 7411/2013 o seguinte: “*Comparecem os componentes da Viatura M02307, Encarregado Policial Militar Rafael Lima*

*de Albuquerque, informando que encontravam-se em patrulhamento de rotina pela Rua Vicente José Cabral, quando avistaram que no sentido contrário vinha trafegando um veículo da marca I/Hiundai Tucson, preto, placas DYG7815/SBC, ocasião em que resolveram abordá-lo, sendo que quando manobram a viatura, o condutor de referido veículo passou a empreender fuga, desta feita foram atrás do mesmo. Na Rua Pedro Marciano de Alcântara o condutor do veículo, desceu do mesmo, o abandonando e saiu correndo, desta feita foram atrás do mesmo, e logram êxito em detê-lo no cruzamento da Rua Rubens Fraga de Toledo Arruda com a Rua Vicente José Cabral. O indivíduo identificado como sendo Andrey Rocha da Silva, tentou escapar correndo, mas novamente foi detido, passando a se debater, resistindo, tendo então sido algemado. O indiciado Andrey foi submetido a uma revista pessoal, mas nada de ilícito foi encontrado em poder dele, com ele foi encontrado apenas a chave do veículo em questão. O indiciado ao ser indagado da razão de ter fugido e ter abandonado o veículo, o mesmo respondeu que havia fugido, devido não possuir habilitação, tendo informado ainda que havia comprado o veículo há cinco dias, no entanto não forneceu o nome e nem o endereço de quem ele o havia adquirido e para pagamento ele havia dado um veículo da marca Astra, cuja placa não soube declinar e que teria que pagar mais quinze parcelas no valor de R\$ 1.500,00. Em contato com o Copom solicitaram informações do veículo e de seu proprietário Francisco Augusto Filho, e este acabou por informar que o veículo dele encontrava-se em seu poder; não havia sido subtraído. Diante informação constataram ser o veículo a princípio pertencente ao indiciado era na realidade um dublê, procedendo-se uma vistoria no mesmo, o chassi aparentemente encontrava-se normal, mas quando solicitaram informações ao Copom com referência ao motor de número 'G6BA-7597688' constatou-se tratar-se do veículo I/Hyundai Tucson GLS 27L, de placas DWM0212/SP, de propriedade de Fernando Gueiros da Gama, o qual possuía queixa de roubo datado de 14.12.2012, conforme Boletim de Ocorrência nº 9516/2012 do 01º D.P). Diadema. Fernando Gueiros da Gama ao ser contatado pelo Copom informou que não tinha condições de vir a este Distrito e que não era mais proprietário do veículo, pois já havia sido ressarcido pela seguradora 'Azul Seguros'. Diante dos fatos foi dado voz de prisão ao indiciado, sendo o mesmo conduzido a este Distrito Policial para as medidas pertinentes ” (sic - fls. 30/31).*

Cópia do auto de prisão em flagrante se encontra juntada e se verifica que as testemunhas Rafael Lima de Albuquerque (fls. 17/18) e Bruno Marandola da Silva (fls. 22/23) confirmaram essa versão.

O paciente foi, portanto, pelo que consta, surpreendido na direção de veículo “dublê” (com placas e numeração de chassi adulteradas), objeto de roubo ocorrido em dezembro de 2012.

Não é possível descartar, de plano, no apertado âmbito deste *writ*, a

perspectiva, sempre em tese, de que tenha havido a prática da conduta prevista no artigo 180 do Código Penal.

Cumprе salientar que o paciente, quando ouvido pela Polícia Civil ao ser flagrado, nem mesmo deu informações seguras a respeito do vendedor do veículo: “*Que está adquirindo o veículo Hyundai Tucson de um indivíduo o qual conhece como “Nego”, o qual é vendedor de automóveis junto a agência de venda de automóveis Credicar Veículos, a qual é situada na avenida São Miguel não sabendo precisar o numeral, informando apenas que é próxima do Supermercado Extra.*” (sic fls. 19).

É sabido que se trata de veículo com valor de mercado considerável e, embora o preso alegue que, para adquiri-lo, deu um outro veículo de sua propriedade como parte do pagamento (cuja placa não foi declinada), cumpre observar que, pelas informações constantes dos autos, o paciente se encontra desempregado, recebendo Seguro- Desemprego no valor de R\$ 678,00 (fls. 72). E foi juntado um “atestado” particular no sentido de que exerce ocupação informal, em serviços gerais de uma pizzaria, mas a correspondente renda mensal não foi informada (fls. 68).

Percebe-se, ao menos em tese, que não se trata de hipótese em que haja existido um negócio com aparência de legalidade.

Mostra-se, no mínimo, incomum, ao menos num exame preliminar, que alguém adquirisse bem de valor significativo, como o é um veículo, sem examinar nenhum documento, nem saber o nome do vendedor, permanecendo com o bem sem fechar negócio por cinco dias, como afirmou o paciente em seu interrogatório (fls. 19/20), para devolvê-lo ou aceitar a compra quando tal vendedor retornasse de viagem.

Portanto, não é possível descartar, de plano, no apertado âmbito do pedido de *habeas corpus*, que o paciente tivesse ciência da ilicitude. Nem acolher, em sede de *writ*, a tese do impetrante de que “o Paciente é terceiro de boa fê” (fls. 93). Se o for, isto haverá de ser demonstrado durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório.

Aliás, o acusado não pode ser classificado, *prima facie*, como pessoa ingênua, desconhecadora do que se passa no mundo do crime, mesmo porque, segundo consta, já sofreu condenação criminal por roubo qualificado ora em fase de execução de pena (fls. 120/125), estando em gozo de livramento condicional. Tal circunstância revela, em tese, personalidade recalitrante e afeiçoada ao delito.

E nesta etapa de cognição sumária, ao se avaliar o cabimento de medida privativa de liberdade em caráter preventivo, tem-se que a perseverança na prática de crimes faz com que se deva afastar o risco de prosseguimento desta conduta. Há evidência de uma propensão que não pode ser ignorada. E

se percebe que, em tese, nem mesmo o fato do paciente já haver sido sujeito passivo de procedimento penal anterior serviu para dissuadi-lo de trilhar a senda delitiva. Daí haver sido afirmada, corretamente, a pertinência da prisão para garantia da ordem pública.

Com efeito, apesar dos argumentos lançados na impetração, na presente hipótese concreta a configuração dos requisitos demonstrativos do cabimento da medida prisional está evidenciada, como bem demonstrado pela fundamentada decisão do douto magistrado a quo, que desceu às particularidades da hipótese concreta:

“Note-se que o averiguado foi surpreendido na direção de veículo automotor produto de crime e que sua conduta de não obedecer ao sinal de parada dos policiais indica que ele tinha ciência da origem ilícita do veículo. Ao menos em princípio, e sem adentrar no mérito, diante dessas circunstâncias, não houve nenhum equívoco na prisão, não havendo que se falar em relaxamento da prisão em flagrante.

“[...]”

“No caso em tela estão presentes os requisitos da prisão preventiva para o averiguado, em razão da sua provável reincidência. Além disso, há provas da materialidade e indícios da autoria.

“A prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal, observando que a averiguada não comprovou ter ocupação lícita nem mesmo residência. Desse modo torna-se temerária, em razão da garantia instrução processual e da aplicação da lei penal, a concessão da liberdade provisória. Como se sabe, não é possível o prosseguimento do processo sem a citação pessoal dos autuados, na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal, sendo necessária a sua custódia para conveniência da instrução criminal em caso de ajuizamento da ação pena e também para aplicação da lei penal em caso de condenação.

“Nestes termos, considerando as condições pessoais do averiguado (ausência de vínculo com o distrito da culpa e, ao que tudo indica, reincidência) a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP) são absolutamente inadequadas e insuficientes para o caso concreto aqui analisado, razão pela qual, nos termos do art. 282 c.c. art. 310, II, do CPP, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva mostra-se de rigor.” (fls. 52/53).

Destaque-se que o paciente, ante a necessidade de comprovar ocupação lícita, apresentou cópia do termo de rescisão de contrato de trabalho, datada de 16/02/2013, bem como cópia de correspondência referente ao benefício do Seguro-Desemprego (fls. 71 e 72). Embora, como já dito, também tenha trazido aos autos “atestado” de que trabalharia para “Cassio Clei Rocha de Oliveira Pizzaria ME”, não há segura demonstração de que tem como se manter sem delinquir. Some-se a isto, a circunstância de estar, no momento da prisão, em

gozo de livramento condicional (fls. 77/82).

A preservação da prisão preventiva, portanto, é necessária, já que a sua revogação, além de poder acarretar risco à ordem pública, também poderia prejudicar, ante a ausência de qualquer respaldo profissional duradouro que o vincule ao distrito da culpa, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Cumpra anotar, ainda, apenas *ad argumentandum*, que mesmo que assim não fosse, a Jurisprudência é uníssona ao afirmar que “*as condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema*” (HC 217.175/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12/03/2013). No mesmo sentido a orientação o C. STF: HC 112.642, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12.

Por fim, diante das circunstâncias peculiares do caso concreto, que demonstram a gravidade da conduta específica imputada ao paciente, bem como da situação em que flagrado, é certo que outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal se mostram insuficientes neste momento e em face dos elementos trazidos aos autos.

Nesse sentido o entendimento desta Câmara:

“Habeas corpus. Prisão preventiva. Prova material e indícios de autoria a respeito da prática de roubo duplamente majorado. Segregação cautelar necessária a fim de garantir-se a ordem pública. Custódia decretada em consonância aos pressupostos e fundamentos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Insuficiência, ao menos por ora, de substituição dessa prisão por medida cautelar prevista no artigo 319 desse diploma. Ordem denegada. (HC nº 0050328-80.2013.8.26.0000, Des. Rel. Encinas Manfré, j. em 06/06/2013);

“HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. Impossibilidade. APLICAÇÃO DAS NOVAS MEDIDASCAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. Descabimento:

A natureza da infração penal e a periculosidade do caso concreto refutam eventual direito de se aguardar o desfecho do processo em liberdade. Desta forma, havendo fundamentação suficiente e presentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, é de rigor a manutenção da decisão que a decretou, descabendo a aplicação das novas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP, introduzidas pela Lei nº 12.403/2011. Ordem denegada” (HC nº 0004500-31.2013.8.26.0000, Des. Rel. J. Martins, j. em 25/04/2013);

“Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de liberdade provisória. Inadmissibilidade.

Existência de indícios de autoria e materialidade. Decisão fundamentada nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal. Aplicação de medidas cautelares. Inviabilidade, pois presentes requisitos para a prisão preventiva Ordem denegada” (HC nº 0031826-93.20138.26.0000, Des. Rel. Walter de Almeida Guilherme, j. em 25/04/2013).

Correta, enfim, a imposição da medida prisional, visto que efetivamente presentes os requisitos para a prisão preventiva. Por consequência lógica, era imperiosa também a rejeição do pedido de liberdade provisória.

Diante do exposto, **denega-se a ordem.**

Para ciência, encaminhem-se, com urgência, cópias do presente Acórdão às Eminentes Ministras Reladoras do Habeas Corpus nº 118.910, impetrado perante o C. Supremo Tribunal Federal, e do Habeas Corpus nº 275.232, impetrado perante o C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 137/138).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus nº 0148415-71.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é paciente A. A. G., Impetrantes G. G. e D. T. F.. (**Voto nº 12.833**)

**ACORDAM**, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “concederam parcialmente a ordem, para determinar a transferência da paciente A. A. G., à prisão domiciliar, observado o disposto no artigo 317, do CPP, sob pena de revogação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BRENO GUIMARÃES (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

PAULO ROSSI, Relator

**Ementa: HABEASCORPUS-TráficodeEntorpecentes e Associação para o Tráfico - Preliminarmente, alega nulidade do auto de prisão em flagrante, pois não restaram configuradas quaisquer das hipóteses do art. 302, do CPP - NÃO VERIFICADO - O delito definido no art. 33 da Lei 11.343/06 descreve dezoito tipos de comportamento, sendo que alguns destes caracterizam infrações permanentes, tais como manter em depósito. Assim, enquanto perdurou a**

**ação, estava o denunciado em flagrante delito.**

**No mérito, alega constrangimento ilegal em razão do indeferimento da liberdade provisória, mediante decisão carente de motivação concreta, e embora estivessem ausentes os requisitos da prisão preventiva – IMPOSSIBILIDADE - Caso em que, a decisão se encontra suficientemente fundamentada. Ademais, ainda que sucinta, demonstrada de forma adequada a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar do paciente, em consonância com disposto artigo 93, inciso IX da Carta Magna. De outro lado, presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, nos termos do artigo 312, do CPP.**

**De outra banda, a paciente faz jus à prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso III, do CPP, com sua nova redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.**

**Ordem parcialmente concedida.**

## **VOTO**

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de A. A. G., apontando o MM. Juiz da 3ª Vara Judicial da Comarca de Santa Fé do Sul como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0004591-80.2013.8.26.0541 controle 268/2013.

Aduz o impetrante que a paciente foi presa em flagrante no dia 09 de junho de 2013, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06. Preliminarmente, alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal em face da nulidade do auto de prisão em flagrante, haja vista que não restaram configuradas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal, pois não há prova suficiente a evidenciar a mercancia de entorpecentes, haja vista que estava em sua residência cuidando de sua filha de poucos meses de vida, que sofre de grave problema cardíaco, o que torna necessário seu acompanhamento ininterrupto durante todo o dia, não havendo indícios concretos de autoria ou participação no delito. No mérito, sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal em razão do indeferimento de seu pedido de liberdade provisória pelo juízo monocrático, mediante decisão carente de motivação, não demonstrando em termos concretos a necessidade da manutenção da medida extrema. Sustenta que a paciente é primária, não ostenta antecedentes criminais, possui residência fixa e presumivelmente inocente, de

modo que estão ausentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312, do CPP, fazendo jus ao direito de responder ao processo em liberdade, Enfatiza que a Lei 11.464/07 alterou o artigo da lei dos crimes hediondos e equiparados, suprimindo a vedação à concessão da liberdade provisória. Por final, alega que em caso de eventual condenação, haverá a incidência do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, que preconiza causa de diminuição de pena, mostrando-se descabida a manutenção da prisão cautelar.

Pugna pela concessão da ordem, para que seja concedida a liberdade provisória, expedindo-se o competente alvará de soltura (fls. 02/15).

Pedido liminar foi indeferido (fls. 17/18).

Prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 24/25), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Doutor Renato N. Fabbrini, pela denegação da ordem (fls. 30/40).

A inicial veio acompanhada de documentos que foram autuados em apenso.

Este, em síntese, é o relatório.

A paciente foi denunciada como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma do artigo 29, *caput*, do Código Penal, e no artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, tudo na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal.

Consta da denúncia que no dia 09 de junho de 2013, por volta de 00h20min, na rua 22, nº 1670, Centro, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, com identidade de condutas e unidade de desígnios, M. A. C. e P. C. S. T., em tese, traziam consigo respectivamente 10 porções de “crack”, droga derivada de cocaína, pesando aproximadamente 3 gramas, e 2 porções de cocaína, pesando aproximadamente 23,30 gramas.

Noticiam, também, que, nas mesmas condições de tempo, horário e local descritos acima, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, com identidade de condutas e unidade de desígnios, A. A. G. e J. C. F. S., em tese, mantinham em depósito 114 papелotes de “crack”, droga derivada de cocaína, pesando aproximadamente 33,96 gramas, e 13 pedras brutas de “crack”, pesando aproximadamente 45 gramas.

Noticiam, ainda, que, em data anterior ao dia 9 de junho de 2013, em horário e local incertos, os denunciados supostamente associaram-se entre si, para o fim de praticarem, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Segundo apurado, na data dos fatos, policiais militares receberam informações que no local havia tráfico de drogas.

Desse modo, os policiais se dirigiram até a residência de J. C. e, ao chegar no local, avistaram M. A. e P. C., os quais, ao notarem a chegada da viatura,

tentaram evadir-se do local, entretanto foram detidos pelos policiais.

Próxima a Marco Antônio, na calçada, foram localizados 10 papelotes de “crack”, pesando aproximadamente 03 gramas, enquanto que, ao lado de Paulo César, foi encontrado um pote branco, próprio para remédios, contendo duas porções de cocaína, pesando aproximadamente 23,30 gramas, além de R\$ 101,00, em dinheiro.

Dentro da residência, encontrava-se J. C. e A., mas quando aquele percebeu a chegada dos policiais evadiu-se do local pelos fundos da residência.

Durante a revista no imóvel, foi localizado, na sala, sobre uma estante, um pote de vidro contendo em seu interior 114 papelotes de “crack”, pesando aproximadamente 33,96 gramas, 13 pedras brutas de “crack”, pesando aproximadamente 45 gramas, dois pen drives e a quantia de R\$ 335,00 em dinheiro. Na estante, também foram encontrados três celulares pertencentes a Júlio César.

A. teria informado que toda droga pertencia a J. C. e era destinada à venda.

Em um dos cômodos da casa foram apreendidos vários objetos, tais como: aparelhos de som, módulos, alto falantes de origem ilícitas.

Com efeito, as circunstâncias da diligência policial, a quantidade de entorpecentes apreendido e a forma como eram divididas as tarefas entre os envolvidos, evidenciam a associação para o tráfico e a prática do comércio ilegal de drogas (fls. 01-d/05-d do apenso).

Verifica-se, perante as informações prestadas pela autoridade judiciária, em 13 de agosto de 2013, que a paciente foi presa em flagrante no dia 09/06/2013, convertida em preventiva na mesma data. Em 19/06/2013, a defesa ingressou com pedido de liberdade provisória, o qual foi indeferido. Em 03/07/2013, foi oferecida denúncia, dando a paciente como incurso nos artigos 33, caput, da Lei 11.343/06, na forma do artigo 29, caput, do Código Penal, e no artigo 35, caput, da Lei n.º 11.343/06, tudo na forma do artigo 69, caput, do Código Penal. Em 30/07/2013, foi juntada a defesa prévia da paciente, oportunidade em que arrolou quatro testemunhas. Por decisão de 1º/08/2013, a denúncia foi recebida, tendo sido determinada a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas de acusação. Aguarda-se a devolução da carta precatória expedida (fls. 42/43).

Inicialmente, no que tange à alegação de que o respeitável despacho monocrático que indeferiu o pedido de liberdade provisória seria carente de fundamentação, visto que não foi baseada em dados concretos, não comporta acolhimento, pois suficientemente fundamentado (fls. 28).

Com efeito, ao contrário do asseverado pelo impetrante, o culto Magistrado indeferiu o pleito defensivo, considerando a natureza do delito, bem como suas circunstâncias fáticas, ressaltando que a segregação cautelar é imperiosa como garantia da ordem pública, nos termos do artigo 312, do Código de Processo

Penal.

Destarte, vale destacar que a decisão ora guerreada, apresenta-se esborçada, e não autoriza a concessão do presente *writ*, inclusive porque não se exige uma fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto, ainda que de forma sucinta, analise a presença dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva.

Em assim sendo, embora singela a decisão judicial, não se pode alegar que patente o constrangimento ilegal ante a ausência de motivo justificador da prisão cautelar do paciente, inclusive porque, conforme salientado na decisão ora atacada, estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, restando demonstrado em termos concretos, concluindo seu raciocínio com o que entende tratar-se de questão a ensinar, no todo, a inconveniência da soltura da suplicante.

Fundamentação minuciosa só se requer a decisão definitiva de mérito, não a que impõe prisão preventiva ou denega liberdade provisória. Esta se satisfaz com a indicação da necessidade da decretação da custódia cautelar, que se infere da prova da materialidade da infração penal grave e de indícios veementes de sua autoria.

Vê-se:

STJ: *“Demonstrada a necessidade da medida cautelar constritiva da liberdade humana, concretizada em decisão, ainda que sucinta, onde consignadas as razões pelas quais entendeu necessária, descabe pretender desconstituí-la com a invocação do princípio da presunção de inocência ou pela circunstância de ser o paciente primário, radicado no foro da culpa e com profissão definida”* (Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 58, p. 119).

*“Não se consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de habeas corpus, a ordem de custódia preventiva cujo teor contém os fundamentos suficientes, demonstrativos da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do Cód. Proc. Penal”* (Ver. Tribs. Vol. 764, p. 504, Rel. Min. Vicente Leal).

Com efeito, e com o esforço desenvolvido pelo impetrante, o que se verifica é que a respeitável decisão atacada está devidamente fundamentada, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

No mais, há prova da materialidade da infração e indícios suficientes da vinculação do paciente à autoria.

Se não bastasse, é de se ter presente que ela responde por crime grave - tráfico de entorpecentes - e que, sabido, à sociedade, é fomento da prática de crimes gravíssimos como furtos, roubos, homicídios e latrocínios, provocando pânico e temeridade social, a recomendar a observância das medidas assecuratórias da aplicação da lei penal, não sendo recomendado que responda em liberdade o processo.



Oportuno ressaltar que após a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que removeu o óbice da parte final do artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006, assim como da expressão *análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”*, constante do § 4º do artigo 33 do mesmo diploma legal, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, passou-se a entender pela admissibilidade da conversão da pena privativa em restritivas de direitos ao crime de tráfico de entorpecentes.

Diante disso, para me alinhar à jurisprudência dos Tribunais Superiores e, sobretudo para fins de manter-se a segurança jurídica, passei a seguir o mesmo entendimento, possibilitando ao condenado pela prática do tráfico que sua pena seja substituída por pena alternativa, desde que atingidos os requisitos previstos para tanto.

Todavia, considerando o caso presente, na hipótese de eventual édito condenatório, a verificação dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a adequação do regime prisional, deverá ser analisada oportunamente pelo MM. Juízo de 1ª Instância.

Desse modo, inviável na via estreita do *writ* avaliar a magnitude do tráfico de drogas supostamente exercido pela paciente, se ela, em tese, é traficante de pequeno ou grande porte, se é integrante ou não de organização criminosa, de modo que não há como se antever eventual aplicação de pena restritiva de direitos, a justificar a revogação de sua prisão preventiva.

As alegações de primariedade, de bons antecedentes, de ocupação lícita etc, revelam-se secundárias quando se fazem presentes os fundamentos que alicerçam a prisão preventiva (artigo 312, do Código de Processo Penal).

Assim:

*“fatores como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida não bastam para afastar a possibilidade de prisão preventiva, quando esta é ditada por qualquer das razões previstas no artigo 312 do C.P.P.”* (RHC 66. 682-5/MA, Tribunal Pleno, v.u., Rel. SYDNEY SANCHES, 19.12.88, DJU DE 24.02.89).

O que se exige para resguardar a presunção de inocência, é que qualquer forma de antecipação da prisão, anterior à existência de condenação definitiva, tenha como pressuposto a sua necessidade.

Com efeito, ao contrário do alegado pela impetrante, permanecem presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar da Paciente, baseado em indícios de envolvimento no crime e nas consequências para a sociedade e para a apuração do fato e futura aplicação da pena, com aferição da necessidade de aprisionamento provisório da acusada. A custódia cautelar visa um risco futuro,

em relação à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Dessa forma, conclui-se que há necessidade da manutenção da custódia da paciente, eis que presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, de modo que não há que se falar em concessão da liberdade provisória.

De outro lado, conforme ressaltado pelo defensor impetrante, verifica-se que a paciente é genitora de uma menina menor, K.G.F.S., com apenas 10 meses de idade, nascida aos 18/11/2012, conforme certidão de nascimento (fls. 18 do pedido de liberdade provisória, encartado ao apenso), levando a presunção da existência de dependência desta com relação à paciente, de modo que faz jus à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, com sua nova redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

Dispõe o atual artigo 318, do CPP, que:

*“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*

*I - (...)*

*II - (...)*

*III - - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*

*IV - (...)*

*Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)”*

É cediço que a presença materna é importante ao desenvolvimento afetivo e emocional dos filhos menores, bem como, para prover sua assistência, fato este corroborado pela nova Lei n.º 12.403/2011, ao estabelecer a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar, caso comprovada a imprescindibilidade aos cuidados de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência.

Nesse sentido.

*“(…) FLAGRANTE. PACIENTE GESTANTE AO TEMPO DA IMPETRAÇÃO. FILHO JÁ NASCIDO. CONDIÇÕES INSALUBRES PARA O CRESCIMENTO DA CRIANÇA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR AO RECÉM- NASCIDO SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 6º E 227 DA CF E LEI 8.069/90. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO DA PACIENTE EM PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR. EXEGESE DO ART. 318, III, DA LEI 12.403/2011. CONSTRANGIMENTO RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Com o advento da Lei 12.403/2011, permitiu-se ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for:*

*I - maior de oitenta anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, consoante dispõe o art. 318 da citada lei federal. 2. A excepcionalidade da situação em que se encontra a paciente e seu filho, a essa altura já nascido, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem da criança que agora merece os cuidados da mãe, em situação mais favorável do que aquela apresentada na prisão, e isso sem ir-se contra o entendimento pacificado nessa Quinta Turma no sentido da impossibilidade, no caso, de deferimento da liberdade provisória, conceda-se a ordem de ofício, para permitir que aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o juízo singular. 3. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício para determinar que a paciente aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde, forte nos arts. 1º, III, da CF, e 318, III, da Lei 12.403/2011.” (STJ, HC nº 217.009/MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe. 01/02/2012).*

Ademais, de acordo com a documentação que instrui a impetração, foram exibidas provas idôneas dos requisitos estabelecidos na norma acima transcrita, ou seja, no presente caso a certidão de nascimento de filha menor de seis anos da paciente, preenchendo os requisitos legais.

De se ressaltar, ainda, que a pequena lactente está sob investigação médica etiológica de sopro cardíaco estenose valvar pulmonar (fls. 19/23 do apenso), evidenciando que ela possui saúde fragilizada, carecendo de cuidados essenciais por parte de sua genitora.

Assim, restou demonstrado sua imprescindibilidade aos cuidados da lactente, porquanto o rompimento prematuro do convívio com a mãe ser-lhe-á prejudicial, violando seus direitos mais fundamentais, assegurados constitucionalmente, dentre os quais o direito à vida, à integridade física e mental e à convivência familiar, além da violação a um dos fundamentos primordiais da República Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana, inserta no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

Embora não haja exigência legal para a concessão da prisão domiciliar, insta consignar que a paciente possui residência fixa, militando em seu favor o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme documentação

acostada aos autos.

Demais disso, embora controversa a concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, ressalta-se, todavia, que esta não é a hipótese aqui tratada. O que ocorre *in casu* é a manutenção da prisão preventiva, que pode ser cumprida em prisão domiciliar.

Nesse sentido, o escólio de Guilherme de Souza Nucci: “*Ademais, não vemos com acerto a redação formulada no art. 318, caput, do CPP: “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar” (grifamos). Afinal, inexistente, como ente autônomo, no prisma das medidas cautelares, a prisão domiciliar. O que, realmente, há é a prisão preventiva, que pode ser cumprida em domicílio. Logo, não é o caso de substituir uma pela outra, mas de inserir o indiciado ou réu em local diverso do presídio fechado para cumprir prisão cautelar, advinda dos requisitos do art. 312 do CPP, logo, preventiva.*” (Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011).

Ressalta-se, ainda, que a nova Lei n.º 12.403/2011, em especial o artigo 318, inciso III, do CPP, aplicado ao presente, nada dispõem a respeito de qualquer vedação legal à concessão da prisão domiciliar aos acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, de modo que não há óbice no cumprimento da prisão preventiva em domicílio pela paciente.

No mais, espera-se que a inserção em prisão domiciliar, inspire essa mãe a adotar novos valores morais, para que possa melhor gerir suas vidas, e proporcionar a sua pequena filha uma vida digna.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para determinar a transferência da paciente A. A. G. a prisão domiciliar, observado o disposto no artigo 317, do CPP, sob pena de revogação.

## Mandados de Segurança

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0128757-61.2013.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante MAURO LUCIO MACIEL, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE ARAÇATUBA /SP. **(Voto nº 19.076)**

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram o mandado de segurança. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Presidente) e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 12 de setembro de 2013.

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

**Ementa: Mandado de segurança.**

**Ilegitimidade ativa ad causam. O preso não está legitimado a pleitear em juízo pela via do mandado de segurança a retirada da proibição (decorrente de ato ilícito por ela praticado) feita à respectiva mulher, de ingressar em estabelecimentos prisionais.**

**Descabe mandado de segurança para postulação baseada em fato dependente de dilação probatória. É lícito proibir o ingresso a presídio de quem praticou ilegalidade em visita anterior.**

**O ingresso de criança em estabelecimento prisional depende do exame da conveniência, para a formação do infante, da frequência a cárcere.**

**Execução penal Inexistência do direito à visita íntima. Prisão perpétua O artigo 5º, inciso XLVV, alínea b, da Constituição Federal trata de sanção de natureza penal, não de regra a ser aplicada a todos os ramos do Direito.**

**Writ denegado.**

**VOTO**

Vistos.

I - Mauro Lúcio Maciel valendo-se da capacidade postulatória do defensor público Júlio César Valse, impetrou *mandado de segurança* contra decisão proferida na 1ª vara das execuções criminais de Araçatuba, consistente em não atribuir ilegalidade à decisão do diretor do presídio, que indeferiu o pedido do impetrante de que a ele se assegure o direito de receber a visita da respectiva esposa, inclusive “com a permissão de contato físico”. O impetrante, que requereu a concessão da segurança para que o Tribunal assegure-lhe o direito de receber a visita da respectiva cônjuge na penitenciária onde está encarcerado e em outra qualquer, sustentou, em apertada síntese, que o diretor do presídio

obstou a visita por ato (prática de crime doloso ocorrido na penitenciária de Bauru) ocorrido em 27 de fevereiro de 2007, o que caracterizaria violação ao texto constitucional que proíbe a pena perpétua, que o artigo 41, inciso X da Lei de Execução Penal assegura-lhe o direito à visita do cônjuge e parentes, que a medida adotada pela administração penitenciária priva seu filho, de 04 anos de idade, da convivência familiar, pois ele depende da mãe para visitar o pai, e que a negativa da visita fere o princípio da dignidade humana.

Processado sem liminar (fls. 97), vieram aos autos as informações da autoridade impetrada (fls. 101) e o parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, que propôs a denegação do writ (fls. 103/105).

### **Relatado.**

II - A denegação do *mandamus* decorre, inicialmente, da incapacidade do impetrante para proteger direito de **Luciana de Cássia Silvério Maciel**. Como bem observou o culto procurador de justiça Carlos Eduardo Fonseca da Matta este mandado de segurança busca, em última análise, assegurar que Luciana de Cássia Silvério Maciel ingresse nos estabelecimentos prisionais para visitar o impetrante, pois ela é que está impedida de entrar, não as demais pessoas que pretendam visitar o preso **Mauro Lúcio Maciel**. A informação de fls. 38 é clara a esse respeito.

Há na espécie, portanto, ilegitimidade ativa *ad causam*.

A condição da ação atinente à legitimidade *ad causam* diz respeito à pertinência subjetiva da ação. Assim, é parte ativa aquele em favor de quem incidirão as consequências do julgado. Nesse sentido é a doutrina de Eurico Túlio Liebman: *“legitimação para agir (legitimatío ad causam) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [Nei cui confronti] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva. Ao dispor que “para formular um pedido em juízo é necessário ter interesse”, o art. 100 do Código de Processo Civil indica claramente que o interesse de agir não apenas deve existir, mas deve também existir precisamente na pessoa na pessoa que formula do pedido: um estranho não pode validamente invocar [far valere] o interesse de agir alheio. Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e, tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido. A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido; indica, pois, para cada*

*processo, as justas partes, as partes legítimas, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto”* (Manual de Direito Processual Civil, pág. 157, ed. Forense, São Paulo, 1984).

III - Não bastasse, é lícita a proibição a determinada pessoa de ingressar em estabelecimento prisional como visitante em decorrência da prática de crime doloso, nos termos da Portaria Conjunta nº 1/2007.

Eventual discussão sobre a prática da conduta ilícita e o mérito à reinserção (nos termos do parágrafo único do artigo 13 da mencionada portaria) impõe digressão no plano dos fatos, para o que o mandado de segurança é inadequado. O processo da Lei nº 12.016/09 só é adequado à hipótese de fato certo (“direito líquido e certo”), não ensejando digressão instrutória. Líquido e certo, malgrado o texto legal, não é o direito, sim o fato sobre o qual se assenta a pretensão. Este, não aquele, é que deve ter prova pré-constituída para ensejar a impetração do mandado de segurança. A expressão da norma (“direito líquido e certo”) tem por objetivo obstar a digressão probatória no *writ*, tornar apta a pronta decisão, favorecer a celeridade que se coaduna com o remédio constitucional utilizado. Por essa razão decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “*descabe mandado de segurança para postulação baseada em fato a demandar dilação probatória*” (RSTJ 55/325). Aliás, essa é a posição assentada há tempos (RSTJ 27/140, RTJ 124/948, RT 676/187 etc.).

Essa orientação alinha-se ao disposto no artigo 19 da Lei nº 12.016/09<sup>1</sup>, que prevê restrição à coisa julgada do provimento jurisdicional final do processo de mandado de segurança, permitindo que se renove a pretensão se o mérito não for apreciado (R. Esp. 4157-0 RJ, RTJ 75/633, RTJ 75/508, entre outros).

IV - Acresça-se, em face do alegado na petição de impetração, que é desproposita a tese de que o ingresso do filho ao estabelecimento prisional depende da presença materna, como se siameses fossem. O ingresso da criança, que poderia ocorrer com terceiros, depende, sim, da conveniência da frequência a cárcere, para a formação da criança. O relevante é a segurança física e mental da criança, não a vontade do pai preso.

V - A tudo se some que o direito à visita íntima não existe. Aliás, é reduzir o homem à irracionalidade pressupor que a restrição à liberdade não pode acarretar a limitação à atividade sexual.

Não há se falar em abalo à integridade moral pelo só fato do condenado ser afastado do contato físico com as demais pessoas, ou submeter-se a isolamento por tempo razoável. A clausura acarreta naturalmente a separação entre o preso e as pessoas livres, sendo absolutamente dispensável à ressocialização a chamada visita íntima. Mesmo fora do cárcere muitos vivem períodos de abstinência

<sup>1</sup> Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

sexual, sem que disso advenha danos à sua formação. É reduzir em muito a dignidade humana condicioná-la ao prazer sexual.

VI - Por último e ainda em consideração ao afirmado na petição inicial, observa-se que ao proibir a pena de caráter perpétuo o artigo 5º, inciso XLVV, alínea b, da Constituição Federal trata de sanção de natureza penal, não de regra a ser aplicada a todos os ramos do Direito.

Ante o exposto, denega-se o *mandado de segurança*.

## Recursos em Sentido Estrito

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0003836-16.2008.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido FELIX HENRIK PAHL. **(Voto nº 15.949)**

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Prejudicado o exame do recurso em sentido estrito, concederam, de ofício, ordem de habeas corpus em favor de Felix Hendrik Pahl, para declarar extinta a sua punibilidade em relação ao fato narrado na Denúncia, trancando-se a ação penal por falta de justa causa e, por via de consequência, nulificado o processo criminal.V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 17 de setembro de 2013.

AMADO DE FARIA, Relator

**Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME AMBIENTAL – DENÚNCIA - REJEIÇÃO – CABIMENTO – SENTENÇA – ABSOLUTÓRIA – IMPROPRIEDADE - Impossibilidade de coexistência da rejeição da denúncia e da absolvição por força da aplicação do princípio da insignificância - Momentos diferentes Julgamento antecipado da lide que não se coaduna com a simultânea rejeição da denúncia**

**-AÇÃO PENAL - JUSTA CAUSA – AUSÊNCIA - Fato que havia ensejado a transação penal proposta pelo Ministério Público, aceita e cumprida pelo acusado, com homologação por Juiz de Direito Extinção de Punibilidade - Oferecimento de Denúncia descrevendo o mesmo fato com outra classificação jurídica Inviabilidade - Mutação da classifica o apresentada pela mesma Promotora de Justiça que antes alvittrara de outra, dando azo   instaura o de procedimento junto ao Jecrim - Argui o tardia de incompetência do Juizado Especial - Impossibilidade de se proceder duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) – Inexistência de revisão criminal “*pro societate*” - Impossibilidade da parte alegar nulidade de que deu causa - Decisão homologatória que fez coisa julgada formal e material - Concessão de habeas corpus de ofício, para declarar extinta a punibilidade do agente, trancar a a o penal e nulificar o processo a partir do recebimento da Denúncia, prejudicado o exame de mérito do recurso - EXAME RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PREJUDICADO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE, NULIFICAR O PROCESSO A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E TRANCAR A A O PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA.**

## VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela **JUSTIÇA PÚBLICA**, em face da decisão que rejeitou a Denúncia oferecida contra **FELIX HENRIK PAHL**, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 171/172).

Na minuta recursal, a Justiça Pública sustenta a presença de justa causa para a a o penal e a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais (fls. 175/184).

O recurso foi regularmente processado.

A Defesa do acusado apresentou contrarrazões, pugnando a manuten o da decisão (fls. 188/192).

O MM. Juízo de Primeiro Grau manteve seu Decisório, ordenando o

envio dos autos a esta Colenda Corte.

O Parecer da Douta Procuradoria de Justiça propõe o provimento do recurso (fls. 168/201).

**É este o relatório.**

O recurso não comporta provimento. Há uma sucessão de equívocos no caso que agora se submete a esta Corte de Justiça.

A Promotoria de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente da Comarca de Guarujá instaurou inquérito civil público, com base em representação da Polícia Ambiental Militar, para apurar o fato que constitui o cerne da imputação mais tarde lançada contra Felix Hendrik Pahl, ou seja, o desmatamento de vegetação nativa em Iporanga (área de preservação permanente). Esse desmate atingiu área comum e o lote de sua propriedade.

A respectiva Portaria, datada de 27 de julho de 2007, está firmada pela Doutora Juliana de Sousa Andrade, aspecto que, como se verá no desenvolver dos eventos, assumirá relevância para o deslinde da questão controvertida trazida a lume nesta medida recursal, fls. 7/8.

O expediente foi encaminhado à Segunda Promotoria de Justiça de Guarujá, conforme o ofício de 16 de janeiro de 2008, fls. 6, para que se procedesse à apuração do fato diante das infrações (em tese) previstas nos artigos 50 e 68 da Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.

Este ofício foi subscrito pela mesma Promotora de Justiça, Doutora Juliana de Sousa Andrade.

Acolhendo essa manifestação, a Segunda Promotoria de Justiça de Guarujá requisitou, então, aos 31 de janeiro de 2008, ao Delegado de Polícia Titular do Guarujá a instauração de Termo Circunstanciado, nos moldes do alvitre já referido, fl. 5.

Encerrada a fase investigatória, por ofício de 6 de maio de 2008, o Doutor Delegado de Polícia remeteu ao MM Juizado de Direito Especial Criminal o Termo Circunstanciado Indireto de nº. 122/08 referente ao fato em tela, fl. 3.

Abriu-se “Termo de Vista” ao Ministério Público de Primeiro Grau oficiando perante aquele MM Juízo de Direito; em 16 de maio de 2008, manifestando-se o Doutor Amélio Pasini Junior para requerer a designação de audiência preliminar, fl. 43.

Volveram os autos ao DD Promotor de Justiça, ante o informe de que o autor dos fatos residiria na Capital e não naquela Comarca do Guarujá.

Em 5 de junho de 2008, nova Cota do ilustre membro do ‘Parquet’, requerendo expedição de carta precatória para a realização da audiência preliminar, **“devendo a proposta de transação penal ficar a critério do Promotor de Justiça que oficia(r) perante o Juízo deprecado”**, fl. 44.

E assim se fez, atendendo-se ao postulado pelo Ministério Público de Primeiro Grau.

Na audiência realizada em 4 de setembro de 2008, foi formulada a proposta de transação, pelo Doutor Otavio Luiz Martins Leite, DD Promotor de Justiça, o autor do fato, Felix Hendrik Pahl, assistido por seus advogados, aceitou a transação penal, com a homologação judicial, fl. 72.

Felix Hendrik Pahl, em seguida, deu cumprimento integral à condição imposta pela Promotoria de Justiça para a transação penal, efetuando o depósito de R\$ 415,00 em favor da GRAAC na data de 16 de outubro de 2008, cujo comprovante foi então apresentado ao MM. Juízo deprecado e juntado aos autos, com a imediata devolução da carta precatória ao MM. Juízo Deprecante.

Surpreendentemente, aos 22 de maio de 2009, a mesma Promotora de Justiça, Doutora Juliana de Sousa Andrade, que oficiara anteriormente, entendendo que o fato em tese punível se amoldava ao tipo das infrações descritas nos artigos 50 e 68 da Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, atravessa petição nos autos, para reclamar que não teria ocorrido a prévia composição do dano ambiental e, portanto, descaberia a apresentação da proposta de transação e que **“a capitulação dada ao fato praticado é errônea”**.

Passa a cogitar do crime previsto no art. 38 da mesma Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, requerendo em suma que **“o autor seja intimado a recolher o dinheiro por ele depositado e a remessa deste expediente a uma das varas criminais desta comarca, já que o crime apurado não é daqueles sujeitos ao Jecrim”** (SIC), fl. 77/78.

E a partir daí, se instaurou enorme confusão.

Os autos seguiram para a Terceira Vara Criminal, onde, aos 23 de julho de 2009, se reiterou a manifestação da Doutora Juliana de Sousa Andrade, para que o autor levantasse o dinheiro depositado.

Olvidou-se, com a devida vênia, que a Transação Penal havia sido homologada e para desconstituir aquele ato judicial seria imprescindível nulificar todo o procedimento anterior, providência defesa ao MM Juízo de Primeiro Grau.

Olvidou-se que o depósito feito mais de nove meses antes não poderia ser simplesmente “levantado” pelo autor, porque realizado em favor de terceiro, não se confundindo com depósito judicial.

Olvidou-se que, bem ou mal, certo ou errado, a Decisão homologatória da transação penal possui natureza de declaratória e produz efeitos dentro e fora do procedimento. Primeiro declara a situação de fato sob a ótica criminal e torna certa a sua autoria. Cria ainda uma nova situação jurídica ao impor uma obrigação (sanção) ao autor do fato, que deve ser executada.

Esqueceu-se que a homologação da proposta desafia medida recursal

prevista na legislação de regência, a Lei nº. 9.099, de 26.09.1995. Deste modo, produz efeitos processuais e materiais, inclusive ‘ex nunc’, ao encerrar o procedimento.

**Faz, por conseguinte, coisa julgada formal e material, impedindo nova perquirição sobre os mesmos fatos.**

Assim, sem que houvesse sido rescindida aquela Decisão homologatória nem se houvesse nulificado o correspondente procedimento judicial, dos quais se fez tábula rasa por conta da mutação de entendimento da DD Promotora de Justiça oficiante na área de Urbanismo e Meio Ambiente da Comarca de Guarujá, a Promotoria de Justiça apresentou, aos 23 de julho de 2010, Denúncia contra Felix Hendrik Pahl, versando sobre os mesmos fatos agora classificados no art. 38-A da Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, (grafada por engano como sendo 9.605).

Surge, em seguida, nova proposta por parte do Ministério Público de Primeiro Grau, formulada aos 6 de junho de 2011, desta feita para a suspensão condicional do processo por dois anos. Nessa manifestação, estipulam-se as condições a serem impostas ao denunciado Felix Hendrik Pahl, fl. 131 verso.

Sobreveio o recebimento da Denúncia, fl. 132, determinada a citação e intimação do acusado; a intimação para se pronunciar quanto à proposta.

A defesa prévia do acusado, em preliminar, reportando os fatos anteriores, anota a extinção da punibilidade em decorrência da oferta da transação, a sua aceitação pelo réu e a homologação judicial.

Salienta o cumprimento da condição imposta pelo próprio Ministério Público. Realça a impossibilidade de o réu reaver o ‘quantum’ depositado a título de sanção em prol de terceiro.

Seguiram-se manifestações do Ministério Público, insistindo na tese de inexistência de homologação judicial daquela transação penal anterior, e da Defesa, esclarecendo a recusa à proposta atual de transação.

Por fim, editou-se a sentença que, simultaneamente, rejeitou a Denúncia e julgou improcedente a ação penal, literalmente: *“com base no princípio da insignificância, rejeitou a Denúncia, absolvendo o réu sumariamente, conforme o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal”*, fl. 172 verso.

Vale analisar, de antemão, a inviabilidade de, concomitantemente, se rejeitar a preambular da Justiça Pública e absolver o acusado com o exame do mérito da causa, meio necessário para se alcançar a aplicação do princípio da insignificância.

Anota-se, inicialmente, que, em função da nova e confusa redação do artigo 399 do Código de Processo Penal, poder-se-ia entender, erroneamente, ser possível receber a Denúncia duas vezes, como se infere da r. Decisão combatida. Entretanto, não obstante o viés enganoso da letra da Lei, o certo é que, nos

moldes do artigo 395 e seguintes do Código de Processo Penal, a Denúncia já havia sido recebida e a hipótese somente admitiria absolvição sumária em virtude de se encontrar extinta a punibilidade do agente.

A sentença, entretanto, acabar por ingressar no mérito, ‘conditio sine qua non’, para aplicar a teoria da insignificância, prevista apenas na órbita doutrinária, sem amparo legal entre as circunstâncias que autorizam a absolvição liminar.

No caso em comento, a Denúncia deveria mesmo ter sido rejeitada, ‘ab initio litis’, por falta de justa causa para a ação penal, de acordo com o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

É evidente que houve sim a homologação da transação. Aliás, em momento algum, a Promotoria de Justiça ousou asseverar a nulidade do procedimento anterior. Em momento algum, se buscou declarar a invalidade da proposta formulada ou da sua aceitação pelo agora réu Felix Hendrik Pahl.

Ademais, não se sabe bem ao certo os motivos que levaram a Doutora Juliana de Sousa Andrade a modificar sua ‘opinio’ quanto à classificação dos fatos, desconsiderando o procedimento desencadeado por outros membros do Ministério Público de Primeiro Grau.

A tipificação dos fatos, aquela que Sua Excelência entendeu equivocada na sua manifestação de 22 de maio de 2009, é exatamente a que indicara a mesma Promotora de Justiça no ofício de encaminhamento do Inquérito Civil Público.

A ilustre Promotora de Justiça deu azo à instauração do procedimento criminal, para apurar a conduta punível do réu à luz dos artigos 50 e 68 da Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.

Depois de encerrado o procedimento sob a égide da Lei nº. 9.099, de 26.09.1995, meses depois de executada a condição imposta pela Promotoria de Justiça com atribuição e devolvida a carta precatória à origem, surge, do nada, nova intervenção da referida integrante do Ministério Público de Primeiro Grau, em esfera de atuação funcional estranha a suas atribuições, reclamando da incorreta classificação da conduta em tese punível, a qual seria, em sua revisada opinião, a correspondente ao artigo 38-A da Lei nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.

Tal alteração de entendimento quanto à classificação, repita-se, é irrelevante porque o tema extrapola da atribuição funcional da Doutora Juliana de Sousa Andrade, pois se insere na esfera de atuação discricionária da Promotoria de Justiça Criminal.

A intervenção da Promotoria de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente invade a seara criminal e, por via oblíqua, afronta o princípio do Promotor Natural, ao atropelar as providências afetas à Promotoria de Justiça Criminal e tornar absolutamente inócua a atuação ministerial anterior e a prestação

jurisdicional.

Registra-se que ficou sem objeção a atribuição da Promotoria de Justiça do Jecrim e remanesceu sem impugnação a competência do Juizado Especial Criminal e a validade dos atos processuais então praticados.

Sintomaticamente, a Promotoria de Justiça se esquivou de do exame da questão principal, suscitada na preliminar ofertada pela Defesa, qual seja a existência de procedimento anterior versando sobre o mesmo fato, o qual culminara com a extinção de punibilidade do agente por força do cumprimento da obrigação decorrente de transação penal.

De qualquer modo, o certo é que a Promotoria de Justiça com atribuição para tanto, instada pela própria Doutora Juliana de Sousa Andrade, fez instaurar o procedimento próprio perante o MM. Juizado Especial Criminal.

O acusado foi citado e intimado, nos moldes do requerido pela Promotoria de Justiça do Juizado Especial Criminal, a comparecer à audiência preliminar a cargo do MM. Juízo de Direito Criminal da Capital.

Na ocasião em que requerida a expedição da carta precatória também se postulou ao MM. Juiz de Direito a anotação de que a sua devolução pelo Juízo deprecado somente se efetivasse acaso aceita a proposta pelo acusado, após a execução das condições fixadas na transação.

E assim se fez. Apresentada a proposta nos termos definidos pelo Promotor de Justiça, com a aceitação pelo agora réu e sua homologação representada pela aposição da firma do MM. Juízo Deprecado, seguiu-se a execução dos termos da transação e a restituição da carta precatória ao Juízo de origem.

Vê-se que todos os atos foram praticados em estrita conformidade com os requerimentos formulados pelo Ministério Público de Primeiro Grau, na pessoa do Promotor de Justiça com a correspondente atribuição funcional.

Não há como rescindir a proposta homologada em juízo e já executada tão somente porque a ilustre Promotora que a tudo deu ensejo mudou de opinião quanto à classificação jurídica.

O Ministério Público provocou a instauração da instância, na forma e na oportunidade que lhe pareceram convenientes, não pode reclamar de sua própria erronia quanto ao desacerto da via eleita ou do conteúdo dos fatos descritos em juízo.

É curial a inexistência de revisão criminal “*pro societate*”. O mesmo se diga quanto à impossibilidade de rescisão de julgado por juízo de igual grau, nem quanto à cognição de causa já apreciada (res judicata). Tampouco se pode perder de vista a inviabilidade da arguição de nulidade, para a qual se deu causa ou para ela se concorreu. E por fim, ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato (ne bis in idem).

A acusação deduzida na Denúncia relata o mesmo fato antes imputado ao acusado, o qual dele se defende, não importando qual seja a classificação jurídica que se lhe tenha dado.

À luz do exposto, prejudicado o recurso, é de se conceder ‘ex officio’ a ordem de *habeas corpus*, para declarar extinta a punibilidade do acusado Felix Hendrik Pahl, reconhecida a coisa julgada, anulando o processo criminal ‘ab initio litis’, ou seja, a partir do recebimento da Denúncia, inclusive, e trancando a ação penal.

**Prejudicado o exame do recurso em sentido estrito, concedese, de ofício, ordem de habeas corpus em favor de Felix Hendrik Pahl, para declarar extinta a sua punibilidade em relação ao fato narrado na Denúncia, trancando-se a ação penal por falta de justa causa e, por via de consequência, nulificado o processo criminal.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0007887-32.2010.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são recorrentes GILVANIR JOSÉ FERREIRA, VALDOMIRA FERREIRA CARONI DELTREGGIA, MARCIO APARECIDO DOURADO, ROSELAINÉ PESSINA e BRUNA CAROLINE CONCORDIA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **(Voto nº 7.241)**

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR V.U. REJEITARAM AS PRELIMINARES E QUANTO AO MÉRITO, TAMBÉM POR V.U., NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 12 de setembro de 2013

CAMILO LÉLLIS, Relator

**Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - Preliminares de nulidade por cerceamento de defesa ante o indeferimento de diligências – Inocorrência - Atos justificadamente indeferidos pelo magistrado no exercício de seu livre convencimento motivado**

- Preliminar de nulidade por ofensa ao princípio da identidade física do juiz – Descabimento - Magistrado titular, que presidiu a instrução, encontrava-se de férias quando da prolação da sentença - Incidência de exceção à regra estabelecida pelo indigitado princípio - Decisum proferido por juíza substituta à luz da celeridade processual, sobretudo por se tratar de réus presos - Preliminar de nulidade da decisão por não enfrentamento de questão suscitada em sede de memoriais escritos - Inobservância - Decisão que, ainda que implicitamente, decidiu sobre o assunto - Desnecessidade de o juiz alinhar ponto a ponto as alegações defensivas - Preliminar de nulidade da sentença sob o pretenso argumento de não fundamentação acerca da manutenção da prisão preventiva – Inexistência - Decisão que julgou, satisfatoriamente, pela necessidade da segregação cautelar - Preliminares rejeitadas – Mérito - Pleitos de absolvição sumária, impronúncia e desclassificação – Impossibilidade - Provada a materialidade e havendo indícios de autoria e participação, impende sejam os agentes submetidos a julgamento pelo Conselho de Sentença, juiz natural da causa - Havendo dúvidas, decide-se a favor da sociedade, para que as celeumas sejam dirimidas em plenário - Qualificadoras não manifestamente improcedentes que devem ser mantidas. Preliminares rejeitadas e recursos desprovidos.

## VOTO

Vistos,

Trata-se de Recursos em Sentido Estrito interpostos por **Gilvanir José Ferreira, Valdomira Ferreira Caroni Deltreggia, Márcio Aparecido Dourado, Roselaine Pessina e Bruna Caroline Concórdia** contra decisão que pronunciou o primeiro como incurso no art. 121, §2.º, I, III, e IV, do Código Penal; e os demais como incurso no 121, §2.º, I, III, e IV, c.c. o art. 29, ambos do codex (fls. 876/878).

Inconformados, recorrem os réus.

Alega **Gilvanir**, preliminarmente, a nulidade do feito por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento pela magistrada sentenciante de

requerimento relativo à realização de exame de sanidade mental, o qual reitera nesta oportunidade. No mérito, objetiva a “impronúncia até a realização do exame” (sic) (fls. 906/910).

**Valdomira**, ao seu turno, postula a absolvição sumária, argumentando que “foi induzida à prática do crime; desistiu voluntariamente e foi ameaçada” (sic) (fls. 958/961).

Também em busca da absolvição sumária, **Márcio** sustenta não haver provas concretas para a pronúncia. Subsidiariamente, objetiva a desclassificação para o crime de lesão corporal seguida de morte (fls. 964/968).

**Roselaine** alega, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento em razão do indeferimento de acareação por ela requerida, o que renova em segundo grau. Ainda em sede preliminar, sustenta nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, devendo o feito retornar ao primeiro grau para prolação de decisão pelo magistrado que presidiu a instrução; ato até o qual lhe conferiria o direito de aguardar em liberdade. No mérito, busca a absolvição, pois não haveria nos autos provas de sua participação (fls. 970/982).

Por fim, **Bruna** suscita, preliminarmente, nulidade por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que o magistrado que presidiu a instrução não foi o mesmo que sentenciou, salientando que o gozo de férias não excepciona a regra insculpida no art. 399, §2.º, do Código de Processo Penal. Requer, assim, que os autos tornem à origem para que o juiz que presidiu a instrução profira sentença e, como corolário, o relaxamento da prisão por excesso de prazo. Também preliminarmente, sustenta a nulidade do decisum em razão de ausência de enfrentamento de preliminar suscitada em sede de alegações finais, devendo a prisão ser relaxada por excesso de prazo. Como última questão prejudicial, assevera que a decisão ora objurgada carece de fundamentação quanto ao pedido defensivo de revogação da prisão preventiva, sobretudo porque não mais subsiste a prisão por pronúncia. Nessa conformidade, sendo ilegal a prisão, deve ser relaxada ou, subsidiariamente, revogada com a imposição de cautelares menos gravosas. Quanto ao mérito, pugna pela impronúncia em razão da insuficiência de indícios de autoria (fls. 984/1.004).

Contrariados os recursos (fls. 1.009/1.021), a decisão foi mantida (fls. 1.022). Subiram os autos, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento dos reclamos (fls. 1.031/1.041).

### É o relatório.

Inicialmente, convém analisar as **preliminares** suscitadas.

E, de antemão, já se pode afastar a alegação de cerceamento de defesa sustentada por **Gilvanir** quanto não realização de incidente de sanidade mental, bem como a preliminar suscitada por **Roselaine** no que diz respeito à acareação. Explica-se.

Requerida a realização de incidente de sanidade mental pela defesa do indigitado recorrente, o magistrado indeferiu o pedido, fundamentando que não houve, em audiência, qualquer motivação expressada por **Gilvanir** que pudesse justificar a realização da diligência pretendida (fls. 714).

Semelhantemente, requerida pela defesa de Roselaine a acareação entre ela própria, os corréus **Valdomira e Gilvanir**, bem como a testemunha Roger, o juiz indeferiu o pedido, asseverando que a defesa não apontou as eventuais contradições que justificariam a acareação e, que, caso existentes, poderiam ser dirimidas na avaliação do mérito do julgamento (fls. 810v).

De fato, verificando a desnecessidade dos atos pleiteados, cabia ao juiz de primeiro grau indeferi-los, como de fato o fez.

Aliás, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, se as diligências requeridas pela defesa não contribuírem para o deslinde da controvérsia seja por considerá-las desnecessárias, protelatórias ou inconvenientes pode o magistrado indeferir a realização desde que fundamente sua decisão. Nesse sentido:

*“A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligências requeridas pela defesa, se foram elas consideradas desnecessárias pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência do procedimento então proposto” [HC nº 76.614, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 12.06.1998].” (STF, HC 99.015, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. em 23.06.2009).*

*“O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa (Precedentes do STF e do STJ).” (STJ, HC nº 106.890, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.12.2008).*

Insubsistentes, nessa medida, as preliminares acima analisadas, bem assim a pretensão de **Gilvanir** no sentido de ser impronunciado “até a realização do exame”.

Demais disso, não vingam a **preliminar** aventada pelos defensores das rés **Roselaine e Bruna**, com vistas à nulidade da sentença por afronta ao princípio da identidade física do juiz.

Isso porque, tendo em vista o silêncio da Lei Processual Penal a respeito, têm os Tribunais aplicado analogicamente a regra contida no art. 132, do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará

os autos ao seu sucessor.”

Há, pois, exceções legalmente previstas ao princípio supracitado, uma das quais se verifica *in casu*.

Aqui, o magistrado titular, que havia presidido e encerrado a instrução, estava em gozo de férias quando da prolação da sentença, conforme certidão de fls. 954, razão pela qual a decisão foi proferida por juíza substituta, incidindo a hipótese assegurada pelo indigitado art. 132 positivada na expressão “afastado por qualquer motivo”.

Não há, pois, mácula ao princípio em questão, mesmo porque, com a prolação da sentença por outro juiz, primou-se pela celeridade processual, sobretudo por se tratar de réus presos, inexistindo, destarte, prejuízo às partes.

A propósito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*“De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal. 2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicada a regra contida no artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado. Doutrina. Precedente. 3. No caso em apreço, demonstrou-se que à época na qual foi prolatado o édito condenatório o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrava em uma das aludidas situações excepcionais - estava no gozo de recesso forense -, razão pela qual não se vislumbra qualquer mácula na atuação do Juiz Substituto ao proferir a sentença condenatória. (...) 2. Ordem denegada.”* (HC n.º 206465/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, DJe 17.10.2011).

Também carente de apoio fático-jurídico a alegação de nulidade pelo não enfrentamento, na decisão, acerca de preliminar suscitada por **Bruna** em sede de alegações finais.

Isso porque, a despeito de não haver enfrentado na sentença como matéria preliminar, ao referir-se às interceptações telefônicas, cuja constitucionalidade havia sido questionada nos memoriais defensivos, e valorá-las como indícios, que, aliados a outros elementos, formaram arcabouço suficiente para a pronúncia, a magistrada, ao menos implicitamente, entendeu pela consonância daquele meio de prova com a ordem constitucional vigente.

Nessa medida, não há que se falar em nulidade, mormente porque, ao

proferir a sentença, o julgador não se vê obrigado a esmiuçar ponto a ponto as alegações das partes, desde que se possa extrair de sua fundamentação, ainda que implicitamente, o afastamento ou acolhimento das teses apresentadas, como no caso dos autos.

Sobre o tema, aliás, confira-se o seguinte trecho de julgado emanado deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“É pacífico o entendimento de que, ao expor sua convicção e os fundamentos da decisão, as teses antagônicas apresentadas pelas partes estão, por óbvio, afastadas. Não se exige, pois, o exame pormenorizado e pontual das teses de defesa que são contrárias à conclusão da sentença devidamente motivada.”* (Ap. n.º 0000399-58.2011.8.26.0288, Rel. Marco Nahum, 1.ª Câm., j. em 18.06.2012).

Rejeita-se, portanto, também esta preliminar.

Finalmente, não prospera o pleito de relaxamento da prisão preventiva ou o pleito subsidiário de substituição da segregação por cautelar menos gravosa.

Isso porque, diferente do que assevera o defensor de **Bruna**, a manutenção da prisão preventiva não decorreu pura e simplesmente da sentença de pronúncia. O que se verifica, em verdade, é que a magistrada sentenciante considerou a extrema gravidade dos eventos, bem como o fato de se tratar de crime hediondo e de a agente ter respondido presa durante todo o trâmite do processo, não havendo alteração fática que justificasse a revogação da prisão preventiva, necessária para o resguardo da ordem pública e aplicação da lei penal.

Assim, malgrado não mais subsista a prisão como corolário da sentença de pronúncia, deve o juiz, quando de sua prolação, verificar se a segregação ainda se mostra imperiosa, o que, como se viu, foi adotado no caso dos autos, razão pela qual, não se pode falar em eiva na manutenção do cárcere processual.

Aliás, já havia se manifestado esta Colenda 8.ª Câmara de Direito Criminal no julgamento do habeas corpus n.º 0179429-44.2011.8.26.0000, da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Amado de Faria, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

*“HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - POSSIBILIDADE - Paciente que respondeu à fase de sumário de culpa custodiada, não sendo viável, justamente quando pronunciada, conceder-lhe a liberdade provisória - Ausência de alteração do quadro que ensejou a decretação da custódia cautelar - A Decisão de Pronúncia confere ainda maior respaldo ao decreto de prisão preventiva, eis que proferida após a colheita de vasto conjunto probatório acerca dos indícios de autoria e participação - Manutenção da ordem pública reclama a conservação da custódia, por se tratar de crime hediondo, praticado com extrema crueldade - Ausência*

*de comprovação da primariedade da paciente, ou de seu vínculo com o distrito da culpa - DECISÃO - FUNDAMENTAÇÃO - SUFICIÊNCIA - A Lei 11.689/2008, que aboliu o instituto da prisão por pronúncia, não vedou a possibilidade de decretação da prisão preventiva por ocasião da Decisão de pronúncia - Decisão que bem fundamenta a necessidade da custódia cautelar, em razão da gravidade do delito cometido e para resguardar a garantia da ordem pública - Decisão que não viola art. 93, IX, da Constituição da República - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA - Indeferimento mantido - ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.” (HC n.º 0179429-44.2011.8.26.0000, Rel. Amado de Faria, j, em 15.09.2011).*

Uma vez bem justificada a necessidade da prisão preventiva, descabia mesmo falar-se em aplicação de cautelares menos gravosas.

Enfim, rejeitadas todas as preliminares arguidas, impende a análise do **mérito**, ponto no qual melhor sorte não assiste aos recorrentes.

**Gilvanir** foi pronunciado porque, no dia 25 de março de 2010, por volta de 22h40m, em um matagal situado na Rua Silvino Bonassi, próximo à Rua Aimorés, em Americana, juntamente com Samuel Santos Lima, em relação ao qual o processo foi desmembrado (fls. 949), agindo com *animus necandi*, por motivo torpe, mediante paga, meio cruel, valendo-se de dissimulação e utilizando recurso que dificultou a defesa da vítima, mataram Geraldo Antônio Deltreggia, mediante inúmeros e sucessivos golpes de faca, causando-lhe lesões corporais que foram causa efetiva de sua morte.

**Valdomira, Márcio, Roselaine, e Bruna** foram pronunciados porque concorreram, de qualquer modo, para o crime acima descrito.

Narra a denúncia que **Valdomira** era casada com a vítima, porém, a sociedade conjugal não era mais harmônica, inclusive mantinha ela relacionamento extraconjugal. **Valdomira**, intentando apossar-se do valor do seguro de vida de Geraldo, avaliado em R\$133,560,00, bem como possibilitar a continuidade do relacionamento extraconjugal, passou a planejar a morte de seu esposo.

Para conseguir seu intento, **Valdomira** procurou pelo “pai de santo” **Márcio**, o qual lhe apresentou **Gilvanir**, o qual, por sua vez, contactou **Samuel**. Para o planejamento e execução do crime, **Valdomira, Márcio, Gilvanir** e Samuel associaram-se também a **Bruna e Roselaine**.

**Valdomira** contratou a morte de Geraldo mediante a promessa de pagamento consistente em aproximadamente R\$30.000,00. Os agentes acertaram que **Valdomira** atrairia o ofendido, seu esposo, ao local dos fatos, onde já estariam esperando **Gilvanir** e Samuel. Ali, estes matariam Geraldo durante uma simulação de assalto.

Assim, no dia dos fatos, **Valdomira** aguardou a vítima chegar do trabalho e, fazendo com que o marido acreditasse que iriam apenas colher folhas de amora pra fazer chá, atraiu-o ao local previamente escolhido pra o crime, conforme o planejado com os comparsas. Ao sair de casa, **Valdomira** comunicou-se por meio de celular com **Gilvanir** e Samuel, anunciando que para lá se dirigiam, alertando-os para que se preparassem para o crime.

Como planejado, **Roselaine** levou e deixou **Gilvanir** e Samuel no sítio dos eventos, onde eles se ocultaram atrás das palmeiras existentes na rua. Ao avistarem o casa, os executores saltaram e sua frente e renderam a vítima com uma faca, anunciando o suposto assalto. Geraldo, crendo estar sendo vítima de roubo, entregou a eles os valores que portava. O ofendido foi levado ao matagal existente na lateral da rua, enquanto **Valdomira** assegurava que não estavam sendo observados por terceiros e apressava os executores. Samuel, então, estando a vítima completamente rendida sob o seu poder, golpeou Geraldo com uma faca, atingindo seu abdômen, derrubando-o. Não satisfeito, passou a golpear a vítima inúmeras e reiteradas vezes, atingindo seu corpo em diversas regiões e causando-lhe desnecessário sofrimento.

**Gilvanir** e **Valdomira** permaneceram no local assistindo ao crime e assegurando que o mesmo fosse executado. Após, **Valdomira** entregou aos executores o seu aparelho celular e certa quantia em dinheiro, de modo a embasar sua versão de que Geraldo fora vítima de assalto. Em seguida, todos se evadiram, deixando a vítima se esvaír em sangue no local.

Apurou-se que a participação de **Valdomira** consistiu em planejar o crime e contratar os executores mediante pagamento, bem como combinar o local para a execução do homicídio e incumbir-se de atrair Geraldo até aquele sítio. Márcio incumbiu-se de apresentar o executor **Givanildo** à **Valdomira**. **Roselaine** e **Bruna**, por sua vez, intermediaram as negociações de **Valdomira** com **Gilvanir** e **Samuel**, tomaram parte no planejamento do crime e, ainda, ficaram incumbidas de cobrar o pagamento dos valores acertados por **Valdomira**, de modo a não levantar suspeitas. Coube ainda a **Roselaine** levar os executores ao local do crime. Coube, ainda, a **Márcio** e **Bruna** abrigarem **Gilvanir** após o homicídio até o recebimento do pagamento.

O crime foi praticado por motivo torpe, uma vez que **Valdomira** planejou a morte de seu marido tão somente para possibilitar o recebimento do valor do seguro de vida e ainda a continuidade do relacionamento extraconjugal que mantinha. Ademais, o crime foi perpetrado mediante promessa de recompensa, tendo **Valdomira** acertado com os comparsas que pagaria a quantia de R\$30.000,00 pela morte da vítima. Os agentes agiram, ainda, com emprego de meio cruel uma vez que os executores ceifaram a vida da vítima mediante inúmeros e desnecessários golpes com faca, atingindo diversas regiões do corpo, de modo a prolongar o sofrimento de Geraldo. O crime foi cometido

mediante dissimulação, uma vez que **Valdomira** iludiu Geraldo para que ele concordasse se dirigir ao local do delito, sob a alegação de colher folhas de amora, dissimulando suas reais intenções. Por fim, agiram valerem-se também de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois, sendo ela rendida de inopino e crendo estar diante de um assalto, não teve como defender-se dos golpes desferidos com a faca.

Pois bem, é sabido que a pronúncia é sentença de conteúdo declaratório em que o Juiz proclama admissível a acusação para que o *merito causae* seja decidido no plenário do Júri, pelo Conselho de Sentença, juiz natural da causa. Dessa forma, exige-se apenas a convicção sobre a existência do crime e indícios de autoria, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal. É o quanto basta para sujeitar o réu a julgamento pelo Júri.

Nesse sentido:

TJSP: “*Sentença criminal. Pronúncia. Requisitos. Prova de materialidade da infração e indícios de autoria. Negativa desta que deverá ser apreciada pelo Júri. Sentença de caráter nitidamente processual. Mero juízo de admissibilidade da Acusação. Recurso não provido.*” (JTJ 198/294).

*In casu*, a realidade do crime vem estampada no laudo de exame necroscópico, segundo o qual a morte da vítima se deu em razão de anemia aguda devido à ação vulnerante de agente corto contundente (fls. 236/237).

Os indícios bastantes de autoria e participação também se fazem presentes e permitem, com segurança, seja admitida a acusação dos réus e a consequente submissão ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em juízo, **Valdomira** relatou ter procurado o corréu **Márcio**, pai de santo, no intuito de se separar da vítima, seu marido. **Márcio** lhe disse que a única forma seria matar o ofendido, do que foi convencida, sendo-lhe apresentado **Gilvanir**, com o qual acertou a morte de Geraldo. **Gilvanir**, por sua vez, negociou a prática do homicídio com Samuel. A certa altura, desistiu da ação, mas foi ameaçada por **Gilvanir**, de modo que se viu obrigada a prosseguir. No dia dos fatos, pediu que os executores apenas dessem um susto na vítima, mas eles a esfaquearam e mataram. Esclareceu que **Roselaine** ficou encarregada de receber o dinheiro e entregar a **Gilvanir** (mídia de fls. 614).

Ademais, extrai-se do relatório de fls. 84/85, que **Valdomira**, perante a Autoridade Policial, confessou ter mandado matar seu marido e apontou os corréus **Gilvanir**, Samuel, **Roselaine**, **Bruna** e **Márcio** como seus comparsas.

Samuel, corréu em relação ao qual o processo foi desmembrado, confirmou que **Gilvanir** foi quem lhe propôs a prática do homicídio, pelo qual receberia R\$80.000,00. Acrescento que **Valdomira** se mostrava desesperada para ver logo a vítima morta. No dia fatídico, **Gilvanir** segurou o ofendido, enquanto ele (Samuel) a golpeava com a faca. **Valdomira** os apressava para que

matassem logo Geraldo (fls. 949) (mídia de fls. 614).

**Márcio** negou a imputação. Disse que **Valdomira** o procurou para um “trabalho” de cunho espiritual envolvendo seu amante. Esclareceu que **Valdomira** conheceu **Gilvanir** em sua casa. Acredita que **Valdomira** o acusou porque a aconselhou a se separar judicialmente do ofendido, mas ela disse que seria até capaz de matar Geraldo (mídia de fls. 614).

**Roselaine** também negou a prática dos fatos a ela imputados. Disse que conheceu **Gilvanir** na casa de **Bruna**. **Valdomira** lhe confessou o crime, e acrescentou que pagaria os executores com o dinheiro do seguro que receberia. **Gilvanir** ameaçou **Valdomira**. Ajudou a entregar dinheiro a este último, no que foi acompanhada, em uma das oportunidades, por **Bruna** (mídia de fls. 614).

**Bruna**, ao seu turno, negou qualquer envolvimento nos fatos. Disse que ficou sabendo, por intermédio de seu irmão, que o executor do crime foi **Gilvanir**, o qual frequentava festas em sua casa (mídia de fls. 614).

**Gilvanir** disse que conheceu **Márcio** por intermédio de **Bruna**. Alegou que **Márcio** o teria obrigado a perpetrar o crime, por meio de rituais de magia negra. Esteve na casa de **Bruna**, onde se encontrou com **Márcio** e **Valdomira**, ocasião na qual esta propôs que matasse o ofendido Geraldo. Dias depois, **Márcio** fez um ritual em seu corpo, afirmando que deveria procurar por Samuel, senão morreria.

Então, na companhia de **Márcio**, procurou por Samuel e lhe propuseram praticar o crime, tendo **Márcio** dito que pagaria R\$80.000,00. **Márcio** acordou com **Valdomira** que **Roselaine** levaria o dinheiro para Samuel. No dia dos fatos, **Roger** e **Roselaine** o levou, juntamente com Samuel, ao local do crime. Acrescentou que **Roselaine** sabia que a vítima seria morta. Desceu com Samuel e logo surgiu **Valdomira** com o ofendido. Samuel rendeu Geraldo com uma gravata e o esfaqueou. **Valdomira** ignorou os apelos do marido e mandava Samuel continuar a desferir golpes com a faca. Em seguida, **Roger** e **Roselaine** o obrigaram a entrar no carro. Posteriormente, **Roger** e **Roselaine** ameaçaram **Valdomira** para receber o pagamento. **Valdomira** disse que o seguro da vítima era de R\$300.000,00. **Roselaine** receberia R\$100.000,00; ele, **Gilvanir**, R\$80.000,00; **Roger** R\$30.000,00 (mídia de fls. 698).

Os investigadores de polícia Valdir Carvalho da Silva e Carlos André Caires da Silva relataram, em linhas gerais, que, por intermédio das interceptações telefônicas, verificou que **Valdomira** tinha um amante e que estava envolvida na morte da vítima. Ao ser presa, ela confirmou os fatos e a participação dos corréus **Márcio**, **Roselaine**, **Gilvanir**, **Bruna** e Samuel (mídia de fls. 531).

Ataíde Santos Rodrigues relatou que **Roselaine** compareceu na Delegacia de Polícia, onde disse, inicialmente, que seu marido foi morto em um assalto. Contudo, apurou-se, posteriormente, que Geraldo foi vítima de homicídio, do

qual participaram os corréus (mídia de fls. 531).

O irmão da vítima, Reginaldo Deltreggia, acrescentou que **Roselaine** havia pedido o divórcio ao ofendido, mas ele não aceitou, de modo que ela saiu de casa, retornando dias depois, certamente porque já havia premeditado o homicídio (mídia de fls. 531).

Roger Maiami Concórdia disse que estava na casa de **Márcio**, onde também se faziam presentes **Valdomira** e **Gilvanir**. Na ocasião, acertaram a prática do crime, pelo qual **Gilvanir** receberia certa quantia em dinheiro. Confirmou que foi com **Roselaine** na casa de **Valdomira** buscar dinheiro para levar a **Gilvanir**. **Bruna** já conhecia **Roselaine** e **Márcio** e conheceu **Valdomira** na casa deste último (7mídia de fls. 531).

As testemunhas arroladas pelos réus nada esclareceram ou trouxeram de relevo acerca dos fatos (mídia de fls. 600).

No mais, as interceptações telefônicas sintetizadas no relatório de fls. 48/72, revelam que **Valdomira** manteve contato com os corréus e demonstram que ela se preocupava em obter o valor do seguro de vida da vítima para pagar os demais agentes, bem como em obter um bom álibi. Nota-se, ainda, que **Roselaine** temia que **Bruna** não repassasse o dinheiro aos demais corréus e aquela, além disso, instruiu **Valdomira** a mentir para a Autoridade Policial e não reconhecer Samuel como um dos executores, caso contrário prejudicaria a todos. Também se extrai a desconfiança de **Valdomira** no sentido de que poderia ter sido delatada à polícia por **Bruna** e **Gilvanir**. Em discussão interceptada, a namorada de **Bruna** ameaça entregar todos os réus à polícia. **Valdomira** fazia planos com seu amante relativamente ao dinheiro que receberia pelo seguro do ofendido.

Como se vê, os elementos colididos apontam a presença de suficientes indícios acerca da autoria e participação. As condutas aos recorrentes imputadas não foram rechaçadas pelas provas colhidas; nelas, ao revés, encontram substrato mínimo necessário para a submissão dos agentes a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Mais do que isso não é necessário nesse momento processual, sob pena de censurável incursão meritória, de maneira que os pleitos de desclassificação, absolvição e impronúncia não podem ser acolhidos, mesmo porque, eventuais dúvidas somente podem ser sanadas pelo Conselho de Sentença, que é o juiz natural da causa.

Aliás, diferente do que sustenta a combativa defesa de **Bruna**, havendo dúvidas, não cabe a esta Corte solucioná-la, mas permitir que o juiz natural da causa o faça, mesmo porque, nessa fase, decide-se a favor da sociedade *in dubio pro societate* e não do réu.

A propósito, trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“A Corte Popular é o único competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo certo que, na fase do iudicium accusationis, existindo dúvidas acerca da existência do crime e da autoria delitiva, ocorre a inversão da regra procedimental, ou seja, in dubio pro societate, devendo, pois, serem os réus submetidos a julgamento perante o Conselho de Sentença a quem cabe o juízo de certeza quanto à ocorrência do fato delitivo e de sua respectiva autoria.” (AgRg no REsp n.º 1082003/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, DJe 19.05.2011).*

Finalmente, as qualificadoras não restaram infirmadas pelos elementos de convicção constantes dos autos. Ao contrário, tais circunstâncias se afiguram harmoniosas com a prova coligida, devendo ser submetidas à apreciação do juiz natural da causa.

Em pertinência:

STJ: *“Não há falar em exclusão das qualificadoras pela sentença de pronúncia, exceto quando manifestamente improcedentes, que não se confunde com a de mérito, pois examina os indícios da autoria, a existência do fato e a materialidade, caracterizando o juízo de probabilidade, observado o princípio in dubio pro societatis, enquanto aquela aplica o juízo de certeza, exigido à condenação.” (762/571).*

Enfim, mantém-se a decisão tal como lançada.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito **as preliminares e nego provimento aos recursos.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito n.º 0003289-23.2009.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são recorrentes RICARDO RIBEIRO NASCIMENTO, ORLANDO CARDOSO GOMES JÚNIOR e DANILO MARTINS BORGES, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Após a sustentação oral da Ilma. Dra. Flávia Elaine Remiro Goulart Ferreira, e uso da palavra pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Juricic, rejeitada a preliminar, negaram provimento aos recursos, nos termos que constarão do acórdão. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 20525)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente) E OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

NEWTON NEVES, Relator

**Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - Homicídio qualificado - Alegação de nulidade por ofensa ao princípio da correlação - Decisão que atende o art. 413, do CPP - Princípio da correlação observado - Nulidade não verificada - Presentes a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria - Materialidade do fato comprovada pelo exame necroscópico e prova testemunhal - Negativa de autoria e alegação de que não agiram os réus com intenção de matar - Dúvida sobre a prática do fato e o dolo dos agentes que há de ser dirimida pelo E. Conselho de Sentença - Impossibilidade de reconhecimento de plano - Ausência de prova cabal e incontestes das hipóteses de absolvição sumária - Prova que não indica estreme de dúvidas a ocorrência de delito outro que não o descrito na denúncia - Inviável a pretendida absolvição sumária ou desclassificação - Debate sobre valoração da prova de exclusiva competência do Tribunal do Júri - Manutenção da qualificadora - Decisão mantida - Recursos não providos.**

## VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito contra a r. decisão de fls. 707/714, que pronunciou RICARDO RIBEIRO NASCIMENTO, ORLANDO CARDOSO GOMES JÚNIOR e DANILO MARTINS BORGES como incurso no artigo 121, §2º, inciso IV, do CP.

Por razões de fls. 724/731 recorre Ricardo sustentando, preliminarmente, a nulidade por ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia. Ainda preliminarmente defende nulidade por não comprovar o laudo de exame necroscópico que a morte da vítima foi provocada por espancamento, não havendo prova de ter Ricardo agido com dolo homicida. No mérito sustenta ser o recorrente inocente, *“posto que apenas há indícios de possível participação no delito, e não, a sua autoria”*. Alega que das agressões cuja autoria se imputa ao recorrente não seriam capazes de causar a lesão cerebral que acometeu a vítima, em busca da impronúncia. Subsidiariamente, defende a desclassificação para o delito de lesão corporal seguida de morte.

Orlando recorre em busca da impronúncia. Defende ser necessária a

prova da autoria e materialidade para a pronúncia, o que não se verifica no caso dos autos diante da dúvida sobre a causa da morte da vítima. Sustenta que, além de não ter restado claro qual o momento da morte da vítima - se antes, durante ou após o acidente - o local estava escuro e a vítima ocular disse que não enxerga bem à distância. Alternativamente, pugna pela absolvição sumária defendendo que restou comprovado não ter o recorrente em momento algum agredido a vítima, com fundamento no art. 415, I, do CPP. Subsidiariamente bate-se pelo afastamento da qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima porque a vítima “*estava inconsciente em razão da colisão entre os veículos, provocada por ela própria*” quando supostamente agredida pelo recorrente (fls. 732/744).

Danilo recorre em busca da impronúncia sustentando que o laudo de exame necroscópico não comprova a materialidade do delito bem como que não há menor indício de ter o recorrente agredido a vítima. Subsidiariamente sustenta não ter Danilo agido com dolo direto ou o dolo eventual, este como sustentado subsidiariamente pela acusação em alegações finais, em busca da desclassificação para o crime do art. 129, § 3º, do CP. Bate-se ainda pelo afastamento da qualificadora, defendendo não ser a circunstância compatível com o dolo eventual (fls. 749/757).

Contraminuta às fls. 759/763.

A decisão foi mantida (fls. 764).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propõe que seja negado provimento aos recursos (fls. 770/792).

É o relatório.

As preliminares não prosperam e, no mérito, o recurso não comporta provimento.

Defende Ricardo a nulidade da decisão por ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia.

Alega, para tanto, que a acusação não cuidou de comprovar que o recorrente agiu com vontade de “*causar a morte por arma branca ou ainda que tivesse corrido o risco de provoca-la*” (fls. 724).

Sem razão, contudo.

Primeiramente porque a denúncia narra de maneira específica que Ricardo, Orlando e Danilo, após a colisão entre os veículos conforme narrada na inicial, “*aproximaram-se do veículo VW/Parati, abriram sua porta e passaram a agredir fisicamente Paulo Sérgio da Silva, somente parando após constatarem que o mesmo encontrava-se desfalecido e ferido mortalmente.*”

Prossegue a inicial narrando que “*Paulo foi socorrido pelo São Francisco Resgate e levado desfalecido para o hospital (Santa Casa de Franca), onde veio*

*a falecer dois dias depois, constatando de seu prontuário ter sido ‘vítima de espancamento com traumatismo crânio-encefálico grave’”.*

Não há, portanto, acusação de ter Ricardo agredido a vítima com emprego de arma branca.

E obedecido foi o princípio da correlação entre a denúncia e a pronúncia ao passo que da leitura da decisão de pronúncia constata-se ter o Juízo, nos limites da apreciação da admissibilidade da submissão dos denunciados a julgamento perante o Tribunal do Júri (art. 413, do CPP), findo o sumário da culpa, concluído pela presença da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria ou de participação, adstrito na decisão interlocutória mista ao fato criminoso conforme as circunstâncias descritas na denúncia e com base na prova colhida durante a primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri.

A assertiva de Ricardo apontando nulidade porque o laudo de exame necroscópico não comprova que a morte da vítima foi provocada por espancamento é matéria de mérito.

Superada a preliminar, no mérito, o recurso não comporta provimento.

O artigo 413 do Código de Processo Penal dispõe que *“O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”*.

A pronúncia, por se tratar de decisão interlocutória mista, julga apenas a admissibilidade da acusação, sem ingressar em questões de mérito, buscando submeter o denunciado a julgamento pelo Tribunal do Júri, se presentes os requisitos do artigo 413 do CPP e desde que não haja excludente a ser acolhida de plano.

No caso dos autos, o exame das provas produzidas dá conta do acerto da r. decisão impugnada.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo laudo de exame necroscópico de fls. 59/61, concluindo que a causa da morte de Paulo Sérgio da Silva se deu por traumatismo crânio-encefálico, provocado por agente contundente. Como mecanismo de morte concluiu o perito oficial ter se dado através de *“contusão e edema cerebral”*.

As defesas pontualmente atacam o laudo de exame necroscópico, sustentando não existir prova da materialidade do delito.

Ricardo alega que o exame necroscópico não concluiu ter a vítima falecido por espancamento, aduzindo que as lesões sofridas não são compatíveis com as agressões cuja autoria a Ricardo se imputa.

Orlando defende não ter restado clara a causa da morte da vítima, sobretudo o momento em que veio a óbito, se antes, durante ou após o acidente.

E Danilo alega que o laudo de exame necroscópico não comprova a

materialidade do delito.

As razões defensivas, porém, embora bem articuladas, não levam à conclusão da inexistência de prova da materialidade do fato.

Ao contrário, comprovada e suficiente a prova da materialidade do fato à admissão do julgamento perante os senhores Jurados.

Buscam, na realidade, exame aprofundado do mérito das acusações com relação à materialidade sob o enfoque do nexo causal do delito, providência estranha e inadmitida na decisão pertinente ao final do sumário da culpa que, repisa-se, apenas decide se admissível é a submissão do denunciado a julgamento perante o Tribunal do Júri.

No caso dos autos verifica-se a presença da “*materialidade do fato*”, suficiente à decisão de pronúncia.

Antes da reforma trazida pela Lei nº 11.689/2008, previa o comando do art. 408 que “*Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronúncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento*” (destaquei).

Com a reforma promovida pela mencionada lei, o artigo 413, do CPP, dispendo sobre a decisão de pronúncia prevê, no tocante à materialidade, que o acusado será pronunciado se presente a “*materialidade do fato*”.

Não é mais necessária a comprovação, para a decisão de pronúncia, de que houve um fato típico.

Basta, para que seja o acusado submetido a julgamento perante os senhores Jurados, que se comprove a ocorrência da morte para que então, se presentes indícios suficientes de ser o acusado o autor ou partícipe da ação ou omissão dolosa causadora do resultado morte, seja proferida a decisão de pronúncia, admitido, ainda, a complementação da prova da materialidade por outras provas, nos termos do art. 167, do CPP<sup>1</sup>.

De toda propriedade a lição de Souza Nucci a respeito da materialidade do fato para a decisão de pronúncia, definindo-a como a “*...prova da existência de fato penalmente relevante.*”

Prossegue, lecionando que “*deve-se, pois, demonstrar que houve um fato típico (ex.: ‘A’ matou ‘B’). Anteriormente, mencionava-se a prova de existência do crime. Tecnicamente, melhor está a atual nomenclatura, pois é viável ocorrer um fato-homicídio que, no entanto, não se constitua em crime de homicídio (ex.: praticado em estado de necessidade). Atinge-se essa certeza, no contexto dos delitos contra a vida, em regra, através do laudo pericial, demonstrando a ocorrência de morte (homicídio, aborto, infanticídio, participação em suicídio). Entretanto, é possível formar a materialidade também com o auxílio de outras*

1 “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”



*provas, especialmente a testemunhal (art. 167, CPP).<sup>2</sup>*

Comprovada a ocorrência da morte por traumatismo crânio-encefálico, provocado por agente contundente, não há que se exigir que o laudo pericial comprove qual foi o agente contundente ou qual o mecanismo empregado, ou por quem empregado.

Mesmo porque a discussão diz respeito ao nexu causal, cujo debate é pertinente ao juízo de mérito (“*judicium causae*”), comprovada a materialidade do fato e presentes indícios suficientes de autoria do delito narrado na denúncia.

De todo modo, preservado o exauriente debate acerca do mérito das imputações a ser realizado em Sessão Plenária, nota-se do testemunho prestado pelo Dr. Adriano Moura Denúbila às fls. 504, autor do exame necroscópico realizado na vítima, conteúdo esclarecedor acerca da materialidade do fato.

Comprovada a materialidade do fato, há indícios suficientes de autoria.

Por um lado os pronunciados negaram a prática do delito descrito na denúncia, admitido por eles que estavam no local dos fatos (Danilo - fls. 476/479; Ricardo - fls. 570/570v; e Orlando às fls. 571/571v).

Ouvidas também as testemunhas arroladas pela defesa: Danilo Mendes (fls. 399/399v); Osvaldo Rocha Neto (fls. 425); José Lourenço da Silva Júnior (fls. 451); Rangel Bori (fls. 462/464); Sebastiana de Paula Silva (fls. 473); Ana Maria (fls. 474); Carlito Pereira dos Santos (fls. 475); Ana Paula Abi Jaudi (fls. 493); Murilo Leôncio Secco (fls. 500); Tiago Vinícius da Silva (fls. 501); Joana D’Arc Ribeiro (fls. 502); Willian Rogério da Silva (fls. 503); Ricardo Alexandre Ferrarezi (fls. 505); Celso Guilherme Berdu Bortoleto (fls. 506); Antônio Waldyr Medezani (fls. 507); Luís Antônio Cordeiro (fls. 508); Jandyra Duarte Teixeira (fls. 509); José Maria Jacinto Pereira (fls. 510); Alexandre Augusto Costa (fls. 532/537).

Porém, a versão dos recorrentes conflita com os depoimentos da testemunha ocular Gilberto Machado Vieira e dos testemunhos prestados pelo policial militar Lucas Duarte Alonso, pelo técnico em inspeção de tráfego Emerson Cristino e pela socorrista Andréia Ribeiro Chula (fls. 368/368v, 369/369v, 370/370v e 431/435), a indicar a presença de indícios de ter o delito sido perpetrado conforme descrito na inicial.

Presentes, portanto, os requisitos do art. 413, do CPP, não há que se falar em impronúncia (art. 414, do CPP<sup>3</sup>), como sustentado por Ricardo e Danilo.

Não prosperam, ademais, os pleitos subsidiários de absolvição sumária, defendida por Orlando, e de desclassificação para o delito de lesões corporais seguida de morte, como alegado subsidiariamente por Ricardo e Danilo.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. SP:RT, 2011, 10ª ed.

3 “Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.”

Não restou comprovado, de modo nítido e incontestado nos autos, nenhuma das hipóteses autorizadoras da absolvição sumária, como previstas nos incisos do art. 415, do CPP<sup>4</sup>.

Da prova amalhada, mais vezes preservado o aprofundado exame do mérito das imputações aos senhores Jurados, não se verifica comprovado de modo cristalino a certeza quanto à existência de crime diverso daqueles sujeitos a julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 419, do CPP<sup>5</sup>), não prosperando, portanto, o pleito de desclassificação nesta fase processual, preservado, repisa-se, o acurado exame da prova perante os senhores Jurados, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da competência constitucional do Júri para a apreciação dos delitos dolosos contra a vida.

Assim, a pronúncia revelava-se imprescindível, haja vista a presença da materialidade e dos indícios de autoria.

Observa-se, por oportuno que, a existência de eventual dúvida nesta etapa do procedimento, não exsurge em benefício do recorrente, máxime porque vigora a orientação *in dubio pro societate*.

Nesse sentido: “*A expressão ‘in dubio pro societate’ não consiste, propriamente, em um princípio do processo penal, mas em eficiente orientação ao magistrado que, ao decidir sobre a pronúncia, deve analisar, de forma fundamentada e limitada, a presença dos elementos mínimos de autoria e materialidade, resguardando o mérito ao juiz natural da causa. 4. O Tribunal do Júri, no momento de fundamentar seu veredicto, deve promover a devida valoração das circunstâncias processuais, considerando, ainda, o princípio do in dubio pro reo. 5. As dúvidas razoáveis quanto às linhas de argumentação traçadas entre acusação e defesa, devem, por ordem constitucional, serem dirimidas pelo Tribunal do Júri, órgão competente para julgar o mérito das ações que versam sobre crimes dolosos contra a vida. 6. In casu, a presença de elementos mínimos de materialidade e autoria exige a submissão da controvérsia à Corte Popular.*” (STJ, AgRg no ARES 216829/ES, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/03/2013).

No mesmo sentido: STJ, AgRg no RES 1368790/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/05/2013.

---

4 “Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I - provada a inexistência do fato;

II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III - o fato não constituir infração penal;

IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.”

5 “Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja”.

Incumbirá aos senhores Jurados, após os debates, decidir sobre a materialidade do fato, autoria ou participação, se os recorrentes devem ser absolvidos e, se negada a absolvição, acerca de eventual causa de diminuição de pena eventualmente alegada pelas defesas.

Nesse passo anota-se que, preservada a perícia técnica dos advogados incumbidos da defesa dos recorrentes, relega-se aos senhores Jurados decidir acerca da materialidade e nexos causal do delito, nos termos do art. 13 e §§, do CP.

Também aos senhores Jurados incumbirá decidir acerca da autoria do delito, nos moldes do art. 29, e §§, do CP e ainda se estavam ou não imbuídos da intenção homicida ou finalmente se sobre eventuais outras teses defensivas, cabendo ao Tribunal Popular analisar a prova e exarar o veredicto.

Convém anotar, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, de que: *“Como juízo de admissibilidade, não é necessário à pronúncia que exista a certeza sobre a autoria que se exige para a condenação. Daí que não vige o princípio do in dubio pro reo, mas se resolvem em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova (in dubio pro societate)”* (Código de Processo Penal, 9ª ed., pág. 1084).

O C. Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que: *“Na fase da pronúncia (iudicium accusationis), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do brocardo in dubio pro societate”* (RSTJ 115/462).

E de acordo com o E. Supremo Tribunal Federal: *“Por ser a pronúncia mero juízo de admissibilidade da acusação, não é necessário prova incontroversa do crime, para que o réu seja pronunciado. As dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedentes do STF”* (RT 730/463).

Tocante à qualificadora, certo é que somente pode ser excluída quando manifestamente improcedente, sem qualquer fundamento nos autos, vigorando nesta parte também o princípio *“in dubio pro societate”*, presentes indícios de sua ocorrência conforme o testemunho de Gilberto Machado (fls. 368/368v).

Portanto, ainda que haja dúvida sobre a qualificadora arrolada na denúncia e inserida na pronúncia é inadmissível seu afastamento nesta fase, cabendo ao Júri sua apreciação.

Deste modo, de rigor que se negue provimento aos recursos, observando-se que incumbirá aos Jurados a apreciação acerca da materialidade, nexos causal, autoria, elemento subjetivo, eventuais excludentes, bem como o estudo sobre a ocorrência da qualificadora, caso queiram assim sustentar as doughtas defesas em Sessão Plenária, observada a plenitude de Defesa inerente ao procedimento constitucionalmente previsto.

Ante o exposto, e pelo meu voto, afasto a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento aos recursos.

## Revisões Criminais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Revisão Criminal nº 0137578-25.2011.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é peticionário CARLOS ALBERTO GOMES DA SILVA. **(Voto nº 12.349)**

**ACORDAM**, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deferiram parcialmente o pedido revisional, para reduzir a pena com relação ao delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal à 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da r. sentença confirmada pelo v. acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente), VICO MAÑAS, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, BRENO GUIMARÃES, GUILHERME G.STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, SALLES ABREU E PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 11 de setembro de 2013.

PAULO ROSSI, Relator

**Ementa: REVISÃO CRIMINAL – HOMICIDIO QUALIFICADO – ALMEJADO – AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS - DOSIMETRIA DA PENA – IMPOSSIBILIDADE - ALTERAÇÃO DA PENA DO DELITO CONEXO – ERRO TÉCNICO - POSSIBILIDADE.**

**Revisão conhecida e parcialmente deferida.**

### VOTO

Vistos.

1 - O peticionário Carlos Alberto Gomes da Silva, foi submetido a julgamento perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Tietê e foi condenado

como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos II, III e IV, à pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicial fechado, bem como a pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal (fls.530/532 autos principais).

A sentença penal condenatória foi confirmada pela Egrégia 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls.572/578 - autos principais).

O acórdão transitou em julgado em 16 de setembro de 2010, para o Ministério Público e, em 16 de setembro de 2010, para a defesa (fls.619vº - autos principais).

Na presente ação de revisão criminal, requer o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do emprego do recurso que dificultou a defesa das vítimas, com consequência redução das penas (fls.29/34).

Requisitados e pensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da Revisão (fls.52/57).

É o relatório.

2 - Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

*“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*

*I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*

*II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*

*III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”*

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

*“Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”* (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

*“Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão*

*encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento.”* (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos.

O revisionando foi condenado pela conduta assim descrita na denúncia:

Segundo consta da inicial, na noite dos fatos, a vítima Aparecido Pereira de Camargo estava consumindo bebida alcoólica com os acusados Carlos Alberto Gomes da Silva, David da Silva Santos e Antônio Carlos dos Santos, na residência daqueles. Iniciou-se entre eles uma discussão em razão de ofensas verbais proferidas pela vítima à companheira de Antônio Carlos, culminando com agressões físicas que causaram em Aparecido os ferimentos que foram a causa de sua morte.

Consta, ainda, que os acusados subtraíram da vítima o veículo VW-Fusca, um telefone celular, e um relógio de pulso.

Improcedente é a presente pretensão revisional.

O peticionário interrogado em Juízo, negou a prática dos crimes, alegando: *“Desconhece os fatos narrados na denúncia. Na data dos fatos estava no sítio juntamente com Davi, Antonio, que são trabalhadores que residem no sítio vizinho onde estava. Saiu sozinho e apá para ir à casa da mãe de sua filha na cidade, dá uns três Km atd a casa da mãe de sua filho No diu do., finos teve contato com Davi e Antonio apenas a tarde. Não conhecia Aparecido Pereira de Canargo. Somente depois ficou sabendo desse BO’. Insiste que desconhece os fatos. Não sofre perseguição. Desconhece os fatos em torno do veículo Fusca. Vez ou outra bebia com Antonio Carlos e David. Jacira é parente e vizinha dos co-réus No dia dos falas não ingeriu bebida alcoólica com Antonio e David Desconhece que Aparecido Pereira tenhaa xingado Jacira. Desconhece se Antonio Carlos e David tinham indferenças com Aparecido. É amasiado e possui uma filha. Das testemunhas arroladas somente conhece apenas Jacira. Já foi processado por tráfico”* (fls.128/129). Em plenário, declarou que: *“No dia seguinte aos chegou em casa, na companhua de Davi estavam Antonio e Aparecido. Aparecido começou a falar para Antonio que “já tinha feito com a filha e iria fazer com ela”, referindo-se a Jacira, que é uma senhora idosa. Em seguida, Antonio e Aparecido começaram a discutir. Aparecido estava bêbado e caiu no barranco sozinho. Não houve espancamento. Ele se matou. Pegou as chaves do carro dele e o relógio e foi embora”* (fls.516).

A testemunha Francisco Bens de Oliveira, narrou que: *“reside no mesmo imóvel ocupado por três famílias. Trata-se de uma única residência, que é*



*ocupada por três famílias. Inicialmente pode perceber que os acusados e a vítima estavam bebendo no fundo da casa. Em princípio não notou nada de estranho, nem confusão alguma. Enquanto os réus e a vítima estavam bebendo o depoente pode ouvi-los do outro lado da parede, no cômodo onde estava. Em determinado momento todos começaram a bater boca em tom elevado de voz e não pode perceber qual o motivo que teria levado ao início da discussão. Algum tempo depois os ânimos se apaziguaram e o ambiente se acalmou. Nesse momento Carlos e Davi saíram do local por alguns instantes e depois voltaram para dormir. Esclareceu que quando começou a ouvir a discussão também ouviu barulho de espancamento. A vítima estava embriagada. Antes de iniciar a discussão ouviu de onde estava a vítima se dirigir até a cozinha onde estava beira e pedir café. Depois disso ouviu o início da discussão e o barulho de espancamento da vítima. Depois da discussão e do barulho das agressões a vítima não deixou a casa e não mais ouviu sua voz. Na manhã seguinte, um sábado, o filho da vítima chegou ao local e encontrou-a do lado de fora da casa desacordada e toda ensangüentada. O filho da vítima levou-a para o hospital. Esclareceu que por morar no local já conhecia Antonio e seu sobrinho Davi, nunca tinha presenciado nada igual antes no local. Não conhecia Carlos Alberto. Declarou que Davi e Antonio não eram pessoas briguentas. Quando começou a ouvir o barulho da discussão e do espancamento estavam no local os três réus e a vítima. A vítima não conseguia gritar, pois estava em estado de embriaguez. Disse que não tem conto esclarecer como a vítima chegou até a porta do imóvel. Não sabe se ela se deslocou sozinha ou se foi levada por algum dos réus ou por outra pessoa. A vítima estava caída abaixo da porta de entrada da casa. Afirmou que ouviu o barulho do Fusca da vítima deixando o local, não viu quem estava dirigindo o carro nesse momento, mas acredita que possa ter sido Davi ou Carlos. No dia seguinte viu o veículo a aproximadamente um quilômetro do local dos fatos incendiado. Afirmou que apenas deduziu que o veículo tivesse sido levado por um dos dois citados pois ouviu quando pediram carona para a vítima para irem à cidade, Presenciar, na manhã seguinte o corréu Carlão colocando no bolso da vítima o documento do carro e a chave do veículo. O depoente reconheceu a chave do Fusca. Esclareceu que apesar de ter ficado preocupado com a vítima não pode pedir socorro, pois não tem telefone em sua residência e os vizinhos não possuem veículos, mas apenas tratores. O local se situa na zona rural da cidade, distante do centro de Tietê. O depoente preferiu não se envolver demais ao ponto de tentar comunicar os fatos à polícia ou chamar por socorro com receio dos acusados, que também estavam embriagados como a vítima. Pelo que ouviu pode perceber que a vítima sofreu fortes pancadas. Ouviu o barulho tanto das pancadas quanto dos gemidos da vítima. Acredita que o espancamento à vítima tenha durado cerca de quinze minutos. Esclareceu que a testemunha Jacira é analfabeta e faz uso*

*de medicamentos e aparenta ter uma certa perturbação, sendo ela diabética. Afirmou que não conhecia o corréu Carlos anteriormente aos fatos, não podendo dizer se ele é pessoa violenta ou não. Conhece Antonio Carlos há quinze anos. Nunca soube de nenhum envolvimento de Antonio Carlos com atos violentos ou com prática de delito. Antonio Carlos trabalha no sítio onde morava. Pelo que pode perceber do outro lado do muro, acredita que uma única pessoa tivesse sido o autor dos espancamentos na vítima, O depoente percebeu isso pela voz agressor. O depoente reconheceu que a voz do agressor era do corréu Carlos. Esclarece, que próximo ao local dos fatos há uma mina d'água onde as pessoas costumam tomar banho. Afirmou que viu quando Davi deixou o imóvel antes do início da discussão e do espancamento para tomar banho nessa mina d'água. Esclareceu que no início da discussão e do espancamento Davi estava presente, mas em seguida saiu do local para ir tomar banho na mina d'água. Esclareceu que quando Carlos começou a demonstrar intenção de agredir a vítima Davi deixou o local e foi tomar, banho na mina d'água. Afirmou que Jacira estava na cozinha próximo à varanda onde estavam os réus e a vítima. No dia seguinte conversou com Antonio e Dona Jacira, mas estes não esclareceram em detalhes o que teria ocorrido e levado ao espancamento da vítima” (fls. 196/197). Em plenário: “estava sozinho em casa quando a vítima foi espancada. Ouvi que Aparecido, Carlos e Antonio estavam conversando e tomando pinga. Aparecido saiu para tomar um café e quando ele voltou para o quarto, o depoente ouviu o barulho de dois tapas. Antes disso não ouviu nenhuma discussão. Carlão foi quem agrediu a vítima. Antonio estava muito alcoolizado e acredita que não tivesse condições de espancar a vítima. David não estava no local; ele tinha descido até a mina para tomar um banho, tendo pedido o carro de Aparecido. A confusão durou cerca de meia hora. Ouviu os gemidos da vítima. Não sabe o motivo da agressão. Não conhecia Carlos Alberto. Conhecia David, que é parente de dona Jacira. REP. DO M.P.: Os espancamentos começaram por volta de 19h00 ou 19h30min. O depoente, David e Carlão foram pescar e a vítima já estava no local, bebendo pinga. O depoente não ficou no local, pois não bebe. Saiu do local e foi até a mina que fica cerca de cinquenta metros do local dos fatos, onde limpou os peixes que pescou e voltou para casa. Aparecido saiu para pegar um café na casa de dona Jacira e quando ele voltou ouviu dois tapas. A briga começou do nada. Ouviu muitas pancadas, por cerca de quinze a vinte minutos. Não foi até lá, pois não havia como ajudar, pois achava perigoso. Melhor esclarecendo, conhece Carlos Alberto de vista. Carlão colocou a vítima no terreiro. Não viu, mas foi ele porque foi ele quem a espancou. Não socorreu porque teve medo de Carlão. Não ouviu a vítima pedindo socorro. Antonio Carlos pedia para Carlão parar de bater. Não viu se quebraram os dentes da vítima. Viu a vítima ensangüentada no dia seguinte, com a calça ensangüentada. Os filhos da vítima socorreram a vítima no dia seguinte. Ela ainda estava viva e*

*agonizando. Escutou na noite anterior um barulho, mas não imaginava que era a vítima caindo. Davi e Carlão saíram com o carro e após as 2h00 da manhã voltaram. O depoente viu quando Carlão colocou as chaves e o documento do veículo no bolso da vítima no dia seguinte. Os réus correram quando os filhos da vítima chegaram. Lavaram lamparina de óleo diesel quando saíram com o carro. Reconhece o relógio que a vítima usava no dia dos fatos, mostrado nesta ocasião ao depoente. No momento do espancamento David não esyva no local, estava tomando banho na mina (...)” (fls.514/vº).*

*A testemunha Jacira da Silva, disse: “Na época dos fatos era companheira do corréu Antonio Carlos, como ainda é atualmente. Na época dos fatos estava temporariamente separada de fato de Antonio Carlos, sendo que morava num dos cômodos da casa enquanto ele residia em outro. Esclareceu que no dia dos fatos os três réus tinham ido pescar e voltaram para casa para beber. A vítima também chegou na residência e todos começaram a beber e comer peixe. Inicialmente eles estavam conversando tranquilamente. Em determinado momento, quando estava em seu cômodo começou a ouvir gritarias e palavrões vindo do local onde estavam os réus e a vítima Eles estavam no terreno e em certo momento a vitima começou a proferir xingamentos contra a depoente também. Antonia Carlos e Carlos Alberto não gostaram e começaram a discutir com a vítima. Esclareceu que quando a vitima começou a ofendê-la na porta da cozinha Antonio Carlos interveio e deu-lhe um empurrão. Nesse momento o co-réu Carlos irnerveio e começou a agredir a vítima. Afirmou qzw a vítima não reagil4 pois eslavo embriagada. Esclareceu que Antonio Carlos, com exceção do empurrão, não agrediu a vítima. Afirmou que Davi também não ajudou a agredir a vítima. Ele tinha ido tomar banho na ‘io e não ajudou a espancar a vítima. Afirmou que a vítima caiu no chão onde permaneceu toda machucada. A vítima estava bastante machucada. Nenhum dos três réus resolveu. chamar a polícia ou auxílio para a vitim., Algum tempo depois o filho da vitima chegou e levou seu pai. Esclareceu que a vítima, de vez em quando, freqüentava a casa para beber com os réus. Esclareceu que é mãe da ex-mulher do vítima Aparecido. Esclareceu que o corréu Davi á seu sobrinho. Reafirma que viu apenas o corréu Carlos agredindo a vitima. Reafirmou que Antonio Carlos apenas empurrou a vítima, sendo que apenas Carlos Alberto espancu. Esclareceu que a discussão e bate-boca entre os réus e a vítima começou por volta das vinte e duas horas. Logo depois do bate-boca começou a briga, que durou até por volta da meia noite. Afirmou que viu o corréu Carlos Alberto retirando a vítima que estava machucada de dentro do terreno de Antonio Carlos e colocando do lado de fora do imóvel. A vitima estava bastante ferida e desacordada. Não sabe dizer quem levou o carro da vítima para outro local. Afirmou que escutou apenas o ronco do moto; do carro da vítima, mas não viu quem estava dirigindo. Afirmou que não quis adentrar no meio do mato para ir chamar socorro, o que foifeito*

por outra pessoa. Afirmou que não tem receio de nenhum dos réus presentes. Conhecia apenas seu sobrinho Dav4 podendo dizer que não se trata de pessoa violenta. Esclareceu que Antonio Carlos, seu companheiro, é boa pessoa e não é violento. Afirmou que Antonio Carlos empurrou a vítima porque estava proferindo palavras contra a depoente. Esclareceu que a vítima começou a xingar a depoente porque esta, em razão do estado de embriaguez daquela, tinha a mandado ir embora da casa. Esclareceu que os réus e a vítima estavam bebendo em uma varanda defronte da residência. Havia claridade lunar; Havia lamparina acesa na casa. Esclareceu que antes de se trancar em seu cômodo chegou a ver o corréu Carlos bater na vítima. Esclareceu que não conhecia o corréu Carlos antes dos fatos, nada tendo contra ele. Esclareceu que quando se trancou na cozinha deu para ouvir o barulho das agressões, pois a varanda onde estavam todos é ao lado da cozinha. Reconsiderou seu depoimento anterior e afirmou que na verdade não viu quem teria transportado e colocado a vítima para fora do terreno. Quando se trancou no quarto a vítima já estava caída no chão” (fls.194/195). Em plenário: Conhece David e Antonio Carlos, que morava próximo da depoente. Não presenciou os fatos. Ouviu de longe que Carlão e a vítima Aparecido estavam discutindo. Estavam na casa de Antonio Carlos bebendo. Estavam todos bêbados, pois viu que estavam tomando pinga. Aparecido chegou ao local por volta das seis horas da tarde. Aparecido não foi pescar com os outros. Quando chegaram da pescaria, Aparecido já estava lá. Saiu na porta e viu Aparecido jogado no barranco. REP. DO M.P.: Não viu o espancamento. Ouviu que alguém estava apanhando. A vítima gritava para que a largasse e parecia que a pessoa continuava batendo. Não sabe dizer com o que estava batendo, se era com soco, chute, faca ou outro instrumento. A vítima começou a falar palavra para a depoente e os réus acharam ruim. Não lembra a que horas i o espancamento. Meia noite escutou o ronco do carro da vítima, tendo saído do local David e Carlão. Depois não foi se deitar e não escutou mais nada. Não teve curiosidade em ver como estava a vítima. A vítima estava caída. Foi Carlão que jogou a vítima para fora da casa de Antonio Carlos, Nessa época já estava separada de Antonio Carlos. David é parente seu. Não tem medo dos réus. Antonio Carlos e David não são violentos. Escutava a voz de David e de Antonio Carlos durante o espancamento. Não sabe quando durou o espancamento. Não socorreu a vítima porque não tinha condições, pois mora “no meio do mato”. Viu Carlão colocando a chave e os documentos do veículo no bolso da vítima quando ela já estava ferida e deitada no barranco. Escutou David e Antonio Carlos dizendo que não era para fazer aquilo com a vítima. A vítima era boa pessoa. REP. DA DEFESA: Não presenciou o espancamento. Estava com medo e por isso ficou em casa. A discussão não era em voz alta. Seu vizinho Francisco, Carlão e David foram pescar. Viu depois de longe quando estavam comendo peixe e bebendo pinga. Havia um garrafão de quatro litros

no local. Estavam bebados quando começou uma discussão. Quem agrediu a vítima foi Carlos. Não sabe dizer quem ajudou a agredir a vítima” (fls.514/vº).

Carlos Alberto de Oliveira disse: “É policial militar tomou conhecimento dos fatos quando recebeu comunicado pela Santa Casa local da entrada de uma pessoa ferida, vítima de agressões físicas. Foi até a Santa Casa onde o filho da vítima disse que o pai foi espancado na casa da dona Jacira e Antonio Carlos. Não conversaram com a vítima, pois esta estava inconsciente e prestes a ser transferida para o Hospital de Sorocaba. Fábio foi até o local onde encontrou seu pai ferido e caído ao chão. O filho da vítima soube que quem teriam sido os autores das agressões seriam os réus, informação que teria obtido de Dona Jacira. O veículo Fusca da vítima foi encontrado incendiado cerca de um quilômetro dos fatos. No sábado a tarde os corréus Davi e Carlos Alberto foram detidos na Rodovia Marechal Rondon, próximo ao condomínio Terras de Santa Maria. Esses dois réus negaram qualquer participação na morte da vítima. Revistados Davi e Carlos Alberto, encontrou em poder deste último um relógio, que ficou sabendo que posteriormente já reconhecido como sendo de propriedade da vítima por seu filho e pela testemunha Ademir. O depoente desconfiou de estar Carlos em poder do relógio que estava com a pulseira estourada, solicitando via CADI que houvesse o reconhecimento do relógio pelo filho da vítima. Posteriormente não acompanhou o depoimento dos acusados perante a autoridade policial. Esclareceu que Carlos era foragido da Justiça. Recorda-se que quanto a Davi o sistema acusava como sendo procurado, mas após constatou que tal informação não havia sido baixada do sistema” (fls. 198/199) em Plenário: “No dia seguinte aos fatos, teve informação de que havia um veículo pegando fogo. Posteriormente, a vítima deu entrada na Santa Casa local. O filho da vítima compareceu informando que seu pai havia sido vítima de espancamento. Aí, recebeu a informação anônima de que havia dois suspeitos na Rodovia Marechal Rondon, próximo ao posto JUMA, vindo em direção a Tietê. Abordou os suspeitos Carlos e David. Carlos constava no sistema como foragido. Carlos estava com relógio de pulso no bolso. O filho da vítima reconheceu o relógio como sendo de seu pai. David já era conhecido dos meios policiais. Não sabe se David tinha amizade com a vítima. O carro pegando fogo pertencia à vítima. Tratava-se de um Fusca. O local onde se deram os fatos é de difícil acesso e a vítima morava num quarto dos fundos do sítio. REP. DO M.P.: O filho da vítima contou ao depoente na santa casa que a vítima foi espancada por três pessoas. Reconhece o relógio da vítima nesta oportunidade a ele mostrado. O relógio estava quebrado. Estava no bolso do réu Carlos. RP. DA DEFESA: Da santa casa foi até delegacia, não tendo realizado diligências. Reconhece Carlos nesta oportunidade Afirma que o relógio estava no bolso de Carlos” (fls.510).

Carlos Alberto da Silva alegou em juízo: “É policial militar e foi

*chamado para comparecer na santa casa local onde a vítima estava gravemente ferida em razão de agressões. Na Santa Casa o filho da vítima, chamado Fábio disse que Davi, Antonio Carlos e Carlos Alberto teriam sido os autores das agressões, informação que teria sido dada por sua avó Jacira. Não esteve no local do crime. Posteriormente receberam informação de que os réus Davi e Carlos Alberto estavam saindo pela rodovia marechal Rondon, sentido bairro São Roque. Os dois foram detidos e na revista pessoal foi encontrado um relógio com Carlos que posteriormente foi reconhecido como sendo de propriedade da vítima, por seu filho. Davi e Carlos negaram qualquer participação nas agressões e no homicídio da vítima. O carro da vítima foi encontrado completamente incendiado” (fls. 200).*

Fábio da Silva Camargo disse em juízo: *“É filho da vítima. Na época dos fatos o depoente residia na cidade de Iiezé e trabalhava em uma empresa de segurança juntamente com seu pai. Seus pais são separados. Na época a vítima estava afastada do trabalho por causa de um início de pneumonia, a vítima ia escondida ao local dos fatos para beber com os réus. David e Antonio Carlos são parentes da mãe do depoente. O local onde os fatos ocorreram também era residência da avó materna do depoente. A vítima residia sozinha. No dia dos fatos o depoente estava em sua casa e seu irmão lhe disse que havia um Fusca pegando fogo no bairro onde ocorreram os fatos. O depoente e seu irmão foram à casa de sua avó. Inicialmente sua avó não queria dizer o que havia acontecido até que apontou o local onde estava a vítima, a vítima não estava ensanguentada pois os réus a limpavam. Sua avó presenciou os fatos. Não conseguiu compreender o que ocorreu pela narrativa de sua avó pois ela tem certa dificuldade em falar. O depoente perguntou para sua avó por que ela não havia socorrido a vítima e ela disse que o réu Carlos Alberto a mandou não socorrê-lo. Ele disse que se ela o ajudasse também seria agredida. Levaram a vítima para o Hospital e ela faleceu cerca de três ou quatro dias depois. Os réus também furtaram o veículo, celular e relógio da vítima. Somente o relógio foi recuperado. Não soube posteriormente como os fatos ocorreram” (fls. 219).*

Os depoimentos das testemunhas José Agnaldo dos Santos, Ademir Nunes Oliveira e André Aparecido dos Santos são de pouco valor probatório para a elucidação dos fatos, já que nenhuma delas presenciou o ocorrido, apenas declarando em juízo o que souberam por terceiros.

Postula o peticionário em seu pedido de decote das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Da prova testemunhal coligida e já mencionada, extrai-se que o crime foi cometido por motivo torpe, haja vista as ofensas proferidas à companheira do recorrente - emprego de meio cruel - espancamento brutal da vítima e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima - atacada de inopino, e também por superioridade numérica.

Dessa feita, amparada está a decisão do Tribunal do Júri que considerou presentes, por maioria de votos (fls. 522), as qualificadoras do motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima e meio cruel.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/2003). TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO PELO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. QUALIFICADORAS QUE ENCONTRAM AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DA PROVA QUE CABE AO CONSELHO DE SENTENÇA. RÉU QUE, POR CONTA DAS DIVERGÊNCIAS RELATIVAS AO TRÁFICO DE DROGAS, DESFERE TIRO CONTRA A VÍTIMA, QUE, CHEGANDO NA RESIDÊNCIA CAIAO CHÃO, RECEBENDO MAIS TIROS DO RÉU E DE OUTROS AGENTES. EVIDENCIADA A TORPEZA E O RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO. CONTRARIEDADE AOS ELEMENTOS DOS AUTOS NÃO VERIFICADA. (Apelação Criminal 2012.012909-1, de Tubarão, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 5-2-2013).*

E:

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DE AMBOS OS CRIMES DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. RECONHECIMENTO, PELO CONSELHO DE SENTENÇA, DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO AMPARADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO PELOS JURADOS, EM DECISÃO ESCORADA NA PROVA DOS AUTOS [...]. (Apelação Criminal n. 2011.078991-1, de Joinville, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 19-6-2012).*

Verifica-se que as qualificadoras imputadas ao condenado foram devidamente analisadas e motivadamente reconhecidas pelo Conselho de Sentença, restando correta a decisão do Júri que se encontra em conformidade com as evidências dos autos.

A saber:

*“REVISÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - LEGÍTIMA DEFESA - DECOTE DA QUALIFICADORA RELATIVA AO MOTIVO FÚTIL - DESCABIMENTO - SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI - EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE VERSÃO QUE JUSTIFICA A INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS - DECISÃO CONSENTÂNEA COM AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 2º, §1º, DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF - DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO”.* (TJMG, RC 1.0000.05.417960-1/000, Des. Rel. Márcia Milanez, j: 09/10/06).

Da dosimetria das penas.

Firmou-se entendimento no sentido de que em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda por meio da revisão. A respeito, colhe-se da jurisprudência:

*“A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei. Inexistindo violação da lei e não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever critérios de individualização da reprimenda. Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional”* (RJDTCRIM 6/250).

O MM. Juiz sentenciante fixou a pena acima do mínimo legal, tendo em vista que o crime ter sido cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, conforme decidido pelos jurados, haja vista que tal circunstância demonstrou maior reprovabilidade da conduta e personalidade desvirtuada do agente. Além disso, é reincidente, o que também demonstra personalidade voltada ao cometimento de crimes, fixando a pena em 13 (treze) anos de reclusão. Incidiu a agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do CP, agravando a pena em 06 (seis) meses de reclusão, tornando-a definitiva em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicial fechado, no entanto, à pena com relação ao delito do furto qualificado, entendo que deva ser modificada, isto porque a mesma foi aumentada em 06 (seis) meses pela reincidência.

No caso, analisando o aumento face à reincidência no crime de homicídio, chega-se a conclusão que a sentença confirmada pelo v. Acórdão de fls.572/578 autor principais, fixou a pena-base do crime qualificado no mínimo de 12 anos de reclusão, aumentou em 1/12 (um doze avos) pela reincidência (12 anos + 1 ano) e mais 06 meses de reclusão, face o previsto como agravante no artigo 61, II, do Código Penal, perfazendo a pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de

reclusão.

Se considerarmos que na fixação da pena, relativa ao crime conexo o furto qualificado (artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal) o aumento relativo a reincidência, uma vez que inexistem outras causas de aumento ou diminuição, foi de 06 meses de reclusão, ou seja, na fração de  $\frac{1}{4}$  (um quarto), entendendo que por equidade, deva ser aplicada a mesma fração do crime mais grave  $\frac{1}{12}$  (um doze avos), reduzindo a pena para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

3 Ante o exposto, defere-se parcialmente o pedido revisional, para reduzir a pena com relação ao delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal à 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias- multa, mantidos os demais termos da r. sentença confirmada pelo v. acórdão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0285035-32.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário JOSÉ JORLANGE DA SILVA. **(Voto nº 13.924)**

**ACORDAM**, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deferiram o pedido revisional para anular o julgamento do peticionário e determinar que o réu seja submetido a novo Júri, prejudicada a análise dos demais argumentos, mantida sua custódia, nos termos do acórdão. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente), SALLES ABREU, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, BRENO GUIMARÃES E GUILHERME G.STRENGER.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relator

**Ementa: REVISÃO CRIMINAL ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO AUSÊNCIA DOS QUESITOS VOTADOS NULIDADE RECONHECIDA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO NECESSIDADE.**

**PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO PARA ANULAR**

## **O JULGAMENTO E DETERMINAR QUE O RÉU SEJA SUBMETIDO A OUTRO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI LOCAL.**

### **VOTO**

**JOSÉ JORLANGE DA SILVA** ingressa com o presente pedido revisional contra a r. sentença proferida pela Juíza Presidente do Egrégio 5º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo que o condenou ao cumprimento de 18 anos e 08 meses de reclusão em regime inicial fechado por infração ao artigo 121, § 2º, incisos I e IV e artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c.c o art. 14, inciso II, combinados com art. 69, todos do Código Penal.

Ao réu não foi concedido o direito de apelar em liberdade, mantida a custódia preventiva decretada às fls. 153 dos autos principais, para preservação da ordem pública, garantia da instrução criminal e aplicação da lei penal, considerando que o peticionário ostenta antecedentes criminais reveladores de sua personalidade perigosa e vocação para o crime.

O acusado renunciou ao direito de recorrer e a r. decisão transitou em julgado em 10/05/1999 (fls. 500 dos autos principais).

Através da Defensoria Pública, com fulcro no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, pleiteia o peticionário a nulidade absoluta do julgamento pela falta dos quesitos submetidos à votação. No mérito, busca a absolvição, alegando que a r. decisão contraria a evidência dos autos.

Requisitados e apensados os autos originais, a douta Procuradoria Geral de Justiça requereu, preliminarmente, a conversão do julgamento em diligência para a juntada dos quesitos que foram votados e que não se encontram encartados nos autos. No mérito, manifestou-se pelo indeferimento.

O julgamento foi convertido em diligência, nos termos do parecer do II Procurador de Justiça. De volta os autos, estes foram remetidos novamente à douta Procuradoria Geral de Justiça que se manifestou pelo reconhecimento da nulidade absoluta do processo a partir do julgamento, prejudicado o exame de mérito.

É o relatório.

Com efeito, verifica-se que na volta dos autos informou o cartório que os quesitos votados no julgamento realizado no dia 03/05/1999 não foram localizados (fls. 43).

Assim, conforme observou o douto Procurador de Justiça, há nulidade absoluta a macular o processo a partir do julgamento do réu pelo Conselho de Sentença, pois falta elemento essencial para o exercício do direito de defesa, ainda que em sede revisão criminal.

Assim, é a revisão criminal meio idôneo para rescindir o julgamento feito pelo Júri caso constatada ilegalidade e, via de consequência, determinar que outro seja realizado.

Deve ser mantida a custódia preventiva do peticionário, nos termos da fundamentação da r. sentença de pronúncia, pois se trata de réu que ostenta antecedentes criminais, reveladores de personalidade perigosa e com vocação para o crime.

Deferir-se, pois, pedido revisional para anular o julgamento do peticionário e determinar que o réu seja submetido a novo Júri, prejudicada a análise dos demais argumentos, mantida sua custódia, nos termos do acórdão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0290167-02.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário ALECIO COSTA DE AGUIAR.

**ACORDAM**, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deferiram o pedido revisional formulado por Alécio Costa de Aguiar, para absolvê-lo da imputação de prática do crime previsto no art. 121, ‘*caput*’, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.523)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente), PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, VICO MAÑAS, GUILHERME G.STRENGER E MARIA TEREZA DO AMARAL.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

SALLES ABREU, Relator

**Ementa: “Revisão criminal - Homicídio simples (artigo 121, ‘*caput*’, do Código Penal) - Condenação decretada em primeiro grau - Absolvição pretendida - Julgamento contrário à evidência dos autos - Procedência - Decisão baseada exclusivamente na confissão extrajudicial do acusado - Elemento colhido na fase investigativa que sequer foi corroborado em juízo - Inadmissibilidade da condenação com base**

**em dados obtidos exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, nos termos do art. 155 do CPP - Fundada dúvida acerca do envolvimento do peticionário na empreitada criminosa - Absolvição de rigor, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - Pedido revisional deferido”.**

## VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **Alécio Costa de Aguiar** contra a r. sentença de fls. 473/480 dos autos em apenso, que o condenou ao cumprimento da pena de **06 (seis) anos de reclusão**, no regime inicial fechado, por infração ao artigo 121, ‘*caput*’, do Código Penal.

Inconformado, o peticionário move a presente ação revisional, pretendendo sua absolvição, alegando para tanto que o quadro probatório se mostra frágil e insuficiente a sustentar o édito condenatório. Argumenta, ainda, que sua condenação foi baseada exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitiva, reputando-se a sentença de primeiro grau contrária à evidência dos autos e à lei penal (fls. 11/23).

A ação foi bem processada, com parecer da douta Procuradoria de Justiça, que pugna pela procedência do pedido revisional formulado (fls. 25/29).

Este, em apertada síntese, é o relatório, acrescido ao da r. sentença proferida pela juíza de direito Michelle Porto de Medeiros Cunha.

A revisão criminal proposta é de ser deferida.

Consta da denúncia que, no dia 02 de maio de 2001, por volta de 21h58min, na Rua Calil Jorge Francisco, nº 150, Parque Santo Antônio, nesta Capital, o réu **Alécio Costa de Aguiar**, utilizando-se de arma de fogo, matou Roberto Francisco do Nascimento, consoante laudo de exame necroscópico juntado às fls. 31/32.

Segundo apurado, o acusado encontrava-se no “Bar do Jonas”, quando surgiu a vítima, sendo que Alécio a convidou a dar uma volta. Em dado momento, por motivos que serão melhor apurados no curso da instrução criminal, o réu sacou um revólver, que trazia consigo, e efetuou disparos contra o ofendido, matando-o e evadindo-se, a seguir.

Inicialmente, ressalte-se que a materialidade e a autoria delitiva não são aptas a evidenciar a responsabilidade penal do acusado, senão vejamos:

Na fase policial, o réu **Alécio Costa de Aguiar** confessou os fatos descritos na denúncia (fls. 63/64).

Entretanto, em plenário, Alécio retratou-se, negando a autoria do crime (fls. 469).

Em juízo, a testemunha **Francisco Sales Nóbrega**, policial civil, não se recordou do interrogatório policial do revisionando e afirmou que a assinatura constante nesse interrogatório, como testemunha de leitura, não era sua. Em outras palavras, desmentiu o que consta às fls. 64 e, assim, comprometeu todo o teor do interrogatório policial (fls. 204).

Por seu turno, a testemunha **Marco Antônio Bernardo**, policial civil, afirmou ter presenciado a confissão ofertada pelo réu na delegacia. Indagado pela juíza a respeito da existência de outros elementos de convicção, respondeu que um indivíduo que estaria com o réu no momento do ocorrido, Alexandre Aparecido, teria se eximido da culpa e apontado o ora peticionário como o autor do homicídio (fls. 158).

Porém, paradoxalmente às declarações da testemunha supra, **Alexandre Aparecido de Sena** foi ouvido em juízo e não comprometeu o peticionário como autor do homicídio, afirmando que nem mesmo leu o que assinou na delegacia (fls. 270).

No mais, a testemunha **Maria Amara do Nascimento**, mãe da vítima, além de não ter presenciado os fatos, entrou em contradição por diversas vezes, porque em um primeiro momento afirmou que um tal de “Bira” teria praticado o crime, e, após, disse que o autor do homicídio foi um tal de “Laércio”, e prosseguiu com informações que, a nosso ver, não podem ser consideradas minimamente seguras (fls. 150/153).

De acordo com tais provas, o Egrégio Tribunal do Júri entendeu por bem absolver o peticionário, com fulcro no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal (fls. 344/346).

Contudo, o Ministério Público recorreu e a 9ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça deu provimento ao seu recurso, para anular a decisão do Conselho de Sentença, determinando a realização de novo julgamento (fls. 389/395).

No segundo Júri, o peticionário foi condenado, com base em sua confissão que, repisa-se, foi ofertada na Delegacia de Polícia (fls. 474/476).

A defesa apelou da decisão, mas a 9ª Câmara Criminal não conheceu o recurso, porque, nos termos do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, é defeso à parte interpor novo recurso de apelação pelo mesmo fundamento, qual seja, decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 530/534).

A esse respeito, confira-se:

“JÚRI - Segunda apelação pelo mérito - Não conhecimento. Vedação legal de apelação pelo mesmo motivo, mesmo que o primeiro recurso tenha sido manifestado pela outra parte - Inteligência do artigo 593, parágrafo 3º, in fine, do CPP.” (TJMG - ACr nº 253.587-0/00 - 3ª C.

Crim. - Rel. Des. Kelsen Carneiro - J. 16.04.2002).

Insta salientar que o veredito do segundo júri foi dado em contrariedade às evidências dos autos, porque embasado exclusivamente na confissão extrajudicial ofertada pelo increpado, elemento de convicção que, aliás, encontra-se isolado nos autos.

Destarte, depreende-se que não houve nenhuma prova **em juízo** apta a evidenciar a responsabilidade penal de Alécio Costa de Aguiar. Em suma, inexistem nos autos elementos robustos o suficiente para condenar o acusado pela prática delitiva, sendo que sua condenação pautou-se exclusivamente na confissão dada na fase inquisitiva, sem contraditório nem ampla defesa.

Frise-se que o art. 155 do Código de Processo Penal veda de forma expressa a condenação fundada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória.

Diferente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial.”* (STJ, HC 148140/RS, Rel.: Min. Celso Limongi, Sexta Turma, DJ: 07/04/2011).

Logo, diante da insuficiência de provas a demonstrar a responsabilidade penal de Alécio Costa de Aguiar, de rigor a sua absolvição, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, cumpre salientar que entendemos plenamente possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte deste Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri.

Isso porque o direito de liberdade, garantia individual assegurada não só pela Carta Magna de 1988, mas também por diversos tratados, acordos e convenções internacionais, como, por exemplo, pelo Pacto de São José da Costa Rica, deve prevalecer sobre os princípios da soberania dos vereditos e da coisa julgada.

Este, inclusive, é o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DE LIBERDADE. PREVALÊNCIA SOBRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E COISA JULGADA. RECURSO MINISTERIAL A QUE**

*SE NEGA PROVIMENTO. 1. É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri. 2. Em homenagem ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de forma isolada, mas como preceitos integrados num sistema unitário, de modo a garantir a convivência de valores colidentes, não existindo princípios absolutos no ordenamento jurídico vigente. 3. Diante do conflito entre a garantia da soberania dos veredictos e o direito de liberdade, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário. 4. Não há falar em violação à garantia constitucional da soberania dos veredictos por uma ação revisional que existe, exclusivamente, para flexibilizar uma outra garantia de mesma solidez, qual seja, a segurança jurídica da Coisa Julgada. 5. Em uma análise sistemática do instituto da revisão criminal, observa-se que entre as prerrogativas oferecidas ao Juízo de Revisão está expressamente colocada a possibilidade de absolvição do réu, enquanto a determinação de novo julgamento seria consectário lógico da anulação do processo. 6. Recurso a que se nega provimento” (STJ - Ministro Adilson Vieira Macabu - 5ª Turma - REsp nº 964978/SP - j. 14/08/2012).*

Isto posto, pelo meu voto, **defere-se** o pedido revisional formulado por **Alécio Costa de Aguiar**, para absolvê-lo da imputação de prática do crime previsto no art. 121, ‘caput’, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura.

# ÓRGÃO ESPECIAL

## Ações Diretas de Inconstitucionalidade

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de inconstitucionalidade 0268686-46.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTANA DE PARNAÍBA: **(Voto nº 29.372 - Órgão Especial)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. v.u. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. EDUARDO KANASHIRO YOSHIKAI.”, de conformidade com o voto do (a) Relator (a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADINROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, LUIZ ANTONIO DE GOOY e MÁRCIO BÁRTOLI.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

CAETANO LAGRASTA, Relator

**Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 14, § 4º, da Lei Municipal nº 899/1975, com redação dada pela Lei Municipal nº 2.499/2003, de Santana de Parnaíba, que altera a base de cálculo do ISSQN na prestação dos serviços que determina, elegendo-a como sendo 37% do valor bruto do faturamento. Impossibilidade jurídica do pedido e Incompetência do TJSP para exercer o controle concentrado de lei municipal Crente a lei constitucional federal.**

**Preliminares rejeitadas ante a contrariedade da legislação municipal com os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Mérito. Base de cálculo. Alteração. Inconstitucionalidade. Base de cálculo que deve ser considerada como sendo o preço do serviço, nos termos da Lei Complementar nº 116/2003, editada para regular o art. 146, 111, “a”, da CF. Não observância de princípios estabelecidos na CF, em evidente violação aos artigos 111 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade reconhecida do artigo 14, § 4º, da Lei Municipal D0 899/1975, com redação dada pela Lei Municipal nº 2.499/2003. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Art. 27, da Lei nº 9.868/99. Ação procedente, com modulação dos efeitos.**

## VOTO

### Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de São Paulo em face do art. 14, § 4º, da Lei nº 899 do Município de Santana de Parnaíba, com a redação que lhe foi dada pela Lei Municipal nº 2.499/03, o qual dispõe sobre a base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

Aduz, em síntese, que o artigo 14, § 4º, da Lei impugnada desnatura a base de cálculo do ISSQN a ser apurado naquele município, além de levar à redução da alíquota efetiva da tributação praticada naquele ente federativo. Sustenta que a base de cálculo do Município de Santana de Parnaíba não é o preço do serviço, mas sim um percentual aleatório da receita bruta do faturamento, o que incentiva a guerra fiscal, ocasionando à Municipalidade de São Paulo, que integra a mesma região metropolitana do Município de Santana de Parnaíba, perda de receitas necessárias para a consecução de políticas públicas. Alega, por isso, ser inconstitucional a norma que altera a base de cálculo do ISSQN, em afronta aos princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade, bem como aos artigos 111 a 114 da Constituição do Estado de São Paulo, especialmente porque este último é norma limitadora da autonomia municipal.

Determinada a emenda da inicial (fl. 21), o que foi cumprido pelo autor (fls. 24/40), processada sem a liminar (fls. 41/42), com informações do Município de Santana de Parnaíba (fls. 60/116) e da Câmara Municipal de Santana de Parnaíba (fls. 126/190). O d. Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 55/58). Parecer da d. Procuradoria

Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 119/124).

### É o relatório.

A Lei nº 899/1975, com a redação dada pela Lei nº 2.499/2003, que instituiu o Código Tributário do Município de Santana de Parnaíba, dispõe no artigo impugnado:

*Art. 14. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, ao qual se aplica em cada caso, de acordo com a alíquota ou o respectivo valor anual constante da Lista de Serviços de que trata o artigo 7º.*

(...)

*§ 4º Na prestação dos serviços de que trata os itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 13, 15, 16, 35, 36, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 97, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 179, 181, 184, 185 e 188, a base de cálculo do imposto será correspondente a 37% (trinta e sete por cento) do valor bruto do faturamento.*

De início, restam afastadas as preliminares arguidas pelo Prefeito do Município de Santana de Parnaíba, pois a norma impugnada viola os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, de forma que o pedido é juridicamente possível, especialmente porque a inicial traz elementos que demonstram a existência da prejudicial “guerra fiscal” entre os Municípios de São Paulo e Santana de Parnaíba.

No mérito, a ação é procedente.

O art. 14, § 4º, da Lei nº 899/1975, com a redação dada pela Lei no 2.499/2003, do município de Santana de Parnaíba, viola os artigos 111 e 144, da CE, por descumprir preceitos constitucionais.

É certo que compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, nos termos do art. 156, III, da CF. Contudo, a própria Carta Magna estabeleceu que, em relação a tais impostos, cabe à lei complementar fixar suas alíquotas máximas e mínimas, bem como regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, nos termos do § 3º, I e III.

Assim, editada a Lei Complementar Federal nº 116/2003, que dispõe “sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências”, é certo que **a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço** (art. 7º).

Tal dispositivo deixa de especificar a respeito de possíveis deduções, deixando margem ao entendimento de que a base de cálculo do ISSQN se confunde com a receita bruta do serviço prestado.

A Lei Complementar acima referida também deixou de estipular a



alíquota mínima do ISSQN, dispondo apenas que 5% é a alíquota máxima de tal imposto.

Em razão da falta de previsão da alíquota mínima do Imposto Sobre Serviços de Qualquer natureza, deve se observar o quanto disposto no art. 88, com as alterações da Emenda Constitucional n. 37, de 12.6.2002, do ADCT, que reza:

*Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e m do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso m do caput do mesmo artigo:*

*I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;*

*II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.*

Destarte, o ato normativo impugnado, violando os preceitos da Constituição Federal acima referidos, acabou por ofender os princípios da legalidade e da moralidade, preconizados no art. 111, bem como desatendeu princípios da Constituição Estadual e Constituição Federal, violando o art. 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo, porquanto alterou a base de cálculo do ISSQN dos serviços referidos nos itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 13, 15, 16, 35, 36, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 97, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 179, 181, 184, 185 e 188, estabelecendo esta como correspondente a 37% (trinta e sete por cento) do valor bruto do faturamento.

O artigo 144 da CE é norma limitadora da autonomia municipal, determinando o respeito ao disposto pela CF.

Ora, o Município não pode, a pretexto de legislar sobre matéria de interesse local (art. 30, I, da CF), criar norma contrária ao estipulado pela Constituição Federal. Pode, sim, criar impostos, desde que não contrarie norma constitucional. Portanto, se a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço, sem previsão de quaisquer deduções, não poderia o município de Santana de Parnaíba estipular que, para os serviços discriminados no § 4, do art. 14 do ato impugnado, a base de cálculo do imposto será de 37% do valor bruto do faturamento, pois tal estipulação desvirtua a base de cálculo do referido imposto, que é a prestação do serviço, ou seja, seu valor bruto, sem qualquer dedução.

Na lição de MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES: “O ISS, portanto, **recai sobre a receita bruta decorrente da prestação de serviços, sem dedução de nenhuma parcela componente, nem despesas, custos ou material**

*empregado na prestação de serviços”* (in Tratado de Direito Tributário, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, CARLOS VALDER DO NASCIMENTO e ROGÉRIO GANDRA DA SILVA MARTINS, 2011, Editora Saraiva) - grifei.

Ainda, não há como se aferir, pelo texto do dispositivo atacado, que 37% do valor bruto do faturamento não seja inferior à alíquota mínima de 2% sobre o preço do serviço, prevista pelo art. 88, do ADCT, porque a lei municipal alterou a base de cálculo do imposto para percentual sobre o valor bruto do faturamento. Tampouco se pode concluir, com clareza, que, na forma como prevista a base de cálculo na lei, o ISSQN no município de Santana de Parnaíba não tenha sido objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, resultando, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima de 2% sobre o preço do serviço.

Alterar a base de cálculo do ISSQN para percentual sobre valor bruto do faturamento é inconstitucional. Tal ato, como exposto na inicial, realmente pode incentivar a denominada “guerra fiscal”, especialmente por atrair empresas para o município com o incentivo fiscal do ISSQN, com possível redução da carga tributária, em evidente prejuízo para a autora.

Neste ponto, a d. Procuradoria Geral de Justiça bem delineou que: “Por isso, os municípios podem legislar suplementarmente e naquilo que constitui seu interesse local (CF, art. 30, I e II), mas sem ofensa aos parâmetros constitucionais. Aliás, o grande objetivo da lei complementar a que alude o art. 156, III, da Constituição Federal, é justamente o de evitar conflitos entre os municípios. E como demonstrou o autor da ação, o ISSQN, pela regulamentação da Lei Complementar n. 116/03, tem alíquota mínima de 2%” (fl. 124).

Por último, tendo a lei vigorado por muito tempo e, declarada a sua inconstitucionalidade, necessário se faz modular seus efeitos para preservar a segurança jurídica e o interesse social dela decorrentes. Para isso, com fundamento no art. 27, da Lei nº 9.868/99, declara-se que a eficácia desta decisão produzirá efeitos *ex nunc*, a partir da publicação deste acórdão.

Ante o exposto, JULGA-SE PROCEDENTE a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 14, § 4º, da Lei no 899/1975, com a redação dada pela Lei nº 2.499/03, do município e Santana de Parnaíba, com efeito modular, nos termos supra determinados .

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade 0275889-59.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO

PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TUPÃ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUPÃ. (**Voto nº 27.582**)

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “INDEFERIRAM O PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V. U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração), XAVIER DE AÇOINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Município de Tupã - Expressões contidas na Lei nº 177/2010 e Lei Complementar nº 198/2011 que concederam revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal (Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários) - Nova Lei Complementar nº 228/2012 que fixou subsídio a partir de 01/01/2013, após a propositura da ação, e manteve a forma de reajuste anual - Preliminar de perda de objeto rejeitada - Possibilidade de apreciação nestes autos da alegação de inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial da ação direta, artigo 2º da Lei Complementar nº 228, de 30 de novembro de 2012 e, por arrastamento, dos diplomas legais inicialmente impugnados - Inconstitucionalidade da revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal - Revisão conferida exclusivamente aos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo - Violação aos artigos 111, 115, XI e XV, e 144, todos da Constituição do**



**Estado São Paulo, correlatos ao artigo 37, “caput”, X e XIII, e 39, §3º, ambos da Constituição Federal Inconstitucionalidade decretada.**

**VOTO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo para declarar a inconstitucionalidade das expressões “agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo”, contida na Lei nº 177, de 13 de abril de 2010 e “agentes políticos do Poder Executivo”, contida na Lei Complementar nº 198, de 26 de abril de 2011, ambas do Município de Tupã.

Sustenta o autor, em apertada síntese, a inconstitucionalidade do direito à revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal (Prefeito, Vice Prefeito e Secretários), porquanto exclusivamente conferido aos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo. Alega que as disposições municipais teriam violado os artigos 111, 115, XI e XV, e 144, todos da Constituição do Estado São Paulo, correlatos ao artigo 37, “caput”, X e XIII, e 39, §3º, ambos da Constituição Federal.

A liminar foi deferida.

Manifestação da Fazenda Estadual às fls. 33/34 . Informações da Câmara Municipal e do Sr. Prefeito às fls. 38/69 e 71/86.

A DD. Procuradoria de Justiça se manifestou pela rejeição da preliminar e procedência da ação (fls. 90/106).

É o relatório.

Afasta-se desde logo a **preliminar de perda de objeto** arguida pelo Prefeito Municipal (fls. 74).

As leis em discussão concederam a revisão geral anual aos agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo Municipal nos índices de **3,5%**, a partir de 01º de abril de 2010 (Lei nº 177/2010), e **4,5%** a partir de **01º de abril de 2011**, *in verbis*:

*“Art. 1º Ao quadro de servidores públicos do Município de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, comissionados, agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo Municipal, nos termos do art. 39, § 4 c e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual em igual índice, de 3,5% (três vírgula cinco por cento), de forma linear, incidente sobre os valores dos Anexos V, VI, VII e VIII, todos da Lei Complementar nº 140, de 04.04.2008, com suas alterações posteriores, e na Lei Complementar nº 137, de 04.03.2008.*

*Art. 2º Constitui parte integrante desta Lei Complementar o Anexo*

*Único, explicitando os valores da remuneração advinda da revisão ora autorizada.*

*Art. 3º As despesas decorrentes da Complementar onerarão dotações execução desta consignadas Lei no Orçamento vigente, suplementadas, oportunamente, se necessário.*

*Art. 4º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, e produzirá efeitos a partir de 1º de abril de 2.010, revogadas as disposições em contrário” (Lei nº 177/2010);*

*“Art. 1º Ao quadro de servidores públicos do Município de Tupã, inclusive aos inativos e pensionistas, comissionados e agentes políticos do Poder Executivo Municipal, nos termos do art. 39, § 4º, e 37, incisos X e XI, da Constituição Federal, é concedida revisão geral anual de 4,5 % (quatro vírgula cinco por cento), em igual índice e de forma linear, incidente sobre os valores dos Anexos V, VI, VII e VIII, todos da Lei Complementar nº 140, de 4 de abril de 2.008, com suas alterações posteriores, e na Lei Complementar no 137, de 04.03.2.008.*

*Art. 2º Constitui parte integrante desta Lei Complementar o Anexo Único, explicitando os valores da remuneração advinda da revisão ora autorizada (...).*

*Art. 6º Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, e produzirá efeitos a partir de 1º de abril de 2.011” (Lei Complementar nº 198/2011).*

Por sua vez, a exordial distribuída em 19 de dezembro de 2012 não trouxe os fundamentos da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 228, editada em 30 novembro de 2012, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 1º Nos termos do disposto nos incisos V, do art. 29, da Constituição Federal, são fixados os seguintes valores, a serem pagos mensalmente aos detentores de mandato eletivo e agentes políticos, a partir de 01/01/2013:*

*I - R\$ 17.900,00 (dezessete mil e novecentos reais) para o subsídio do Prefeito Municipal;*

*II- R\$ 9.900,00 (nove mil e novecentos reais) para o subsídio do Vice-Prefeito Municipal;*

*III - R\$ 6. 900,00 (seis mil e novecentos reais) para os subsídios dos Secretários Municipais.*

*Parágrafo único. Os subsídios serão pagos mensalmente, até o quinto dia útil do mês subsequente, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.*

*Art. 2º Os subsídios e todos os valores previstos nesta Lei, relativos à*

*remuneração do Prefeito Municipal, do Vice Prefeito e dos Secretários Municipais, serão reajustados anualmente, no mês de abril, na forma do art. 37, inciso X, da Constituição Federal, e do art. 3º da Lei Complementar Municipal nº 14, de 27 de março de 2002, nos mesmos índices utilizados para o reajuste dos servidores do Executivo.*

*Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotação orçamentária própria prevista no Orçamento-Programa para o exercício de 2013 e subsequentes, suplementados, se necessário. Art. 4º Esta Lei entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2013”.*

Constata-se que a nova lei fixou subsídios aos detentores de mandato eletivo e agentes políticos a partir do dia **01º/01/2013**, após a propositura da ação, mantendo, aos futuros pagamentos, o reajuste no mês de abril nos mesmos índices utilizados para o reajuste dos servidores do Executivo.

Assim, persiste a revisão geral anual, a qual o Ministério Público quer ver reconhecida a inconstitucionalidade, sem se olvidar que as anteriores normas produziram seus efeitos enquanto vigiam.

Passa-se, portanto, a apreciar, nestes autos, a alegação de inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial da ação direta, artigo 2º da Lei Complementar nº 228, de 30 de novembro de 2012 e, por arrastamento, dos diplomas legais inicialmente impugnados, nos moldes do requerido no Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 92).

Ensina Luís Roberto Barroso que *“prevaleceu por longo tempo, na jurisprudência do STF, ponto de vista diverso, tendo a Corte se manifestado diversas vezes no sentido de que ‘a revogação superveniente de lei acoimada de inconstitucional não tem o condão, só por si, de fazer extinguir o processo de controle concentrado de inconstitucionalidade’ (RTJ, 54:710, 1970, 55:662, 1971, 87:758, 1979). Esse entendimento, todavia, foi superado. Mais recentemente, voltou a ser defendido pelo Min. Gilmar Mendes, sob o fundamento de que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição (Inf. STF 305:2, 2003, Adin (OO-OO) 1.244-SP) (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 159, nota n. 78)”.*

Quanto à teoria da inconstitucionalidade por “arrastamento” ou “atração”, ou “inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados”, ou inconstitucionalidade consequencial ou inconstitucionalidade consequente ou derivada, ensina Pedro Lenza (in: Direito Constitucional esquematizado, 13. ed., SP, Saraiva, 2009, pp. 208/209):

*“...se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra*

*norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior - tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe - também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade “consequente”, ou por “arrastamento” ou “atração”. Poder-se-ia pensar, nesse ponto, que a consequência prática da coisa julgada material, que se projeta para fora do processo, impediria não só que a mesma pretensão fosse julgada novamente, como também, sob essa interessante perspectiva, que a norma consequente e dependente ficasse vinculada tanto ao dispositivo da sentença (principal) quanto à “ratio decidendi” invocando, aqui, a “teoria dos motivos determinantes”. Esses dois temas no âmbito do controle de constitucionalidade vislumbram uma perspectiva “erga omnes” para os limites objetivos da coisa julgada, em importante avanço em relação à teoria clássica. Naturalmente, essa técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pode ser aplicada tanto em processos distintos como em um mesmo processo, situação que vem sendo verificada com mais frequência. Ou seja, já na própria decisão, o STF define quais normas são atingidas, e no dispositivo, por “arrastamento”, também reconhece a invalidade das normas que estão “contaminadas”. Essa contaminação ou perda de validade pode ser reconhecida, também, em relação a decreto que se fundava em lei declarada inconstitucional. Então, o STF vem falando em inconstitucionalidade por arrastamento do decreto que se fundava na lei (cf, por exemplo, ADI 2.995/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 13.12.2006). Nesse sentido, como anotam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “com efeito, se as normas legais guardam interconexão e mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, formando-se uma incidível unidade estrutural, não poderá o Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade de apenas algumas das disposições, mantendo as outras no ordenamento jurídico, sob pena de redundar na desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas”. Trata-se, sem dúvida, de exceção à regra de que o juiz deve ater-se aos limites da lide fixados na exordial, especialmente em razão da correlação, conexão ou interdependência dos dispositivos legais e do caráter político do controle de constitucionalidade realizado pelo STF”.*

**No mérito**, razão assiste ao Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Busca o autor a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 228/2012, bem como, por arrastamento, das expressões “agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo” e “agentes políticos do Poder Executivo”, contidas na Lei nº 177/2010 e na Lei Complementar nº 198j2011, respectivamente, todas do Município de Tupã, acima transcrita.

Conforme sustentado pelo Exmo. Procurador Geral de Justiça, “insta observar que o atrelamento automático da revisão dos subsídios dos agentes

políticos municipais aos vencimentos dos servidores públicos municipais é inconstitucional, pois a alteração dos valores devidos a estes implica a automática modificação dos subsídios dos agentes políticos, desconsiderando a diversidade do regime jurídico da remuneração dos agentes políticos municipais detentores de mandato eletivo e investidos em cargos comissionados, perceptível em seu perfil constante na Constituição Federal” (fls. 10) .

Defeso, portanto, a vinculação do reajuste dos subsídios do Prefeito, Vice e Secretários Municipais à revisão geral anual do funcionalismo público municipal.

Segundo entendimento pacífico no E. STF, *“a A Lei Maior impôs tratamento jurídico diferenciado entre a classe dos servidores públicos em geral e o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Estes agentes públicos, que se situam no topo da estrutura funcional de cada poder orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, são remunerados exclusivamente por subsídios, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada, em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). - O dispositivo legal impugnado, ao vincular a alteração dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado às propostas de refixação dos vencimentos dos servidores públicos em geral ofendeu o inciso XIII do art. 37 e o inciso VIII do art. 49 da Constituição Federal de 1988. Sobremais, desconsiderou que todos os dispositivos constitucionais versantes do tema do reajuste estipendiário dos agentes públicos são manifestação do magno princípio da Separação de Poderes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente”* (ADI 3491 /RS, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, j. em 27/09/2006, Pleno).

Esse entendimento, aliás, é o que tem prevalecido, conforme jurisprudência desta Corte trazida à colação:

“Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 3º da Lei nº. 5 357, de 31 de maio de 2000 e artigo 1º da Lei nº 5 960, de 05 de junho de 2003, ambos do Município de Franca. Leis Municipais que dispõem sobre a majoração dos subsídios de vereadores durante a própria legislatura. Aumentos variáveis no tempo. Incidente de inconstitucionalidade suscitado por uma das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso de apelação contra sentença que julgou ação civil publica em face do referido Município e de todos os seus vereadores. Dispositivos que violam a “regra da legislatura” e o princípio da moralidade administrativa. Reajuste anual que não é aplicável aos vereadores. Ofensa aos artigos 29, VI, e 37, ambos da Constituição Federal e 144 da Constituição do Estado. Arguição acolhida para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos objunçados”

(Incidente de Inconstitucionalidade de Lei 9301760-74.2008.8.26.0000, Relator(a): Mário Devienne Ferraz, Comarca: Franca, Órgão julgador: Órgão Especial, Data do julgamento: 13/08/2008);

“Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade sustentada inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º, caput, §§ 1º, 4º e 5º, da Lei nº 11.600, de 09 de abril de 2008, em sua redação original e na que foi dada pelo artigo 1º, I e II, da Lei nº 11.622, de 05 de maio de 2008, do Município de Ribeirão Preto, que “Fixa os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores para a legislatura a iniciar-se em 1º de janeiro de 2009 e dá outras providências”, e “Dá nova redação ao parágrafo 4º e acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 5º da Lei no 11.600, de 09/04/08”, respectivamente - vedada é a vinculação do reajuste dos subsídios do Chefe do Poder Executivo, do Vice, e de seus auxiliares diretos à revisão geral anual do funcionalismo público municipal - é vedada a fixação dos subsídios dos Vereadores em percentual dos subsídios dos Deputados Estaduais - é vedada, ainda, a vinculação do reajuste dos subsídios dos Vereadores à revisão geral anual do funcionalismo público municipal ou à alteração dos subsídios dos Deputados Estaduais, eis que inalterável o valor daqueles durante legislatura, por força da reintrodução pela EC 23/2000, da chamada “regra da legislatura” aos parlamentares municipais - (...) ação procedente, assentando-se, ademais a fim de que os Vereadores da atual Legislatura de Ribeirão Preto não fiquem sem remuneração, que, a este título, na corrente receberão o subsídio que vigorou na Legislatura anterior, obviamente que sem a revisão anual e observados os limites estabelecidos no inciso VI, do art. 29 da Constituição Federal (ADIN 0002644- 04.2009.8.26.0000, Relator(a): Palma Bisson, Data do julgamento: 10/02/2010).

Sobre o tema, dispõe a Constituição Estadual do Estado de São Paulo:

*“Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência”;*

*“Artigo 115, XI - a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso(...)*

*XV - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, observado o disposto na Constituição Federal.”*

Dessa forma, houve clara ofensa ao que dispõe a Carta Constitucional Bandeirante nos artigos 111, 115, XI e XV, ambos da Constituição do Estado São Paulo, bem como aos artigos 37, “caput”, X e XIII, e 39, §3º, ambos da Constituição Federal, os quais devem ser observados, consoante determina o artigo 144 da Constituição de São Paulo.

Em face de tais razões, declara-se inconstitucional o artigo 2º da Lei Complementar nº 228/2012, bem como, por arrastamento, das expressões “agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo” e “agentes políticos do Poder Executivo”, contidas na Lei nº 1777/2010 e na Lei Complementar nº 198/2011, respectivamente, todas do Município de Tupã, com efeitos ‘ex tunc’.

Comunique-se o resultado deste julgamento, com urgência, ao Exmo. Des. Relator da ação direta de inconstitucionalidade (autos nº 0078161-73.2013) proposta pelo Procurador Geral de Justiça referente à Lei Complementar nº 228/2012.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

#### **(Voto nº 15.283)**

I - O Procurador-Geral de Justiça, autor desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetiva a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar no 228/2012 e, por arrastamento, das expressões “agentes políticos e detentores de cargos eletivos do Poder Executivo” e “agentes políticos do Poder Executivo”, contidas na Lei nº 177/2010 e na Lei Complementar nº 198/2011, respectivamente, todas do Município de Tupã

II- O relator, eminente Desembargador Samuel Júnior, julga procedente a ação, em acórdão encimado pela seguinte ementa: *“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE- Município de Tupã Nova Lei Complementar nº 228/2012 que fixou subsídio a partir de 01/01/2013, após a propositura da ação, e manteve a forma de reajuste anual - Preliminar de perda de objeto rejeitada - Possibilidade de apreciação nestes autos da alegada inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial da ação direta, artigo 2” da Lei Complementar nº 228, de 30 de novembro de 2012, e, por arrastamento, dos diplomas legais inicialmente impugnados - Inconstitucionalidade da revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal - Revisão conferida exclusivamente aos servidores públicos titulares de provimento efetivo - Violação aos artigos 111, 115, XI e XV, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, correlatos aos artigos 37, “caput”, X e XIII, e 39, § 3º, ambos da Constituição Federal - Inconstitucionalidade decretada.”.*

### III - Meu voto.

1. Atente-se, de plano, para o fato de o objurgado artigo 2º da Lei Complementar nº 228, de 30 de novembro de 2012, bem como as expressões contidas na Lei nº 177/2010 e Lei Complementar nº 198/2011, dizerem respeito à concessão de revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal, ou seja, Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários, excluídos, portanto, os Vereadores, não cabendo falar, portanto, em “regra da legislatura”, que se aplica somente aos integrantes do Poder Legislativo municipal.

2. A Constituição Federal, ao tratar dos Municípios, no intuito de lhes garantir autonomia enquanto entes federativos, determina, no artigo 29, inciso V: “subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõe os artigos 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I;”.

Mas é também cânone constitucional que - *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.”* (artigo 37, X, da CF).

Note-se que citado dispositivo assegura a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e do subsídio de que trata o § 4º do art. 39 da CR (*‘O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.’*).

### 3. Pois bem.

Dispusessem o artigo 2º da Lei Complementar nº 228/2012 e as Leis nº 177/2010 nº 198/2011, do Município de Tupã, que os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais seriam reajustados, anualmente em índice equivalente à correção monetária, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro da Estatística e Geografia, alvo das metas de inflação no Brasil e, a partir de 30 de junho, estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional como índice oficial da inflação no Brasil, não se detectaria inconstitucionalidade, pois estariam simplesmente procedendo à revisão anual da remuneração de servidores públicos municipais, como autoriza a Constituição da República, no artigo 37, inciso X.

Mas não é o que ocorre, pois os referidos diplomas legislativos determinam que a atualização e revisão dos subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais se façam pelos mesmos índices aplicados aos servidores municipais.

Ora, e se os servidores públicos municipais vieram a ter reajustada a remuneração não apenas em acordo com a corrosão do poder de compra da moeda, isto é, pelo IPCA, mas em função de outro percentual? Ou seja, se não houver meramente uma atualização monetária, mas aumento real da remuneração? Os subsídios do Prefeito e do Vice Prefeito e dos Secretários Municipais, então, estariam sendo majorados exatamente na mesma proporção do aumento da remuneração dos demais servidores, em vedada equiparação ou vinculação de remuneração, conforme disposto no artigo 37, XIII, da Constituição Federal, e artigo 115, XV, da Constituição do Estado.

Uma coisa é o reajuste anual de subsídios de conformidade com o índice inflacionário, consubstanciando permitida revisão anual, bem outra é a determinação de que o reajuste dos subsídios siga sempre o mesmo percentual de aumento do funcionalismo em geral.

Os dispositivos legais, ao vincularem a alteração dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais às propostas de refixação dos vencimentos dos servidores públicos municipais em geral afrontaram o inciso XIII do artigo 37 e o inciso VIII do artigo 49 da Constituição Federal - como, dessa forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 3.491/RS, relator Ministro Carlos Britto, Pleno, julgamento em 27/09/2006- e, por consequência, o artigo 144 da Constituição do Estado.

*Mutatis mutandis*, foi o que decidiu este Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0091451-58.2013. 8.26.0000, da qual fui relator, em acórdão que contém a seguinte ementa: “*Arguição de inconstitucionalidade - Artigos de leis municipais que fixam os valores dos subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, estabelecendo que deverão ser os mesmos atualizados e revistos anualmente na mesma data e índices aplicados aos servidores municipais - Dispusessem referidos dispositivos que mencionados reajustes se verificariam, anualmente, em índice equivalente à correção monetária, não haveria inconstitucionalidade, pois se estaria simplesmente procedendo à revisão anual da remuneração de servidores públicos municipais, como autoriza a Constituição da República, no artigo 37, X Inconstitucionais, todavia, são eles, pois a determinação de que o reajuste dos subsídios siga sempre o mesmo percentual de aumento do funcionalismo em geral viola a regra de vedação de equiparação ou vinculação de remuneração, e, ainda, no tocante aos Vereadores, a de proibição de que assim se faça na mesma legislatura, de acordo, respectivamente, com os artigos 37, XIII, da Constituição Federal, e artigo 115, XV, da Constituição do Estado, e o artigo 29, VI, da Constituição da República. Arguição julgada procedente*”.

4. Pelas razões expostas, meu voto acompanha o do Relator para declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 228/2012, assim como, por arrastamento, as expressões “agentes políticos de

detentores de cargos eletivos do Poder Executivo” e “agentes políticos do Poder Executivo”, contidas na Lei nº 177/2010 e na Lei Complementar nº 198/2011, respectivamente, do Município de Tupã.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0047615-35.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RINCÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RINCÃO. **(Voto nº 17.340 – Órgão Especial)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ESDRAS IGINO DA SILVA.”, de conformidade com o voto do (a) Relator (a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Arts. 1º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º e 6º, da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão que dispõem sobre o direito à complementação dos proventos de aposentadoria e de pensão aos servidores públicos municipais inativos e pensionistas - Autonomia legislativa e auto-organização que devem ser**

exercidas pelo ente público local em consonância com as regras e princípios das Leis Maiores, na forma dos arts. 29 da CF e 144 da CE - Comando legal questionado que, conquanto discipline questão atinente a direitos e deveres dos servidores municipais, matéria administrativa de interesse local, deixou de observar o preceito do art. 218 da Constituição Estadual, aplicável aos entes públicos municipais por força da regra contida no art. 144 da mesma Carta - Disposição constitucional estadual que impõe a observância dos princípios previstos nos arts. 194 e 195 da Constituição Federal para instituição de benefícios da seguridade social - Ato normativo municipal questionado, no entanto, que instituiu vantagem aos inativos e pensionistas, sem a indicação da respectiva fonte de custeio e sem observar, a partir da vigência das Emendas Constitucionais n<sup>o</sup>s 03/93 e 20/98, o caráter contributivo da previdência social - Inobservância dessas regras basilares, que acabou por implicar na alardeada inconstitucionalidade das disposições legais municipais impugnadas nos autos - Precedentes desta Corte - Grande parte dos beneficiados com a disposição legal questionada, contudo, que obtiveram suas complementações de pensões e aposentadorias antes da vigência das aludidas Emendas Constitucionais e, até mesmo, antes da promulgação da CF/88 - Presença, destarte, de relevante interesse social na espécie, que recomenda atribuição de eficácia ex nunc à presente declaração de inconstitucionalidade, para que passe a produzir efeitos a partir da concessão da medida liminar nestes autos, por aplicação da regra contida no art. 27 da Lei Federal n<sup>o</sup> 9868/99 - Providência que preserva a situação jurídica de todos os servidores aposentados e pensionistas que tenham obtido ou requerido seus benefícios até aquela data Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação dos efeitos.

## VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-

Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 6º, da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão, que dispõem sobre o direito à complementação dos proventos de aposentadoria e de pensão aos servidores públicos municipais inativos e pensionistas.

Alega o autor, em essência, que: as disposições legais impugnadas são incompatíveis com os preceitos dos arts. 111, 128, 144 e, especialmente, 218 da Constituição Estadual, pois outorgam a complementação de benefícios previdenciários a despeito da inexistência de fonte de custeio, sendo paga exclusiva e integralmente por recursos oriundos do erário; os servidores beneficiários não gozam de direito à integralidade ou paridade de seus proventos ou pensões com a remuneração do pessoal ativo, razão pela qual falece interesse público e razoabilidade na instituição da vantagem; ademais, tratando-se de servidores celetista e seus pensionistas, por força do art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 1.886/12, estão sujeitos ao regime geral de previdência social, que não contempla qualquer providência semelhante; o art. 201, § 5º, da Constituição Federal nem sequer admite a participação em dois regimes previdenciários distintos, assentando a jurisprudência do Pretório Excelso que descabe a instituição de complementação de aposentadoria em favor de servidor público do regime celetista.

Deferida a medida liminar postulada, com efeitos *ex nunc*, para suspender a vigência e eficácia das normas questionadas nos autos (v. fls. 15/17), a Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 34), afirmando seu desinteresse em realizar a defesa da lei (v. fls. 36/37).

O Presidente da Câmara e o Prefeito do Município de Rincão prestaram as informações requisitadas, defendendo a constitucionalidade da legislação impugnada ou, ao menos, a modulação dos efeitos de eventual declaração de sua inconstitucionalidade (v. fls. 39/42, 44/79).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou “pela procedência da ação, atribuindo efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em relação aos benefícios implantados até a concessão da liminar” (v. fls. 85/93).

É o relatório.

A ação merece acolhida.

Os dispositivos da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão, impugnados nos autos, preconizam, *in verbis*:

“Artigo 1º - Fica assegurado aos servidores municipais inativos a revisão e complementação de proventos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade sendo estendida aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

Parágrafo 1º- A complementação será calculada na proporção

ao tempo de serviço prestado ao Município e sobre a remuneração paga pela Previdência Social Nacional e mediante o comprovante de pagamento desta pelos interessados.

Parágrafo 2º - A complementação máxima paga pelo Município não poderá ultrapassar o teto limite de seis salários mínimos vigentes à época do pagamento.

(...)

Artigo 4º - A viúva ou o dependente do servidor falecido terá a sua pensão revista e calculada, na mesma data, de acordo com o provento, salário ou vencimento percebido pelo mesmo servidor, e acompanhará as revisões e atualizações de remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo 1º - A viúva ou dependente de servidor aposentado proporcionalmente ao tempo de serviço terá a sua pensão calculada sobre o mesmo provento proporcional e acompanhará as revisões e atualizações de remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo 2º - A viúva e dependentes farão jus ao benefício de revisão e complementação da pensão até quando perdurar as suas respectivas condições.

(...)

Artigo 6º - A complementação desta Lei será devida aos aposentados, viúva e dependentes que já venham percebendo a respectiva aposentadoria ou pensão, porém será devida apenas a partir da vigência desta Lei”.

Antes da edição dessa legislação, esse mesmo tema já era parcialmente disciplinado na Lei Municipal nº 553, de 31 de março de 1978, com a seguinte redação:

“Artigo 1º - Os servidores estatutários municipais, que se aposentarem através do Instituto Nacional de Previdência Social, e, que não receberem vencimentos ou remuneração idênticos àquelas que receberiam de acordo com os termos do Estatuto dos funcionários municipais, farão jus à complementação de aposentadoria, desde que não sejam optantes pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Artigo 2º - A referida complementação será de valor idêntico à diferença da aposentadoria não paga pelo I.N.P.S. e, reajustável na mesma proporção e de acordo com o reajuste concedido aos servidores da ativa.

Artigo 3º - A complementação será paga mensalmente pela Prefeitura Municipal, através de verba própria constante do orçamento vigente.

Artigo 4º - O servidor municipal aposentado pelo I.N.P.S. receberá esta complementação a partir da data da exibição e conferência do respectivo documento fornecido pelo Instituto.

Artigo 5º - A presente Lei entrará em vigor na data de sua

publicação”.

E como bem realçado pelo autor, “apesar de a Lei nº 553/78 ter sido revogada expressamente pela Lei Complementar nº 1.886, de 6 de junho de 2012 (fls. 144/153), em verdade ela não tinha sido recepcionada pela Constituição da República de 1988 em razão de seu contraste com o art. 195, § 5º” (v. fls. 6).

Pois bem.

É certo que a Constituição Federal de 1988 ampliou a autonomia dos entes municipais nos aspectos político, administrativo e financeiro, outorgando-lhes o poder de se auto-organizarem, conferindo-lhes, à evidência, especial direito à edição de normas relativas ao regime jurídico e previdenciário de seus servidores.

O artigo 144 da Carta Paulista, no entanto, praticamente repetindo os termos do artigo 29 da Constituição da República, dispõe textualmente que:

“Art. 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Bem de ver, então, que a competência outorgada aos entes municipais para editarem leis e diretrizes relativas à organização administrativa, financeira e demais matérias de interesse local não é irrestrita, estando os limites e contornos dessa legislação previamente definidos nos preceitos e princípios estabelecidos na Carta Magna e na Constituição do respectivo Estado-membro.

Neste sentido, já deixou assentado o Colendo Supremo Tribunal Federal que:

“A competência do Município para organizar seu quadro de pessoal é consectária da autonomia administrativa de que dispõe. Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, bem como aos preceitos das leis de caráter complementar, pode o Município elaborar o estatuto de seus servidores, segundo as conveniências e peculiaridades locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais no que tange ao regime de trabalho e de remuneração, e somente será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente. Todavia, embora em razão da autonomia constitucional as entidades estatais sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República, porque normas gerais de observância obrigatória pela federação” (v. RE nº 120.133/MG, 2ª Turma, relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, j.

27/09/1996, DJU 29/11/1996).

A propósito, também já decidiu este Colendo Órgão Especial que: “Não obstante a autonomia conferida aos Municípios (art. 30, da CF e 144, da CE), sua atuação legislativa não pode ser desarmoniosa e diametralmente contrária às leis maiores” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9055459-53.2008.8.26.0000, relator Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, j. 7/10/2009).

No caso vertente, os dispositivos da legislação municipal objurgados nos autos reafirmaram o direito dos servidores à percepção da complementação de aposentadoria, previsto na citada Lei Municipal no 553/78, e estenderam a vantagem aos pensionistas, garantindo-lhes, ainda, o direito à paridade de remuneração com os servidores em atividade, mediante a revisão de seus benefícios na mesma proporção e data destes.

Não obstante, o art. 218 da Constituição do Estado de São Paulo prevê expressamente que:

“Art. 218. O Estado garantirá, em seu território, o planejamento e desenvolvimento de ações que viabilizem, no âmbito de sua competência, os princípios de seguridade social previstos nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal”.

Tal disposição ostenta a condição de princípio constitucional, sendo, como tal, de observância obrigatória por todos os entes municipais, na edição de leis de organização do funcionalismo, conforme assinalado precedentemente.

Bem de ver, porém, que o art. 195 da Constituição Federal, ao qual esse dispositivo constitucional paulista faz remissão, especialmente em seu inciso II e § 5º, já desde a sua redação original, prescreve que:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

II - dos trabalhadores:

(...)

§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

A Lei nº 1.052/1992, do Município de Rincão, no entanto, estabeleceu benefício de natureza previdenciária aos servidores inativos e pensionistas municipais, sem que, a qualquer tempo, tivesse cuidado de apontar a fonte de custeio das vantagens que instituiu.

Ora, em consonância com o princípio contido no art. 194, parágrafo

único, inciso VI, da Constituição Federal, o subsequente art. 195 definiu que “a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”, estabelecendo as diversas fontes de custeio de benefícios e serviços desse sistema, a partir de recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais do empregador, empresas e entidades equiparadas, do trabalhador, da receita de prognósticos e do importador de bens ou serviços do Exterior.

Releva notar, no entanto, que a legislação municipal aqui atacada não cuidou de apontar qual dessas fontes prestar-se-ia a financiar o benefício nela previsto, nem sequer de forma genérica; ou seja, a *contrario sensu*, restou definido que os cofres municipais suportariam o custeio integral e exclusivo das complementações de aposentadorias e pensões previstas no ato normativo local em causa, em manifesta desconsideração dos preceitos constitucionais aludidos precedentemente.

De outra banda, a partir da edição das Emendas Constitucionais n° 03, de 17 de março de 1993, e n° 20, de 15 de dezembro de 1998, o sistema de previdência social dos servidores públicos concebido na Carta Magna de 1988 foi substancialmente modificado; com a EC n° 03/93, o § 6º, do artigo 40, passou a dispor que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei; a partir da EC n° 20/98, o custeio da previdência pelos servidores públicos tomou-se regra obrigatória, a todos imposta; o regime peculiar destes passou então a ser de caráter contributivo e solidário, devendo observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial dos benefícios (CF, arts. 40 e 201); adotou-se, portanto, a prévia contribuição do servidor como requisito essencial para a concessão de qualquer benefício da Seguridade Social, o que, claramente, não foi observado na hipótese em causa, na qual não houve qualquer participação dos instituidores ou pensionistas para o custeio da complementação instituída na legislação municipal impugnada.

Outra questão que igualmente merece destaque é o fato da exposição de motivos da Lei Municipal n° 1.052/1992, do Município de Rincão, expressamente afirmar que “o projeto em pauta tem por objetivo conceder aos servidores municipais inativos e pensionistas, regidos pelo regime da CLT, as mesmas vantagens atualmente concedidas aos funcionários municipais, inativos e pensionistas regidos pelo Estatuto Municipal” (g.n.) (v. fls. 93 dos autos em apenso).

Nessa linha de raciocínio, porém, bem destacou o autor que já se pacificou no Colendo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que descabe conceder complementação de aposentadoria a servidores que se submetiam, na ativa, ao regime da CLT, haja vista que a estes “são inaplicáveis os arts. 40, III, ‘a’, e § 5º da Constituição, cuja disciplina se refere apenas aos servidores públicos” (v. RE

nº 197793/RS, 1ª Turma, relator Ministro MOREIRA ALVES, j. 13/03/2001, DJU 18/05/2001). No mesmo sentido, também, dentre outros: AgR no RE nº 370.423/RS, 2ª Turma, relator Ministro EROS GRAU, j. 16/05/2006, DJU 23/06/2006; e, AgR no RE nº 218.999/SP, 1ª Turma, relator Ministro ILMAR GALVÃO, J. 27/06/2000, DJU 20/10/2000.

Não bastassem os vícios de inconstitucionalidade anteriormente apontados em relação ao ato normativo municipal atacado na presente ação, ainda realçou corretamente o autor na exordial que “se os servidores beneficiários não gozam de direito à integralidade ou paridade de seus proventos com a remuneração do pessoal ativo, assim como os pensionistas, falece interesse público e razoabilidade na instituição da complementação desses benefícios previdenciários” (v. fls. 08).

Na verdade, a inconstitucionalidade das disposições legais municipais questionadas nos autos restou bem delimitada no parecer da douta Procuradoria de Justiça, ao destacar, precisamente, que:

“Os preceitos normativos impugnados contrastam com o art. 195, § 5º, da Constituição Federal, incorporado pelo art. 218 da Constituição Estadual, impositivo do caráter contributivo da previdência social.

Esse preceito é norma remissiva que incorpora à Constituição do Estado os princípios da seguridade social contidos na Constituição da República, entre eles o caráter contributivo e a impossibilidade de criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio social, previstos no art. 195, 11, § 5º, da Constituição Federal.

O art. 218 da Constituição Estadual é norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal, como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rei 10.406-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010), pelo contraste das normas locais com o art. 218 da Constituição Estadual e aos dispositivos da Constituição Federal nele referidos.

Não vingam a alegação de suporte das despesas nela previstas por conta de dotações orçamentárias. Com efeito, ela não resiste ao citado art. 195, II, § 5º, da Constituição da República, remetido pelo art. 218 da Constituição do Estado, que veda a cobertura do benefício previdenciário exclusivamente pelo erário.

Por isso, não basta à lei impugnada prever dotações orçamentárias do erário para atendimento da complementação de proventos e pensões, uma vez que se exige também o financiamento por recursos oriundos dos empregados públicos, já que diferentemente dos servidores públicos não são aquinhoados com a paridade e a integralidade” (v. fls. 87/88).

Nesse contexto, fica claro que os arts. 1º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 6º, da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão, desconsideraram realmente as disposições dos arts. 144 e 218, da Constituição do Estado de São Paulo, evidenciando o vício de inconstitucionalidade aduzido na exordial da ação.

Este, por sinal, o entendimento firmado em inúmeros precedentes deste Órgão Especial, lançados em casos análogos ao dos autos:

“Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 685, de 03.06.92 e Decreto 816, de 09.06.92, do Município de Santa Lúcia - Instituição de benefício previdenciário de complementação de aposentadoria para ex-servidores públicos municipais e pensionistas, sem a correspondente fonte de custeio - Afronta ao artigo 195, § 5º, da Constituição Federal e artigos 128, 111, 218 e 144 da Constituição Estadual - Precedentes deste Colendo Órgão Especial - Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei e decreto impugnados, modulados os seus efeitos (efeito *ex tunc*, excluída a incorporação ou apostilamento, ressalvados os direitos patrimoniais auferidos, não ressarcíveis diante da boa-fé dos beneficiados)” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0039795-62.2013.8.26.0000, relator Desembargador ENIO ZULIANI, j. 12/06/2013);

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 351, de 22 de julho de 1997 e Lei nº 500, de 06 de dezembro de 1999, do Município de Alumínio, que dispõem sobre concessão de complementação de aposentadoria e de pensão por morte de servidores públicos - Ausência de indicação da fonte de custeio - Inconstitucionalidade reconhecida - Ação procedente” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0186864-35.2012.8.26.0000, relator Desembargador CAUDURO PADIN, j. 8/05/2013);

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal nº 6.673 de 2007, de Araraquara, que cria complementação de proventos de aposentadoria e pensões - Ausência de fonte de custeio - Inadmissibilidade - Ofensa aos 111, 128, 218 da Constituição Bandeirante - Modulação de efeitos - Princípios da boa-fé e do interesse público – Verbas de caráter alimentar - Inconstitucionalidade declarada, com efeitos *ex nunc*” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0179980-87.2012.8.26.0000, relator Desembargador XAVIER DE AQUINO, j. 8/05/2013).

Em suma, restou mesmo evidenciada a alardeada inconstitucionalidade da legislação municipal impugnada nos autos.

Tem lugar, no entanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo questionado, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A propósito, anotam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, precisamente, que:

“... a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão. prevista no artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99, qualifica-se como exceção ao princípio da nulidade da lei inconstitucional - segundo o qual a exclusão do ato normativo contrário à Constituição do cenário jurídico deve retroagir até a data de sua entrada em vigor-, e, em razão disso, demanda, para sua correta aplicação, além da observância dos pressupostos legalmente exigidos (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), um juízo de ponderação, à luz do postulado da proporcionalidade, entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade” (v. “Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999”, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27).

No caso vertente, a medida liminar deferida nos autos para suspender a vigência e eficácia dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 6º, da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão, destacou, claramente, que:

“... a legislação municipal impugnada vigora já há mais de vinte anos, existindo, possivelmente, inúmeros servidores e pensionistas que percebem seus benefícios previdenciários com fundamento no dispositivo legal em tela, cujas situações encontram-se consolidadas pelo decurso do tempo” (v. fls. 16).

Diante disso, determinou-se que nenhum outro benefício fosse concedido com fundamento no dispositivo legal impugnado a contar da concessão daquele provimento antecipatório, preservando os benefícios concedidos a servidores inativos e pensionistas ao longo de todo o tempo de vigência da legislação municipal.

E, a esta altura, essa solução merece subsistir.

Como bem pondera a própria Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 88:

“Em face do requerimento de modulação de efeitos, tenho como razoável, na espécie, a eficácia da pronúncia da inconstitucionalidade a partir da concessão da liminar, assegurando a complementação de proventos e pensões deferidos até esse marco temporal, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Observo, no ponto, que não há como vislumbrar-se irreduzibilidade de vencimentos em benefício inconstitucionalmente implantado.

Há, nos autos, relação de beneficiários (fl. 81), sendo razoável o acolhimento desse pedido para manutenção dos benefícios anteriormente deferidos e os requerimentos apresentados até a concessão da liminar, em homenagem à boa-fé e à confiança legítima - valores constitucionalmente assegurados.

A procedência da ação sem a ressalva inculcada produziria efeitos nocivos a terceiros, como, por exemplo, a restituição de valores recebidos, apesar do impedimento oposto a esse resultado pelo caráter alimentar do benefício.

E é justamente por esse predicado que se aparenta conforme o ordenamento jurídico consentir àqueles que gozam a aposentadoria planejada, segundo regras unilateralmente estabelecidas, a manutenção do benefício já adquirido.” (v. fls. 88/89).

Realmente, como se pode inferir da lista de beneficiários acostada aos autos pela Municipalidade de Rincão (v. fls. 81), apenas quatro servidores ou pensionistas passaram a perceber suas complementações previstas na Lei Municipal nº 1.052/1992 depois da vigência da Emenda Constitucional no 20/1998; todos os demais (vinte e um) obtiveram seus benefícios antes da edição dessa Emenda, dentre os quais, cinco deles já gozavam desse direito antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988; assim, a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da legislação objurgada, a partir de sua edição, certamente acabaria por atingir a esfera jurídica de parte dos beneficiários de forma indevida.

Deve-se, então, reconhecer a presença de excepcional interesse social na espécie, de molde a recomendar que a declaração de inconstitucionalidade da legislação municipal ora atacada tenha eficácia *ex nunc*, a partir a concessão da medida liminar nestes autos, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados e pensionistas que tenham obtido ou requerido seus benefícios até aquela data.

Aliás, tal providência também foi expressamente requerida pela Presidência da Câmara (v. fls. 41/42) e pelo Prefeito do Município de Rincão (v. fls. 49/79).

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, 4º, §§ 1º e 2º, e 6º, da Lei nº 1.052, de 26 de novembro de 1992, do Município de Rincão, com a modulação dos efeitos dessa declaração.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0074653-22.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE VALINHOS: **(Voto nº OE 0216)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

GRAVA BRAZIL, Relator

**Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade - Art. 17, da Lei n. 4.186, de 10/10/07, do Município de Valinhos - Ordenação do uso e ocupação do solo - Estabelecimento de locais prioritários para instalação de Estações Rádio-Base - Matéria que não adentra na competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, da CF), tampouco que interfere na competência da União de explorar aludidos serviços (art. 21, XI e XII. a, da CF) - Regulamentação municipal que possui estrita finalidade de dispor sobre o uso e ocupação do solo no território municipal, nos termos do art. 30, VIII, da CF - Presença de peculiar interesse do Município - Inconstitucionalidade formal não caracterizada - Ação improcedente.**

## VOTO

### I - Relatório

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, movida pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 17, da Lei n. 4.186, de 10/10/07, do Município de Valinhos, que “Dispõe sobre a ordenação do uso e ocupação do solo no Município e dá outras providências”, dispositivo que traz a seguinte redação:

“Art. 17. Para a implantação de Estações Rádio-Base, E.R.Bs., os logradouros analisados deverão priorizar a disponibilidade de áreas existentes próximo ao local necessário, na seguinte ordem:

I. Compartilhamento de ERB existente;

II. Áreas públicas, com recursos privados destinados ao fundo de urbanização ou execução de obra de interesse público;

III. Não existindo outra possibilidade, poderá ser ace a instalação em imóvel particular, a critério do Poder Público municipal, obedecendo legislação específica.”

Sustenta o requerente, em síntese, a inconstitucionalidade do referido artigo, em razão da violação à repartição de competência dos entes federativos, haja vista que, nos termos dos arts. 21, incs. XI e XII, “a”, e 22, inc. IV, ambos da CF, compete privativamente à União legislar sobre serviços de telecomunicações e radiodifusão, bem explorar aludidos serviços. Com esse enfoque, pede liminar, para suspender a aplicabilidade da lei que acredita inquinada de inconstitucionalidade.

Por decisão do Relator, a liminar foi indeferida (fls. 15).

O Prefeito Municipal de Valinhos prestou informações (fls. 31/43), ocasião em que pugnou pela intimação da Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL, bem como dos permissionários de espaços públicos municipais para se manifestarem nos autos, dada a relevância da matéria. Noticiou que a iniciativa sobre a questão jurisdicionalizada deve-se à atuação do Promotor de Justiça de Valinhos, que entendeu que a instalação de Estações de RádioBase em áreas de lazer ou áreas verdes caracterizaria verdadeiro atentado à ordem urbanística, ressaltando que tal matéria não foi aventada na exordial. Assevera que, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, movida perante o Tribunal de Justiça, a Constituição Estadual é parâmetro exclusivo de confronto, de modo que a lei municipal não ofende os arts. 1º e 144, da Constituição Bandeirante. No mais, defende a ausência de inconstitucionalidade.

A Câmara Municipal de Valinhos prestou informações (fls. 334/346).

A D. Procuradoria-Geral do Estado declinou da defesa da indigitada lei (fls. 28/29).

A E. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 324/332).

É o relatório do necessário.

## **II - Fundamentação.**

Por primeiro, afasta-se o pedido de intimação da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, bem como dos permissionários de espaço público municipal para manifestação na demanda, pois, em que pese a intenção de enriquecimento do debate, a hipótese de participação de terceiros no processo

objetivo de constitucionalidade é reduzida ao deferimento da manifestação de órgãos e entidades na qualidade de *amicus curiae*, o que, entretanto, não se vislumbra nos autos.

Quanto à questão de fundo, o autor busca o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo legal de lei municipal, ao fundamento central de que houve violação à repartição constitucional de competência, uma vez que o Município teria se imiscuído em matéria de atuação exclusiva da União.

Pontue-se, inicialmente, a possibilidade de se aferir se lei municipal afronta a repartição de competência legislativa privativa à União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, da CF<sup>1</sup>), tampouco que lhe foi atribuída a competência para exploração dos mencionados serviços (art. 21, XI e XII, a, da CF<sup>2</sup>).

No entanto, o dispositivo impugnado está inserido na Lei Municipal n. 4.186, de 10/10/07, que dispõe sobre a ordenação do uso e ocupação do solo no Município de Valinhos, e cuida da previsão de áreas prioritárias para implantação de Estações Rádio-Base no território municipal.

Ao disciplinar a ordem de preferência dos locais para a instalação da infra-estrutura para radiodifusão e telecomunicação, a lei não interfere direta ou indiretamente na prestação dos serviços, tampouco busca conferir tratamento legal para tais matérias.

Extrai-se de sua leitura, que o comando emitido pelo ato normativo atacado possui estrita finalidade de dispor sobre o uso e ocupação do solo no território municipal, sendo que não cuida de regras atinentes a serviços de telecomunicações ou serviços de radiodifusão, estes sim de competência exclusiva da União.

Repise-se que o Município não está invadindo a competência da União porque a ele assiste o direito de regular sobre o uso e ocupação do solo, em atenção ao art. 30, VIII, da Constituição Federal, aplicável por força do art. 144, da Constituição Estadual.

Ademais, estabelecer critérios para identificar o local de melhor viabilidade para instalação de Estações Rádio-Base no Município constitui matéria de peculiar interesse municipal, sobre o qual é possível o tratamento legislativo.

1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
... IV águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”

2 “Art. 21 -Compete a União:  
... XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;  
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:  
a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens”



Vale ressaltar que leis federais salientam a necessidade de observância do disposto em leis municipais por parte daqueles que venham a prestar e explorar os serviços de telecomunicação e de radiodifusão.

Nesse sentido, ainda que não cuidem especificamente do local para instalação das Estações Rádio Base, confira-se o art. 74, da Lei Geral das Comunicações (Lei n. 9.472/97<sup>3</sup>), bem como o art. 28, do Decreto n. 2.056/96 (Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Celular<sup>4</sup>).

De outro lado, não passa despercebido que o procedimento que gerou a representação à Procuradoria Geral, para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, apontava, em síntese, que o Município, ao permitir a instalação de ERB em áreas públicas, que consistiam em área verde ou em área de lazer, estaria violando direitos constitucionais.

No entanto, é certo que a previsão legal geral e abstrata de possibilidade de se utilizar áreas públicas para a implantação de Estações Rádio-Base, por si só, não implica em qualquer inconstitucionalidade, mesmo porque a instalação da infraestrutura passa pelo crivo dos órgãos ambientais competentes, como se verifica a fls. 99/100 e 215, dos autos apensos.

Nada obsta, entretanto, caso se verifique pontual ofensa ao meio ambiente ou a outros direitos de natureza difusa ou coletiva, o competente órgão do Ministério Público não está impedido de adotar as providências cabíveis para a tutela transindividual.

Concluindo, por não vislumbrar vício hábil a inquinar a higidez do diploma legislativo municipal, o pedido de declaração de inconstitucionalidade não comporta acolhimento.

### **III - Dispositivo.**

Ante ao exposto, por meu voto, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

---

3 Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

4 Art. 28. A instalação dos equipamentos e demais componentes da rede do Serviço Móvel Celular requer a elaboração, por profissional habilitado, de projeto de instalação compatível com as normas pertinentes baixadas pelo Ministério das Comunicações, e demais condições previstas no edital e no contrato de concessão, devendo permanecer sob a posse da concessionária, que deverá tomá-lo disponível, a qualquer tempo, ao Ministério das Comunicações.

Parágrafo único. A instalação do sistema, com as correspondentes edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos, ficará condicionada ao cumprimento pela concessionária das posturas municipais e outras exigências legais pertinentes a cada local.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade 0017102-84.2013.8.26.0000 e Agravo Regimental nº 0017102-84.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é autor/agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ALUMÍNIO, e réu/agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ALUMÍNIO (**Voto nº 23.070 – Órgão Especial**).

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR, PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. JOSÉ AUGUSTO PINTO DO AMARAL.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

ANTONIO LUIZ PIRES NETO, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 01/2011, do município de Alumínio, que dispõe sobre a implantação do plano de cargos, salários e carreira dos profissionais da área de educação daquele município. Ação apoiada em três fundamentos principais: (I) falta de dotação orçamentária suficiente para suportar o impacto financeiro (considerando a imprecisão do demonstrativo de impacto orçamentário anexado à lei), (II) ofensa ao princípio da isonomia e (III) queda de receita e aumento das despesas com pessoal (acima do limite permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal).**

**Exame da lei impugnada, entretanto, que em**

razão dos fundamentos expostos - depende de prévia análise sobre a alegada impropriedade do demonstrativo de impacto financeiro e sobre a “geração de despesas públicas ao arrepio da lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 05/08), o que, por si só, afasta a possibilidade do controle concentrado. A ação direta de inconstitucionalidade, enquanto instrumento de controle normativo abstrato, exercido mediante processo objetivo, não se presta ao exame de circunstâncias fáticas e nem sobre eventual violação de normas infraconstitucionais. Precedentes do STF. *“O Supremo Tribunal Federal tem orientação assentada no sentido da impossibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de lei quando para o deslinde da questão se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais ou de matéria de fato”* (ADI ADI 1286/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/02/1996). Reconhecida, nessa parte, a inadequação da via eleita.

O Supremo Tribunal Federal também já consolidou entendimento no sentido de que “a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação” (ADIN 3.599-1, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/05/2007), constando, dessa mesma decisão ainda, que a concessão de determinadas vantagens a um grupo determinado de funcionários públicos não implica necessariamente, em ofensa ao princípio da isonomia. Inexistência de vícios de inconstitucionalidade. **AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, prejudicado o Agravo Regimental.**

## VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Sr. PREFEITO DO MUNICIPIO DE ALUMINIO, com pedido de liminar, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal no 01/2011, que dispõe sobre a implantação do plano de cargos, salários e carreira dos profissionais da área de educação daquele município. Em resumo, o autor alega que (I) a lei impugnada “criou despesas de caráter continuado sem dotação orçamentária suficiente para suportar o impacto financeiro para o

período de 2010/2013, causando desequilíbrio financeiro ao município”; (II) que o demonstrativo de impacto orçamentário-financeiro que serviu de base à edição da lei impugnada (para atender ao que vem disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal) contém valores genéricos e imprecisos, que estão distantes da realidade financeira do Município, tratando-se, portanto, de documento fictício; (III) que “merece relevo a queda constante da receita municipal, acarretando déficit tanto orçamentário como financeiro, proveniente da variação negativa do índice de participação dos municípios, gerado pelo valor adicionado decrescente de uma forma acentuada, projetando para o ano de 2013, uma variação negativa de 38,08% sobre o exercício de 2012” (fl. 04); (IV) que com essa variação negativa no crescimento da receita, o cumprimento dos parâmetros relativos às despesas com pessoal, previstos pela Lei 101/2000, ficaram prejudicados a partir da lei impugnada, daí porque alega ter ocorrido violação às disposições do art. 169, parágrafo único, e art. 176, inciso II, ambos da Constituição Paulista, além de ofensa ao princípio da isonomia, considerando que as vantagens - destinadas a uma determinada categoria de servidores.

Inicialmente o pedido de liminar foi indeferido (fls. 46/48), mas, posteriormente, houve reconsideração dessa decisão, com concessão da liminar “*para suspender a eficácia da Lei Complementar nº 01/2011*” (fls. 72/73), mantida esse último posicionamento pela decisão de fl. 108, daí porque a Câmara Municipal interpôs Agravo Regimental a fls. 190/202.

A Câmara Municipal de Alumínio prestou informações a fls. 113/123.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 54/55) e apresentou manifestação a fls. 110/111, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, representada pelo Dr. Sérgio Turra Sobrane, optou pela improcedência da ação (fls. 264/ 270).

O SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE ALUMINIO requereu sua admissão nos autos como “*amicus curiae*”, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fls. 272/293), o que foi deferido a fl. 437.

É o relatório.

A lei acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fls. 15/23, redigida da seguinte forma:

### *CAPÍTULO I*

#### *DISPOSIÇÕES PRELIMINARES.*

*Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece o Plano de Salários dos Profissionais da Área de Educação em consonância com os princípios da Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, da Lei Municipal 711,*

*de 13 de dezembro de 2002 e demais legislações correlatas.*

*Parágrafo único. Não poderá ser fixado vencimento inicial da carreira dos Profissionais da Área de Educação, valor inferior ao piso salarial profissional nacional.*

*Art. 2º. O regime jurídico dos Profissionais da Área de Educação é o mesmo dos demais servidores do Município, observadas as disposições específicas desta Lei.*

## **CAPÍTULO II**

### **DA PROGRESSÃO FUNCIONAL E EVOLUÇÃO SALARIAL.**

*Art. 3º. A carreira do integrante dos Profissionais da Área de Educação Municipal far-se-á através de Progressão Funcional e Evolução Salarial.*

*§ 1º. A Progressão Funcional e evolução salarial dos Profissionais da Área de Educação Municipal dar-se-á com observância dos critérios mencionados nesta Lei Complementar, assiduidade e avaliação de desempenho e através de títulos, respectivamente, constante do Anexo I, II e art. 4º do Capítulo III, desta Lei.*

*§ 2º. A cada obtenção e apresentação de títulos e cumprindo a carga horária para seu aperfeiçoamento, o servidor perceberá adicionais de acordo com o estipulado nesta Lei Complementar.*

*§ 3º. Os vencimentos dos Servidores, com os adicionais previstos para progressão funcional e evolução salarial nesta Lei Complementar ficam limitados em, no máximo, ao valor estipulado para a referência do cargo de Diretor de Departamento da Prefeitura Municipal de Alumínio.*

*§ 4º. Não farão jus à progressão funcional e evolução salarial os Profissionais da Área de Educação que estiverem afastados junto a órgãos da Administração exercendo atividades não correlatas ou não inerentes ao magistério, e ou exercendo cargos de provimento em comissão ou função gratificada na área da educação, salvo o disposto no art. 26, desta Lei Complementar.*

## **CAPÍTULO III**

### **DA EVOLUÇÃO SALARIAL POR TÍTULOS**

*Art. 4º. A evolução salarial por títulos dos Profissionais da Área de Educação tem por objetivo reconhecer a formação acadêmica do profissional, no respectivo campo de atuação, como um dos fatores relevantes para a melhoria da qualidade de seu trabalho e se dará pelo acréscimo de percentuais ao seu salário-base, na forma estipulada neste artigo e mediante apresentação dos documentos de escolaridade aqui referidos, devidamente registrados e expedidos por entidades educacionais reconhecidas.*

§ 1º. Não será concedida a evolução salarial ao título considerado requisito para o acesso ao emprego, caso em que, se reconhecerá a segunda graduação, desde que na área da Educação.

§ 2º. A porcentagem específica para a evolução salarial por títulos será definida da seguinte forma:

I - Certificado de Habilitação em Cursos de Licenciatura Plena na área da Educação e/ou habilitação em Curso Normal Superior- 10% (dez por cento) sobre o salário-base;

II - Certificado de conclusão de cursos lato sensu com duração de 360 (trezentas e sessenta) horas na área da Educação- 15% (quinze por cento) sobre o salário-base;

III - Certificado de conclusão de Curso de Pós-graduação stricto sensu, com título de Mestre na área da Educação- 20% (vinte por cento) sobre seu salário-base.

IV- Título de Doutor na área de Educação, com ou sem título de mestre - 20% (vinte por cento) sobre seu salário-base.

V - Cursos de Aprofundamento, Aperfeiçoamento, Especialização ou Cursos de Extensão, terão acréscimos, sobre o salário base, conforme tabela.

§ 3º. Os percentuais aplicados a cada interstício não serão acumulados para fins de evolução de que trata o inciso V.

§ 4º. Caso o número de horas do curso apresentado exceda o necessário solicitado no interstício, o excedente será acrescido para a evolução próxima.

§ 5º. Poderão ser considerados até 3 (três) cursos de especialização, desde que distintos, sendo que o primeiro se enquadra no inciso II e os demais para evolução constante do inciso V.

§ 6º. Os títulos e cursos previstos nos incisos I, II, III, IV e V deste artigo, serão para efeito de evolução salarial, considerados apenas uma vez.

§ 7º. Os títulos poderão ser datados de qualquer período.

§ 8º. A cada interstício, constante do inciso V, será considerado o período de 4 (quatro anos, sendo que o profissional poderá solicitar no mês de vencimento de seu interstício requerimento com documentação comprobatória ao Departamento de Educação sendo decidido no prazo de 60 (sessenta) dias, fazendo jus aos adicionais a partir da data de aprovação.

Art. 5º. Os servidores ocupantes de dois empregos permanentes na área de Educação Municipal terão seus certificados e títulos considerados nos dois empregos.

*Parágrafo único. Os cursos constantes do inciso V, serão aceitos uma única vez, especificamente relacionado a cada área de atuação.*

*Art. 6º. Os percentuais referidos no Art. 4º serão computados a partir da estabilização do profissional no cargo, com a aprovação no estágio probatório.*

*Parágrafo único. Decorrido o período do estágio probatório e sendo estabilizado o profissional no cargo, os percentuais poderão ser requeridos pelo interessado a qualquer tempo, mediante requerimento devidamente instruído.*

*Art. 7º. A avaliação dos certificados de capacitação nos cursos de Aprofundamento, Aperfeiçoamento, Especialização ou de Extensão, terá como base o número mínimo de horas exigidas, bem como o programa desenvolvido e se for o caso, a respectiva anotação da avaliação positiva.*

*§ 1º. Não serão aceitos cursos de extensão, cuja carga horária seja inferior a trinta horas, salvo quando desenvolvidos pelo Departamento Municipal de Educação ou de outro Departamento da Administração Pública Municipal, Estadual ou Federal.*

*§ 2º. A avaliação de sua capacitação considerará a frequência e avaliação positiva, se esta existir, nos Cursos de Aprofundamento, Aperfeiçoamento, Especialização ou Cursos de Extensão.*

*Art. 8º. Os efeitos dos acréscimos a título de progressão funcional adquiridos pelos Profissionais da Área de Educação serão mantidos em seu cargo de origem, caso o profissional em virtude de nomeação vier a ocupar emprego em Comissão no Quadro do Magistério Municipal.*

*Art. 9º. O Departamento Municipal de Educação manterá registros individuais e permanentes ao controle e acompanhamento da progressão funcional dos profissionais do Magistério.*

#### *CAPÍTULO IV*

#### *DAPROGRESSÃO FUNCIONAL POR DESEMPENHO E ASSIDUIDADE*

*Art. 10. Para efeitos da progressão funcional por assiduidade e desempenho, a primeira avaliação do Profissional da Área de Educação, compreendem o período de 1º de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2012.*

*Art. 11. A cada interstício de 3 (três) anos, o Profissional da Área de Educação poderá fazer jus ao percentual de 30% (três por cento) sobre seu salário base, a título de progressão funcional por desempenho e assiduidade, respeitado o limite previsto no § 3º do art. 3º, desta Lei Complementar e como estabelecido no Anexo I.*

§ 1º. *A progressão funcional por desempenho e assiduidade tem por objetivo reconhecer o crescimento da qualidade e da produtividade do trabalho do Profissional da Área de educação.*

§ 2º. *Suspende-se a contagem do interstício no caso de afastamento do servidor e quaisquer circunstâncias, desde que com prejuízo dos vencimentos e vantagens funcionais, exceto para o exercício de cargo em comissão do Magistério.*

*Art. 12. A avaliação de desempenho e assiduidade dos Profissionais da Área de Educação será feita por Comissão de Avaliação de Progressão, que será criada por Decreto do Executivo, com composição de 5 (cinco) membros, sendo 2 (dois) titulares e 3 (três) suplentes por meio de eleição pelos profissionais da educação, sendo o presidente indicado pelo Diretor do Departamento Municipal de Educação.*

*Parágrafo único. A Comissão de Avaliação de Progressão exercerá as suas funções pelo prazo de 2 anos, sendo possível uma única recondução, obedecendo aos critérios de sua nomeação.*

*Art. 13. A avaliação pelo desempenho levará em consideração a avaliação feita pelo seu superior imediato, seguindo os critérios descritos na tabela do Anexo II.*

*Parágrafo único. Os pontos somados nos critérios do Anexo II de desempenho seguirá a seguinte tabela:*

.....  
*Art. 14. Para efeito de verificação do desempenho e assiduidade serão computados: desempenho peso 4 (quatro), assiduidade peso 6 (seis).*

*Parágrafo único. O profissional deverá obter o mínimo de 7 (sete) pontos igual a soma do desempenho e assiduidade para obter a progressão, e com a reprovação, o profissional não fará jus à progressão funcional.*

*Art. 15. No caso de reprovação em um dos critérios, o processo de avaliação do profissional será retomado no ano seguinte ao da avaliação.*

*Parágrafo único. Para retomada da nova avaliação serão considerados os três últimos anos, incluindo o ano da última avaliação.*

*Art. 16. No caso de reprovação o servidor poderá apresentar requerimento solicitando nova avaliação, tendo a administração 60 (sessenta) dias para a sua análise e decisão cabendo ao titular do Departamento Municipal de Educação o reconhecimento do direito ou não da progressão do servidor.*

## *CAPÍTULO V*

### *DA PROGRESSÃO FUNCIONAL POR ASSIDUIDADE*

*Art. 17. A apuração da assiduidade será feita anualmente, considerado o período do dia 1º (primeiro) de janeiro a 31 (trinta e um) de dezembro*

*de cada ano.*

*Art. 18. A avaliação de assiduidade levará em consideração o efetivo exercício do profissional em pelo menos 94% (noventa e quatro por cento) do ano letivo, que terá a avaliação conforme tabela.*

.....  
*Art. 19. O formulário para apuração da assiduidade será preenchido pelo Diretor da Escola, que lhe dará ciência do resultado.*

*§ 1º. O profissional que se sentir prejudicado poderá pedir reconsideração da decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a ciência, em requerimento simples dirigido ao seu superior imediato.*

*§ 2º. Não havendo reconsideração ou não sendo o pedido apreciado em 5 (cinco) dias, o interessado poderá interpor recurso à Comissão de Avaliação de Progressão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da ciência da reconsideração ou do final do prazo do seu superior imediato.*

#### **CAPÍTULO VI**

##### **DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO**

*Art. 20. A avaliação de desempenho será feita pelo seu superior imediato, mediante preenchimento do Anexo II da presente Lei.*

*§ 1º. O profissional que se sentir prejudicado poderá pedir reconsideração da avaliação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a ciência, em requerimento simples dirigido ao superior imediato.*

*§ 2º. Não havendo reconsideração ou não sendo o pedido apreciado em 5 (cinco) dias, o interessado poderá interpor recurso à Comissão de Avaliação de Progressão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da ciência da reconsideração ou do final do prazo do seu superior imediato.*

*Art. 21. Recebidas as avaliações, a Comissão de Avaliação de Progressão preencherá ficha individual do profissional, enviando-a ao Diretor do Departamento Municipal de Educação.*

#### **CAPÍTULO VII**

##### **DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.**

*Art. 22. Será formada uma Comissão Especial para avaliação da evolução salarial por certificados, títulos e cursos, constante do art. 4º, I, II, III, IV e V, desta Lei Complementar, retroagindo seus efeitos a 1º de junho de 2011.*

*Art. 23. As horas correspondentes aos cursos realizados anteriormente a esta Lei Complementar, serão consideradas apenas um total de 300 (trezentas) horas, não podendo ser utilizado eventual excesso para o próximo interstício.*

*§ 1º. Para essa avaliação somente serão considerados os cursos realizados*

*até o dia 31 de maio de 2011, e passará a ter o direito de receber os adicionais a partir de 1º de junho de 2011.*

*§2º. Não atingindo as horas exigidas, as mesmas serão aproveitadas e deverão ser completadas até o dia 30 de novembro de 2011 e eventual excesso apurado não será computado para o próximo interstício.*

*Art. 24. A Comissão Especial fará o reequadramento dos Profissionais da Área de Educação, considerando para efeitos de ascensão funcional aquele que tem de 1.000 (mil) a 3.000 (três mil) dias, inclusive, de efetivo exercício, do nível I para o nível II e para os que têm acima de 3.000 (três mil) dias do nível I para o nível III, até 31 de dezembro de 2009.*

*Parágrafo único. Os efeitos financeiros deste reequadramento serão considerados a partir de 1º de janeiro de 2013.*

*Art. 25. O presidente, a ser escolhido pelo Diretor do Departamento de Educação, poderá se dedicar a esta função sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens decorrentes de sua função originária.*

*Parágrafo Único. O membro nomeado para a presidência terá o mandato de 2 (dois) anos, com direito a uma única recondução.*

*Art. 26. O profissional que vier exercer outro Emprego ou Comissão, na área da Educação, poderá optar pela sua remuneração do Emprego Efetivo.*

*Art. 27. Esta lei será regulamentada no que couber por Decreto do Executivo.*

*Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art. 29. Revogam-se as disposições em contrário.*

O autor alega que essa lei “criou despesas de caráter continuado sem dotação orçamentária suficiente para suportar o impacto financeiro para o período de 2010/2013, causando desequilíbrio financeiro ao município” (fl. 03). Isso porque o demonstrativo de impacto orçamentário-financeiro que serviu de base à edição daquela lei (para atender ao que vem disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal) **contêm valores genéricos e imprecisos, que estão distantes da realidade financeira do Município, tratando-se, portanto, de documento fictício**, daí porque teria ocorrido violação às disposições do art.

169, parágrafo único<sup>1</sup>, e art. 176, inciso II<sup>2</sup>, ambos da Constituição Paulista, além de ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, “caput”, da CF), considerando que as vantagens estão destinadas a uma determinada categoria de servidores, em detrimento das demais categorias.

A presente ação direta de inconstitucionalidade, portanto, está apoiada em três fundamentos principais:

- (i) falta de dotação orçamentária suficiente para suportar o impacto financeiro (art. 169, parágrafo único, nº 1, c.c. art. 172, inciso II, ambos da Constituição Estadual), observando-se, nessa parte, que o demonstrativo que serviu de base à edição daquela lei (para atender ao que vem disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal) teria indicado valores genéricos e imprecisos, que estão distantes da realidade financeira do Município;
- (ii) ofensa ao princípio da isonomia; e
- (iii) queda de receita e aumento das despesas com pessoal (acima do limite permitido pela Lei de Responsabilidade Fiscal).

Quanto ao primeiro fundamento (alegação de criação de despesas sem dotação orçamentária suficiente), é importante considerar, desde logo, que esse questionamento não se refere, na verdade, à falta de demonstrativo de impacto financeiro, e sim à idoneidade desse demonstrativo (que teria sido elaborado à época da edição da lei impugnada com valores genéricos e imprecisos, distantes da realidade financeira do Município).

Sob esse aspecto, confira-se a alegação da petição inicial (fl. 03):

*“Na ocasião, o Prefeito Municipal em exercício declarou que existia dotação orçamentária e recursos financeiros para atender o aumento decorrente da lei, amparado pelo demonstrativo do impacto orçamentário-financeiro (doc. Anexo), para fins de atendimento do disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.*

*Todavia, o Município de Alumínio vem enfrentando graves problemas financeiros, especialmente com a redução de repasse de*

1 Art. 169. A despesa de pessoal ativo e inativo ficará sujeita aos limites estabelecidos na lei complementar a que se refere o artigo 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou a alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

1 – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

2 – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

2 Art. 176. São vedados:

II – a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

*verbas de ICMS pelo governo de Estado, onerando sobremaneira sua folha de pagamento nos últimos anos, tendo ultrapassado o limite legal de 54% nos anos de 2011 (53,6394) e 2012 (61,35%).”*

Entretanto, a ação direta de inconstitucionalidade, enquanto instrumento de controle normativo abstrato, exercido mediante processo objetivo, não se presta ao exame de circunstâncias fáticas ou de eventual violação de normas infraconstitucionais, senão ao simples cotejo com o parâmetro constitucional de controle.

De fato, “o Supremo Tribunal Federal tem orientação assentada no sentido da impossibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais ou de matéria de fato” (ADI 1286/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/02/1996), **daí porque não teria sentido, aqui, alguma consideração sobre interesses subjetivos** (como, por exemplo, “déficit” orçamentário, queda de receita e desequilíbrio financeiro no município, nessa parte incluídos os “graves problemas financeiros, especialmente com a redução de repasse de verbas do ICMS pelo governo do Estado, onerando sobremaneira sua folha de pagamento nos últimos anos, tendo ultrapassado o limite legal de 54% nos anos de 2011 (53,6394) e 2012 (61,35%)” - fl. 03 **ou sobre a incompatibilidade entre o demonstrativo de impacto orçamentário-financeiro apresentado à época da criação da lei e aquele mencionado pelo autor na petição inicial.**

Em julgado mais recente, aliás, o STF deixou expresso que “esse cotejo não é admissível em sede de controle abstrato, pois exige análise casuística e documental-orçamentária incompatível com o juízo que se faz nesse tipo de controle” (ADI 3599-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/05/2007).

E no presente caso, parece evidente que o exame da lei impugnada, pelos fundamentos expostos na petição inicial, não pode ser realizado sem prévio exame sobre a alegação erro ou inadequação do demonstrativo de impacto financeiro e sobre a “*geração de despesas públicas ao arripio da lei de Responsabilidade Fiscal*” (fls. 05/08), o que afasta a possibilidade de controle normativo abstrato.

Nesse particular, é elucidativo o fundamento invocado pelo Min. CELSO DE MELLO no julgamento da ADI nº 842.

*“Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público.*

*A ação direta não pode ser deflagrada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual*

*exige que o exame in abstracto do ato estatal impugnado seja realizado exclusivamente à luz do texto constitucional.*

*Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e um desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado”.*

É certo que este C. Órgão Especial, em julgado recente, decidiu pela inconstitucionalidade de lei (do mesmo município de Alumínio), que instituiu gratificação natalícia a servidores públicos em caso aparentemente (apenas aparentemente) parecido com o presente (ADIN 0017100-17.2013.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 31/07/2013).

É que naquele caso não houve indicação dos recursos disponíveis para suportar os novos encargos, senão uma simples e genérica menção à existência de “dotações próprias”, sem alguma outra referência específica à fonte de custeio, razão pela qual, por votação unânime, decidiu-se pela procedência daquela ADIN pelo fundamento referente à violação do art. 169 da Constituição Estadual, conforme segue: “Ora, ainda que conste da norma impugnada a previsão de que ‘as despesas decorrentes da execução da presente lei correrão à conta de dotações próprias a serem previstas em Lei Orçamentária Anual’, a referida previsão não supre a necessidade de definição específica da fonte de custeio total da benesse, o que não se indicou, estando patente a afronta às regras estabelecidas na CF e na Constituição Estadual, como esposado”.

Aqui, entretanto, a situação é diferente, pois, o então Prefeito Municipal de Alumínio, ao apresentar o Projeto de Lei Complementar, instituindo o plano de cargos, salários e carreira dos profissionais da área de educação daquele município, cumpriu, naquela oportunidade, os requisitos legais (para validade do processo legislativo), declarando, por exemplo, existir “dotação orçamentária e recursos financeiros para atender o Projeto de Lei Complementar nº 01, de 19/09/2011” (fl. 367).

E, embora não tenha constado expressamente do texto da lei a origem desses recursos, seu impacto financeiro deixou claro que os novos encargos suportados com recursos repassados pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB (fl. 368).

Aliás, a Lei Federal nº 11.494, de 20 de junho de 2007, dispõe expressamente em seu artigo 2º que o mencionado fundo (FUNDEB) destina-se “à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização

dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração”, significando que a fonte de custeio, neste caso, é indicada pela própria lei:

*Art. 1º. É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil, nos termos do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias- ADCT.*

*Parágrafo único. A instituição dos Fundos previstos no caput deste artigo e a aplicação de seus recursos não isentam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios da obrigatoriedade da aplicação na manutenção e no desenvolvimento do ensino, na forma prevista no art. 212 da Constituição Federal e no inciso VI do caput e parágrafo único do art. 10 e no inciso I do caput do art. 11 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, de:*

*I - pelo menos 5% (cinco por cento) do montante dos impostos e transferências que compõem a cesta de recursos do Fundeb, a que se referem os incisos I a IX do caput e o § 1º do art. 3º desta Lei, de modo que os recursos previstos no art. 3º desta Lei somados aos referidos neste inciso garantam a aplicação do mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) desses impostos e transferências em favor da manutenção e desenvolvimento do ensino;*

*II – pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) dos demais impostos e transferências”.*

Dessa forma, independentemente de alguma consideração a respeito da idoneidade ou adequação do demonstrativo de impacto financeiro, a verdade é que o requisito exigido para validade do processo legislativo, sob esse aspecto, foi devidamente cumprido.

Com relação aos demais fundamentos a ação também é improcedente.

Anota-se, antes de tudo, que a **falta de prévia autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias** não foi invocada como parâmetro para reconhecimento da alegada inconstitucionalidade (talvez porque não tenha ocorrido essa falha legislativa, já que não existe alguma informação nesse sentido nos autos), mas, ainda que se considere também esse fundamento (o que é possível porque a ação direta de inconstitucionalidade tem causa de pedir aberta), ainda assim não se justificaria o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.

É que o Supremo Tribunal Federal também já consolidou entendimento no sentido de que “a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação” (ADIN 3.599-1, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/05/2007).

E mais:

*MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI CATARINENSE Nº 9.901, DE 31.07.95: CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO DE FISCAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS E DE AUDITORES INTERNOS. ALEGAÇÃO DE QUE A EDIÇÃO DA LEI NÃO FOI PRECEDIDA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NEM DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA NA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (ART. 169, PAR. ÚNICO, I E II, DA CONSTITUIÇÃO).*

*Eventual irregularidade formal da lei impugnada só pode ser examinada diante dos textos da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei do Orçamento Anual catarinense: não se está, pois, diante de matéria constitucional que possa ser questionada em ação direta.*

*Interpretação dos incisos I e II do par. Único do art. 169 da Constituição, atenuando o seu rigor literal: é a execução da lei que cria cargos que está condicionada às restrições previstas, e não o seu processo legislativo. A falta de autorização nas leis orçamentárias toma inexecutável o cumprimento da Lei no mesmo exercício em que editada, mas não no subsequente.*

*Precedentes: Medidas Liminares nas ADIS nºs. 484-PR (RTJ 137/1.067) e 1.243-MT (DJU de 27.10.95).*

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de medida cautelar” (ADI nº 1.428-5/SC, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 01/04/1996).*

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 33 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1994, DO ESTADO DE MATO GROSSO. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 169, CAPUT, PARÁGRAFO ÚNICO E INCISOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE SUA VIGÊNCIA. Impossibilidade do confronto da norma em apreço com o caput do art. 169 da Constituição, sem apreciação de matéria de fato, circunstância bastante para inviabilizar, nesse ponto, a ação direta de inconstitucionalidade. De outra parte, a ausência de autorização específica, na lei de diretrizes orçamentárias, de despesa alusiva a nova vantagem funcional, não acarreta a inconstitucionalidade da Lei que a instituiu, face à norma do art. 169, parágrafo único, inc. II, da CF, impedindo tão-somente a sua aplicação. Ação declaratória de inconstitucionalidade não conhecida” (ADI 1292-4/MT, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/08/1995).*

No corpo do voto, o eminente relator, referindo-se, especificamente ao art. 169, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, deixou claro os motivos de

seu convencimento, mencionando, inclusive, precedentes do STF no mesmo sentido:

*“Obviamente, essas exigências não constituem pressupostos de validade. em si, da lei concessória da vantagem funcional, mas tão-somente da legitimidade do pagamento desta. Do contrário, haver-se-ia de acrescentar o instinto premonitório às qualidades que devem ser exibidas pelos encarregados da elaboração da LDO e do orçamento, para que se pudesse assegurar, na LDO alusiva a determinado exercício, de ordinário editada em julho, autorização prévia para leis da espécie, eventualmente elaboradas no curso do segundo semestre do ano em causa.*

*Nesse sentido, o voto do eminente Ministro Célio Borja, na ADI 484 (cautelar), onde foi observado ‘que a inexistência de autorização na lei de Diretrizes Orçamentárias toma inexecutáveis no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas. Mas não as invalida, nem nulifica’.*

*Na verdade, o objetivo da norma é prevenir a efetivação de despesas não autorizadas, capazes de impossibilitarem a execução do orçamento aprovado, nada impedindo que uma despesa não autorizada para um determinado exercício venha a sê-lo para exercício posterior.*

*Por outro lado, parece fora de dúvida que, uma vez autorizada para determinado exercício, a vantagem incorpora-se definitivamente à despesa pública, dispensando-se nova autorização para os exercícios futuros.*

Ainda sob esse aspecto, destaca-se o fundamento adotado pelo Ministro Maurício Corrêa no julgamento da ADI II0 1.428-5: *“Há precedentes desta Corte, em situações semelhantes, que interpretaram as disposições dos incisos I e II do par. Único do art. 169 da Constituição, atenuando o seu rigor literal, ao entenderem que é, tão-somente, a aplicação da lei que está condicionada às restrições constitucionais nele previstas, e não o processo legislativo”.*

Este C. Órgão Especial, em julgado recente, por votação unânime, também decidiu nesse sentido, proclamando que *“a inobservância da regra orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da Constituição Federal não acarreta a inconstitucionalidade de lei que concede aumento de remuneração aos servidores públicos, importando, porém, em sua ineficácia para o correspondente exercício orçamentário”* (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0240631-85.2012.8.26.0000, Rei. Des. Artur Marques, j 23/01/2013).

Por fim, não há falar-se em **ofensa ao princípio da isonomia**, porque *“revela-se constitucional a norma que concede aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, em caso de*

*eventual revisão geral anual*” (ADI nº 2.726, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 29/08/2003).

Ademais, a norma impugnada, no presente caso, embora contemple vantagens econômicas em favor dos servidores, não foi editada para o fim de conceder aumento salarial, e sim para instituir plano de carreira dos profissionais da área da educação, em conformidade, aliás, com a disposição do art. 206, inciso V, da Constituição Federal<sup>3</sup>, daí porque - **em se tratando de lei que visa garantir direitos constitucionais de determinada categoria profissional** - não poderia, obviamente, beneficiar profissionais de outras áreas, o que afasta, por si só, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia.

Todas essas questões foram abordadas com propriedade no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça:

*“Não se pode trazer ao debate a questão acerca de eventual violação da Lei Complementar Federal no 1 OII 2000, pelo impacto orçamentário financeiro que foi anexado a lei impugnada, pois, na ação direta de inconstitucionalidade só se admite o cotejo da lei impugnada, no caso a Lei Complementar nº 01/2011, do Município de Alumínio, com o parâmetro constitucional de controle.*

*Não se permite, em outras palavras, a verificação de circunstância fática ou a análise conjugada de espécies normativas infraconstitucionais. No restrito âmbito do controle abstrato de normas que se desenvolve perante o Tribunal com fundamento no art. 125, § 2º, da Constituição Federal não existe espaço para o que a jurisprudência denomina de inconstitucionalidade reflexa ou indireta.*

.....

*De resto, justifica-se a distinção em relação aos demais servidores públicos em face das características da carreira da área de educação.*

*A evolução salarial implantada pelo ato normativo impugnado representa, ao mesmo tempo, incentivo e prêmio aos servidores que buscam aperfeiçoamento e atualização profissional. Servidor melhor capacitado importa em melhoria na qualidade dos serviços educacionais. Não se pode, portanto, afirmar violação do princípio da isonomia” (fls. 269 /270).*

Assim sendo, existindo posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que os fatos alegados na petição inicial não acarretam a inconstitucionalidade das normas, é caso de julgar-se improcedente a ação,

3 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....  
*V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso de provas e títulos.”*

com apoio no princípio da presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis, em conformidade, aliás, com o ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO, no sentido de que *“havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”* (“Interpretação e Aplicação da Constituição”. Ed. Saraiva/SP, 1998, p. 164- 165).

Pelo exposto e em suma, cassada a liminar de fls. 72/73, JULGA-SE IMPROCEDENTE a ação, ficando prejudicado o Agravo Regimental.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0019417-85.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.323)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, RENATONALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 2 de outubro de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

**Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei Municipal n. 12.920, de 30 de novembro de 2012, de Ribeirão Preto. Inversão, em âmbito municipal, da ordem das fases de habilitação dos concorrentes e da abertura dos envelopes contendo as propostas. Inadmissibilidade. Regras previstas pela Lei Nacional n. 8.666/93. Se é privativa**

**a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação, violenta o sistema jurídico-constitucional federal e federado a norma municipal que contraria o artigo 144 da Constituição Paulista, na medida em que referida norma feriu o princípio federativo, ao desprezar os princípios de repartição constitucional de competências. Inconstitucionalidade material configurada. Ofensa ao artigo 144. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma municipal”.**

## VOTO

I. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita Municipal de Ribeirão Preto, contra os dispositivos da Lei Municipal n. 12.920, de 30 de novembro de 2012, promulgada pela Câmara Municipal após rejeição do veto integral ao projeto de Lei nº 1.128/12 pela requerente. Referida norma dispõe “sobre a inversão das fases [da licitação] e quanto à publicidade das licitações públicas realizadas no Município de Ribeirão Preto”.

A demandante alega, em síntese, que o Poder Legislativo local usurpou competência privativa do Chefe do Poder Executivo ao legislar sobre tema relacionado à direção superior da administração e orçamento, criando despesas sem indicar os recursos disponíveis para fazer frente aos novos encargos, ferindo de morte o princípio da independência e separação dos Poderes. Pede liminarmente a suspensão da lei.

Foi concedida liminar suspendendo a eficácia da Lei Municipal n. 12.920/12 (fls. 32/33).

Citada, a Câmara Municipal de Ribeirão Preto, representada por seu Presidente, apresentou suas informações defendendo a constitucionalidade da norma (fls.48/50).

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 44/46).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pela procedência da demanda (fls. 53/65).

2. De proêmio, observa-se que relevante questão que poderia surgir no presente caso já foi enfrentada por este col. Órgão Especial ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 130.227-0/0, ocasião em que fixou o entendimento de que não constitui em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal pelo Tribunal de Justiça o controle de constitucionalidade de

lei municipal em face do artigo 144 da Constituição Bandeirante, norma de repetição, resultante do princípio da simetria. Dessarte, podendo conhecer da matéria, passa-se ao mérito.

3. O pedido é procedente. Diz a lei impugnada:

*“Artigo 1º - As licitações no âmbito do Município de Ribeirão Preto sujeitar-se-ão à legislação federal e às normas específicas desta lei.*

*§ 1º - Subordinam-se ao regime desta lei os órgãos da administração municipal direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e ou indiretamente pelo Município.*

*§ 2º - Aplica-se o procedimento especial da presente legislação também para a Câmara Municipal de Ribeirão Preto.*

*Artigo 2º - A licitação será processada e julgada, observadas as seguintes etapas consecutivas:*

*I - realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;*

*II - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;*

*III - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;*

*IV - julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;*

*V - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;*

*VI - abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação do concorrente cuja proposta tenha sido a classificada como primeira colocada na fase de propostas;*

*VII - deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação da primeira colocada da fase de propostas;*

*VIII - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, a Comissão examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim*

*sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;*

*IX - deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de até 10 (dez) dias úteis após o julgamento.*

*§ 1º - As licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço terão início com a abertura das propostas técnicas, as quais serão analisadas e julgadas pela Comissão de Licitação.*

*§ 2º - A autoridade competente poderá, por decisão fundamentada, determinar que o processamento da licitação obedeça a ordem prevista na legislação federal.*

*§ 3º - Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.*

*§ 4º - É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital.*

*§ 5º - Para os efeitos do disposto no inciso VI deste artigo, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa prevista no edital.*

*§ 6º - Os erros materiais irrelevantes serão objeto de saneamento, mediante ato motivado da Comissão de Licitação.*

*§ 7º - É vedada a participação de uma única pessoa como representante de mais de um licitante.*

*§ 8º - O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, às demais modalidades de licitação.*

*§ 9º - Não cabe desistência de proposta durante o processo licitatório, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão ou pelo pregoeiro.*

*§ 10º - Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.*

*§ 11º - Poderá a autoridade competente, até a assinatura do contrato, excluir o licitante ou o adjudicatário, por despacho motivado, se, após a fase de habilitação, tiver ciência de fato ou circunstância,*

*anterior ou posterior ao julgamento da licitação, que revele inidoneidade ou falta de capacidade técnica ou financeira.*

*§ 12º - O licitante que ensejar o retardamento do certame, não mantiver a proposta ou fizer declaração falsa, inclusive aquela prevista no inciso I deste artigo, garantido o direito prévio de citação e ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

*§ 13º - As licitações processadas por meio de sistema eletrônico observarão procedimento próprio quanto ao recebimento de documentação e propostas, sessões de apreciação e julgamento e arquivamento dos documentos.*

*Artigo 3º - As formas e prazos de publicidade de atos convocatórios são aqueles a seguir definidos:*

*I - editais de concorrência serão publicados, ao menos uma vez, no Diário Oficial do Município e em jornal de grande circulação local, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias entre a primeira publicação e a data para recebimento de documentação e propostas ou para recebimento dos trabalhos;*

*II - editais de tomada de preços serão publicados, por uma vez, no Diário Oficial do Município, observando-se o prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a publicação e a data de recebimento de documentação e propostas;*

*III - instrumentos convocatórios de convite serão encaminhados diretamente a, pelo menos, 3 (três) potenciais interessados, cadastrados ou não, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis entre a data de entrega e a designada para recebimento de propostas;*

*§ 1º - As publicações serão feitas resumidamente, contendo os dados essenciais à identificação do certame, por modalidade e número de registro; do órgão licitante; objeto licitado; data, hora e local designados para o recebimento de documentos e propostas, e endereço e telefone do local onde os interessados poderão obter a íntegra do edital e esclarecimentos suplementares.*

*§ 2º - Os atos convocatórios, sem distinção de modalidade, serão sempre disponibilizados para consulta nas repartições e divulgados seus extratos pela Internet.*

*§ 3º - Publicar-se-á no mesmo prazo fixado nos incisos deste artigo, o edital ou carta-convite em sítio oficial do órgão que promova o*

*certame, de modo que seja possibilitado o acesso gratuito do inteiro teor do instrumento convocatório por meio de mídia eletrônica.*

*§ 4º - Deverá o órgão promotor do certame, observar os prazos estabelecidos nas legislações federais quando o mesmo for superior ao estabelecido neste artigo.*

*§ 5º - Também poderão ser utilizadas as modalidades de licitação que possam ser processadas por meio eletrônico, observada a legislação federal pertinente.*

*Artigo 4º - As modificações no edital exigem divulgação pela mesma forma dada ao texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.*

*§ 1º - Quando a alteração não afetar de forma substancial a formulação da proposta, o prazo de divulgação poderá ser reaberto pela metade, por deliberação da Comissão de Licitação.*

*§ 2º - Quando a mudança não implicar alterações ou reformulação da proposta, ou o cumprimento de novas exigências, não haverá necessidade de reabertura de prazo.*

*Artigo 5º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”.*

4. Examinada a questão a fundo, a inconstitucionalidade da norma municipal é incontornável. A violência ao sistema jurídico-constitucional federal e federado consubstanciou-se na contrariedade da lei municipal em face do artigo 144 da Constituição Paulista, na medida em que referida norma feriu o conceito de Federação, ao desrespeitar os princípios de repartição constitucional de competências, violando o princípio federativo.

Como a lei impugnada subverteu, no âmbito municipal, a ordem das fases de habilitação dos concorrentes e de abertura dos envelopes contendo as propostas, previstas pela Lei Nacional n. 8.666/93, é patente a ocorrência de vício material, pois compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação, nos termos previstos pelo inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal.

5. Pelo exposto, **julga-se procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 12.920, de 30 de novembro de 2012, do Município de Ribeirão Preto.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 0107583-93.2013.8.26.0 000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO FUPESP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTANA DE PARNAÍBA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 29.529**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 2 de outubro de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

**Ementa: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

**Inconstitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Estadual. Possível apreciação por esta Corte Estadual.**

**Preliminar afastada.**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**Art. 112, incisos I, II e III da Lei Complementar nº 034, de 25.05.11 do Município de Santana de Parnaíba. Licença para desempenho de mandato classista. Norma local que condiciona o afastamento de servidores para desempenho de mandato classista ao número de associados da respectiva associação/sindicato. Restrição que inviabiliza a livre associação e organização sindical. Violação ao art. 125 da Constituição Estadual. Precedentes.**

**Ação procedente.**

## VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, proposta pela Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo, do art. 112, *caput* e incisos I, II e III, da **Lei Complementar nº 034**, promulgada em 25.05.11, do Município de Santana de Parnaíba, sob a alegação de instituir requisitos para o afastamento de servidor efetivo investido em mandato de dirigente sindical ou de associação de classe.

Sustentou, em resumo, sua legitimidade ativa e a inconstitucionalidade das restrições impostas. Violados **art. 8º, I, da CF** e **arts. 125, §§ 1º e 2º e 144 da CE**. Condicionar o afastamento ao número de associados impede o livre exercício da liberdade sindical. Mencionou jurisprudência. Daí o reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 02/13).

A Câmara Municipal de Santana de Parnaíba encaminhou cópia, na íntegra, do Processo Legislativo (fls. 124/305).

O Município de Santana de Parnaíba prestando informações, preliminarmente arguiu a impossibilidade jurídica do pedido. Possível aos Tribunais Estaduais, julgarem apenas ADI de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da CE e não da CF. No mérito, Município possui autonomia e competência para legislar sobre interesse local. Inocorreu afronta a CE ou CF. Inexiste qualquer restrição ao servidor municipal para exercício de cargo de direção ou representação classista. Daí a improcedência da ação (fls. 311/326).

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, citada (fls. 308/309), manifestou seu desinteresse na ação (fls. 328/330).

Manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça pela improcedência da ação (fls. 332/341).

É o relatório.

### 2. a) Quanto à impossibilidade jurídica do pedido.

Funda-se o pleito na inconstitucionalidade do **art. 112, *caput* e os incisos I, II e III da Lei Complementar nº 034 de 25.05.11 do Município de Santana de Parnaíba** diante do disposto nos **arts. 125 e §§ 1º e 2º e 144 da Constituição Estadual**.

O Município sustenta a impossibilidade jurídica do pedido uma vez que a esta **Corte Estadual** não é possível apreciar suposta inconstitucionalidade de **norma municipal** em face da **Constituição Federal**.

Ora, como bem observou a Douta Procuradoria de Justiça:

*“embora tenha a autora mencionado a violação do princípio da liberdade sindical (art. 8º, I, da Constituição Federal), deixou claro na inicial que o parâmetro de controle de constitucionalidade seria o art. 125, §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual.”* (fls. 334).

Ademais, como já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

*“... não se vislumbra a alegada usurpação da competência do STF e nem é caso de controle da constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Desse modo, o conhecimento e julgamento da presente ação declaratória de inconstitucionalidade não implica violação aos arts. 102, I, ‘a’ e 125, § 2º, da CF.”*

*“Não se trata de hipótese em que a Constituição do Estado faz simples remissão à Constituição Federal. O artigo da lei municipal está sendo impugnado perante dispositivos específicos da Constituição do Estado de São Paulo, os quais, como é natural e exigível, muitas vezes são simétricos aos da Carta Magna.”*

*“O parâmetro para o controle não é a Constituição Federal, mas sim a própria Constituição Bandeirante, já que a ação está sendo julgada com base em seus arts. 111; 115, XI, X e XV; 124, § 3º; 124, § 3º; 128; e, 144, sem olvidar que as regras tratadas são coincidentes por força do princípio da simetria que orienta o poder constituinte derivado decorrente.”*

*“Além disso, é preciso ressaltar que a lei maior do Estado permite a interpretação de que não somente cabe ação direta no Tribunal Estadual quando há ofensa direta ao seu texto, mas, também quando ocorre lesão reflexão, o que justifica a procedibilidade.”*

(AgRg nº 0.014.607-04.2012.8.26.0000/50000 - p.m. de v. de 30.05.12 - Rel. Des. ÊNIO ZULIANI)

De impossibilidade jurídica do pedido, portanto, **não** há falar.

**Afasto** a preliminar.

#### **b) Procedente a ação.**

O Município de Santana de Parnaíba ao dispor sobre o Estatuto de seus servidores - Lei Complementar nº 034, de 25.05.11, disciplinou a licença para desempenho de **mandato classista** nos seguintes termos:

*“Art. 112. O servidor ocupante de cargo em provimento efetivo investido em mandato de dirigente sindical ou de associação de classe, que congregue no mínimo, 300 associados, poderá requerer o afastamento de seu cargo, obedecidos os seguintes critérios:”*

*“I - no caso de associação de classe ou sindical que congregue entre 301 e 500 servidores, é facultado o afastamento de um dirigente;”*

*“II - no caso de associação de classe ou sindical que congregue entre 501 a 2000 servidores, é facultado o afastamento de até três dirigentes;”*

*“III - no caso de associação de classe ou sindical que congregue mais de 2000 servidores, aplica-se o disposto no inciso anterior, facultado o*

*afastamento, para cada 2000 servidores além desse limite, de mais um dirigente, até no máximo de 12 (doze) afastamentos.” (fls. 87).*

Segundo a Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo - FUPESP, **norma local condicionando** o afastamento de servidores para desempenho de mandato sindical ou classista **ao** número de associados do respectivo sindicato ou associação padece de evidente **inconstitucionalidade** diante do disposto na **Constituição Estadual**:

*“Art. 125. O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.”*

*“§ 1º - Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens. nos termos da lei.”*

*“§ 2º - O tempo de mandato eletivo será computado para fins de aposentadoria especial.”*

Inequívoca a competência conferida pela **Constituição Federal** aos Municípios para legislar sobre os seus servidores (*“Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”*).

No mesmo sentido dispõe a **Constituição Estadual** (*“Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”*).

Segundo ensina **HELLY LOPES MEIRELLES**:

*“... o Município goza de total liberdade na organização do seu pessoal para o 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. Atendidas essas duas regras, a seguir examinadas, ao Município compete criar, alterar e extinguir os cargos necessários à execução dos seus serviços, indicando quais os isolados e os de carreira, quais os de provimento efetivo ou em comissão, quais os requisitos exigidos para o provimento, bem como elaborar o regime jurídico dos seus servidores, tendo em vista, sempre, as peculiaridades, os interesses e as disponibilidades locais.”* (“Direito Municipal Brasileiro” - Ed. Malheiros - 17ª ed. - p. 622).

A **autonomia** conferida aos Municípios deve necessariamente subordinação às normas constitucionais federais e estaduais, inclusive quanto a

organização de sua estrutura funcional.

Assim, a legislação local ao condicionar a quantidade de servidores que poderão se licenciar para desempenho de dirigente classista ou sindical ao número de associados da respectiva associação ou sindicato **impôs restrições** inviabilizando o pleno exercício da liberdade de organização sindical e, conseqüentemente, **não** encontra respaldo na Constituição Estadual.

Assim já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

*“E foi precisamente isto o que fez o art. 169a da Lei Complementar Municipal impugnada, cujo ‘caput’ limita a concessão da licença ao servidor **‘eleito para o cargo de direção sindical’** (grifos no original) pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais’, negando o mesmo direito aos demais representantes classistas. (g.n.)”*

*“De igual, representa inaceitável limitação àquele mandamento constitucional o disposto no parágrafo único do artigo 169a, que dita o rito de escolha do servidor a ser licenciado, salientando tratar-se de direito exercível por um único funcionário, escolhido para atuar na ‘representação de direção sindical’.”*

*“A lei municipal, como se vê, **restringiu considerável e substancialmente o direito assegurado pela Constituição Bandeirante**, tolhendo sua real dimensão e amplitude - destinado que é a quaisquer servidores eleitos para o exercício de mandato classista.”*

*“Assim fez, aliás, mediante ingerência indevida à liberdade de organização sindical, dificultando, senão inviabilizando, seu pleno exercício.”*

*“Infringiu-se, assim, não apenas o disposto no art. 125, § 1º, da Constituição Estadual, como também seu art. 144, ao caracterizar evidente extrapolação dos limites da autonomia legislativa municipal.”*

*“Necessária, portanto, a declaração de inconstitucionalidade do art. 169a do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Artur Nogueira.” (grifei - ADIn nº 0.183.321-24.2012.8.26.0000 - v.u. j. de 23.01.13 - Rel. Des. **LUIS SOARES DE MELLO**).*

E ainda no mesmo sentido:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 151 e parágrafos 1º, 2º e 4º, da Lei Complementar n. 01, de 1º de abril de 1993, do Município de Itatinga, alterada pela Lei Complementar n. 112, de 19 de agosto de 2009. Servidor Público Municipal - Disposições que **restringem o direito ao afastamento para exercício de mandato de representação sindical/classista**. Violação à garantia prevista no § 1º, do art. 125 da Constituição do Estado. Regra de observância obrigatória. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Ação Procedente.” (grifei - ADIn nº*

0.235.220-95.2011.8.26.0000 - v.u. j. de 25.04.12 - Rel. Des. **CAUDURO PADIN**).

Nem há falar em inconstitucionalidade incidental do **preceito** (art. 125, § 1º da CE - fls. 338), em tese cabível (Rel nº 526, Pleno, Rel. Min. **MOREIRA ALVES** - DJ de 04.04.97), como também aqui já considerado à luz do **art. 29 da Constituição Federal** (“O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal do respectivo Estado e os seguintes preceitos...”) combinado com o **art. 144 da Constituição do Estado** (“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.”), na medida em que ele:

*“... (é) um princípio desdobrado do princípio de liberdade sindical ou, dito de outra forma, um subprincípio que se impõe como limite à autonomia municipal, na forma dos já mencionados artigos 29, da Constituição Federal, e 144, da Constituição Estadual.”* (ADIn nº 172.107-0-0 - Rel. Des. **WALTER GUILHERME**).

Em que pese o parecer da Douta Procuradoria de Justiça, é caso de se julgar procedente a ação, declarando-se a **inconstitucionalidade do art. 112, incisos I, II e III da Lei Complementar nº 034, de 25.05.11, do Município de Santana de Parnaíba** por afronta ao **art. 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual**.

**3. Afasto a preliminar. Julgo procedente a ação.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0062541-21.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.825)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS,

ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 9 de outubro de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

**Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Cuidase de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Nobre Prefeito do Município de Andradina/SP, visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.830, de 24 de maio de 2012, que dispõe “sobre a política municipal de proteção aos mananciais de água destinados ao abastecimento público e dá outras providências, no Município de Andradina-SP” - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - O argumento de que a matéria tratada na Lei Municipal nº 2.830/2012 seria reservada à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, em frontal violação ao princípio da separação dos Poderes, procede apenas no que tange ao inciso XI, do art. 4º, por ter estabelecido atribuição a órgão da Administração Pública - CONSTITUCIONALIDADE - No mais, a lei munícipe cuidou de matéria de interesse geral da população municipal, sem nenhuma relação com matéria estritamente administrativa, afeta exclusivamente ao Poder Executivo, razão pela qual foi legítima a iniciativa do Poder Legislativo Municipal no trâmite da norma impugnada.**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

## VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Nobre Prefeito do Município de Andradina/SP, visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.830, de 24 de maio de 2012, que dispõe “**sobre a política municipal de proteção aos mananciais de água**

**destinados ao abastecimento público e dá outras providências, no Município de Andradina-SP” (fls. 12).**

Segundo o Nobre Prefeito do Município de Andradina/SP, em síntese: **A**, há vício de inconstitucionalidade formal por defeito de iniciativa na norma impugnada, visto que a matéria de que trata seria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal; **B**, **“já existe secretaria do meio ambiente com todas as responsabilidades e atribuições que estão muito além do que prevê dita lei, de forma que se mostra não só viciada na competência para a cognição legislativa, como do próprio mérito/teor.”** (fls. 03); **C**, há afronta à Lei Orgânica do Município de Andradina-SP e à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Às fls. 35/36, foi negada a liminar requerida e determinado o processamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

A Ilustre Presidência da Câmara Municipal de Andradina/SP manifestou-se às fls. 48/51. Defendeu, em resumo, a constitucionalidade da norma impugnada.

A Nobre Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou de promover a defesa da lei, sob a alegação de que a norma trata de matéria exclusivamente local (45/46).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 82/98) pugnou pelo desprovimento da presente demanda.

Do essencial, é o relatório.

Desde logo, já se consigna que a representação processual do Nobre Prefeito do Município de Andradina/SP foi devidamente regularizada, conforme procuração anexada às fls. 114.

*In casu*, impugna-se a constitucionalidade da Lei nº 2.830, de 24 de maio de 2012, do Município de Andradina, Estado de São Paulo, que possui a seguinte redação, a saber:

**“Art. 1º Esta lei tem por finalidade a proteção e a recuperação de qualidade ambiental dos mananciais de interesse municipal para abastecimento das populações atuais e futuras.**

**Art. 2º Para efeito desta Lei, consideram-se mananciais de interesse municipal as águas interiores subterrâneas, superficiais, fluentes, emergentes ou em depósito, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento público.**

**Art. 3º O Município de Andradina-SP declara como proprietária, as ações de preservação da água para o abastecimento público em detrimento de qualquer outro interesse.**

**Art. 4º A regulamentação das áreas de interesse de proteção de manancial municipal será regida pelas disposições desta Lei e dos**

regulamentos dela decorrentes, observada a legislação Estadual e Federal para o atendimento dos seguintes **objetivos**:

**I - proteger e recuperar os mananciais de interesse do Município e regional;**

**II - estabelecer condições para assegurar a disponibilidade de água em quantidade e qualidade adequadas para abastecimento da população atual e futura;**

**III - adequar os programas e políticas setoriais, especialmente de habitação, transporte, saneamento e infra-estrutura, e estabelecer diretrizes e parâmetros de ordenamento territorial para assegurar a proteção dos mananciais de interesse municipal e regional;**

**IV - compatibilizar as licenças municipais de parcelamento do solo, de edificações e de funcionamento de estabelecimentos comerciais e industriais com as exigências necessárias para a proteção, seja do aspecto quantitativo como qualitativo, dos recursos hídricos existentes e com os procedimentos de licenciamento ambiental e outorga de uso da água estabelecidos pelos órgãos estaduais competentes;**

**V - proibir o lançamento de efluentes urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo de água, nos termos do artigo 208, da Constituição Estadual;**

**VI - promover a adequada disposição de resíduos sólidos, de modo a evitar o comprometimento dos recursos hídricos;**

**VII - disciplinar os movimentos de terra e a retirada da cobertura vegetal, para prevenir a erosão do solo, o assoreamento e a poluição dos corpos de água;**

**VIII - zelar pela manutenção da capacidade de infiltração da água no solo, em consonância com as normas federais e estaduais de preservação dos depósitos hídricos naturais;**

**IX - deverão os proprietários de imóveis urbanos e rurais, manter as divisas com vias públicas limpas, evitando a obstrução total ou parcial da drenagem e escoamento de águas pluviais;**

**X - promover uma gestão participativa, integrando setores interessados, bem como a sociedade civil;**

**XI - A concessionária dos serviços de abastecimento de água do Município que utilizando água subterrânea para atendimento da população ficará responsável pelo estabelecimento da Área de Proteção de Poços e Outras Captações, nos termos dos artigos 24 e 25 do Decreto Estadual nº 32.955, de 07/02/1991.**

**Art. 5º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, e será**

**regulamentada por Decreto, se necessário, pelo Poder Executivo, revogadas as disposições em contrário.” (fls. 12/13 - destaque adicionado)**

Com a devida vênia, a presente demanda é parcialmente procedente.

De plano, com o devido respeito, não há possibilidade de utilização da Lei Orgânica do Município de Andradina-SP ou da Lei de Responsabilidade Fiscal como parâmetros para averiguação da constitucionalidade da norma ora impugnada, porquanto o controle de constitucionalidade, no âmbito dos Estados-membros, possui como paradigma a Constituição do respectivo ente político.

Por sua vez, o argumento de que a matéria tratada na Lei Municipal nº 2.830/2012 seria reservada à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, em frontal violação ao princípio da separação dos Poderes, procede apenas no que tange ao inciso XI, do art. 4º.

Isso porque, conforme escólio do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles as **“Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais.”** (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 732/733 - destaque adicionado)

Pois bem, embora o art. 4º da norma impugnada elenque diversos objetivos relacionados à proteção e recuperação ambiental, seu inciso XI padece de inconstitucionalidade formal, porquanto imputa atribuição (“estabelecimento da Área de Proteção de Poços e Outras Captações, nos termos dos artigos 24 e 25 do Decreto Estadual nº 32.955, de 07/02/1991”) à “concessionária dos serviços de abastecimento de água do Município”, órgão da Administração Pública<sup>1</sup> Municipal, competência que é privativa do Chefe do Poder Executivo:

**“XI - A concessionária dos serviços de abastecimento de água do Município que utilizando água subterrânea para atendimento da população ficará responsável pelo estabelecimento da Área de**

1 “É a administração indireta. Em cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal) podem ser encontradas entidades públicas (autarquias e fundações públicas), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas) e privadas (empresas mercantis e industriais), atuando como delegatárias, autorizatárias, permissionárias e concessionárias de serviços públicos.” (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 369) (...) “Compõem a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e os consórcios públicos. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2011, p. 478)

**Proteção de Poços e Outras Captações, nos termos dos artigos 24 e 25 do Decreto Estadual nº 32.955, de 07/02/1991.” (destaque adicionado)**

Outrossim, ao estipular tal incumbência à empresa concessionária, a Egrégia Câmara Municipal de Andradina/SP alterou o próprio regime de concessão de serviço público, matéria também de competência privativa do Poder Executivo Municipal.

Com efeito, a modificação das condições da prestação do serviço público concedido cabe privativamente ao Poder Executivo, porquanto há necessidade de avaliar a conveniência e a oportunidade da alteração e sua repercussão na manutenção do equilíbrio econômico do contrato (art. 117, da Constituição Bandeirante).

No mais, a lei múnicipe cuidou de matéria de interesse geral da população municipal, sem nenhuma relação com matéria estritamente administrativa, afeta exclusivamente ao Poder Executivo, razão pela qual foi legítima a iniciativa do Poder Legislativo Municipal no trâmite da norma impugnada.

Nessa senda, corretamente ponderou o Nobre Representante do Ministério Público:

**“Feito esse registro imprescindível, afigura-se possível a sindicância da constitucionalidade da lei tomando como base a alegação de vício de iniciativa que, todavia, não se sustenta.**

**(...) A lei prescreve em traços abstratos e genéricos a proteção e a recuperação da qualidade ambiental dos mananciais de interesse municipal para abastecimento da população, sem tratar de aspectos concretos da gestão administrativa ou impor obrigações aos órgãos públicos da comuna.**

O objeto da lei municipal objurgada não se insere em qualquer das matérias arroladas taxativamente no art. 24, § 2º, da Constituição Estadual - que não reproduz o quanto contido no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição da República.

Aliás, é impossível invocar-se como parâmetro o art. 61, § 1º, II, b, da Constituição da República, por ser norma específica destinada exclusivamente à organização administrativa, serviços públicos e matéria tributária e orçamentária dos Territórios. Neste sentido, pronuncia o Supremo Tribunal Federal que: ‘(...) a reserva de lei de iniciativa do chefe do Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição, somente se aplica aos Territórios federais (...)’ (STF, ADI 2.447-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 04-03-2009, v.u., DJe 04-12-2009).” (fls.89 e 97/98 - destaque adicionado)

Da mesma forma, com o devido respeito, também não há que se falar em criação de despesas ao erário público, pois a lei impugnada limitou-se a traçar

diretrizes à proteção e à recuperação ambiental dos mananciais do território do município de Andradina/SP,

Mesmo que se entenda que os incisos IV, V, VI e IX, do art. 2º, exijam fiscalização, é certo que tal atuação decorre do próprio poder de polícia municipal, não acarretando despesas extras ao erário do ente político.

Nesse sentido, já se manifestou este Colendo Órgão Especial, em voto da lavra do Nobre e Culto Des. Guerrieri Rezende: **“Ação direta objetivando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal nº 4.471/2011. O ato normativo dispõe sobre a execução dos serviços de limpeza exterior nas fachadas e vidraças de edifícios no Município de Suzano. O dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas aos particulares, exclusivamente. A lei não fere o princípio constitucional da separação de poderes porque é de iniciativa comum ou concorrente. Ação improcedente, cassada a liminar.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, J. 22.08.2012 - destaque adicionado)**

Por outro lado, importante registrar, por ser de rigor, que a Lei nº 2.830, de 24 de maio de 2012, não tratou de matéria que supera a competência legislativa Municipal, não estando configurada hipótese de inconstitucionalidade formal orgânica:

**“No Brasil, a doutrina e a jurisprudência trabalham atualmente com três possíveis tipos de inconstitucionalidade formal à luz de nosso atual ordenamento constitucional:**

**1. Inconstitucionalidade formal orgânica: envolve o descumprimento de regras de competência previstas na CR/88 para a produção do ato. Como exemplo, podemos citar uma norma estadual que venha a legislar sobre direito penal e com isso descumprir o art. 22, I, da CR/88, que estabelece ser matéria de competência privativa da União a legislação sobre direito penal. Portanto, se uma Lei Estadual dispuser sobre essas matérias do art. 22, I (sem a necessária delegação prevista no art. 22, parágrafo único) haverá, então, inconstitucionalidade formal orgânica por descumprimento de regra de competência.**

**2. Inconstitucionalidade formal por descumprimento dos pressupostos objetivos do ato previstos na CR/88: conforme a doutrina de Gomes Canotilho, existem pressupostos definidos na Constituição que devem ser entendidos como elementos determinantes de competência para órgãos legislativos no exercício da função legiferante. Esses pressupostos são inarredáveis e de cunho objetivo. No ordenamento**

constitucional brasileiro, é mister salientar que também existem esses pressupostos a serem respeitados sob pena de inconstitucionalidade formal. Como exemplos, temos a edição de medidas provisórias sem a observância dos requisitos de relevância e urgência, descumprindo o art. 62 da CR/88, bem como a edição de Lei estadual criando novo município sem a observância dos pressupostos objetivos previstos no art. 18, § 4º, da CR/88.

**3. Inconstitucionalidade formal propriamente dita: ocorre por inobservância das normas do processo legislativo previstas nos arts. 59 a 69 da CR/88. Nesse caso, irá ocorrer o descumprimento do devido processo legislativo constitucional.” (Bernardo Gonçalves Fernandes, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 637/638 - destaque adicionado)**

Por certo, de acordo com a redação do art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo, a autonomia legislativa dos Municípios deve observar tanto as normas da Constituição Bandeirante quanto as da Constituição Federal.

Contudo, neste caso, em análise à Lei Municipal nº 2.830/2012, verifica-se que a norma impugnada visa à proteção e à recuperação do meio ambiente local, encontrando supedâneo na competência legislativa suplementar do município (art. 30, inciso II, da Constituição Federal).

Nesse sentido, em caso análogo em que se debateu a competência legislativa municipal para proteção ambiental, já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE O DESCARTE DE MEDICAMENTOS INSERVÍVEIS. RESÍDUOS SÓLIDOS. TITULARIDADE DO MUNICÍPIO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA E INCUMBÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA ORDENAR E CONTROLAR O USO DO SOLO, DE MODO A EVITAR A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. MEIO AMBIENTE. CRITÉRIO DA TERRITORIALIDADE. INTERESSE LOCAL CONFIGURADO. LEI QUE, ADEMAIS, SE AJUSTA À LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE O TEMA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (...) A municipalização de políticas de proteção ambiental, vê-se, é medida salutar, pois atende ao critério objetivo da territorialidade, ensejando ao Poder Público o estabelecimento de medidas de controle fundadas no conhecimento da realidade local e na proximidade das questões enfrentadas. 4. Deve-se acrescentar, por fim, que o poder de polícia ambiental do município, estabelecido pela Constituição Federal (art. 23) e disciplinado pela Lei Complementar nº 140/2011, não**

poderia ser regularmente exercido sem que existisse correspondente competência para legislar sobre o tema, seja por relevante interesse local, seja como forma de suplementar as normas federais e estaduais sobre o tema, como é o caso.

**Neste sentido, convém lembrar voto divergente do E. Des. Gilberto Passos de Freitas, que, ao tratar da competência municipal para legislar sobre temas de direito ambiental neste Órgão Especial, realizou amplo levantamento doutrinário sobre o tema, ressaltando: ‘A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu expressamente no artigo 225 que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’. Quando fala em Poder Público refere-se ao Governo Federal, Estadual e Municipal. Portanto, tem os municípios obrigação de agir na defesa do meio ambiente, combatendo a poluição. Tanto é, que no artigo 23 da Magna Carta incluiu entre as matérias de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, itens relativos à proteção do meio ambiente. E se deferiu esta competência de natureza administrativa às três esferas de poder, conforme bem anota Francisco Van Acker, ‘conferiu-lhes, implicitamente, competência para legislar sobre a mesma matéria sempre que for necessário’ (O Município e o Meio Ambiente na Constituição de 1988, in Revista de Direito Ambiental, n. 1 m p. 97-98). Aliás, na lição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ‘não se deve oerder (sic) de vista que aos Municípios é atribuída a competência legislativa suplementar, determinando o art. 30, II, competir a eles suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Além disso, a competência concorrente dos Estados e supletiva dos Municípios revela-se importante porquanto aqueles e estes, em especial estes, encontram-se mais atentos e próximos aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional (Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, 2006, p. 277/278). No mesmo sentido anota Luís Paulo Sirvinskas: ‘Não há dúvidas que a competência dos Municípios, em matéria ambiental, faz-se necessária, especialmente por se tratar de seu peculiar interesse, não podendo ficar a mercê das normas estaduais e federais. Registre-se ainda que os Municípios poderão até restringir as normas estaduais e federais, tornando-as mais protetivas’ (Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, 2006, p. 277/278). Outro não é o entendimento de Paulo Bessa Antunes, para o qual**

‘Está claro que o meio ambiente está incluído entre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são os primeiros a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente’ (Direito Ambiental, Lumen Júris, RJ, 1996, p. 57). (...) Realmente, considerando-se que os Municípios detêm melhores condições para detectar as agressões ao meio ambiente e adotar com mais eficácia as medidas protetivas cabíveis, de inteira aplicação o princípio da subsidiariedade, pelo qual, segundo José de Oliveira Baracho, ‘as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas’ (O princípio da subsidiariedade, conceito e evolução, in Revista de Direito Administrativo, vol. 200, abr/jun, RJ, Renovar, 1995). 5. Entendo que não subsistem, por fim, os argumentos de que a referida legislação ofenderia iniciativa ‘reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal, unicamente por gerar à Administração Pública ônus fiscalizatório, ou que aumentaria suas despesas sem que dispor sobre prévia dotação orçamentária. O exercício do poder de polícia é atividade típica do Poder Executivo e inerente à sua atuação, sendo lícito ao Poder Legislativo Municipal impor ao Executivo local o exercício dessa função, desde que não crie programas abrangentes de fiscalização ou submeta a Administração a prazos ou cronogramas rígidos. A obrigação criada dirige-se aos particulares, não sendo criada despesa para a Administração, cuja fiscalização já está abrangida pela polícia administrativa relativa ao comércio local; as sanções criadas, ademais, não configuram irracionalidade. Dessa forma, caberá ao Executivo, segundo critérios de oportunidade e conveniência, exarar normas administrativas que, ao dar cumprimento à referida Lei, se adequem a sua estrutura fiscalizatória preexistente.’ (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0038909-63.2013.8.26.0000, Relator Designado Márcio Bártoli, J. 31.07.2013 - destaque adicionado)

Por fim, com o devido respeito, o simples fato de já existir órgão municipal com atribuições que envolvem a proteção do meio ambiente local não implica a inconstitucionalidade material da norma ora impugnada, porquanto - como já ressaltado - a Lei nº 2.830, de 24 de maio de 2012, do Município de Andradina/

SP, dispõe, principalmente, sobre objetivos para preservação ambiental, não extinguindo ou limitando eventuais atribuições de outros órgãos já existentes.

Ante o exposto, julga-se parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade do inciso XI, do art. 4º, da Lei nº 2.830, de 24 de maio de 2012, do Município de Andradina/SP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0268691-68.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BARUERI e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARUERI.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO. SUSTENTARAM ORALMENTE A ADVª. DRª. PRISCILLA OKAMOTO E O ADV. DR. JORGE HENRIQUE DE CAMPOS.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão (**Voto nº 27.536**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO (com declaração), ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e AMADO DE FARIA.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Relator

***Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Município de Barueri - artigo 41, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º (e seus incisos I e II) da Lei Complementar nº 118/02 do Município de Barueri, com redação dada pela Lei Complementar nº 185/07 – Lei que instituiu benefícios na tributação de serviços pelo imposto sobre serviços***

*de qualquer natureza (ISSQN) - Violação aos artigos 111 e 114 da Constituição Estadual, 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF e Lei Complementar Federal nº 116/03 - Inocorrência - Inteligência dos arts. 111 e 144 da Constituição do Estado que não passa de mero pano de fundo para tentar caracterizar a competência do TJSP - Art. 88 do ADCT da CF. Regramento de caráter provisório que, com a edição da LC nº 116/03 que regulamentou o artigo 156, § 3º CF, deixou de produzir seus efeitos. - Arts. 146 e 156 CF - Regulamentações relegadas a normas infraconstitucionais - Impossibilidade de análise da inconstitucionalidade em face de norma infraconstitucional - LC federal, ademais, que não estabeleceu alíquotas mínimas ao Imposto Municipal. Não se insere no âmbito do controle concentrado discussão a respeito dos critérios informadores do preço do serviço, sobre o qual deve incidir o tributo - Ação improcedente.*

## VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de São Paulo para declarar a inconstitucionalidade do artigo 41, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º (e seus incisos I e II) da Lei Complementar nº 118/02 do Município de Barueri, com redação que lhes foi dada pela Lei Complementar nº 185/07, que instituiu benefícios na tributação de serviços pelo imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

Sustenta o autor, em apertada síntese, que a norma, ao incitar a guerra fiscal e desnaturar a base de cálculo e alíquotas previstas em lei complementar, teria afrontado os artigos 111 e 114 da Constituição Estadual e 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Republicana, bem como a Lei Complementar Federal nº 116/03.

A liminar foi indeferida.

Informações do Sr. Prefeito às fls. 36/58. O Presidente da Câmara Municipal não apresentou informações (fls. 171).

Manifestação da Fazenda Estadual às fls. 167/170.

A DD. Procuradoria de Justiça se manifestou pela procedência da ação (fls. 173/179).

É o relatório.

O Prefeito do Município de São Paulo pretende que seja declarada a

inconstitucionalidade do artigo 41, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, e 9º, e seus incisos I e II, da Lei Complementar 118/02, do Município de Barueri, em face de redação dada pela Lei Complementar 185/07, sustentando que teria havido violação aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustenta que o ISSQN, de competência constitucional, conta com sistemática assemelhada ao do ICMS, o que limitaria a autonomia dos Municípios a fim de evitar a prática, por parte de entes estatais, de medidas fiscais predatórias com o intuito de atrair para seu território a realização de investimentos privados, acarretando redução de receitas fiscais.

Aduz que, exatamente por isso, haveria previsão de limitações na Constituição Federal (art. 146, III, “a”) e, ainda, de fixação de alíquotas máximas e mínimas, através de Lei Complementar (art. 156, § 3º, incisos I e III).

Acrescenta que a Lei Complementar 116/2003, editada à luz do previsto no mencionado artigo 156, § 3º da Constituição Federal, teria fixado a alíquota máxima em 5% e que, para atender ao artigo 146, III, “a”, da mesma Carta, teria estabelecido que o cálculo do imposto seria o preço do serviço, “*sem nada especificar quanto a possíveis deduções, pelo que se passou a entender, em outras palavras, que a base do cálculo do ISS se confunde com a receita bruta do serviço prestado.*”

Afirmado que, em face da omissão da citada Lei Complementar, prevaleceria o contido no artigo 88 do Ato das Disposições Transitórias que teria fixado, para alguns poucos serviços, a alíquota mínima de 2%, vedando a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais que poderiam importar, direta ou indiretamente, na redução de tal alíquota.

O que se verifica, *prima facie*, é que pretende o Autor o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei do Município de Barueri, no tocante ao artigo e parágrafos mencionados, por violação ao artigo 88 da ADCT.

A invocação aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado não passa de mero pano de fundo, para tentar caracterizar a competência deste Tribunal e a possibilidade de se apreciar, na forma concentrada, a tese esposada.

O artigo 111 da Carta Paulista estabelece que “*a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*”

E não aponta a inicial no que teria especificamente a norma Municipal ferido tal dispositivo que, aliás, elenca princípios contidos no artigo 37 da Carta Federal, cuja função é a de dar unidade e coerência ao Direito Administrativo, ditando o comportamento a ser observado pelo administrador. De se ressaltar, que o objetivo é o de beneficiar os interesses da coletividade como um todo, desiderato principal de toda atividade administrativa, evitando que os agentes

públicos ajam com liberdade irrestrita, sem observância das normas especificadas em lei, contra a coletividade, desviando-se do interesse coletivo.

Por outro lado, o artigo 144 da Constituição deste Estado, estabelece que *“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.”*

Não se desconhece precedentes do Órgão Especial deste Tribunal, no sentido da possibilidade do exame de constitucionalidade de norma municipal tendo como parâmetro estritamente o artigo 144 da Constituição do Estado.

Conquanto divirja de tal entendimento, uma vez que a regra em testilha se refere a princípios contidos na Constituição Federal e não a seus regramentos ou a dispositivos de natureza transitória, como é o caso dos autos, tal questão resta secundária, na medida em que o artigo 88 invocado não mais vigora.

A Emenda Constitucional 37, de 12 de junho de 2002, introduziu no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, o mencionado artigo 88, nos seguintes termos: *“enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III, do § 3º, do artigo 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se refere os itens 32, 33 e 34 da lista de serviço anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I”*.

Como a própria inicial reconhece e afirma que a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, publicada no D.O.U. de 01.08.2003, que dispôs sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, regulamentou o artigo 156, § 3º, da Carta Magna, é óbvia a conclusão de que não mais prevalecem os provisórios regramentos do artigo 88 da ADCT.

O Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, como ressalta WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, in COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988, JULEX LIVROS, 1ª edição, 1989, 3º volume, pps. 1187: *“(...) têm prazo certo de realização, ao contrário das normas constitucionais propriamente ditas, que são permanentes e inalteráveis até a reforma ou a emendabilidade. Nelas reúnem-se providências, decisões que não teriam, por sua espécie transitória, lugar e oportunidade entre os preceitos da Constituição. Fundamentalmente, o Ato das Disposições Transitórias contém normas de caráter não permanente, destinadas a conciliar, no período de transição, algumas regras respeitáveis do regime anterior com as do novo regime. As normas que compõem o Ato das Disposições Transitórias não*

*deveriam criar direitos posteriormente ao período de transição, nem devem ser invocadas na interpretação do texto propriamente dito. Realizados os fatos nelas previstos, essas normas são como se não mais existissem; não poderão ser aplicadas aos fatos supervenientes.”*

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, Malheiros Editores, São Paulo, 5ª edição, 1998, pps. 204 e ss., no mesmo sentido, realça que *“as disposições transitórias reúnem conjunto de normas, em geral separado do corpo da Constituição (como na CF de 1946 e na vigente), com numeração própria de artigos, que é de melhor técnica, pois trata-se de “regular e resolver problemas e situações de caráter transitório, geralmente ligados à passagem de uma ordem constitucional a outra”.*

E prossegue: *“As normas das disposições transitórias fazem parte integrante da Constituição. Tendo sido elaboradas e promulgadas pelo constituinte, revestem-se do mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição. Mas seu caráter transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser, pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação no futuro (...)”*

Na medida em que os artigos 146 e 156, da Constituição da República, mencionados na inicial, não são de eficácia plena, já que em ambos os constituintes relegaram as regulamentações a normas infraconstitucionais, não há como se falar em inconstitucionalidade, ainda mais porque não há qualquer indicação de que a lei municipal estivesse em desconformidade com os parâmetros constitucionais, devidamente regulamentados.

Como já dito, o próprio autor afirma que a Lei que complementou a Carta da República, não estabeleceu alíquotas mínimas ao Imposto Municipal, e não se insere no âmbito do controle concentrado discussão a respeito dos critérios informadores do preço do serviço, sobre o qual deve incidir o tributo.

Ademais, parece razoável entender-se, como lançado no Parecer colacionado aos autos, que *“o conceito de preço do serviço não se confunde, nem pode compreender, todo o conjunto de entradas de caixa que venham a ocorrer no curso das atividades desempenhadas pelos contribuintes, na medida em que estas se revestem de distintos fundamentos de origem, cada qual sujeita a apreciação própria.”*

E é igualmente razoável, como bem anotado às fls. 98, sustentar-se que *“(...) o precitado art. 41, com seus parágrafos, da Lei Complementar nº 118/2002 (com a redação dada pela Lei Complementar nº 185/2007), do Município de Barueri, não entra em testilha seja com o art. 146, III, a, da Constituição Federal, seja com o art. 7ª, da Lei Complementar nº 116/2003”* ,

tendo em vista que “positivamente, a base de cálculo do ISS não pode albergar todas as entradas em dinheiro nos cofres da empresa, mas, apenas, as parcelas correspondentes ao preço dos serviços propriamente ditos, por ela prestados. A matéria tributável do imposto em tela é, pois, a resultante da prestação de serviços, com a exclusão das demais entradas, ditas inorgânicas ou secundárias, originárias de atividades marginais (v.g. o valor das despesas reembolsadas), que não tipificam o resultado econômico da execução de nenhuma obrigação de fazer.”

Desta forma, como a Lei Municipal estabeleceu a alíquota mínima de 2% dos serviços prestados, não há como se sustentar a alegada inconstitucionalidade.

Em face de tais razões, pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR**

#### **(Voto nº 25.058)**

Sei que os Municípios não podem legislar em sentido diverso ao disposto no artigo 156, inciso III e § 3º, da Constituição Federal, prevendo ou alíquotas inferiores a 2% ou estipulando benefícios que, de forma direta ou indireta, acabem por, na prática, reduzir tal percentual.

Sucedee, porém, ainda que pareça, o presente caso não tem paradigma com a questão antefalada, no sentido de que, em tese, a lei em comento estaria concedendo benefício direta ou indiretamente, frustrando a norma constitucional do artigo 156, inciso III e § 3º.

Em abreviada síntese, o Município de Barueri, ao editar a Lei Complementar nº 118/2002, com redação que fora alterada pela Lei Complementar nº 185/2007, não pretendeu, de forma alguma, reduzir a base de cálculo do ISS, mas na verdade houve por bem excluir especificidades de alguns serviços prestados.

É que, a base de cálculo do ISS não pode albergar todas as entradas de dinheiro nos cofres da empresa, mas apenas parcelas correspondentes ao preço do serviço prestado propriamente dito. Nessa linha de raciocínio, as importâncias financeiras que, embora transitem pela contabilidade da empresa e não se incorporam ao seu patrimônio, devem ser excluídas da base de cálculo do aludido imposto municipal.

A Procuradora do Município Réu, ou seja, Barueri, obtemperou: “...Toma-se como exemplo o serviço prestado por uma agência de turismo. Os valores pagos pelo turista para a aquisição de passagens aéreas não configuram receita. Apenas transitam pelo seu caixa, tendo como destinatário

*final a transportadora”.*

E concluiu: *“Destarte, esses valores destinados a terceiros e que não incrementam o patrimônio do contribuinte não podem integrar a base de cálculo do ISS sob pena de se fugir ao arquétipo constitucional do ISS, vez que não são destinados a remunerar o esforço empregado pelo prestador, além de infringir o princípio da capacidade contributiva ao fazer com que a exação recaia sobre signos que não exteriorizam riqueza do contribuinte”.* (vide memoriais)

Como prelecionam os professores Roque Antônio Carrazza e Kiyoshi Harada: *“Em apertada síntese, a base de cálculo do ISS é o preço da contrapartida auferida pelo prestador do serviço, que se define no momento em que a prestação se concretiza. Assim, valores estranhos a esta remuneração (como, por exemplo, o custo dos materiais empregados na prestação do serviço) não integram - nem podem integrar a base de cálculo do ISS, porque não fazem parte do preço do serviço prestado. Se a base de cálculo do ISS levar em conta elementos estranhos à prestação do serviço realizada, ocorrerá uma descaracterização do perfil constitucional deste tributo”*<sup>1</sup>.

No parecer encartado aos autos, o acima mencionado professor Carrazza assevera que a base de cálculo do ISS não pode albergar todas as entradas de dinheiro no estabelecimento comercial, mas apenas os serviços por eles prestados. E continua o mencionado professor: *“A matéria tributável do imposto em tela é, pois, a resultante da prestação de serviços, com exclusão das demais entradas, ditas inorgânicas ou secundárias, originárias de atividades marginais (v.g., o valor das despesas reembolsadas), que não tipificam o resultado econômico da execução de nenhuma obrigação de fazer”* (Fls. 60/108)

No mesmo posicionamento ensina Aliomar Baleeiro em sua obra: *“As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos estes ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de ‘movimento de fundo’, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo”*<sup>2</sup>.

Destarte, saliente-se que nem todo o ingresso de dinheiro significa elemento novo e positivo no patrimônio da empresa, o que vale dizer que a este não se incorpora, na medida em que possui destinação preordenada. Portanto, se não acresce ao patrimônio do estabelecimento empresarial, não merece ser tributado.

1 Temas de Direito Tributário / Coordenador Kiyoshi Harada. - p. 16 - São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

2 Baleeiro, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças, Forense, Rio de Janeiro, 13ª Ed., 1981, p. 116.

E continua o professor Carrazza: “(...) *andou bem a legislação de Barueri ao prescrever deverem ser excluídos da base de cálculo ‘in concreto’ do ISS, valores econômicos que, embora transitem pela contabilidade do prestador do serviço, não se incorporam ao seu patrimônio*”.

Como se vê, a Lei Complementar Municipal em análise não concedeu nenhuma isenção, incentivo ou benefício fiscal, em matéria de ISS, que pudesse, direta ou indiretamente, ofender o artigo 156, inciso III e parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Devemos ressaltar, outrossim, que a Lei Complementar n.º 116/03, que regulamentou o artigo 88, do ADCT e o artigo 156, da Carta Magna, não estabeleceu alíquotas mínimas ao ISSQN. Com efeito, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois não há qualquer indicação que a lei municipal esteja em desconformidade com os parâmetros constitucionais vigentes.

De outra parte, como já decidiu este d. Colegiado na ADIn de relatoria do e. Des. CAMPOS MELLO, em sede de julgamento que contou com a minha participação:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS I E II DO ART. 14 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N.º 17/2005 DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, QUE INSTITUI HIPÓTESES DE DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN). INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS RELATIVOS À CONSTRUÇÃO CIVIL. OFENSA AO PACTO FEDERATIVO E AO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL NÃO CONFIGURADA. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE.”* (TJSP - ÓRGÃO ESPECIAL - ADI N.º 0520010-62.201 0.8.26.0000 - SÃO PAULO - REL. DES. CAMPOS MELLO)

Por fim, se dermos uma vista d’olhos na legislação do Município de São Paulo, que, diga-se, é o Autor da presente demanda, verificamos que a Lei n.º 14.097/05, com redação alterada pela Lei n.º 15.406/11, também estabelece que o ISS tem como fato gerador a diferença entre os valores cobrados e os repasses decorrentes dos planos relacionados com a saúde. (vide artigo 18, da Lei n.º 15.406/11)

Tal pleito exsurge contraditório, na medida em que num *no sense* “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”, a Prefeitura de São Paulo critica a legislação do município vizinho, quando o seu próprio ordenamento jurídico recita na mesma direção.

Nessa esteira, a meu aviso, o artigo 41 e seus parágrafos, da LC 118/2002, cuja redação fora alterada pela LC 185/2007, não podem ser taxados de inconstitucional.

Istoposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.  
XAVIER DE AQUINO, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0084458-96.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JACAREÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferira seguinte decisão: “JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.793)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e AMADO DE FARIA.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal n.º 5.584/2011, de Jacareí, que fixa subsídios a Vereadores. Vício de objeto. Ocorrência. Matéria que não se submete ao princípio da reserva legal. Ato de competência exclusiva do Poder Legislativo, exercitável mediante resolução. Impossibilidade de participação do Chefe do Executivo Municipal na fixação de subsídios a membros do Legislativo, pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. Art. 29, VI, da Constituição Federal e arts. 5º e 144, da Constituição Estadual. Precedentes do C. Órgão Especial e do Eg. Supremo Tribunal Federal. Ação julgada procedente.**

## VOTO

### Visto.

Trata-se de *Ação Direta de Inconstitucionalidade* proposta pelo Procurador Geral de Justiça em face da Presidência da Câmara Municipal de Jacareí e do Prefeito Municipal de Jacareí, tendo por objeto a Lei Municipal n.º 5.584, de 6 de julho de 2011 - *que regulamenta o subsídio dos membros do Poder Legislativo Municipal*.

Alega-se, essencialmente, que o ato normativo combatido está eivado de inconstitucionalidade formal, por vício de objeto, já que não se teria obedecido o instrumento correto para a fixação de subsídio a Vereadores, a resolução.

Distribuída, inicialmente, a inicial ao **Exmo. Des. Alves Bevilacqua**, a liminar foi indeferida, *f. 16*.

Vieram informes tanto da Câmara Municipal de Jacareí, como do Prefeito do Município de Jacareí, ambos a sustentar a improcedência desta ação direta (*f. 24/37 e 128/135*).

Após, a Procuradoria Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (*f. 189/190*).

Neste grau de jurisdição, registra-se parecer ministerial ilustre da douta Procuradoria Geral de Justiça, que conclui pela procedência da ação direta - *f. 198/205*.

Autos conclusos em **24.set.2013** – *f. 206*.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade **deve ser julgada procedente**, para declarar **inconstitucional** a Lei Municipal n.º 5.584, de 6 de julho de 2011, do Município de Jacareí.

Assim dispõe o ato normativo, *litteris*:

**“Art. 1º** O subsídio de Vereador da Câmara Municipal de Jacareí a partir da legislatura subsequente será fixado nos termos do art. 29, VI, alínea “d”, da Constituição Federal.

**§ 1º** Em razão do estabelecido no caput deste artigo, o valor fixado para o subsídio de Vereador da próxima legislatura corresponde nesta data a R\$ 10.021,18 (dez mil, vinte e um reais e dezoito centavos).

**§ 2º** O total da despesa com o subsídio dos vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% (cinco por cento) da receita do município, nos termos do art. 29, VII, da Constituição Federal.

**§ 3º** Sobre o subsídio incidirão o desconto previdenciário de 11% (onze por cento), calculado sobre o teto estabelecido pelo INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social, e o desconto de Imposto de Renda Retido

na Fonte.

**§ 4º** Caso qualquer dos percentuais previstos no parágrafo anterior vier a ser alterado, o desconto previsto será automaticamente aplicado.

**Art. 2º** O Vereador fará jus ao subsídio total se comparecer às sessões e participar integralmente dos trabalhos da Ordem do Dia.

**Parágrafo único.** O valor de cada sessão ordinária será obtido dividindo-se o valor do subsídio pelo número das sessões que forem realizadas mensalmente.

**Art. 3º** O Vereador licenciado por moléstia devidamente comprovada ou para desempenhar missões temporárias de caráter cultural ou de interesse do Município terá direito ao subsídio integral.

**Parágrafo único.** O Vereador licenciado para tratar de interesses particulares não terá direito ao recebimento do subsídio.

**Art. 4º** O Vereador que não comparecer às sessões legalmente remuneradas sofrerá desconto correspondente às suas faltas.

**§ 1º** As faltas às sessões poderão ser justificadas e o subsídio deverá ser pago quando, comprovadamente, o Vereador deixar de comparecer por estar representando oficialmente o Legislativo em atos externos ou nos casos de doença, mediante apresentação de atestado médico que deverá instruir requerimento dirigido ao Presidente da Câmara, no prazo de 5 (cinco) dias.

**§ 2º** Quando o Vereador estiver representando oficialmente o Legislativo, sua ausência será justificada pelo Presidente da Câmara em sessão, constando da ata o seu registro.

**Art. 5º** Na convocação da Câmara nos recessos legislativos regimentalmente previstos é vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.

**Art. 6º** As despesas decorrentes com a execução da presente Lei correrão por conta de dotação própria consignada no orçamento vigente, suplementada se necessário for.

**Art. 7º** Esta Lei entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2013, podendo ser prorrogada enquanto permanecer a regra constitucional prevista no Art. 1º.

**Art. 8º** Revogam-se as disposições em contrário”.

**Inicialmente, é de se destacar que se está a tratar aqui de norma que fixa subsídio a Vereadores, não de lei que concede revisão geral anual a estes agentes políticos - e sobre a qual recaem substanciais divergências neste C. Órgão Especial.**

Pois bem.

Pretexta-se a inconstitucionalidade formal da norma de Jacareí, por **vício de objeto/procedimento**, já que a matéria tratada naquele ato normativo - **basicamente, fixação de subsídio a Vereadores** -, deveria ser estabelecida por resolução, não por lei em sentido formal.

**Com plena razão**, respeitosamente.

A norma municipal de Jacareí, em verdade, está a contrariar os artigos 5º e 144, ambos da Constituição Estadual<sup>1</sup>.

Isso porque foi ela criada por lei em sentido estrito, a partir de iniciativa parlamentar, **com participação ativa do Executivo**, quando, em verdade, **competiria tão só ao Legislativo local**, isoladamente e por meio de resolução, editar norma que viesse a tratar a questão, com total autonomia e independência.

Desde a edição da Emenda Constitucional n.º 25/00, o subsídio dos Vereadores não mais é submetido ao princípio da reserva legal, posto que pode e deve ser alterado pela própria Câmara, por ato de competência exclusiva, via resolução.

Tal conclusão é extraída a partir da análise comparativa entre o texto constitucional vigente e o anterior, cuja redação era da EC n.º 19/98.

Veja-se.

Assim estabelecia o art. 29, VI, em redação dada pela EC n.º 19/98:

*“subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõe os arts. 29, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.*

A Constituição Federal foi alterada, no entanto e como se disse, pela EC n.º 25/00, que assim dispõe atualmente:

*“O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites.”*

Ou seja.

Conquanto antes se exigia lei, agora exige-se fixação pela própria Casa Legislativa, mediante ato oriundo de competência exclusiva, observado, no entanto, que tal ato será vigente apenas na legislatura subsequente.<sup>2</sup>

1 Art. 5º, da Constituição Estadual - “São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Art. 144, da Constituição Estadual - “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”.

2 Neste sentido, voto n.º 21.985 do e. Des. Artur Marques da Silva Filho, ADI n.º 0086471-39.2011.8.26.0000.

Como se posiciona o eminente **Desembargador Walter de Almeida Guilherme**:

*“Há nítida ofensa à iniciativa das Câmaras Municipais estabelecer em lei subsídio dos Vereadores. A matéria não se enquadra no princípio da reserva legal, pois, havendo determinação constitucional de que a fixação do subsídio cabe à Câmara, esta o fará por resolução, espécie normativa integrante do processo legislativo, prevista no art. 59, VII, da Constituição Federal, descabendo delegação. Nas matérias de sua competência privativa - e esta é uma delas -, as Casas Legislativas deliberam por resolução. Não poderia, pois, lei fixar os subsídios dos Vereadores, sob pena de violação da autonomia do Poder Legislativo local e, por conseguinte, da independência e harmonia dos Poderes, vedada a delegação, princípio esse que se impõe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, **Órgão Especial, r. Des. Walter de Almeida Guilherme, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 0194030-55.2011.8.26.0000, j. 04.04.2012, por maioria**).*

Usurpa-se invariavelmente, então, competência exclusiva do Legislativo Municipal, ao permitir que o Executivo invada atribuições que deveria tocar unicamente, por força constitucional estadual e federal, a esfera de Poder diverso.

Dai a ofensa ao **Princípio da separação dos poderes**, a gerar, por aqui, a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Importa, esta a verdade e contrariamente ao sustentado pela Câmara Municipal de Jacareí, se há ou não previsão na Lei Orgânica determinando que a fixação de subsídios a Vereadores se dará através de lei.

**A uma porque** o Município se submete às regras estabelecidas nas Constituições Federal e Estadual.

**A duas porque** permitir a participação do Chefe do Executivo Municipal em ato de fixação de subsídios a Vereadores ocasionaria, em verdade e como se disse, ofensa ao princípio da separação e harmonia de poderes.

Como, aliás, já decidiu a **C. Corte Suprema**:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VEREADORES. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. OFENSA AO ART. 29, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INEXISTÊNCIA. 1. A norma municipal foi declarada inconstitucional pelo órgão especial do TJ/SP, por violação aos arts. 144 da Constituição do Estado de São Paulo. 2. A fixação*

dos subsídios de vereadores é de competência exclusiva da Câmara Municipal, a qual deve respeitar as prescrições estabelecidas na Lei Orgânica Municipal, na Constituição do respectivo Estado, bem como na Constituição Federal. 3. Permaneceu inatacado, nas razões recursais, fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (**Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 494.253/SP, r. Min. Ellen Gracie, j. 22.02.2011**).

Na mesma esteira, este **C. Órgão Especial**:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal n. 4.033-A/2004, que dispõe sobre os subsídios dos agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo do Município de Catanduva para legislatura 2005/2008 e dá outras providências - Impossibilidade de lei fixar os subsídios dos Vereadores, sob pena de violação da autonomia do Poder Legislativo local e, por conseguinte, da independência e harmonia dos Poderes, vedada a delegação - Fixação que deveria se dar por resolução do Legislativo - Afronta aos arts. 5º e 144 da CE - Ação procedente. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, r. Des. Paulo Travain, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 165.637-0/1-00, j. 20.05.2009).*

Exatamente como aqui.

Donde ser imperiosa a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Respeitosamente.

**POSTO, julga-se procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º 5.584, de 6 de julho de 2011, do Município de Jacareí.**

## Incidentes de Inconstitucionalidade

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0057105- 81.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiáí, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: **(Voto nº 37.927)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: “CONHECERAM EM PARTE A ARGUIÇÃO E JULGARAM IMPROCEDENTE NA PARTE CONHECIDA. V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAETANO LAGRASTA, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, LUIZ ANTONIO DE GODOY e MÁRCIO BÁRTOLI.

São Paulo, 24 de julho de 2013.

GUERRIERI REZENDE, Relator

**Ementa: “ I - Arguição de inconstitucionalidade. Artigos 1182, § 1º, do Código de Processo Civil e artigo 1770, do Código Civil. Possibilidade ou não do Ministério Público atuar como defensor de interditando à luz das suas atribuições fixadas pela Constituição Federal.**

**II - Artigo 1182, §1º, do CPC. Não conhecimento. O dispositivo legal é anterior à Constituição da República de 1988. Declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade. Incompatibilidade entre o direito préconstitucional e a Constituição vigente que deve ser dirimido à luz do princípio “*lex posterior derogat priori*”. Precedentes deste colendo Órgão Especial.**

**III - No que tange ao art. I 770. do CC. Apreciação. Não há dúvida de que o Ministério Público deve efetivamente atuar nos casos de interdição. Porém, não compete ao Ministério Público funcionar como curador especial em favor do interditando. A questão é objeto de enunciado pela Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo, bem como decisão da em sede de recusa de interdição. O dispositivo legal deve ser compreendido adequadamente. Inteligência do art. 4º inciso VI, da LC 80/94 e do art. 5 inciso VIII da LC 988/ 2006.**

**IV - Improcede a arguição, na parte conhecida.”**

## VOTO

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do artigo 1.770 do Código Civil e art. 1.182, § 1º do Código de Processo Civil, suscitado pela colenda 6º Câmara de Direito Privado, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0070916- 45.2012.8.26.0000, tirado nos autos de ação de interdição contra decisão que determinou a citação do interditando para impugnar o pedido e apresentar quesitos e não apresentada a impugnação, que a PGE nomeasse curador especial. A questão objeto do recurso cinge-se a questão na possibilidade ou não do Ministério Público atuar como defensor de interditando à luz das suas atribuições fixadas pela Constituição Federal.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de não reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas sim dar a ela a correta interpretação, à luz dos artigos 129, IX e 134, da Constituição Federal.

É o relatório.

2. De proemio, não se conhece do incidente de inconstitucionalidade quanto ao artigo 1182, § 1º, do Código de Processo Civil.

Isso porque, considerando que a Constituição Federal e a Constituição Bandeirante foram promulgadas após a vigência da norma ora combatida. A doutrina e jurisprudência pacificaram entendimento no sentido de não admitir o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei anterior à Carta Magna, “o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao Supremo Tribunal Federal, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia aplicação do princípio ‘Lex posterior derogat priori’ e não de um exame de constitucionalidade” (Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Controle concentrado de constitucionalidade, Saraiva, 2ª. Ed., 2005, p. 181-182).

Ensina Luiz Roberto Barroso: “No direito brasileiro, as relações entre uma nova Constituição (ou uma emenda constitucional) e o direito infraconstitucional preexistente regem-se por duas regras. A primeira: toda a legislação ordinária anterior, naquilo em que for compatível com a nova ordem constitucional, subsiste validamente e continua em vigor, ainda que com um novo fundamento de validade. Segunda: toda a normatização infraconstitucional preexistente incompatível com a Constituição fica automaticamente revogada. Portanto, entre nós, o contraste entre a nova Constituição e o direito anterior se coloca no plano da vigência e não da validade das normas.

*À vista de tais premissas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, de longa data, o entendimento de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o direito pré-constitucional. De fato a incompatibilidade conduz à revogação - isto é, à perda de vigência - e se a declaração abstrata de inconstitucionalidade visa a retirar norma impugnada do sistema jurídico, não haveria sentido admitir uma ação direta destinada a retirar do ordenamento uma norma que já não o integra”.<sup>1</sup>*

Destarte, fica afastada a tese da inconstitucionalidade superveniente, sendo certo que as normas inferiores, anteriores e incompatíveis com a Constituição estão revogadas, não cabendo ação direta de inconstitucionalidade em face de leis anteriores à Constituição e os efeitos são de revogação, não havendo necessidade de ‘quorum’ especial para tanto (art. 97, CF). Assim, não cabendo a ação direta de inconstitucionalidade, conseqüentemente, descabe o incidente de inconstitucionalidade.

Em tal sentido, já decidiu esta Colenda Corte de Justiça:

*“Incidente de inconstitucionalidade - Lei municipal anterior a emenda constitucional n. 20/98 - Declaração de inconstitucionalidade - Impossibilidade. Tratando-se de norma anterior à Constituição Federal, dirime-se a incompatibilidade por meio do princípio “lex posterior derogat prior”. Norma revogada. Determinação de retorno à Câmara suscitante. Incidente não conhecido.”* (Arguição de inconstitucionalidade n. 0343592-75.2010.8.26.0000 - rel. Des. Roberto Mac Cracken- j. 23.02.11 ).

*“Incidente de inconstitucionalidade - Inadmissibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição Federal de 1988 - Normas legais incompatíveis estão revogadas - Doutrina e jurisprudência - Determinado o retorno à Câmara suscitante - Incidente não conhecido”* (Incidente de inconstitucionalidade n. 990.10.098739-9- rel. Des. Sousa Lima- j. 04.08.10)

*“Incidente de inconstitucionalidade. Lei complementar Estadual n. 180/78 em face da Constituição da República de 1988. Colisão entre o direito pré-constitucional e a atual Carta Magna – Análise da ocorrência da recepção da citada lei em face desta. Impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição. Não conhecimento da arguição, determinando-se o retorno dos autos à Sétima Câmara de Direito Público para apreciação da causa, nos termos do artigo 658, parágrafo 1º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.”* (Incidente de inconstitucionalidade n. 169.921-0/7-00- rel. Des. Reis Kuntz- j. 03.12.08)

1 O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 327 e 328.

3. De outra banda, não comporta acolhida a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1770, do Código Civil que dispõe:

*“Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suporte incapaz: nos demais casos o Ministério Público será o defensor”.*

Quanto ao citado dispositivo ter sido recepcionado pela Constituição Federal, primeiramente, é de ser observado, que o Ministério Público tem suas atribuições constitucionais prefixadas nos artigos 127 e 129 e incisos da Carta Magna. O “*parquet*”, a teor do artigo 127, da Constituição da República, é incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, norma complementada e explicitada pelo artigo 129 da Carta Magna, com a inserção da atribuição da proteção de interesses difusos e coletivos.

*In casu*, a fim de verificar se necessária a intervenção do Ministério Público, não basta a interpretação literal do Código de Processo Civil ou a legislação extravagante, e imprescindível verificar se presentes os interesses que legitimem a atuação, nos termos dos artigos 127 e 129, da Carta Federal e do artigo 82, do Código de Processo Civil, além de que se desenvolva em conformidade com o novo perfil institucional.

Nesse sentido, acolho o ilustrado parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça:

“Essa é a adequada compreensão, em perspectiva moderna, da afirmação doutrinária de que a atuação do Ministério Público como *custos legis* é ditada pela lei (cf. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, O Ministério Público no processo civil e penal, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.12), desde que identificado o interesse público qualificado pela natureza da lide ou qualidade das partes (cf. Hugo Nigro Mazzilli, Regime jurídico do Ministério Público, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p.559).

Não há dúvida de que o Ministério Público deve efetivamente atuar nos casos de interdição. Contudo, o encargo de funcionar como curador especial em favor do interditando não lhe compete.

A questão já foi inclusive objeto de Enunciado pela Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo, bem como de decisão pela Procuradoria Geral de Justiça, em sede de recusa de intervenção, a saber:

Enunciado nº 1 *“Nomeação de Curador Especial em favor de interditando. Encargo que não se insere dentre as atribuições do MP desde o advento da Constituição Federal de 1988. Atuação do Parquet que deve limitar-se à intervenção como custos legis.”*

*“Recusa de intervenção. Processo de interdição. Determinação judicial no sentido de que o órgão ministerial interveniente assumira a*

*defesa do interditando. Promotor de Justiça que oficia como fiscal da lei, e se nega a assumir a representação judicial do requerido. Recusa da intervenção. Inexistência. Divergência que diz respeito à qualidade (modo de intervir) da intervenção, e não quanto a esta. Perfil constitucional do Ministério Público. Releitura dos dispositivos aplicáveis à espécie (art. 1770 do CC/02) e art. 1182, §1º do CPC). Atuação do parquet que deve limitar-se à intervenção como custos legis” (Processo nº 189.01.2008.009876-9 – 2ª Vara Cível de Fernandópolis- Pedido de Interdição).*

(.....)

é oportuno recordar que o Código de Processo Civil prevê a nomeação de curador especial (curador ad litem) nos casos de incapaz sem representante legal, de colisão entre os interesses do incapaz e os de seu representante legal, bem como nos casos de réu preso e de revel citado com hora certa ou por edital (art. 9 e incisos).

Além disso, o parágrafo único do referido art. 9º do Código de Processo Civil estabelece que *“nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”*.

Ocorre que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal nº 80/94), que tratou não só de organizar a Defensoria Pública da União, mas também de estabelecer normas gerais de organização das Defensorias Públicas dos Estados (nos termos prescritos pelo art. 134, § 1º, da CR-88), outorgou aos defensores públicos a função de curador especial (ou seja, a substituição processual) naquelas hipóteses previstas no art. 9º do Código de Processo Civil, às quais se assemelha, por identidade de razões, a representação judicial dos interesses do requerido no processo de interdição.

Nesse sentido, estabelece o art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar nº 80/94 que é função do Defensor Público *“atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei”*.

Do mesmo modo, no Estado de São Paulo a Lei Complementar 988/2006, Lei Orgânica Estadual da Defensoria Pública, prevê, entre suas funções institucionais, a de *“atuar como Curador Especial nos casos previstos em lei”* (art. 5º, inciso VIII).”

4. A matéria em questão foi enfrentada pelo C. Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra e. Ministro Joaquim Barbosa, na Reclamação nº 14094/SP, j. 14.09.2012:

*“A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Para caracterização da ofensa ao art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de Plenário (full bench) para declaração de inconstitucionalidade,*

*é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição. Transcrevo, nesse sentido, a ementa do acórdão proferido no julgamento da Rcl 6.944, rel. min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 13.08.2010 (grifei):*

**RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE N. 10. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEI N. 9.032/95. DECISÃO DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLENÁRIO. RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO CONFIGURADO O DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

1. *A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, apenas por isso, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.*

2. *Para caracterização da contrariedade à súmula vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal, é necessário que a decisão fundamente-se na incompatibilidade entre a norma legal tomada como base dos argumentos expostos na ação e a Constituição.*

3. *O Superior Tribunal de Justiça não declarou a inconstitucionalidade ou afastou a incidência dos arts. 273, § 2º e 475-o, do Código de Processo Civil e do art. 115, da Lei n. 8.213/91, restringindo-se a considerá-los inaplicáveis ao caso.*

4. *Reclamação julgada improcedente.*

*No caso concreto, não me parece que tenha havido burla à reserva de Plenário. Em verdade, o voto proferido pelo desembargador relator do acórdão reclamado salientou a necessidade de observar de maneira satisfatória os direitos do **interditando**, especialmente o direito ao contraditório e à ampla defesa. Leio: Segundo o entendimento aqui manifestado, merece acolhimento o parecer da digna Procuradoria Geral de Justiça, sendo o caso de anular-se o processo.*

*Inicialmente e apenas para tecer considerações sobre o tema, observa-se que, a teor do que dispõe o artigo 129, IX da Constituição da República, é vedado ao **Ministério Público** o exercício da representação processual, razão pela qual pode se considerar como **não recepcionado o artigo 1.182, §1º, do Código de Processo Civil, pela Constituição Federal.***

**Assim e em processos de interdição o órgão do parquet funciona como fiscal da lei, sendo de rigor a nomeação de advogado para defender o interditando, como seu curador especial.**

*A esse respeito, valiosa a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A lei processual pressupõe que o interesse público preponderante, no caso, é o do interditando, no sentido de não ser privado da*

regência de sua pessoa e bens (direitos fundamentais seus). O posicionamento do MP, como **fiscal da lei**, deve ser no sentido de produzir todas as provas necessárias para que se preserve esse interesse. Na medida em que vai formando convicção no decorrer do processo, nada impede que opine em favor da interdição. Deve o órgão do MP, contudo, ter a cautela de requerer ao juiz sempre a nomeação de defensor ao **interditando**, sob pena de nulidade, pelas razões a seguir expostas. Entendemos revogado o contido no CPC 1182 § 2º. O juiz dará advogado sempre ao **interditando**, quando este ou parente seu (CPC 1182 § 3º) não o tenha constituído. As razões são as que seguem: a) a CF 5º LV garante aos litigantes em processo judicial e administrativo ampla defesa: b) a nova fisionomia jurídica do MP (CF 127 e 129) impede que seus integrantes façam a representação judicial da parte ou do interessado (CF 129 IX): c) é indispensável a nomeação de advogado ao réu ou interessado como órgão essencial à administração da justiça (CF 133): d) é obrigatória a prestação de assistência jurídica (e não meramente judiciária) aos necessitados (CF 5 LXXIV e 134):

e) é grave a medida que o procedimento visa impor ao **interditando**, limitando seus direitos fundamentais”.

Desse entendimento não discrepa Antonio Carlos Marcato, para quem: “A primeira parte do § 1º do artigo 1.182 do CPC foi derogada. não sendo mais admissível ao **Ministério Público**, como já foi afirmado anteriormente, a representação judicial da parte ou do interessado (CF 129, IX, in fine). Consequentemente, a representação judicial do interditando caberá ao curador nomeado pelo juiz, sendo ele próprio advogado (v. art. 1.179): caso contrário, será necessária a constituição de patrono ao **interditando**, por iniciativa sua, de parente ou nomeação pelo juiz, seja porque o advogado é indispensável à administração da justiça (CF, art. 133), seja em atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa (idem, art. 5º, LV)”.

Nesse sentido, já se decidiu no Colendo Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal: “Incapaz - Curador especial - **Ministério Público** - Art. 9º parágrafo único do Código de Processo Civil. A representação judicial dos incapazes não é de ser exercida por membro do **Ministério Público**, salvo se existir norma local nesse sentido. Em processos em que figurem pessoas incapazes, a atuação do **Ministério Público** só é obrigatória como **fiscal da lei** (art. 82, II, do CPC) (REsp 67278 /SP Rei. Min. Eduardo Ribeiro 3ª Turma j. 30/09/1999 pub. DJ 17.12.1999 p. 350) INTERDIÇÃO. Curador especial. Nomeação. Necessidade Artigo 1.182, § 1º, primeira parte, do Código de Processo Civil, não recepcionado pela Constituição da República de 1988 Ilegitimidade do **Ministério Público** para e exercer a representação do **interditando** Inteligência dos artigos 127, e 129 da referida Carta Magna Recurso provido JTJ 252/298.

Assim, de rigor a nomeação de curador ao **interditando**, o qual prestigiará

seu interesse.

Verifico, portanto, que o fundamento da decisão reclamada não foi a suposta inconstitucionalidade da norma prevista no § 1º do art. 1.182 do CPC, mas a conclusão de que os interesses do **interditando** só podem ser adequadamente contemplados com a designação de curador próprio, não cabendo afirmar a suficiência da atuação do **Ministério Público** para esse fim.

Tal premissa integrou a fundamentação da decisão monocrática proferida pelo min. Eros Grau no RE 444.652, na qual Sua Excelência negou seguimento àquele recurso extraordinário (grifei):

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo **Ministério Público** do Estado do Paraná contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, assim ementada (fls. 71): “AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERDIÇÃO - FEITO - NULIDADE- DEFENSOR NOMEADO- **MINISTÉRIO PÚBLICO** INTERVENÇÃO - RECURSO- PROVIMENTO. Se a contestação não vier por parte do curador à lide deve o juiz substituí-lo através de nova nomeação, não podendo o processo de interdição dela prescindir. Cabe ao **Ministério Público** a atuação precípua de defender a ordem jurídica e o bem comum, sem compromisso com as partes envolvidas na relação processual. Observância dos arts. 1.182 e parágrafos do Código de Processo Civil. Recurso. Provimento.” 2. Aduz o recorrente violação dos artigos 127 e 129, IX, da Constituição do Brasil. 3. Verifica-se que a atribuição ora pleiteada pelo **Ministério Público** --- atuar como curador em processo de interdição --- não encontra previsão constitucional, estando elencada tão somente na Lei Orgânica daquela instituição (artigo 5º, III, “e”, da LC n. 75/93). 4. Observa-se, assim, que para dissentir do aresto recorrido seria necessária a análise da matéria infraconstitucional que disciplina a espécie. Eventual ofensa à Constituição somente se daria de forma indireta, circunstância que impede a admissão do extraordinário (RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 2.8.96; AI n. 157.906-AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 9.12.94; AI n. 145.680-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 30.4.93). Ante o exposto, com fundamento no artigo 21, § 1º do RISTF, nego seguimento ao recurso.

Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido. Fica prejudicada a análise do pedido de medida liminar.” (g.n.)

**5.** Deve, portanto, o Ministério Público intervir nos processos de interdição como **fiscal de lei**.

**6.** Com base em tais fundamentos, **na parte conhecida, em julga-se improcedente a arguição de inconstitucionalidade.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade 0001407-90.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (**Voto nº 27.462 – Órgão Especial**).

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U.**”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ALVES BEVILACQUA, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAETANO LAGRATA, PÉRICLES PIZA, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, MÁRCIO BÁRTOLI, AMADO DE FARIA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 8 de maio de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa: Arguição de Inconstitucionalidade. Inciso I da Portaria nº 4, de 7 de março de 2012, expedida pelo MM. Juiz de Direito Diretor do Fórum de Monte Mor. Ato que limita vista dos autos em balcão a cinco processos por vez. Pretendido reconhecimento de inconstitucionalidade, por ofensa ao livre acesso à jurisdição, ao exercício da advocacia e à ampla defesa. Ocorrência. Possibilidade não rara de advogado da comarca ser intimado a se manifestar em número maior que o previsto na Portaria. Proibição que dificulta acompanhamento regular de outros processos confiados ao advogado. Norma, ademais, que fere reflexamente o direito da parte representada. Limitação desarrazoada, enfim. Incidente precedente, para declarar a inconstitucionalidade do Inciso I da Portaria nº 4, de 7 de março de 2012, do Comarca de Monte Mor.**

**VOTO**

**Vistos.**

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela C. 12ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator o eminente **Des. Ribeiro de Paula**, tendo por objeto o inciso I da Portaria nº 4, de 7 de março de 2012, que limita vista dos autos a cinco processos por vez.

Sustenta-se no brilhante Acórdão a inconstitucionalidade material do ato normativo, por ofensa ao livre acesso à jurisdição e ao exercício da advocacia, função essencial à administração da Justiça.

Autos distribuídos (f 47), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo acolhimento do incidente- f. 50/56.

Autos conclusos aos **03.abr.2013** – f. 57.

É o relatório.

**Merece acolhida** a presente arguição de inconstitucionalidade, para **declarar inconstitucional o inciso I da Portaria n.0 4, de 7 de março de 2012.**

Assim dispõe a Portaria combatida, *litteris*:

*“O Dr. Gustavo Nardi, MM Juiz de Direito Diretor do Fórum da Comarca de Monte Mor, usando das atribuições que lhes são conferidas por lei,*

...

*Resolve:*

*I - Limitar ao número de cinco (05) a vista dos autos por advogado ou estagiário, por vez.”*

Pois bem.

Pretexta-se a inconstitucionalidade do citado dispositivo, por ofensa ao livre acesso à jurisdição, ao exercício da advocacia e à ampla defesa, além de violar, de igual, disposições legais contidas no Estatuto da Advocacia e no Código de Processo Civil.

**E assim pode ser entendido**, respeitosamente.

Muito embora editada para o fim de melhor organizar os trabalhos cartorários, a Portaria viola reflexamente prerrogativas do advogado, indispensável à administração da justiça (Constituição Federal, art. 133), dentre as quais a de examinar os autos de processos findos ou em andamento, em trâmite perante o Poder Judiciário.

Como se sabe, e consoante dispõe o art. 7º da Lei 8.906/94, o causídico ostenta como prerrogativa o direito de *“vista de processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais”*.

Malgrado não seja absoluto tal direito, eventuais restrições a ele apenas

devem ser criadas e aceitas quando razoáveis e proporcionais ao fim a que se destinam.

O que aqui **inocorre**, *data venia*.

Dês que, não raro, é perfeitamente possível ser o advogado intimado a se manifestar em maior número do que aquele permitido pela Portaria judicial - tudo depende da quantidade de processos em nome do patrono.

Ademais, nada obsta a que o advogado, por absoluta prudência e ainda que ausente publicação na imprensa, consulte e acompanhe regular e esporadicamente o andamento de outros processos que lhe foram confiados por seus clientes.

Limitar vista de autos, ainda que com fundamento na busca do melhor “atendimento em balcão” é, com todo respeito, restringir o livre direito de trabalho ao advogado, além de também e em consequência ferir o próprio direito da parte representada, que terá, no mínimo, possibilidade de ver sua defesa deficiente, em razão da falta de acesso a informações constantes dos autos.

Como afirma a **d. Procuradoria de Justiça** oficiante:

*“...verifica-se que a Portaria em estudo além de criar empecilhos ao exercício do advogado, em desalinho com o Estatuto da Advocacia, do Código de Processo Civil e com os princípios basilares pronunciados pelo v. acórdão (arts. 5º, XXXV, e 133, da Constituição Federal), mormente no que tange à indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Acaba por malferir o direito individual do cidadão à amplitude de defesa estabelecido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal” (f. 55)*

Em hipóteses análogas, já se manifestou o **Colendo Superior Tribunal de Justiça** no mesmo sentido que aqui se propõe:

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PROIBIÇÃO DE RETIRADA DOS AUTOS DE CARTÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. SÚMULA 267/STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AB ORIGINE.**

*1. Writ impetrado para atacar decisão de Juíza de Direito, que impediu os impetrantes, advogados da empresa executada, de retirar de Cartório os autos da execução de título extrajudicial movida em face da sua cliente.*

...

*4. Contudo, na hipótese sub examine, a proibição de retirada dos autos pelos advogados da empresa executada causou gravame à parte, na medida em que suprimiu direito constitucional elevado à garantia de cláusula pétrea consubstanciado no direito de defesa. (Superior Tribunal*

**de Justiça, Primeira Turma, r. Min. Luiz Fux, RMS nº 18692/SP, j, 20.10.2005, v.u.)**

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS FORA DA REPARTIÇÃO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. LEI N.8. 906/94. 1. Segundo disposto no art. 7º, XV, da Lei n. 8. 906/94, é direito do advogado retirar os autos judiciais ou administrativos das repartições competentes pelos prazos legais. Precedentes: REsp 167.538/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, DJ de 14/09/1998 p. 16; RMS 11085/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 02/04/2001 p. 312. 2. Recurso especial não provido”.* **(Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, r. Min. Mauro Campbell Marques, REsp n.0 833583/MG, j. 08.06.2010, v.u.)**

Também sobre a impossibilidade de se proibir acesso aos autos pelo advogado, a **doutrina:**

*“Advogado. Retirada de autos. Ampla defesa. Processo administrativo fiscal. A proibição de retirada dos autos de procedimento administrativo do recinto da repartição fiscal, por advogado constituído por quem está sendo objeto da ação fiscal, sob o fundamento de que a negativa se estriba em norma regulamentar (D 33118/91 617), atenta contra a garantia de que cuida a CF 5ª LV, como também contra a L 4215/63 (ex- EOAB) 89 XVII. Disposições regulamentares não podem invadir o campo da reserva legal, motivo pelo qual a recusa da autoridade impetrada se mostrou ilegal, ensejando a concessão da segurança (JTJ 160/9 “apud” NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. ‘Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional’. 2ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 202).*

De sorte que, em suma, há necessidade de reconhecimento da inconstitucionalidade do ato atacado.

Respeitosamente.

**POSTO, julga-se procedente o incidente, reconhecendo a Inconstitucionalidade do inciso I da Portaria nº 4, de 7 de março de 2012, do Fórum de Monte Mor.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0153970-06.2012.8.26.00 00, da Comarca de São José

dos Campos, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM PROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 29.281)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e AMADO DE FARIA.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Relator

**Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - Município de São José dos Campos - Lei Municipal nº 273/03 - Limitação abstrata ao tempo de duração de feiras para comercialização de bens no Município - Afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência - Inteligência do art. 170, IV, da CF - Incidente acolhido, inconstitucionalidade decretada.**

## VOTO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade de lei municipal suscitado pela C. 03ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do mandado de segurança impetrado por Sandra Márcia Alves Trad contra ato do Chefe do Departamento de Fiscalização e Posturas Municipais de São José dos Campos, cujo teor da ementa é o seguinte:

**MANDADO DE SEGURANÇA** - Indeferimento de alvará de funcionamento para a realização do evento denominado “exposição e venda de animais domésticos” para um período de 17 (dezesete) dias - Declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 4º, da Lei Municipal nº 273/ 03, que limita os eventos para no máximo em 7 (sete) dias - Afronta ao princípio da livre concorrência - Incidente de inconstitucionalidade de lei municipal - Instauração.

Ê o relatório.

Reza o art.4º da Lei Municipal nº 273/03 que *dispõe sobre a realização de feiras para comercialização direta de bens no Município:*

*“Artigo 4º O período de realização das feiras de que trata o artigo 1º desta lei complementar será de no máximo 07 (sete) dias corridos.”*

Com efeito, os Municípios brasileiros são dotados de autonomia administrativa que lhes garante competência para organizar o seu próprio funcionamento, consoante as conveniências locais.

Tal autonomia, todavia, não se revela irrestrita, devendo ser exercida de acordo com as normas constitucionais que tratam as relações jurídicas como um todo, bem assim os princípios gerais que regulam as atividades econômicas, dentre os quais se inserem o da livre iniciativa e da livre concorrência.

Sobre o tema, determina a Constituição Federal em seu artigo 170, IV:

*“Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*(...)*

*IV - livre concorrência;”* (grifo nosso)

E da simples leitura do artigo impugnado se extrai, sem esforço, a afronta à Carta Constitucional, uma vez que a limitação abstrata do tempo de realização das feiras no município não se compraz com os princípios supramencionados.

Neste sentido, aliás, o bem lançado parecer do Procurador Geral de Justiça, *verbis*:

*“Com efeito, o dispositivo mostra-se inconstitucional por mais de uma razão, pois o legislador municipal a pretexto de legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, I, da CR), desconsiderou princípios que regem a atividade econômica, especificamente a livre iniciativa e a livre concorrência (art.170, IV; CF), mesmo porque às atividades comercial e econômica são aplicáveis os princípios constitucionais que a regem, entre os quais o da livre iniciativa e a livre concorrência.”* (fls. 130/ 136)

Dessa forma, houve deliberada ofensa ao que dispõe a Carta Constitucional no artigo 170, IV.

Em face de tais razões, julga-se procedente o incidente para declarar a **inconstitucionalidade** do art.4º da Lei Municipal nº 273/03, determinando o retomo dos autos à C. 3ª Câmara de Direito Público para os devidos fins.

## Conflitos de Competência

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0095146-20.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 6º 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 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V. U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. VANDERCI ÁLVARES.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 27.566 – Órgão Especial)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PAOIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, MÁRCIO BÁRTOLI E RUY COPPOLA.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

PÉRICLES PIZA, Relator

**Ementa: Conflito de competência. Recurso de Apelação interposto em ação de cobrança ajuizada por sociedade de economia mista municipal acerca de custos operacionais de ações de trânsito. Existência de interesse público- Matéria afeta a 1ª à 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, nos termos do provimento nº 63/2004, Anexo I, XIII. Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 6ª Câmara de Direito Público.**

### VOTO

I - Trata-se de **Conflito de Competência** em Apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que julgou procedente a ação de cobrança de custos operacionais de serviço de tráfego de veículos, ajuizada pela COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET, em face de FISPAL FEIRAS E PRODUTOS COMERCIAIS LTDA.

O recurso de apelação interposto pela Ré foi inicialmente distribuído à Colenda 6ª Câmara da Seção de Direito Público, que dele não conheceu e determinou a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 407/411 ).

Distribuído o recurso à Colenda 25ª Câmara da Seção de Direito Privado, esta, por sua vez, também não conheceu da apelação e suscitou a presente dúvida de competência (fls. 423/427).

Afirma, em síntese, que a matéria em debate, relativa à cobrança de custos operacionais da Autora, está instituída na esfera de competência preferencial da Seção de Direito Público desta Corte, devendo o feito, por isso, ser julgado por uma entre a 1ª e a 13ª de suas Câmaras. conforme previsto pelo art. 2º, inciso II, da Resolução nº 194/2004. combinado com o quanto disposto no Provimento nº 63/2004, anexo I, alínea VIII.

A Doutra Procuradoria-Geral de Justiça optou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da suscitada, a Egrégia 6ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça (fls. 435/438).

É o relatório

II - Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes da Colenda 6ª Câmara da Seção de Direito Público, a ela compete julgar a apelação versada nesses autos, tendo sido correta a distribuição originalmente realizada.

Com efeito, da leitura da petição inicial verifica-se que a causa de pedir tem origem em ação de cobrança de custos operacionais ajuizada por sociedade de economia mista municipal, com fulcro na Lei Municipal nº 14.072 de 18 de outubro de 2005 e no Decreto nº 46.942, de 30 de janeiro de 2006.

Isto porque, a Ré, que atua no ramo de organização de feiras, eventos e congressos realizou três eventos que geraram a cobrança de serviços prestados pela Autora (regularização da fluência de tráfego de veículas nos locais), nos períodos de 06 a 09 de junho de 2006, de 12 a 15 de junho de 2007 e de 25 a 28 de junho de 2007.

Segundo o artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal:

*“Art. 100. 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”.*

Conforme supramencionado, o pedido inicial tem seu fundamento em suposta obrigação legal decorrente do pagamento de custos operacionais da Autora.

Ocorre que a pretensão deduzida nos autos não envolve apenas a cobrança por sociedade de economia mista municipal de valores advindos da prestação do serviço público que lhe foi conferido, mas sim de seu exercício regular de poder de polícia administrativa, gerando despesas a serem ressarcidas pela Ré.

Segundo o artigo 2º. inciso II, alínea “a”, da Resolução nº 194/2004 do Tribunal de Justiça, combinado com o quanto disposto no Provimento nº 63/2004, anexo I, alínea XIII:

*“Artigo 2º - A composição e competência das Seções do Tribunal de Justiça, a partir da extinção dos Tribunais de Alçada, passam a ser:*

*(...)*

*II – Seção de Direito Público - 17 (dezessete) Câmaras numeradas ordinalmente, assim distribuídas:*

*a) 1ª a 13ª Câmara, com competência preferencial da atual Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça”.*

*ANEXO I*

*TRIBUNAL DE JUSTIÇA (COMPETÊNCIA)*

*SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO*

*(...)*

*XIII - Todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Público, não sejam da competência recursal de outros Órgãos do Tribunal de Justiça ou dos Tribunais de Alçada.”*

A “competência preferencial” a que faz alusão essa norma estabelece a competência residual da Seção de Direito Público para o processamento e julgamento da demanda sob exame, conforme precedentes deste C. Órgão Especial:

*“Conflito de competência - Ação monitória ajuizada pela DERSA, visando ao recebimento de tarifa por manutenção e remoção de seus pátios de veículo apreendido pela Polícia Rodoviária- Pedido que tem como fundamento as medidas administrativas e encargos previstos no Código de Trânsito Brasileiro (ar!. 27/) - Prestação de serviços públicos e exercício de poder de polícia, com cobrança de tarifas e taxas justificam o julgamento pela Seção de Direito Público Competência da suscitante (8a Câmara de Direito Público).” (Conflito de Competência nº 0169768-07.2012.8.26.0000, Relator Desembargador ENIO ZULIANI. j. 12/09/2012).*

*“CONFLITO DE COMPETÊNCIA- Recurso de apelação interposto*

*em ação de cobrança de despesas de remoção e estadia de veículo por sociedade de economia mista administradora de pátio de depósito - Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP - Demanda que veio fundada exclusivamente na suposta obrigação legal das demandadas no ressarcimento daqueles valores, decorrentes do exercício da polícia administrativa Contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária firmado entre as corres, tendo por objeto o automóvel que deu ensejo aos valores cobrados na demanda, que não tem qualquer repercussão no desate da pendência - Valores postulados na exordial, por outro lado, que não têm natureza de taxa ou qualquer caráter fiscal ou parafiscal, cuidando-se de simples remuneração ou ressarcimento de despesas à promovente - Pretensão, portanto, que deve ser examinada tão somente à luz dos princípios de direito público que regem os serviços prestados pela sociedade de economia mista autora - Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 1ª a 13ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o art. 2º, inciso II, alínea "a", da Resolução nº 194/2004, com a redação que lhe atribuíram a Resolução nº 281/2006 e o Assento Regimental nº 382/2008, preceito que foi integralmente mantido na Instrução de Trabalho SEJ0001, anexa ao Provimento nº 71/2007 deste Tribunal Julgamento do apelo em causa que, nesse passo, não se insere dentre as atribuições da Câmara suscitante e nem tampouco naquelas da Câmara suscitada - Conflito conhecido e provido para fixar a competência de uma das Câmaras de Direito Público não especializadas (1ª a 13ª Câmaras) para processar e julgar o presente recurso." (Conflito de Competência nº 0079523-13.2013.8.26.0000. Relator Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, j. 26/06/13).*

*"Conflito de Competência - Ação de cobrança promovida por empresa privada concessionária de serviços públicos - Interesse público - Matéria afeta à Seção de Direito Público - Precedentes do Colendo Órgão Especial- Competência da C. Câmara de Direito Público - Conflito de Competência julgado procedente." (Conflito de Competência nº 0045043-09.2013.8.26.0000, Relator Desembargador CASTILHO BARBOSA, j. 05/05/13).*

Por outro lado, não procede o argumento da suscitada segundo o qual a cobrança envolveria apenas interesse particular da empresa ré.

Isto porque, ao declarar sua incompetência para julgar o feito e determinar a remessa dos autos a uma das varas da Fazenda Pública, o magistrado da 12ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, justificou o fato por "tratar de cobrança de natureza tributária, já que decorrem do poder de polícia

da Autora'' (fls. 211/212).

No mesmo sentido a r. sentença de fls. 298/301, que ao julgar procedente a ação considerou que os serviços de tráfego prestados pela Autora podem ser classificados como taxa, vez que decorre do poder de polícia da Administração Pública.

Demonstrado, portanto, o inequívoco interesse público.

Ressalte-se que a matéria versada nos autos, inclusive com a participação da mesma empresa Autora - CET, tem sido reiteradamente examinada pelas 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Vejamos:

*MANDADO DE SEGURANÇA. Realização de eventos no Município de São Paulo - Pretensão de ver concedida medida que assegure o recebimento do serviço de operação e monitoração do sistema viário adjacente independentemente do recolhimento de taxa à CET Serviços prestados de forma excepcional, extraordinária ou eventual. Cobrança fundamentada na Lei Municipal nº 14072/2005. Natureza de preço público e não taxa Súmula nº 545 do C. Supremo Tribunal Federal - Custo operacional exigido por sociedade de economia mista. Legalidade. Recomposição de gastos públicos - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso improvido. (APELAÇÃO Nº 0102884-64.2010.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, Relator: MARIA LAURA TAVARES. 17 de setembro de 2012).*

Portanto, diante do interesse do ente público, de conformidade com os precedentes supramencionados. bem como nos termos do parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, a competência recursal para julgar a presente ação é da Seção de Direito Público desta Corte, compreendidas entre a 1ª e a 13ª, nos termos do art. 2º, inciso II, alínea "a", da Resolução nº 194/2004, combinado com o quanto disposto no Provimento nº 63/2004, anexo I, alínea XIII.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 6ª Câmara de Direito Público desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0102491-37.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO

PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDAO COM O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. GRAVA BRAZIL.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 27054 – Órgão Especial)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, CAETANO LAGRATA (vencido), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCIALVARES, MARCIO BARTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

LUIZ ANTONIO DE GODOI, Relator Designado

**Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Dano moral - Descarrilamento de vagões de trem - Dano ambiental como questão secundária - Hipótese que não se enquadra no art. 1º, parágrafo único, da Resolução 512/10. mas entre “ações de responsabilidade civil extracontratual, salvo a do Estado , conforme definição constante do I, do Provimento nº 63/2004 do TJSP e do art. 2º, III, “a”, da Resolução nº 194/2004 com a redação dada pela Resolução nº 281/2006 e do Assento Regimental nº 382/2008 do TJSP - Firmada a competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado, suscitada- Conflito procedente.**

## VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação nº 0108907-51.2009.8.26.0100, da qual não conheceu a 9ª Câmara de Direito Privado sob o fundamento de que a demanda versaria sobre ambientais resultantes do descarrilamento de sete vagões de uma composição

ferroviária de carga. Entende a suscitante que a controvérsia está inserida no campo da abrangência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 467/471). A 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por sua vez, entende tratar-se de questão de natureza exclusivamente civil, fundada em responsabilidade civil extracontratual, e não ambiental (fls. 481/486). Manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pela competência da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 494/497).

É o relatório.

Cuidando-se de ação de indenização por danos morais em que a questão acerca de eventual dano ambiental mostra-se secundária, não se enquadra a presente demanda na hipótese do art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 512/10, mas entre “ações de responsabilidade civil extracontratual, salvo a do Estado”, conforme definição constante do Anexo I, do Provimento nº 63/2004 deste Tribunal.

Assim, considerado o disposto no art. 2º, III, “a”, da Resolução nº 194/2004, com a redação dada pela Resolução nº 281/2006, no Anexo I, do Provimento nº 63/2004 e no Assento Regimental nº 382/2008, é plenamente competente para julgamento do recurso a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Neste sentido, há precedentes do Colendo Órgão Especial, cuidando da mesma hipótese fática. Assim:

*“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais - Descarrilamento de vagões de composição férrea - Depósito de material na via - Danos suportados pela autora - Discussão secundária acerca dos contornos ambientais - Matéria vinculada à seara privada - Inteligência do art. 1º caput, da Resolução nº 512/2010 - Conflito procedente - Competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado” (Conflito de Competência nº 0259648-10.2012.8.26.0000 - São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.un., Rel. Des. Luis Ganzerla, em 27/2/13).*

*“CONFLITO DE COMPETÊNCIA INDENIZAÇÃO POR MORAIS DECORRENTES DE NEGLIGÊNCIA NO RECOLHIMENTO ESPALHADA E DE VAGÕES DANIFICADOS NUM DESCARRILAMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DIRETAMENTE UGADOS AO MEIO AMBIENTE - RESOLUÇÃO 512/2010 - COMPETÊNCIA DA SUSCITADA 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO” (Conflito de Competência n. 0255693-68.2012.8.26.0000 - São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. un., Rel. Des. Antonio Vilenilson. em 12/16/13).*

Assim, reconhecida a competência da Colenda 9ª Câmara de Direito Privado para julgamento da causa, julga-se procedente o conflito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0116889-86.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 35ª 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 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. “, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 20.409 – Órgão Especial)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

CAUDURO PADIN, Relator

**Ementa: Conflito de competência. Agravo de instrumento em aç.lo de obrigação de fazer. Prestação de serviços educacionais. Efetivação de matrícula de aluna com matérias em dependência ante a omissão da instituição de ensino em abrir turmas de recuperação com violação ao contrato de prestação de serviços. Discussão que invoca de Cumprimento contratual e regimento interno da instituição. Relação de direito privado. Competência da 35ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público em relação à 35ª Câmara de Direito Privado, ambas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento em ação de obrigação de fazer.

O recurso foi inicialmente distribuído à 35ª Câmara de Direito Privado que, por entender não se tratar de aspecto econômico e sim de ordem curricular, determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fls.111/113).

A 13ª Câmara de Direito Público, ora suscitante, argumenta que a discussão gira em torno do contrato de prestação de serviços, sem menção a diretrizes públicas ou particulares a ser cumprida pela instituição de ensino, ausente interesse público, suscitando a presente dúvida.

A d. Procuradoria Geral de justiça é pela procedência do conflito para reconhecer a competência da 35ª Câmara de Direito Privado (fls.140/145)

### **É o relatório.**

Trata-se de ação de obrigação de fazer em que a autora pretende compelir a ré a efetivar sua matrícula no 7º semestre do curso de Fisioterapia independente das matérias em dependência. Informa que a ré violou o contrato de prestação de serviços, bem como o regimento interno e o CDC, pois não disponibilizou abertura de turmas de recuperação para que pudesse regularizar sua situação acadêmica.

Segundo o art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal, “*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*”.

Pela análise dos autos verifica-se que a discussão decorre do possível descumprimento do contrato de prestação de serviços escolares, bem como do Regimento Interno da instituição de ensino e do CDC, conforme descrito na inicial:

*“A requerente não conseguiu matricular-se no 7º semestre do curso em questão em razão de algumas dependências acadêmicas adstritas aos semestres anteriores (...)*

*Todavia, Excelência, a instituição de ensino não disponibilizou os meios necessários, com as aberturas das devidas turmas de recuperação para a autora cursar as matérias que possuía em regime de dependência, para regularizar a situação acadêmica (...)*

*No entanto, a Autora escolheu estudar na Instituição de ensino- Ré na confiança de que seus serviços seriam devidamente prestados, sem falhas na prestação de serviços, de forma a proporcionar as aulas à sua formação, o que*

*foi longe do acontecido, descumprindo então o quanto estabelecido na cláusula 2ª do contrato de prestação de serviços.” (fls. 15 e 16)*

Sob essa ótica, verifica-se claramente que se discutem obrigações irradiadas do contrato de prestação de serviços escolares, assumidas entre o aluno e a instituição de ensino, pautadas nas premissas do CDC.

Nesse contexto, o art. 2º, III, d, da Resolução n. 194/2004, com redação alterada pela Resolução nº 281/2006 desta Corte, combinado com o estabelecido no Provimento 63/2004, atribui a 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado a competência recursal para as “XIV - Ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares, bancários e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.”

E, observando esta regra, tem decidido este Colegiado:

*“Dúvida de competência. Agravo referente à ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos. Contrato de prestação de serviços educacionais. Competência da Seção de Direito Privado (art. 2º, III, “d”, da Resolução nº 194/2004, com a alteração da Resolução nº 281/2006). Dúvida procedente. Competência da 38ª Câmara de Direito Privado” (CC nº 0018795-40.2012.8.26.0000, relator Desembargador Luiz Pantaleão, j.3.10.2012)*

*“Conflito de competência. Agravo de instrumento extraído dos autos de ação de obrigação de fazer. Pretensão de denúncia da lide à Universidade Ulbra, bem como devolução de prazo para a produção de provas e suspensão da audiência de julgamento. 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 que diz respeito à prestação de serviço escolar, diante dos motivos da recusa à pretensão da agravante, relativos à expedição de suas avaliações mesmo em caso de inadimplemento de mensalidades, a competência não diz respeito ao Direito Público. Obrigação típica de direito privado, decorrente de contrato de prestação de serviços escolares. Conflito conhecido. Competência da Câmara suscitada (38ª de Direito Privado).” (CC 0119878-02.2012.8.26.0000, relator Desembargador Ruy Coppola, j.22.08.2012)*

*“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA Contrato de prestação de serviços escolares Tema relativo à competência afeta às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 194/2004 e Resolução nº 281/2006 - Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia 38ª Câmara de Direito Privado, suscitada.” (CC nº 0257531-80.2011.8.26.0000, relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros, j.14.12.2011)*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para declarar 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0111059-42.2013.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é suscitante CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: **(Voto nº 15.389)**

**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 PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO VILENILSON.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

**Ementa: Conflito de competência - Ação de usucapião julgada procedente em Primeira Instância - Apelação da Procuradoria Geral do Estado buscando que conste do *decisum* que a área objeto da pretensão está localizada em região de proteção dos mananciais, devendo, pois, ser submetida às restrições impostas pela legislação estadual pertinente - Matéria que não envolve interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente - Irrelevância da discussão incidental acerca de alegada**

**restrição ao uso do bem - Inteligência da Resolução nº 512/2010 - Competência da 9ª Câmara de Direito Privado.**

**VOTO**

Manoel Alves dos Santos e Arlete de Jesus Paulo Cavalcante ajuizaram ação de usucapião contra Henriqueta Maria do Espírito Santo, tendo o MM. Juízo de Primeiro Grau julgado procedente a demanda (fls. 398/401). Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (fls. 408) e, inconformada, apelou a Procuradoria Geral do Estado, requerendo manifestação expressa no sentido de que a área objeto da pretensão está localizada em região de proteção dos mananciais, devendo se submeter às restrições impostas pela legislação estadual pertinente (fls. 411/423).

Distribuído inicialmente à Nona Câmara de Direito Privado, solicitou o MM. Relator a redistribuição do recurso para a Câmara Especial do Meio Ambiente, *in verbis*: ‘*Salvo melhor juízo, tal pleito do apelante está de acordo com o art. 1º da Resolução nº 240/05 do Órgão Especial, que delimita a competência da Câmara Especial.*’ (fls. 452).

Redistribuídos os autos à Câmara Reservada do Meio Ambiente, esta não conheceu do recurso: ‘*A presente ação (usucapião extraordinária de bem imóvel), ainda que envolva questão ambiental, não se enquadra entre as que “envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente”, conforme o disposto na Resolução nº 512/2010, que deu nova redação às Resoluções nº 240/05 e 447/2008, todas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*’ (fls. 462/466).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 485/488).

É o relatório.

Dispõe o artigo 1º da Resolução nº 512/10: ‘*A Câmara Especial do Meio Ambiente, criada pela Resolução nº 240/2005, agora denominada “Câmara Reservada ao Meio Ambiente” (art. 284, do Regimento Interno), tem competência para os feitos de natureza civil e medias cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.*’

Na hipótese ora *sub judice*, a questão ambiental é secundária, incidental, o principal é a ação de usucapião, conforme se verifica da inicial apresentada.

Não se trata, portanto, de ação ligada diretamente ao meio ambiente. In casu, verifica-se o inconformismo da Procuradoria Geral do Estado com relação

à sentença proferida nos autos de usucapião, vez que entende que o decisum teria de ter anotado, expressamente, as restrições ambientais a que está sujeita a área usucapienda.

Já decidiu este Órgão Especial (Conflito de Competência nº 0269183-60.2012.8.26.0000, Relator Guerrieri Rezende), à unanimidade: “*I - Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim direito de vizinhança. II- Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado.*”.

E também: *DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação cominatória. Direito Obrigacional. Abstenção de emissão de ruídos excessivos. Pretensão que envolve - como objeto principal e preponderante - o uso nocivo de propriedade. Direito de vizinhança. Questão ambiental invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 25ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0263884-05.2012.8.26.0000, votação unânime, Relator Des. Pires Neto).*

Do exposto, julgo procedente o conflito e reconheço a **competência da 9ª Câmara de Direito Privado** para o julgamento do feito, cabendo à Secretaria transmitir cópia desta decisão ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, apenas para fins de ciência.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0104382-93.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: **(Voto n. 15.390)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V. U.**”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI

(Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DI MAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

**Ementa: Conflito de competência - Ação indenizatória de danos materiais e morais por acidente de veículo em via terrestre - Pretensão de indenização a ser paga pela empresa de transporte privado, em razão da ocorrência de acidente - Causa de pedir é a responsabilidade civil do Estado, ou de suas concessionárias ou permissionárias, em face, ao menos em tese, de dano causado por seus agentes - Conflito procedente - Competência da Câmara suscitada, nos termos da nova redação dada à alínea “c” do inciso III do artigo 2º da Resolução nº 194/2004 - Determinação à Secretaria.**

## VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela Egrégia 12ª Câmara de Direito Público em face da Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, nos autos de ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Denise Aparecida Sprega em face de Viação Campo Belo Ltda.

Inicialmente distribuído o recurso à Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, esta, à unanimidade, não o conheceu, *in verbis*: ‘*Consoante se vê, funda-se o pedido de indenização em responsabilidade civil decorrente de ato praticado por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, matéria esta que não se insere na competência preferencial das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste E Tribunal de Justiça, mas sim na competência recursal de uma das Câmaras compreendidas entre a 1ª e 13ª da Seção de Direito Público deste Tribunal, nos termos da alínea “a”, inciso II, artigo 2º da Resolução 194/2004.*’ (fls. 397/399).

Redistribuídos os autos à Egrégia 12ª Câmara de Direito Público, esta, por votação unânime, também não conheceu do reclamo, e suscitou o presente



conflito de competência: *‘O presente feito versa sobre indenização pleiteada por particular contra a concessionária apelante, por alegados danos pelo motorista desta causados à apelada, em virtude de acidente de trânsito. Outrossim, é pertinente anotar-se, de plano, que a apelante é pessoa jurídica de Direito Privado, cuidando-se, dessarte, de questão que, em absoluto, não envolve a responsabilidade civil do Estado. Logo, sendo a recorrente mera concessionária de serviços públicos, não goza a mesma, para fins de processamento e julgamento de ações referentes à sua responsabilidade civil, de foro privilegiado, razão pela qual tais ações - e os recursos das mesmas advindos - devem ser processados perante as Câmaras de Direito Privado desta Corte.’* (fls. 408/415).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da Câmara suscitante (fls. 423/427).

É o relatório.

Como é cediço, a competência é definida pela petição inicial que, no caso, se traduz em uma ação indenizatória, ajuizada por particular contra Viação Campo Belo Ltda., em razão de acidente ocorrido.

*In casu*, incide expressamente o **artigo 37, § 6º, da Constituição da República**, que define a responsabilidade civil do Estado, a seguir: *‘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.’*

Destarte, a regra que incide no caso é a prevista no **artigo 2º, inciso III, letra “c”, da Resolução 194/2004, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo**, que atribuiu às 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado questões desta natureza (**redação dada pela Resolução nº 605/13**).

Dispõe a referida alínea: *‘c) 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil, não abrangida no inciso anterior; acrescida das ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, 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 a alínea “d”.’*

Isto posto, **declaro competente para o julgamento da apelação interposta a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado**.

Apenas para fins de ciência, deverá a Secretaria enviar cópia deste acórdão ao Exmo. Sr. Des. Presidente da Colenda 12ª Câmara de Direito Público, certificando-se nos autos o cumprimento desta determinação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0094284-49.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: **(Voto nº 24.787)**

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V. U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES e MÁRCIO BÁRTOLI.

São Paulo, 14 de agosto de 2013.

RUY COPPOLA, Relator

**Ementa: Conflito de Competência. Ação de obrigação de não fazer, cumulada com pretensão de reparação de danos morais. Perturbações impostas pela ré aos moradores vizinhos. Petição inicial que define a competência, onde se alega que as máquinas de impressão da ré geram um grande ruído, impedindo o sono dos residentes das casas circunvizinhas, além de mau cheiro, proliferação de insetos e rachaduras nos imóveis dos autores. Ausência de debates sobre direitos difusos, coletivos, ou mesmo individuais relacionados ao meio ambiente, o que retira competência da câmara especializada para apreciação da matéria. Ausência de pedido de reparação ao meio ambiente. Ação de indenização por danos causados pela ré, oriundos**

**de sua atividade industrial. Conflito procedente.  
Competência da 28ª Câmara Direito Privado.**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência em ação de obrigação de não fazer, cumulada com pretensão de reparação de danos morais.

A distribuição foi feita para a 28ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, sendo que lá, pelo V. Acórdão de fls. 1000/1004, relatado pelo eminente Des. César Lacerda, a Turma Julgadora não conheceu do recurso, determinando a redistribuição à Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

A 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente declinou da competência, suscitando o conflito negativo na forma do artigo 219 do Regimento Interno, por Acórdão relatado pelo douto Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro, assentando que: *“Verificando-se o fatos narrados na exordial denota-se que os autores requerem que seu vizinho, o réu, se abstenha da prática de atos que culminam na emissão de ruídos. E mais, os autores afirmam que se submeteram por muito tempo ao mencionado ruído, pelo que requerem a indenização por danos morais. Logo, embora haja informação acerca da emissão de ruídos, causando poluição sonora, não se busca nos autos tutelar direito difuso ou reparar dano causado ao meio ambiente, mas sim a defesa de interesse do direito ambiental particular. Ou seja, o reflexo na questão é mínimo, devendo ser absorvido pela principal tese aventada na inicial, que substancialmente envolve pedido indenizatório e obrigação de não fazer”* (fls. 1018)

É o relatório.

O conflito é procedente.

Pacífico que é a petição inicial que define a competência.

E a leitura daquela peça mostra que toda a pretensão dos autores está lastreada em danos causados pela ré, pela emissão de ruídos, mau cheiro, proliferação de insetos e rachaduras nos imóveis dos autores:

*“Resta evidente que a atuação ilegal da Empresa-Ré vem causando, durante diversos anos, prejuízos de toda ordem aos Autores. Os Autores sofrem com o barulho excessivo e ininterrupto que impede, inclusive, o sono durante a noite, com o mau cheiro, com a proliferação de insetos e com as rachaduras em seus imóveis.”*

...

*Tais práticas, representadas pelo barulho excessivo e contínuo, produzido pela Empresa-Ré em seu parque gráfico, principalmente após as 22:00 e durante as madrugadas de quinta-feira a sábado, quando é impressa a maior parte da tiragem do jornal, vem causando aos Autores danos morais representados pela perturbação incessante que impede seu merecido repouso,*

*perturbando e às vezes até impedindo o sono, além de causar aborrecimentos muito sérios, que estão, há quase 10 anos, minando a saúde de todos*” (fls. 08 e 10).

Se assim ocorre, com o devido respeito ao entendimento diverso, não se aplica o entendimento assentado pela Câmara suscitada, no sentido de que a ação versa sobre meio ambiente, em que pese tenha sido tratada como de direito de vizinhança, sendo da competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

A Resolução nº 240/05, que criou a Câmara Especial do Meio Ambiente, fixou para aquele órgão a competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares, que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão se mostrar de ordem constitutiva, meramente declaratória ou de condenação a pagamento de quantia certa ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com competência, inclusive, para as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostas individualmente, na forma do disposto no Código de Defesa do Consumidor, artigos 81 e 104, bem como aos feitos concernentes à aplicação de penalidades administrativas impostas pelo Poder Público e aos processos referentes a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6938, artigo 14, caput, §§ 1º e 3º).

Não existe, no caso em tela, pedido algum de reparação ao meio ambiente pela conduta da ré.

Note-se que o objeto da ação é de obrigação de não fazer e pretensão de indenização pessoal.

Assim já julgou este Órgão Especial, nos autos do **Conflito de Competência nº 0263884- 05.2012.8.26.0000**, ocorrido em 08.05.2013 e do qual participei, onde figurou como suscitante a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, sendo suscitada a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Acórdão Relatado pelo **Des. Antônio Luiz Pires Neto**, cujo trecho da fundamentação transcrevo a seguir, por oportuno:

*“No caso destes autos, a ação versa sobre direito obrigacional, mais precisamente sobre abstenção de emissão de ruídos excessivos. De acordo com a narrativa da petição inicial, a ré mantém um pátio de carga e descarga de mercadorias em frente ao condomínio-autor, e que “nesse pátio, além da constante entrada e saída de caminhões, prejudicando o trânsito, uma vez que todos eles adentram ao local de marcha-ré, há empilhadeiras hidráulicas de rolamentos de ferro contra ferro, que realizam a carga e descarga das mercadorias e produzem forte ruído, que se amplifica pelas coberturas parciais, poluindo o ambiente” (fl. 04).*

*Embora o autor mencione a ocorrência de poluição sonora e a existência de dano ambiental, sustentando, por exemplo, que “no Direito Ambiental vigora*

o princípio do poluidor-pagador” (item 26 de fl. 10) e que “a responsabilidade do agente poluidor é objetiva”, o que se percebe, na verdade, é que a pretensão cominatória envolve - como objeto principal preponderante - o exame sobre “uso nocivo da propriedade”, como, aliás, está expressamente indicada no item II de fl. 05, com referência expressa ao direito de vizinhança.

Não se trata, portanto, de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. A questão ambiental foi invocada apenas de forma reflexa, o que afasta a hipótese de enquadramento na competência definida pelo art. 1º da Resolução nº 240, deste C. Órgão Especial, daí o reconhecimento da competência da 25ª Câmara de Direito Privado, nos termos do artigo 2º, inciso III, alínea “c”, da Resolução nº 194/2004 c.c. Provimento nº 63/2004, ambos deste E. Tribunal de Justiça: “IV – Ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais, quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias”.

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial, com destaque para o julgamento do Conflito de Competência nº 0105052- 68.2012.8.26.0000 (Rel. Des. Elliot Akel, j. 25/07/2012), quando questão semelhante foi definida com propriedade nos seguintes termos:

“A verdade é que, embora mencionados na inicial possíveis danos ambientais, o contorno que se dá à causa de pedir denota lesão preponderantemente econômica e particular, destacadas a desvalorização de imóvel contíguo à obra e a violação de direito de vizinhança (art. 1277 do Código Civil). Não se ignora a previsão do parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 512/10, a teor do qual a competência da Câmara Reservada estende-se “às ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, bem como às causas em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e àquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938, art. 14, “caput” e §§ 1º a 3º). A feitura desse parágrafo, contudo, não pode ser feita sem que se tome o efetivo sentido do caput, isto é, o de reservar à câmara especializada causas que envolvam apenas interesses “diretamente ligados ao meio ambiente”.

E ainda:

“Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim direito de vizinhança. Conflito julgado procedente para estabelecer a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado” (Conflito de Competência nº 0269183-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 06/03/2013).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Recurso de apelação interposto

*em ação condenatória proposta contra concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica em razão de exigência de apresentação de prova de regularidade do imóvel como condição à implantação da rede - Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP - Demanda que versa questão essencialmente obrigacional, excluindo do âmbito da lide matéria relativa ao direito ambiental, suscitada na lide de forma meramente reflexa - Pretensão, portanto, que deve ser examinada tão somente à luz do vínculo contratual, existente ou não entre autor e ré, arredando a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Inteligência do artigo 1º, caput, da Resolução nº 512/2010 desta Corte - Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 2º, inciso III, alínea “c”, da Resolução nº 194/2004, preceito que foi integralmente mantido na Instrução de Trabalho SEJ0001, anexa ao Provimento nº 71/2007 deste Tribunal. Conflito conhecido e provido para limar a competência da suscitada 11ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso. (Conflito de Competência nº 0258848- 79.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas, j. 27/03/2013).*

*“Conflito de competência - Pedido de indenização por danos materiais e morais que os autores teriam sofrido pelo descarte de lixo produzido pela ré. Causa que não envolve aplicação das normas ambientais ou obrigação de reparar prejuízos sofridos pelo meio ambiente – Inteligência da Resolução n. 240/05 - Falta de competência da Câmara Reservada - Conflito procedente e competência atribuída à câmara suscitada (5ª Câmara de Direito Privado)” (Conflito de Competência nº 0017570-19.2011.8.26.0000, Rel. Des. CORREA VIANNA, j. 30/03/2011);*

*“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais. Descarrilamento de composição férrea – Depósito de material na via – Danos suportados pela autora. Discussão secundária acerca dos contornos ambientais. Matéria vinculada à seara privada. Inteligência do art. 1º, caput, da Resolução nº 512/2010. Conflito procedente. Competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado” (Conflito de Competência nº 0259648-10.2012.8.26.0000, Rel. Des. Luís Ganzerla, j. 27/02/2013).*

*Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a Apelação nº 0078817-07.2002.8.26.0100 a Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, nos termos do Acórdão.*

Assim, em que pese o respeito que se dedica ao Douto Procurador de Justiça, o recurso é da competência da 28ª Câmara de Direito Privado, que deve atuar nas ações que tenham por objeto obrigações irradiadas de direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, nos termos do art. 2º, III, “c” da Resolução 194/04.

Do exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito e fixa-se a competência da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0035569-14.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (**Voto nº 0147 – Órgão Especial**).

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO PAULO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. LUIS GANZERLA. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, ITAMAR GAINO e RIBEIRO DA SILVA, julgando o conflito procedente e competente a 5ª Câmara de Direito Público; e FERREIRA RODRIGUES, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA (com declaração), MÁRCIO BÁRTOLI e ADEMIR BENEDITO, julgando o conflito procedente e competente a 30ª Câmara de Direito Privado.

São Paulo, 17 de abril de 2013.

GRAVA BRAZIL, Relator

**Ementa: Conflito de competência entre a 30ª Câm. de Dir. Privado e a 5ª Câm. de Dir. Público – Atropelamento – Responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço público - Matéria afeta à Seção de Direito Público, nos termos do Provimento 63/2004, da Presidência deste Tribunal c.c. art. 2º, II, da Res. nº 194/2004, do órgão Especial deste E. Tribunal - Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitante, a 5ª Câm. de Direito Público.**

**VOTO**

I - Cuida-se de conflito negativo de competência, nos autos da Apelação n. 0059306-45.2010.8.26.0002, estabelecido entre as Colendas 30ª Câmara de Direito Privado (suscitada) e a 5ª Câmara de Direito Público (suscitante).

O apelo foi inicialmente distribuído à D. Câmara Suscitada, que, em julgamento relatado pelo i. Des. Lino Machado, determinando a remessa do recurso à Seção de Direito Público, proferiu acórdão (fls. 118/120) que recebeu a seguinte ementa:

“Acidente de trânsito - indenizatória em face de prestadora de serviço público- Competência.

É da competência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o julgamento dos feitos que versem sobre responsabilidade civil do Estado.

Apelação não conhecida, com determinação de remessa à Egrégia Seção de Direito Público.” (j. 15/02/2012)

Redistribuído o feito à D. Câmara Suscitante, foi proferido julgamento, relatado pelo i. Des. Fermino Magnani Filho, suscitando o conflito, em acórdão (fls. 131/133) que recebeu a seguinte ementa:

“COMPETÊNCIA - Ação originária versando sobre responsabilidade civil derivada de acidente automobilístico - Demanda ajuizada contra empresa concessionária (ou permissionária) de serviços públicos, portanto pessoa jurídica de direito privado - Inexistência de pessoa jurídica de direito público ou entidade paraestatal nos polos ativo e/ou passivo - Não caracterização de tema típico de Direito Administrativo ou regimentalmente correlato - Exegese do artigo 289 do atual Regimento Interno desta Corte, associado ao artigo 184 do Regimento revogado- Suscitação de Conflito ao Eg. Órgão Especial desta Corte.” (j. 30/07/2012)

Ouvida, a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo ínclito Procurador de Justiça MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e pelo douto Promotor de Justiça LYCURGO DE CASTRO SANTOS, posicionou-se pela procedência da dúvida, com atribuição de competência à C. 30ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório do essencial.

II - Trata-se de ação de indenização por danos que a autora diz ter suportado em decorrência de atropelamento por ônibus de empresa concessionária de serviço público.

A questão merece análise acurada, tendo em vista que este C. Órgão Especial tem deliberado, com a devida vênia, nem sempre de forma uniforme em hipóteses análogas, sendo imprescindível a pacificação do entendimento sobre o tema.

Por primeiro, pontue-se que o art. 100, do Regimento Interno desta C. Corte, estabelece que “*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos*

*termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-las”.*

Verifica-se que o posicionamento deste C. Órgão tem variado em razão da interpretação literal conferida ao mencionado dispositivo do Regimento Interno. Assim, se a exordial invoca a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, tem sido reconhecida a competência do Direito Público.

No entanto, se a petição inicial alega a responsabilidade da concessionária em razão da conduta culposa de seu preposto, a competência tem sido direcionada à Seção de Direito Privado.

Confira-se a diversidade da solução adotada nos seguintes julgados:

“Conflito de Competência - Ação de Indenização por Ato ilícito c.c Danos Morais’ - Acidente de trânsito - Atropelamento da mãe da autora em via pública - Culpa atribuída ao motorista do ônibus de empresa prestadora de serviço público de transporte - Matéria afeta à Seção de Direito Privado III - Observância do disposto no art. 2º, inciso III, letra ‘c’, da Resolução nº 194/2004, deste E. Tribunal de Justiça, com redação dada pela Resolução n. 281/2006 - Competência da Colenda 30ª Câmara de Direito Privado - Dúvida de competência julgada precedente.” (CC n. 0262948-77.2012.8.26.0000, Des. Castilho Barbosa, j em 27/02/13).

“Conflito de Competência. Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito - Competência definida pela análise do pedido e da causa de pedir - Inteligência do art. 100 do RITJ. Discussão que não invoca a responsabilidade do Estado limitando-se aos atos do motorista. Inexistência de interesse público. Matéria de competência da Seção de Direito Privado nos termos art. 2º, III, alínea “c” da Resolução 194/2004, alienada pela Resolução 281/2006 deste TJSP - conflito de competência precedente. Remessa para a 25ª Câmara de Direito Privado.” (CC n. 0210581- 76.2012.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. em 23/01/13).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA- RESPONSABILIDADE CIVIL-ACIDENTE DE TRÂNSITO (ATROPELAMENTO) DEMANDA INDENIZATÓRIA FUNDADA NA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DE CONDUTOR DE ÔNIBUS - RÉ PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO – IRRELEVÂNCIA COMPETÊNCIA RECURSAL AFERIDA PELO PEDIDO E PELA CAUSA DE PEDIR - INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 281/06 - CONFLITO PROCEDENTE, DECLARADA A COMPETÊNCIA DA COLENDIA 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.” (CC n. 0249730-79.2012.8.26.0000, Elliot Akel, j. em 23/01/2013)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CONDENATÓRIA AJUIZADA POR PARTICULAR CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE COLETIVO- ACIDENTE DE TRÂNSITO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DEMANDA FUNDADA NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ILÍCITO

EXTRACONTRATUAL - COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. 1. Os argumentos deduzidos na petição inicial invocaram expressamente a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público por ilícito extracontratual. E a competência para julgamento deste Egrégio Tribunal não se firma pela qualidade das partes que intervêm no feito, mas sim em razão da natureza da relação jurídica controvertida nos autos: da matéria discutida no processo. Logo, a qualidade das partes é irrelevante para a fixação da competência preferencial. 2. Conflito de competência julgado procedente para o fim de fixá-la junto à 3ª Câmara de Direito Público deste e. Tribunal de Justiça.” (CC n. 0102563-58.2012.8.26.0000, Rel. Designado Des. Arthur Marques, j em 22/08/12)

Cumpra esclarecer que a regra contida no art. 100, do Regimento Interno desta C. Corte, data venia, não pode ser interpretada de modo a extrair a conclusão literal de que a fixação da competência fica subordinada aos estritos fundamentos jurídicos invocados pela parte na petição inicial.

Se assim for, a competência recursal ficará à mercê dos fundamentos contidos na peça preambular, gerando um cenário de instabilidade quanto à fixação da competência para casos em que a situação fática se apresenta de forma bastante similar.

Não se pode olvidar, ademais, que ao magistrado é conferido o poder de efetuar o enquadramento dos fatos perante o direito, a fim de fazer incidir as normas jurídicas que, de acordo com sua convicção, conferem solução mais adequada à lide.

Assim, irrelevante qual a natureza invocada na exordial acerca da responsabilidade extracontratual da concessionária de serviço público, se objetiva ou subjetiva, pois para o fim de fixação da competência recursal, importa ressaltar que, em se tratando de ação fundada em responsabilidade extracontratual de empresa concessionária de serviço público, a competência recursal é da Seção de Direito Público, consoante o disposto no Provimento nº 63/2004, da Presidência deste Tribunal, c.c. Art. 2º, II, da Resolução nº. 194/2004, deste Órgão Especial, que fixa a competência da Seção de Direito Público na hipótese de *“ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de aposseamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público”*. (destaque não original).

Aliás, essa foi a orientação que prevaleceu nos seguintes julgados deste C. Órgão Especial:

“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - APELAÇÃO CIVEL - Ação em que se objetiva a reparação de danos extracontratuais em face de prestadora de serviço público Matéria afeta à Seção de Direito Público deste E.

Tribunal de Justiça- Provimento nº 63/04, Anexo I, inciso VII c/c artigo 2º, inciso II, letra a, da Resolução nº 194/2004 - Precedentes deste Órgão Especial - Competência da Câmara suscitante (7ª Câmara de Direito Público) – Dúvida improcedente”. (CC nº 0134141-39.2012.8.26.0000, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. em 3/10/12).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Arguição em apelação contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais em que se busca a condenação da ré em razão do falecimento do genitor dos autores em decorrência de acidente de trânsito que envolveu veículo de propriedade da empresa requerida. Demanda que versa relação jurídica situada no âmbito do direito público, por visar o reconhecimento de responsabilidade civil de empresa concessionária de serviço público, pois a teor do disposto no anexo I, Seção de Direito Público, inciso VII, do Provimento Presidencial nº 63/2004 e da Resolução nº 194/2004, compete preferencialmente às Câmaras da Seção de Direito Público, julgar as “ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de apossamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como os ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionários de serviço público”. Conflito julgado procedente e competente a suscitante, colenda 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.” (CC n. 0091547-44.2011.8.26.0000, Rel. Des. Mário Devienne Ferraz, j. em 22/06/11).

Concluindo, respeitado o entendimento da C. Câmara suscitante, a competência para julgar o recurso lhe é atribuída.

III - Ante o exposto, julga-se procedente o conflito de competência, para que seja fixada junto à 5ª Câmara de Direito Público, para onde o processo deverá ser encaminhado. É o voto.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto Nº OE-00116)**

Tramita neste E. Tribunal elegante proposta de diversos Magistrados integrantes da C. Subseção III (DP-3) da E. Seção de Direito Privado desta Corte, os quais buscam alterar a alínea “c” da Resolução nº 194/2004 e firmar a competência daquela Subseção para “...reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida a alínea ‘d’”.

Embora razoável definir-se a competência questionada da referida C. Subseção III somente nos casos de envolvimento de concessionárias de direito

público (com permanência na Seção de Direito Público da matéria a envolver acidentes de trânsito por veículos oficiais), atualmente, é certo, o C. Órgão Especial orienta-se no sentido da análise do pleiteado na inicial, de forma a definir a competência pelo direito subjetivo (a recair na Seção de Direito Privado) ou responsabilidade objetiva (a recair na Seção de Direito Público).

Desta forma, com a devida permissão, desde logo, na sequência da proposta em trâmite e de acordo com a atual linha de entendimento do C. Órgão Especial, passo a examinar o caso em testilha.

*Data venia*, entende-se ser caso de demanda proposta com base em responsabilidade subjetiva, embora mencione a inicial tratar-se a acionada de empresa privada, concessionária de serviço público (Viação Campo Belo) e daí sua responsabilidade ser objetiva.

Porém, consta da petição inicial a seguinte passagem:

*“1.4 Note-se que o motorista narrou que conduzia o coletivo, quando visualizou pedestres atravessando a avenida fora da faixa de pedestre, porém o sinal estava verde. Diante de tal narrativa, pergunta-se: havia semáforo, todavia não havia faixa de pedestre? Realmente a versão do preposto da requerida está confusa.” (fls. 4)*

*“2.5. Claramente percebe-se que houve negligência, imprudência e imperícia por parte do preposto da requerida que não tomou os devidos cuidados e acabou atropelando a autora.*

*2.6. Frisa-se regras básicas de trânsito não foram seguidas pelo condutor do ônibus.*

*2.7. Se assim não fosse, o motorista do ônibus teria pelo menos diminuído a velocidade, evitando a tragédia ou pelo menos amenizando....”*

Com esse quadro, além de tratar-se a acionada de concessionária de serviço público, a inicial visa indenização por acidente de trânsito com fundamento na responsabilidade subjetiva.

Ante o exposto, sempre com a devida permissão, pelo meu voto, ousei divergir do nobre relator, e. DES. GRAVA BRAZIL, para considerar competente a C. 30ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para julgamento do recurso.

**LUIS GANZERLA**, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0144302-74.2013.8.26.0 000, da Comarca de Araçatuba, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO

PAULO, é suscitado 27ª 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 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. VU.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 15.786)**

O julgamento teve a participação dos DESEMBARGADORES IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, DAMIÃO COGAN, e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 18 de dezembro de 2013.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

**Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - Ação de cobrança, referente à seguro de vida em grupo, tendo o ente federado figurado tão somente como estipulante - Matéria afeta às Calendas Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado 3 - Dúvida de competência acolhida Competência da Colenda 27ª (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte.**

## VOTO

Cuida-se de **Dúvida de Competência** suscitada pela Colenda 6ª (Sexta) Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do recurso de apelação autuado sob o número 0001653-29.2009.

A Colenda Câmara suscitada (C. 27ª Câmara de Direito Privado), nos termos do v. Acórdão de fls. 138/141, sustenta que a ação de cobrança, relativa de seguro de vida em grupo, promovida em contra segurado e contra prefeitura, é de competência das Colendas Câmaras de Direito Público.

A Colenda Câmara suscitante (C. 6ª Câmara de Direito Público), em v.

Acórdão de fls. 149/152 dos autos, em síntese, que a Prefeitura Municipal de Araçatuba foi declarada parte ilegítima pelo Juízo *a quo*, inexistindo recurso desse capítulo.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça, em r. Parecer às fls. 164/167, manifestou-se pela procedência da Dúvida de Competência para reconhecer a competência da Colenda 27<sup>a</sup> (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte.

Do essencial, é o relatório.

Trata-se de conflito de competência suscitado nos autos da apelação (nº 0001653-29.2009) interposta em face da r. sentença (fls. 103/106), que julgou os pedidos formulados pela autora **procedentes** em face da Cosesp Companhia de Seguros do Estado de São Paulo e **improcedentes** em face da Prefeitura Municipal de Araçatuba.

Em petição inicial é sustentado que “A Requerente foi incluída no Seguro de vida em Grupo COSESP - COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO, apólice 193/1170, promovido pelo falecido tendo como estipulante a instituição PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, estabelecida na Rua Coelho Neto, 73 em Araçatuba-SP, da qual o falecido era servidor aposentado” (fls. 04).

Em tal contexto, com o devido respeito, de rigor concluir pela competência da Colenda 27<sup>a</sup> (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado, uma vez que, nos termos do pedido inicial, trata-se de relação jurídica regida pelo Direito Privado (contrato de seguro de vida), tendo o ente público figurado apenas como estipulante. Nesse sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Recurso de apelação interposto em ação proposta contra empresa seguradora e Município estipulante para cobrança de quantia estabelecida em apólice de seguro de vida em grupo em favor de beneficiários de servidor falecido, bem como indenização por danos morais em razão da demora na satisfação da suposta obrigação - Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP - Demanda que não envolve matéria de cunho previdenciário, versando questão atinente apenas a contrato de seguro de vida em grupo na forma definida pela Resolução nº 117/2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados do Ministério da Fazenda - Ente público municipal que, ademais, foi excluído da lide na decisão de primeiro grau, que ainda rejeitou o pleito relativo à indenização por danos morais, sem que tivesse havido qualquer insurgência dos autores quanto a esses pontos - Pretensão, portanto, que deve ser examinada tão somente à luz desse contrato de seguro de vida coletivo, sem incidir na análise de institutos de direito.” Conflito

de Competência nº 0063201 –15.2013.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 05/06/2013. (os grifos não constam do original)

Com o mesmo entendimento, a Douta Procuradoria Geral de Justiça registrou, com precisão, que:

“(…) 4. Com efeito, a corrê Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - COSEP, pessoa jurídica de direito privado, apelou da decisão proferida em primeira instância, visando exclusivamente a improcedência da ação, e não qualquer responsabilidade da Municipalidade Araçatubense. A autora por outro lado, não recorreu em relação à exclusão de responsabilidade do citado ente federado, conformando-se, portanto, com a improcedência do pleito em relação a este.

Desta forma, e em decorrência do princípio *tantum devolutum quantum apelatum*, é certo que a situação da Municipalidade de Araçatuba nestes autos não tem como ser alterada, o que induz a conclusão de que a questão não esbarra mais no interesse público (erário), a ensejar a atuação das doulas Câmaras da Seção de Direito Público.” (fls. 167) (os grifos não constam do original)

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, propõe-se o acolhimento da dúvida suscitada, determinando-se a competência, para apreciação do presente feito, da Colenda 27ª (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0118079-84.2013.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COMO EXMO. SR. DES. ELLIOT AKEL. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. CASTILHO BARBOSA. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GONZAGA FRANCESCHINI E ANTONIO CARLOS MALHEIROS.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este

acórdão. **(Voto nº 33.396)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, CASTILHO BARBOSA (vencido, com declaração), ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, DAMIÃO COGAN e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 18 de setembro de 2013.

ELLIOT AKEL, Relator designado

**Ementa: Conflito de Competência - Ação Civil Pública - Omissão do Município de Jales quanto à obrigação de repasse de recursos financeiros ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente - Interesses e direitos afetos secundariamente à criança e ao adolescente - Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Público - Conflito julgado procedente, declarando-se a competência da Colenda 3ª Câmara de Direito Público.**

## VOTO

### RELATÓRIO

Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Jales foi julgada procedente (sentença a fls. 739/750), determinando-se ao requerido que efetue o repasse dos valores reclamados na inicial ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Recebido e contrarrazoado o apelo do vencido, e mantida a decisão nos termos do art. 198, VII do ECA (fl. 855), os autos subiram a este Tribunal, sendo distribuídos ao Desembargador Encinas Manfré, então integrando a Câmara Especial, que representou à E. VicePresidência, declinando da competência e requerendo a redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público.

A Colenda 3ª Câmara de Direito Público, à qual foi redistribuído o feito, através do acórdão de fls. 879/884, sob relatoria do eminente Desembargador Amorim Cantuária, não conheceu do recurso, determinando o retorno à Câmara Especial.

Configurada a dúvida de competência, com remessa ao Órgão Especial,

foi ela distribuída ao insigne Desembargador Castilho Barbosa.

A douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer no sentido da competência da Câmara Especial.

É o relatório.

VOTO

Na sessão de julgamento do E. Órgão Especial, o relator sorteado apresentou voto no sentido de reconhecer a competência da Câmara Especial, nos estritos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Na ocasião, usei divergir, sendo acompanhado pelos demais integrantes do colegiado.

Tendo integrado em alguns períodos a Câmara Especial na qualidade de Presidente em exercício da Seção de Direito Privado, constatei que vem se alargando em excesso a competência atribuída àquele órgão, atribuindo-se-lhe o julgamento de causas em que a questão envolvida, conquanto possa de alguma forma ter secundariamente reflexos sobre interesses e direitos da criança e do adolescente, não se insere de forma direta em seu âmbito recursal. Assim, v.g., ações relacionadas com guarda de menores, que são de Direito de Família (inserindo-se, portanto, na competência da Seção de Direito Privado I) e ações, como a presente, em que interesses de crianças e adolescentes constituem aspecto secundário da demanda.

O Órgão Especial vem se mostrando sensível a essa questão, reconhecendo a competência da C. Seção de Direito Público em hipóteses assemelhadas, como se observa através dos arestos cujas ementas são abaixo transcritas:

*Conflito de competência entre a 12ª Câmara de Direito Público e a Câmara Especial - Ação civil pública - Questão afeta, primordialmente, à saúde pública - Interesses de adolescentes que constituem aspecto secundário da demanda - Competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução n. 194/2004 c.c. Provimento n. 63/2004 - Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência da Câmara Suscitada, a 12ª Câmara de Direito Público. Conflito de competência 014811-05.2013.8.26.0000, rel. Grava Brasil, julg. 21/08/13).*

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelações de sentença acolhendo ação visando o fornecimento de dieta alimentar a idosa hipossuficiente enferma. Demanda julgada em Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, mas em função de interesse dessa última categoria, idoso. Competente a 12ª Câmara de Direito Público para apreciar a demanda na medida em que não se discute matéria afeta à Infância e Juventude. Conflito procedente. Competente a Câmara suscitada. Conflito de competência 0126566-43.2013.8.16.0000, rel. Evaristo dos Santos, julg. 31/07/13).*

*Competência - Conflito - Cumprimento de sentença - Cobrança - Honorários advocatícios - Fixação em ação de obrigação de fazer consistente em obrigar o Poder Público Municipal a providenciar vaga em creche para infante - Tutela antecipada - Confirmação pela Colenda Câmara Especial desta Corte - Cumprimento da sentença perante Vara da Fazenda Pública - Prevenção. 1. Com a reforma do Código de Processo Civil decorrente da Lei 11.232, de 22.12.2005, a competência para execução de título judicial passou a ter natureza relativa, eis que, no parágrafo único do art. 475-P, estabeleceu-se que, no caso do inciso II do “caput” deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”. Assim, ajuizada ação de execução perante outro juízo, que não o que proferira a sentença, e não apresentada exceção pelo interessado, estabiliza-se a competência. 2. Ajuizada perante Vara da Fazenda Pública execução de título judicial originado em Vara da Infância e da Juventude, para cobrar débito do Município consistente em honorários advocatícios, eventual recurso insere-se na competência de uma das Câmaras de Direito Público. Conflito de competência procedente. Reconhece competência da 6ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência 0078476-04.2013.8.26.0000, rel. Itamar Gaino, julg. 12/06/23).*

Na esteira desses precedentes, e na senda dessa orientação, meu voto reconhece a existência do conflito e reconhece a competência da suscitante, Colenda 3ª Câmara de Direito Público.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

#### **(Voto nº 28.646)**

Ousei divergir da douta maioria, assim:

“Trata-se de Conflito de Competência.

I Adota-se preliminarmente trecho preliminar do relatório da C. Câmara suscitada - 3ª Câmara de Direito Público - (“**Apelação tempestiva (fls. 753/760) manejada pelo MUNICÍPIO DE JALES, nos autos da ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, inconformado com a r. sentença de fls. 739/750 que julgou procedente a ação e o condenou a repassar os valores reclamados na inicial ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA, devendo os valores serem corrigidos monetariamente a partir do ajuizamento da ação (11.1.2011), acrescidos de juros legais a partir da citação (19.8.2011).**”

*Determinou-se, ainda, que, do montante devido, serão abatidos eventuais pagamentos comprovadamente efetivados pelo réu no curso da lide, operando-se a compensação dos valores devidos.”) e final assim: “Inicialmente os autos foram distribuídos à Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça e encaminhados ao Exmo. Desembargador Encinas Manfré, por prevenção.*

*No entanto, o então Relator representou ao Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da Corte, visando à redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 867/869), cujo pedido foi acolhido com determinação de remessa dos autos (fl. 870).”*

E o que restou acolhido no v. acórdão da C. 3ª Câmara de Direito Público (fls. 879 e seguintes) com a seguinte ementa:

**“APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPASSE DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS PARA O FUNDO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - OMISSÃO DA MUNICIPALIDADE DE JALES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - MATÉRIA RELACIONADA AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIAL DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA EXEGESE DO ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE - RECURSO NÃO CONHECIDO - REMESSA DETERMINADA.”**

Em sequência, esclarecimento administrativo (“Respeitosamente, informo Vossa Excelência o que segue: Os presentes autos foram distribuídos ao Exmo. Sr. Des. Encinas Manfré (fls. 858), que formulou representação para que os autos fossem redistribuídos a uma das Câmaras de Direito Público. Os autos foram distribuídos (fls. 872), tendo a Colenda 3ª Câmara de Direito Público, proferido o V. Acórdão, que não conheceu do recurso, determinada a remessa à Egrégia Câmara Especial. V.U. Dúvida de Competência Suscitada. Diante do exposto, e tendo em vista que o Exmo. Sr. Des. Encinas Manfré não mais compõe a Colenda Câmara Especial, promovo os autos à conclusão de Vossa Excelência para determinar o que for de direito.”) e distribuição a este relator por determinação da Egrégia Vice-Presidência (“A dúvida de Competência está configurada e, sendo assim, compete ao Órgão Especial processá-la e julgá-la, conforme previsto no artigo 13, I, e, do RITJSP. Pelo exposto, com base no art. 27, II, a, do Regimento Interno desta Corte, distribuam-se os autos, a um dos integrantes do Colendo Órgão Especial.” (fls. 890)).

II - Adota-se integralmente o adequado parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, assim:

**“A competência dos Tribunais Estaduais será fixada por suas respectivas Constituições (art. 125, § 1º, da CF); no estado de São Paulo essa competência foi atribuída ao próprio Tribunal de Justiça (art. 69, II, “a”, da CESP), por**

seu Órgão Especial (art. 13, II, “e”; art. 30, parágrafo único; e, art. 289, todos do RITJSP).

*Atualmente, as competências das Seções de Direito Público e Privado desse Egrégio Tribunal de Justiça são regulamentadas pela Resolução n. 194/2004 (com as alterações decorrentes das Resoluções n. 274/2006, 281/2006 e 471/2008) - combinada com o que ditava o ANEXO I do Provimento n. 063/2004 - do TJSP.*

*Enquanto isso, a da colenda Câmara Especial está disciplinada no parágrafo único do art. 33 do sobredito Regimento Interno do Tribunal de Justiça Bandeirante.*

*2. Estatui o art. 100 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “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”.*

*É o pedido contido na petição inicial que norteia a competência recursal, sem qualquer conotação quanto à eventual qualidade ou natureza jurídica das partes, ativa ou passiva.*

*3. Nesta ação civil pública pretende o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO o cumprimento das Leis Orçamentárias de 2008 e 2009 pelo MUNICÍPIO DE JALES (SP), “(...) depositando no Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente de Jales, (...) os valores consignados expressamente no orçamento anual referido, (...) colocando à disposição do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente de Jales” (fls. 6).*

*Esse pedido inicial foi plenamente acolhido pelo insigne Magistrado na r. sentença (fls. 739/750).*

*Com efeito, é esse pedido inicial que fixará a competência recursal.*

*4. A pretensão inicial visa o direcionamento de numerário público ao Fundo Municipal para que, com ele, possa o Conselho Municipal cumprir suas funções e atribuições estatutárias na política de atendimento aos direitos e interesses afetos à criança e ao adolescente.*

*Destarte, o que se debate são direitos e interesses de criança e adolescente, matéria relacionada à Infância e Juventude.*

*Tanto assim o é que o pedido judicial tramitou pelo egrégio Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Jales (SP).*

*5. O art. 1 48, inciso IV, do ECA (Lei n. 8.069/1990), estatui a competência absoluta desse douto Juízo de Direito para “conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente”, complementando o art. 208, § 1º, da mesma Lei Federal: “As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial*

*outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”.*

*Diante disso e com fundamento no anotado art. 33, inciso IV, do Regimento Interno do TJSP, a competência recursal para conhecer e julgar esta ação civil pública merece ser endereçada à augusta Câmara Especial do TJSP, competente que é para apreciar o pedido inicial, norteador de sua competência.*

*6. O art. 102, caput, do mesmo Regimento Interno delibera, também: “A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventiva 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”.*

*Inolvidável que a competência pela prevenção é relativa, enquanto a em razão da matéria é absoluta, de sorte que, conflitando esses critérios, este há de prevalecer.*

*Neste caso, no entanto, a prevenção - decorrente do agravo de instrumento n. 0170042-05.2011.8.26.0000 (fls. 811 e seguintes) - se coaduna com a matéria, pois ambas irradiam a competência recursal à douta Câmara Especial.*

*7. Aliás, ao proferir a r. sentença, o ilustre Magistrado JOSÉ PEDRO GERALDO NÓBREGA CURITIBA motiva-a noticiando anterior v. acórdão proferido pela colenda Câmara Especial do TJSP (fls. 746/749), na data de 16.05.2011, por votação unânime, tendo como Relator o eminente Desembargador EDSON DA SILVA MARTINS PINTO, assim ementado:*

*“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Obrigação de fazer - Omissão da Municipalidade no repasse de verba orçamentária para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - Ação julgada procedente - Recurso da Municipalidade pretendendo a inversão do julgado - Preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir - Afastamento - Ministério Público detentor de legitimidade ativa para a propositura da ação - Inteligência do artigo 201, V, do ECA - Necessidade de postulação em juízo demonstrada diante do Interesse coletivo e a relevância social - Alegação de ingerência do Poder Judiciário na Administração Municipal - Inocorrência - Possibilidade de interferência do Poder Judiciário para cumprimento de normas legais em vigor - Necessidade comprovada - Não cabimento das custas e emolumentos frente às questões afetas à infância e à juventude - Inteligência do artigo 141, § 2º do ECA - Sentença parcialmente reformada apenas para excluir a condenação ao pagamento de custas e emolumentos.”*



8. *Por todas essas óticas - matéria e prevenção - infere-se que os direitos e interesses postos em debates, nestes autos, são afetos à criança e ao adolescente, donde a competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude para conhecer e julgar o pedido inicial, por conseguinte, o recursal.*

9. *Com efeito, procede este Conflito de Competência, a qual merece ser concedida à colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça Paulista.”*

III - Diante desse quadro, fica acolhida a suscitação para reconhecer-se a Colenda Câmara Especial do E. Tribunal de Justiça competente para conhecer, processar e julgar o recurso.”

Nada mais resta a acrescentar-se.

CASTILHO BARBOSA, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0162576-86.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferira seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 25.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 2 de outubro de 2013.

RUY COPPOLA, Relator.

**Ementa: Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de indenização de saques indevidos**

**de fundo de previdência privada c.c. indenização por danos morais. 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 que diz respeito à restituição imediata das contribuições indevidamente sacadas do fundo de previdência privada ao qual o autor aderiu, a competência é de uma das Câmaras de Direito Público, nos termos do artigo 2º, inciso II, alínea “a” da Resolução nº 194/04 c.c. Provimento 63/04, Anexo I, inciso I da Seção de Direito Público. Conflito conhecido e julgado procedente. Competência da Câmara suscitada (5ª de Direito Público).**

## VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 13ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, em apelação extraída dos autos de ação indenizatória de saques indevidos de fundo de previdência privada c.c. indenização por danos morais.

O recurso foi inicialmente distribuído à 5ª. Câmara de Direito Público que, pelo V. Acórdão de fls. 390/391 dele não conheceu, declinando da competência e determinando a redistribuição a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Privado.

Redistribuídos os autos à 13ª Câmara de Direito Privado, pelo V. Acórdão de fls. 398/404 o recurso não foi conhecido, suscitando-se, então, este conflito de competência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com competência da Câmara suscitada (5ª de Direito Público).

### **É o Relatório.**

A Câmara suscitada (5ª de Direito Público) não conheceu do recurso, por entender que a matéria é de direito privado.

Assentou o eminente Des. Fermino Magnani Filho:

“As partes litigam sobre indenização, pleiteando o autor a recomposição de seu fundo de previdência privada, que teria sido defasado em razão de saque indevido por parte da instituição patrocinadora, das contribuições por ela vertidas após o desligamento do apelante do seu quadro de empregados.

Por força do disposto nas normas regimentais desta Corte, é da competência da Seção de Direito Privado conhecer e julgar as relacionadas a

indenização, envolvendo instituição de previdência complementar.

A competência acima estabelecida se dá em razão da natureza da lide submetida ao Judiciário, sujeitando-se, portanto, às Resoluções e Provimentos ditados por este Tribunal” (fls. 390/391) .

Já a Câmara suscitante (13ª de Direito Privado), entendeu que a questão discutida versa sobre contrato de plano de previdência privada e o requerente visa a restituição dos valores que foram sacados de seu fundo, relativos às contribuições aportadas pela ex-empregadora, além da indenização por danos morais, matéria da competência da Seção de Direito Público.

Com o devido respeito que se dedica aos doutos integrantes da Câmara suscitada (5ª de Direito Público), razão assiste aos que participaram do julgamento na Câmara suscitante (13ª de Direito Privado).

Isto porque, como bem asseverado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, o pedido constante da inicial está amparado em contrato de plano de previdência privada complementar, tema da competência da Seção de Direito Público (fls. 414).

Esta questão já foi decidida por este Órgão Especial, quando do julgamento do **Conflito de Competência nº 0078117-54.2013**, relatado pelo nobre **Des. Cauduro Padin**, em 12.06.2013, onde assentou-se que:

“A competência nesses casos é das Câmaras de Direito Público compreendidas entre a 1ª e a 13ª, nos termos do art. 2º, II, “a” da Resolução nº 194/2004 desta Corte:

“a) 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial da atual Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça”.

Dispõe o Provimento nº 63/2004: “Tribunal de Justiça (Competência) Seção de Direito Público:

I - Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral e questões previdenciais, inclusive as ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819, de 26 de agosto de 1958”.

Vê-se que a competência para apreciar e decidir questões previdenciais seja de natureza pública ou privada é da Seção de Direito Público.

Sobre o assunto o Órgão Especial já decidiu.

Confira-se:

*“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR - AÇÃO MOVIDA CONTRA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA - REGIMENTO INTERNO, ART. 184, I; RESOLUÇÃO Nº 194/2004, ART. 2º, II, “a”; PROVIMENTO Nº 63/2004, ANEXO I - DÚVIDA PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA, A 10ª CÂMARA*

*DE DIREITO PÚBLICO. 'A extensão da locução 'questões previdenciárias' no que diz respeito à competência da Seção de Direito Público já foi apreciada por este Colendo Órgão Especial em precedentes parelhos. Restou decidido que pouco importa a matéria versar sobre valores de benefícios previdenciários complementares, oriundos de previdência privada, porquanto os termos do art. 184, I, do Regimento Interno deste Tribunal, compete aos órgãos da Seção de Direito Público processar e julgar os feitos regidos pelo Direito Público, compreendendo-se, dentre outros, os relativos a questões previdenciais. Em outras palavras, a fixação da competência se dá em razão da matéria, pouco importando a qualidade das partes ou o fato de se cuidar de plano de previdência privada, sujeito a regras de direito privado'.*" (Conflito de Competência 994092251685 (1833830300), rel. Des. Artur Marques, julgado em 18/11/2009)

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - DISCUSSÃO QUE ENVOLVE CONTRATO CUJA NATUREZA JURÍDICA É DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - NOS TERMOS DO ART. 2, II, "A". DA RESOLUÇÃO Nº 194/2004 E PROVIMENTO Nº 63/2004, ANEXO I. A COMPETÊNCIA RECURSAL PARA AS AÇÕES RELATIVAS A PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA É DAS E. 1ª A 13ª CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - PRECEDENTES DESTES C. ÓRGÃO ESPECIAL - DÚVIDA PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DA E. 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO."*(Conflito de Competência nº 0189906-92.2012.8.26.0000, relatora Des. Cristina Zucchi, j.06.02.2013).

*"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - PLANO DE PECÚLIO - NATUREZA PREVIDENCIÁRIA - Não obstante a similaridade com o contrato de seguro de vida, o plano de pecúlio apresenta natureza previdenciária, o que remete à competência das Calendas Câmaras integrantes da Seção de Direito Público - Precedentes do C. Órgão Especial - Dúvida acolhida."* (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0032979- 98.2012.8.26.0000, relator Des. Roberto Mac Cracken, j. 13.06.2012).

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COBRANÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA RECURSAL DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO COMPREENDIDAS ENTRE A 1ª E A 13ª DESTES TRIBUNAL, CONFORME PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. COMPETÊNCIA, PORTANTO, DA CÂMARA SUSCITADA (9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO). DÚVIDA ACOLHIDA."* (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº: 990.10.153457-6, relator Des. Cauduro Padin, j.06.10.2010)".

Mais não é preciso dizer para se concluir da mesma forma.

Nos termos do artigo 2º, II, "a" da Resolução 194/04 c.c. o Provimento 63/04, Anexo I, inciso I da Seção de Direito Público, o recurso do processo em tela é da competência de uma das Câmaras de Direito Público, de 1ª a 13ª, posto que afeta a ações que envolvam questões previdenciais, seja de natureza pública

ou privada.

Ante o exposto, pelo meu voto, JULGA-SE PROCEDENTE a dúvida, e afirma-se a competência da Câmara suscitada (5ª Câmara de Direito Público).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0144596-29. 2013.8.26.0000, da Comarca de Itapeva, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 25ª 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: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. LUIS GANZERLA. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. VANDERCI ÁLVARES.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 28.463)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, PÉRICLES PIZA, RENATO NALINI, GRAVA BRAZIL e JOÃO CARLOS SALETTI, julgando o conflito procedente e competente a 13ª Câmara de Direito Público; e FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC CRACKEN, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA (com declaração), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e RUY COPPOLA, julgando competente a 25ª de Direito Privado.

São Paulo, 9 de outubro de 2013 .

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

**Ementa: Conflito de Competência. Ação ajuizada contra estabelecimento de ensino para a substituição de aulas às sextas-feiras à noite, e aos sábados, pela manhã, por trabalhos ou outras atividades acadêmicas. Suposta ofensa à liberdade religiosa. Matéria que extrapola à discussão meramente**

**privada, contratual. Interesse público evidente, de respeito a princípio constitucional. Distribuídos os autos, inicialmente, à C. 25ª Câmara de Direito Privado, foram eles redistribuídos, posteriormente, à Eg. 13ª Câmara de Direito Público, onde suscitado o conflito. Resolução nº 194/2004. Conflito julgado improcedente, para declarar competente a C. 13ª Câmara de Direito Público.**

## VOTO

### Visto.

Conflito de Competência suscitado pela **13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, em face de v. acórdão proferido pela **25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que declinou da competência, entendendo que *“a hipótese tratada nestes autos é de natureza administrativa, ou seja, discute a substituição de aulas por outras atividades acadêmicas, sem, pois, se ligar a questão puramente de direito obrigacional, no sentido de envolvimento de obrigações que digam respeito diretamente à contratação, mas apenas indiretamente. Enfim, não cabe discutir aqui se as partes são obrigadas a respeitar o convencionado, por força das regras do direito obrigacional, mas apenas se foi legítima ou não, sob o aspecto das regras de direito público que norteiam a atividade escolar, a posição da instituição de ensino”*, f. 34.

Destaca a d. Câmara suscitante, no entanto, que *“o autor, na petição inicial, fundamenta suas pretensões no desrespeito por parte de um particular às disposições contidas na Constituição Federal e na Lei estadual nº 12.142/05. E a discussão gira em torno de normas internas da instituição de ensino. Assim, não se evidencia interesse público a ser resguardado, nem diz respeito à matéria típica de direito público, tais como desapropriação, licitação, improbidade administrativa ou ação popular, ou contrato administrativo, razão pela qual o reconhecimento da incompetência é medida que se impõe”*, f. 46.

Autos distribuídos (f. 53), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pela improcedência da dúvida de competência- f 57/60.

Autos conclusos aos **20.ago.2013** –f. 61.

É o relatório.

### **Com razão a d. Câmara Suscitada.**

O caso é mesmo de competência da Eg. 13ª Câmara de Direito Público desta Colenda Corte de Justiça.

De efeito.

De acordo com o que dispõe o **art. 100, do Regimento Interno**: “*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.

E se assim é, ao examinar-se o pedido formulado na inicial, constata-se que o autor, invocando como causa de pedir o direito fundamental à liberdade religiosa, formulou pedido para que a ré, estabelecimento de ensino, substitua as aulas ministradas às sextas-feiras, à noite, e sábado, pela manhã, por trabalhos ou outras atividades acadêmicas.

“*Por ser membro batizado e atuante da Igreja Adventista do 7º Dia, e, portanto, guardador do sábado como sendo o sétimo dia da semana, conforme se vê no livro do Êxodo, capítulo 20, versículos de 8 a 11, da Bíblia Sagrada (de todas as edições e traduções, sem exceção), e por instrução Divina contida na Bíblia não realiza nenhuma atividade secular; não podendo assistir às aulas ministradas aos sábados, sob pena de estar transgredindo o 4º Mandamento da Lei de Deus (Êxodo, capítulo 20, versículos de 3 ao 17)*”, f. 10.

Só por aí, percebe-se que o fundamento nuclear da demanda diz respeito à questão educacional, ao acesso da pessoa ao ensino, em conformidade com suas convicções religiosas, e não ao aspecto meramente contratual, de índole privada.

Pois bem.

Considerados estes a causa de pedir e o pedido, verifica-se que, com fundamento no art. 2º, II, “a”, da Resolução n.º 194/ 2004, a competência para apreciação do feito pertence a urna das Câmaras entre a 1ª e a 13ª, da Seção de Direito Público deste Eg. Tribunal de Justiça.

Dês que cabe à Seção de Direito Público apreciar e julgar, entre outras, as “*ações relativas a ensino em geral, salvo as concernentes a obrigações de Direito Privado irradiadas de contrato de prestação de serviços escolares*”.

Daí que, tendo a ação declaratória sido ajuizada com fundamento principal na sua opção religiosa, a causar a impossibilidade de frequência do curso de ensino às sextas-feiras à noite e aos sábados, pela manhã, a competência, já se disse, é mesmo da 13ª Câmara de Direito Público.

**POSTO, julga-se improcedente o conflito**, reconhecendo-se como competente, para apreciação e julgamento do recurso, a **C. 13ª Câmara de Direito Público**.

## **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO**

**(Voto nº OE-00179)**

Trata-se de conflito de competência a envolver agravo de instrumento interposto contra decisão de indeferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita em ação movida por **Luis Felipe Pires de Lima**, o qual pleiteia a substituição das aulas ministradas as noites de sexta-feira e aos sábados de manhã na **Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva** por outras atividades acadêmicas, pois impossibilitado de praticar atos seculares durante esse período, conforme preceitos da Igreja Adventista do Sétimo Dia, da qual é filiado.

A **C. 25ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal**, por v. acórdão, rel. **DES. SEBASTIÃO FLÁVIO**, j. 08.05.13, determinou a redistribuição dos autos a uma das C. Câmaras da Seção de Direito Público desta C. Corte.

Expôs o v. acórdão tratar-se de ação de natureza administrativa, desvinculada da questão puramente obrigacional, pois busca questionar a legitimidade da postura da instituição privada de ensino sob o aspecto das regras de direito público que norteiam a atividade escolar, razão pela qual o âmbito da questão de fundo situar-se-ia no rol de competência da C. Seção de Direito Público (fls. 31/35).

De seu turno, a **C. 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal**, também por v. acórdão, rel. **DES. LUCIANA BRESCIANI**, j. 12.06.2013, suscitou **conflito de competência**, pois seria incompetente a Seção de Direito Público, por tratar-se de avença particular fundada em contrato de serviços educacionais firmado com universidade privada. Afirma fundar-se a discussão travada nos autos nas normas internas da instituição de ensino, razão pela qual, nos termos do art. 2º, III, *d*, da Resolução nº 194/2004, a competência seria da C. Câmara Suscitante (fls. 43/49).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou ser competente a C. 13ª Câmara de Direito Público, suscitante (fls. 57/60).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para conhecer, do agravo de instrumento.

*Data venia*, e sempre com o devido respeito ao entendimento do eminente relator e da douta maioria, com razão a Câmara Suscitante.

A respeito, define o art. 100, do Regimento Interno desta C. Corte.

**Art. 100 - 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.**

Deve-se perquirir o intento da ação, aquele perfilhado na exordial, o qual fixa a competência para o conhecimento e julgamento da lide.

No caso em testilha, travou-se discussão acerca da possibilidade de substituição de aulas por outras atividades acadêmicas em instituição privada de ensino, típica relação jurídica de natureza privada, arraigada que está no contrato firmado entre os particulares, aluno e universidade.

Nesse sentido a Resolução nº 194/ 2004, em seu art. 2º, III, *d*, dispõe:

**Artigo 2º - A composição e competência das Seções do Tribunal de Justiça, a partir da extinção dos Tribunais de Alçada, passam a ser, provisoriamente, as seguintes:**

**III - Seção de Direito Privado - 36 (trinta e seis) Câmaras numeradas ordinalmente, incluídas as existentes, assim distribuídas:**

**d) serão da competência preferencial das 11ª a 36ª Câmaras as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia; (grifos nossos)**

Não se trata de uma questão geral, ligada ao ensino com um todo, mas sim, de avença inserida no microcosmo da relação estabelecida entre as partes, a afastar, de pronto, a competência da área de Direito Público deste E. Tribunal.

E, assim tem decidido este C. Órgão Especial, ou seja, “*cuidando-se de competência a definir-se **ratione materiae**, a **causa petendi** deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, ainda que o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que pudessem modificá-la.*” (cfe. Dúvida de Competência nº 147.020.0/4, rel. **DES. MARCO CÉSAR**; Dúvida de Competência nº 161.581-0/6-00, rel. designado **DES. PALMA BISSON**, j. 23.04.08).

Sobre o tema discussões de contratos de prestação de serviços escolares, podem ser citados vv. acórdãos deste C. Órgão Especial, no Conflito de Competência nº 0235867-90.2011.8.26.0000, rel. **DES. DAVI HADDAD**, j. 23.11.11; CC nº 0018795-40.2012.8.26.0000, rel. **DES. LUIZ PANTALEÃO**, j. 03.10.12; CC nº 0049338-89.2013.8.26.0000, rel. **DES. LUIS SOARES DE MELLO**, j. 08.05.13 e CC nº 0116889-86.2013.8.26.0000, rel. **DES. CAUDURO PADIN**, j. 14.08.13, este com a seguinte ementa:

*“Conflito de competência. Agravo de instrumento em ação de obrigação de fazer. Prestação de serviços educacionais. Efetivação de matrícula de aluna com matérias em dependência ante a omissão da instituição de ensino em abrir turmas de recuperação com violação ao contrato de prestação de serviços. Discussão que invoca descumprimento contratual e regimento interno da instituição. Relação de direito privado. Competência da 35ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente.”*

Registre-se, inclusive, a C. Seção de Direito Privado, por suas 16ª e 29ª

Câmaras, vem julgando casos idênticos ao ora analisado, tudo a corroborar com o quanto exposto:

*“AÇÃO DECLARATÓRIA - Pretensão do autor de se ausentar das aulas ministradas no estabelecimento-réu às sextas-feiras em virtude de ser membro ativo da Igreja Adventista do 7º Dia, e de ter sua ausência relevada mediante a apresentação de trabalho escrito - Garantia de liberdade de crença e de não ser privado de direitos por motivo de convicção religiosa - Artigo 5º, VI e VIII da Constituição Federal - Possibilidade de obter frequência necessária para aprovação no curso mediante a apresentação de trabalho escrito ou outra atividade de pesquisa acadêmica determinados pela instituição de ensino - Lei Estadual nº 12.142/2005 - Ação julgada improcedente em primeiro grau - Recurso provido.”* (Ap. nº 9204758-41.2007.8.26.0000, rel. Des. **WINDOR SANTOS**, j. 08.02.11)

*“Prestação de serviços educacionais - Curso universitário - Tendo a Instituição de ensino informado que a opção religiosa da autora seria respeitada, no momento da contratação, a possibilidade de frequentar o curso sob condições especiais integra o contrato firmado entre a aluna e a escola, nos termos dos arts. 30, 47 e 48 do Código do Consumidor - Danos morais indevidos - Não houve efetiva ofensa a direito da personalidade - Recursos não providos.”* (Ap. nº 9269145- 31.2008.8.26.0000, rel. **DES. SILVIA ROCHA**, j. 30.05.12)

Ante o exposto, sempre com a devida permissão, pelo meu voto, usei divergir do nobre relator e da douta maioria, para considerar competente a C. 25ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para julgamento do recurso.

LUIS GANZERLA, Desembargador

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0160858-54.2013.8.26.0000, da Comarca de Suzana, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 23ª 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. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.”, de conformidade com o voto

do(a) Relator(a) , que integra este acórdão. **(Voto nº 29.734)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e AMADO DE FARIA.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator designado

### **Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

**Reintegração de posse - Bem particular gravado com direito real público - Servidão administrativa, em favor da Petrobras, para viabilizar a implantação de oleoduto - Exercício da defesa possessória, no caso, se faz, não pela natureza do bem ou dos envolvidos, mas pela afetação do bem ao interesse público determinante de sua instituição - Competência da C. Seção de Direito Público, a quem cabe processar e julgar os feitos regidos pelo Direito Público em geral (art. 184 do RITJ/SP de 1993, com a redação dada pela Resolução nº 90, de 1995, c.c. art. 2º da Resolução nº 194, de 2004 ou art. 3º I.11 da Resolução aprovada, por unanimidade, pelo C. Órgão Especial em 16.10.13).**

**Conflito procedente. Competente a Câmara suscitante.**

### **VOTO**

1. Relatório já nos autos.

2. Entendo ser caso de julgar procedente o conflito e fixar a competência da suscitante.

A Eg. 23ª Câmara de Direito Privado declina competência para apreciação e julgamento do presente feito - ação de **reintegração de posse** intentada pela PETOBRAS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO contra CLAUDIO FRANCISCO DE SOUZA, em razão de suposto esbulho de área onde estão instalados dutos para transporte de petróleo e derivados (fls. 02/09) -

entendendo tratar-se de matéria de competência de uma das Câmaras de Direito Público (fls. 195/197).

Redistribuídos à **Eg. 12ª Câmara de Direito Público** (fls. 201), esta apreendeu ser caso de remeter os autos a uma das **Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente** (fls. 202/203). Redistribuídos à **2ª Câmara Especializada** (fls. 207), esta entendeu não versar a controvérsia sobre questão diretamente relacionada ao meio ambiente (fls. 212/216), sugerindo o retomo dos autos à **Eg. 12ª Câmara de Direito Público** (fls. 219), a qual suscitou a presente dúvida de competência perante o **Eg. Órgão Especial**, por considerar afeta a matéria à **Eg. 23ª Câmara de Direito Privado**, local da distribuição originária (fls. 223/227).

Com a devida vênia, ousou divergir do voto do I. Relator Des. **ANTONIO VILENILSON**.

Segundo consta, o imóvel em questão, declarado de utilidade pública (Decreto nº 92.547, de 15.04.86 - fls. 79/83), em favor da PETROBRAS, inscrito como **servidão de passagem** (fls. 77/78) para viabilizar a implantação de oleoduto São José dos Campos/Mauá, arrendado à empresa autora (fls. 32/73), abri dutos de transporte de petróleo e seus derivados. Trata-se, portanto, de **bem particular gravado com direito real público - servidão administrativa**.

E, segundo **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**:

*“Servidão administrativa é o **direito real público** que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a **execução de obras e serviços de interesse coletivo**.”*

*“Cuida-se de um direito real público, porque é instituído em favor do Estado para **atender a fatores de interesse público**...”*

(...)

*“**O fundamento geral da servidão administrativa é o mesmo que justifica a intervenção do Estado na propriedade: de um lado, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, de outro, a função social da propriedade, marcada nos arts. 5º XXIII, e 170, III, da CF. O sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira a atuação interventiva do Estado.**” (grifei - “Manual de Direito Administrativo” - Editora Atlas - 2012 - p. 774/775).*

Acrescenta **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**:

*“Servidão administrativa é o direito real que assujeita um **bem a suportar uma utilidade pública**, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. É, pois, o **gravame** que onera um dado imóvel subjugando-o ao dever de **suportar** uma conveniência pública, de tal sorte que a utilidade residente no bem pode ser fruída singularmente pela coletividade ou pela Administração.” (grifei - “Curso de Direito Administrativo” - Malheiros*

Editores - 2013 - p. 923).

Não discrepam **HELLY LOPES MEIRELLES** (“Direito Administrativo Brasileiro” - Malheiros Editores - 2005 - p. 60, **DIÓGENES GASPARINI** (“Direito Administrativo” – Editora Saraiva - 2003 - p. 623) e **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO** (“Direito Administrativo” - Editora Atlas - 2010 - p. 150), dentre outros.

O exercício da defesa possessória, no caso, se faz, **não** pela natureza do bem ou dos envolvidos, **mas** pela afetação do bem ao interesse público determinante de sua instituição - **servidão pública**.

**Entendo**, portanto, ser razoável reconhecer, no caso, a competência da **C. Seção de Direito Público**, a quem cabe processar e julgar os feitos regidos pelo **Direito Público** em geral (art. 184 do RITJ/SP de 1993, com a redação dada pela Resolução nº 90, de 1995, c.c. art. 2º da Resolução nº 194, de 2004 - ou art. 3º, I.11 da Resolução aprovada, por unanimidade, pelo **C. Órgão Especial** em 16.10.13).

Assim já se decidiu neste **C. Órgão Especial** em situação análoga:

*“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - Instituição de servidão administrativa, em favor da Petrobras, sobre bem particular declarado de utilidade pública, com escopo de implementação de poliduto - Demanda possessória proposta por sociedade de direito privado em face de pessoas físicas com escopo de dar efetividade a ato administrativo - Competência residual das Calendas Câmaras integrantes da Seção de Direito Público - Dúvida acolhida para determinar a competência da Colenda 9ª Câmara de Direito Público desta Egrégia Corte.”* (CC nº 0.238.21 8-02.2012.8. O v.u. j. de 20.03.13 - Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**).

Matéria é, reiteradamente, processada e julgada na **C. Seção de Direito Público** (v.g. - AI nº 0.148.677-55.2012 - 9ª Câm. j. de 19.06.13; AI nº 0.189.973-57.2012 - 6ª Câm. j. de 22.10.12; AC nº 0.038.509-30.2005 - 1ª Câm. j. de 24.04.12 e AC nº 9.163.192.78-2008 - 9ª Câm. j. de 08.02.12, dentre inúmeros outros arestos).

Mais não é preciso acrescentar.

**3. Pelo meu voto, é procedente o conflito e competente a suscitante Eg. 12ª Câmara de Direito Público.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº

0158669-06.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Adélia, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COM PETENTE A 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. VU.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 27.869)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, SAMUEL JUNIOR, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, MÁRCIO BÁRTOLI e AMADO DE FARIA.

São Paulo, 23 de outubro de 2013.

PÉRICLES PIZA, Relator

**Ementa:** APELAÇÃO. Conflito negativo de competência. Ação de obrigação de não fazer com preceito cominatório. Julgada procedente em 1º Grau de Jurisdição para determinar que a requerida se abstenha de realizar a limpeza do plantio da cana-de-açúcar pelo método de queimada, sob pena da incidência de multa cominatória no valor de R\$ 150.000.00 (Cento e cinquenta mil reais). - Pretensão que envolve a possibilidade de dano ao bosque de seringueiros em decorrência de futura queima da palha da cana-de-açúcar. Propriedades vizinhas. Entes privados. Pretensão de prevenir a ocorrência de danos patrimoniais aos autores. Matéria que não envolve “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente”. Inteligência da Resolução nº 512/2010 desta Corte de Justiça. Incompetência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente. Precedentes deste Colendo Órgão

**Especial. Suscitação procedente. Competência da 27ª Câmara de Direito Privado para julgamento da apelação.**

**VOTO**

I - Trata-se de **Conflito de Competência** em apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Santa Amélia (Controle nº 427/07), que julgou procedente a ação de obrigação de não fazer para determinar que a requerida (Companhia Agrícola Colomba S/A.) se abstenha de realizar a limpeza do plantio da cana-de-açúcar pelo método de queimada. sob pena da incidência de multa cominatória no valor de R\$ 150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais), ajuizada por TALENG Engenharia e Construções Limitada e Antônio Carlos Frederico (cf. fls. 143/148).

O recurso de apelação interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 27ª Câmara de Direito Privado, que dele não conheceu e determinou a redistribuição a Câmara Reservada ao Meio Ambiente (cf. fls. 191/193).

Afirma, em síntese, que a *“competência recursal é, portanto, da Câmara Reservada ao Meio Ambiente por envolver discussão sobre a possibilidade ou não do emprego de queimada controlada da palha de cana-de-açúcar”* (cf. fls. 192).

A Colenda 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por sua vez, também não conheceu da apelação e suscitou a presente dúvida de competência (cf. fls. 208/216).

Afirma, em síntese, que *“a questão apreciada nos presentes autos tem natureza exclusivamente civil, pois que envolve dois entes privados e os possíveis danos que a atuação de um deles pode causar ao patrimônio e à atividade econômica do outro”* (cf. fl. 212).

A Doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para reconhecer a competência da suscitada, a Egrégia 27ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (cf. fls. 221/224).

II - Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes da Colenda 27ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, a ela compete julgar a apelação versada nesses autos, tendo sido correta a distribuição originalmente realizada.

Com efeito, da leitura da petição inicial (cf. fls. 02/14), verifica-se que, na lide civil, os autores pretendem prevenir danos patrimoniais na sua atividade econômica, em decorrência de possível utilização, por parte da requerida, de método de queima de palha de cana-de-açúcar.

Assim, a demanda envolve interesse exclusivamente particular, tanto que nos polos da relação processual figuram dois entes privados. E, tangenciando

pelo direito de obrigação de não fazer os autores da ação buscam prevenir danos patrimoniais e prejudiciais a sua atividade econômica.

Não há se olvidar que a demanda resvala em questão ambiental, mas não de forma a se enquadrar nas que envolvem “*interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente*”, nos termos da Resolução nº 512/2010, que deu nova redação às Resoluções de nº 240/05 e de nº 44712008, todas deste Tribunal de Justiça.

A Resolução nº 512/2010, dispõe no seu art. 1º que: “*A Câmara Especial do Meio Ambiente, criada pela Resolução 240/2005, agora denominada “Câmara Reservada ao Meio Ambiente” (artigo 284 do Regimento Interno), tem competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos **diretamente ligados ao meio ambiente**, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação de pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*” (original sem grifos).

Repete-se que, o tema em debate na ação principal tem nítido cunho de direito patrimonial e de vizinhança, pois o que busca se diretamente é “*defender os direitos dos Autores, quanto à sistemática da limpeza da área do plantio de cana-de-açúcar para permitir o corte, pela Requerida, que se vier a usar o método de queimada, por certo e sem qualquer margem de dúvida, danificará, em enorme parte, o bosque de seringueiras*” (cf. fls. 06).

Não se trata, portanto, de ação que envolva discussão sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente.

A questão ambiental foi invocada apenas de forma reflexa, o que afasta a hipótese de enquadramento na competência definida pelo art. 1º da Resolução nº 240, deste Colendo Órgão Especial, daí o reconhecimento da competência da 27ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 194/2004 c.c. Provimento nº 63/2004, ambos deste E. Tribunal de Justiça.

Neste sentido transcrevo trecho de decisão deste C. Órgão Especial. Conflito de Competência nº 0105052-68.2012.8.26.0000, do eminente Rel. Des. ELLIOT AKEL, julgado em 25/07/2012:

“*A verdade é que, embora mencionados na inicial passíveis danos ambientais, o contorno que se dá à causada por dano notável são preponderantemente econômica e particular, destacadas a desvalorização de imóvel contíguo à obra e a violação de direito de vizinhança (art. 1277 do Código Civil). Não se ignora a previsão do parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 512/10, a teor do qual a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente estende-se “às ações de indenização por danos pessoais, propostas individualmente, na forma dos arts. 81 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; bem como às causas em que*

*houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e àquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6938, art. 14, “caput”, e parágrafos 1º e 3º). A leitura desse parágrafo, contudo, não pode ser feita sem que se tome o efetivo sentido do “caput”, isto é, o de reservar à câmara especializada causas que envolvam apenas interesses “diretamente ligados ao meio ambiente”.*

Mais ainda.

Citando o eminente Des. TORRES DE CARVALHO, integrante da Colenda Câmara Ambiental, consta de sua decisão nos autos de Agravo de Instrumento nº 990.09.366962-5:

*“A Câmara Ambiental foi criada considerando a relevância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, nos termos da Resolução TJ nº 240/05 de 5-10-2005. À Câmara Ambiental compete, em linguagem simples, a interpretação e a aplicação da legislação ambiental, assim entendida a legislação que tem por objeto a regulação e a preservação do meio ambiente. A competência da Câmara Ambiental não se define só pelo objeto, mas pelo objeto e pela causa de pedir; julga as demandas em que a interpretação e aplicação da legislação ambiental têm papel preponderante, no meio ambiente natural e urbano”.*

Portanto, de conformidade com os precedentes supramencionados, bem como nos termos do parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça - *“...é certo que a peça vestibular tem como pretensão prevenir a ocorrência de danos patrimoniais aos autores decorrentes de possível utilização do método de queima da palha da cana-de-açúcar por parte da requerida. Portanto, possível ocorrência de danos pessoais aos autores em razão de uma prática que também se constitua em um dano ambiental é puramente abstrata não havendo, ainda, um fato concreto e direto, que possa ensejar a competência das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente”* (cf. fl. 223) - a competência recursal para julgar a presente ação é da 27ª Câmara de Direito Privado desta Corte, nos termos da Resolução nº 19412004 e Provimento nº 63/2004 - Anexo I.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 27ª Câmara de Direito Privado desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso de apelação interposto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0136738-44.2013.8.26.0000, da Comarca de Mirante do Paranapanema,

em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 13ª CAMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 23.083)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

ANTONIO LUIZ PIRES NETO, Relator

**Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. Art. 1228 do Código Civil. IMÓVEL PÚBLICO. Irrelevância. Pretensão que está apoiada exclusivamente em normas de direito privado. Existindo dispositivo específico prevendo a competência da Seção de Direito Privado para julgar os recursos referentes às ações reivindicatórias de bem imóvel, sem estabelecer alguma distinção entre bem público e bem particular, não se revela razoável desprezar-se esse critério expresso e invocar dispositivo que trata de ações de outra natureza (possessória) para atribuir essa competência à Seção de Direito Público. Dúvida procedente. Competência da 1ª Câmara de Direito Privado.**

## VOTO

Trata se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara de Direito Privado, em razão de a 13ª Câmara de Direito Público ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº 0000012-64.2010.8.26.0357, interposta nos autos da Ação Ordinária nº 0012/2010, versando sobre reivindicação de bem

imóvel (art. 1228 do Código Civil).

A 13ª Câmara de Direito Público (suscitada) entende que em se tratando de ações dessa natureza (reivindicatória de bem imóvel), a competência para julgamento do recurso é da Seção de Direito Privado (DP I), nos termos do Provimento/TJ nº 63/ 2004: “*XVI. Ações de reivindicação de bem imóvel*”.

A 1ª Câmara de Direito Privado (suscitante), por sua vez, sustenta que o imóvel objeto da reivindicação é de natureza pública, daí porque - por envolver a ação matéria afeta ao direito administrativo - entende que o conhecimento do recurso compete à suscitada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça representada pelo Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui e pelo Dr. Motauri Ciocchetti de Souza, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 13ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso (fls. 267/ 269).

É o relatório.

Nos termos do art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça “*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*”.

No presente caso, em se tratando de ação reivindicatória de bem imóvel (**natureza petítória**), e não de ação **possessória**, a competência recursal deve ser definida pela regra expressa do art. 2º, inciso III, alínea “a”, da Resolução TJ nº 194/ 2004, que contempla dentre as matérias afetadas às Câmaras de Direito Privado numeradas entre 1ª e 10ª, “*as ações reivindicatórias de bem imóvel*”.

Pouco importa que o polo ativo, no caso, seja ocupado por Fazenda Pública, uma vez que não é a condição ou qualidade da parte que determina a competência recursal, e sim os termos do pedido inicial (art. 100 do RITJSP).

Ademais, existindo um dispositivo específico prevendo a competência da Seção de Direito Privado para julgar os recursos referentes às ações **reivindicatórias de bem imóvel**, sem estabelecer alguma distinção entre bem público e bem particular (artigo 2º, inciso III, alínea “a”, da Resolução TJ nº 194/2004), não se revela razoável, com o devido respeito, afastar-se daquele critério expresso (mediante presunção de que tal regra alcançaria somente bem particular, ou seja, estabelecendo distinção onde a norma não distingue) para em seu lugar invocar dispositivo que trata de ações de outra natureza, mais precisamente “*ações possessórias por ocupação ou uso de bem público*” (artigo 2º, inciso II, alínea “a”, do mesmo diploma legal) com o objetivo de atribuir essa competência à C. Câmara suscitada.

Não custa lembrar, sob esse aspecto, que a natureza do bem, salvo os casos de previsão expressa, o que não se verifica no caso da ação reivindicatória, não interfere na regra de fixação da competência recursal, por se tratar de questão

secundária, lembrando-se que, embora o autor reserve grande espaço da petição inicial para explicar que o objeto da controvérsia é um bem público, a verdade é que sua pretensão envolve - **como objeto principal e preponderante** - o exame sobre título de propriedade com base nas regras de direito privado, daí porque, não existindo alguma discussão envolvendo direito administrativo, afasta-se a hipótese de competência da Seção de Direito Público.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial em caso semelhante:

*“DÚVIDA DE COMPETÊNCIA - Segunda Câmara de Direito Público em face da Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça - Herança jacente - Ação reivindicatória de bem imóvel ocupado indevidamente - A competência recursal deve ser definida pela natureza da matéria discutida e não pela qualidade das partes - Não obstante seja a autora a Municipalidade de São Paulo, matéria versa sobre reivindicação de bem imóvel, razão pela qual deve ser regida pelo Direito Privado - Provimento nº 63/2004 e Resoluções 194/2004 e 281/2006, do Tribunal de Justiça. Precedentes do Colendo Órgão Especial - JULGARAM PROCEDENTE A DÚVIDA, RESTANDO FIXADA A COMPETÊNCIA DA SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”* (Dúvida de Competência nº 161.606-0/ 1, Rel. Des. Viana Santos, j. 04/03/2009).

Anota-se, por fim, que em se tratando de competência em razão da matéria, não incide a regra art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, aliás, como já foi decidido este C. Órgão Especial em caso semelhante: *“A regra prevista no art. 102, ‘caput’, do Regimento Interno deste Tribunal ostenta natureza relativa, não podendo, pois, sobrepor-se às normas de competência em razão da matéria, que têm caráter absoluto”* (Conflito de Competência nº 0168088-84.2012.8.26.0000, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 17/10/2012).

Pelo exposto e em suma, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar a Apelação Cível nº 0000012-64.2010.8.26.0357 a Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0185425-52.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 29ª 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 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.295)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto).

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

**Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 605/2013 QUE ESTABELECEU, AO ALTERAR A REDAÇÃO DO ARTIGO 2º, INCISO III, ALÍNEA ‘C’, DA RESOLUÇÃO Nº 194/2004 DO ÓRGÃO ESPECIAL, C.C. ARTIGO 100 DO RITJSP, A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA (29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO).**

## VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação Cível nº 0123774-78.2011.8.26.0100, da Comarca da Capital, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Privado.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a Câmara suscitada como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 464/467).

**2. O conflito de competência deverá ser julgado procedente, para estabelecer a competência da 29ª Câmara de Direito Privado.** Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), fixados pelo demandante na inicial.

Tal o teor do artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal: “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”.*

Tratando-se de caso em que a *causa petendi* remonta à **responsabilidade civil, por ilícito extracontratual, de sociedade de economia mista prestadora de serviço público - transporte férreo -**, deverá ser observada a **Resolução nº 605/2013, deste Órgão Especial, publicada em 10 de julho de 2013, que, ao alterar a redação do artigo 2º, inciso III, alínea ‘c’, da Resolução 194/2004, modificou as competências de parte da Seção de Direito Privado, estabelecendo a competência das “25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil, não abrangida no inciso anterior, acrescida das ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, 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 a alínea ‘d’”.**

3. Vez que acidente noticiado deu-se enquanto a requerida, sociedade de economia mista, prestava serviço público de transporte férreo, necessária a análise da responsabilidade civil da ré à luz da determinação do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, como leciona **José dos Santos Carvalho Filho**: *“No ordenamento jurídico vigente, existem dois planos de responsabilidade civil: responsabilidade civil de direito privado, cujas regras se encontram no Código Civil, fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade de direito público, prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da CF (e agora também no art. 43 do novo Código Civil), que consagra a teoria da responsabilidade objetiva. Em relação a esta última, dispõe o referido artigo que a ela se submetem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Esta última expressão, acrescentada pela vigente Constituição, tem provocado algumas dúvidas quanto a sua real aplicabilidade. Como a Constituição não se referiu à administração indireta, nem fez menção a sociedades de economia mista e empresas públicas, parece-nos que o dado jurídico desejado pelo Constituinte para enquadramento da norma foi mesmo o fato de a entidade prestar serviço público. Aqui, portanto, temos que nos curvar ao exame da atividade exercida pelas citadas entidades, embora todas, em sentido lato, exerçam atividade econômica. Se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será a subjetiva, regulada pela lei civil. Se, ao contrário, executarem serviços públicos típicos, tais entidades passam*

**a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição.**<sup>1</sup>

4. Assim, embora a responsabilidade civil objetiva das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos seja tema afeito ao Direito Público, deverá ser observada, nos termos da Resolução nº 605/2013, a competência da 30ª Câmara de Direito Privado, por se tratar de responsabilidade civil decorrente de acidente de veículo.

5. Isto posto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 29ª Câmara de Direito Privado desta Corte, nos termos do provimento nº 63/2004 da Presidência do Tribunal de Justiça, c.c. artigo 2º, inciso III, alínea 'c' (nova redação), da Resolução nº 194/2004 do Órgão Especial e artigo 100 do Regimento Interno.

Remetam-se os autos à Câmara suscitada.

---

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Editora Atlas. São Paulo, 2013. Pg. 519.

# CÂMARA ESPECIAL

## Agravos de Instrumento

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2004217-04.2013.8.26.0000, da Comarca de Cerqueira César, em que é agravante L.M.Z. (MENOR), é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CERQUEIRA CÉSAR. (Voto nº 34.592)

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para substituir a medida socioeducativa de internação originariamente aplicada ao adolescente pela medida de liberdade assistida pelo prazo inicial de 06 (seis) meses. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento. Infância e Juventude. Decisão que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de internação. Ausência de elementos que demonstrem a efetiva necessidade de manutenção de medida que importe em privação de liberdade. Relatório técnico favorável que atesta evolução psicológica, pedagógica e social do adolescente. Elementos que revelam o cabimento da progressão para medida socioeducativa em meio aberto. Recurso provido para o acolhimento do pedido subsidiário.**

### VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento manejado por L.M.Z. contra r. decisão que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de internação.

Sustenta a Defesa, em suma, que o relatório técnico mais recente elaborado pela Fundação Casa sugere a extinção da medida de internação, não havendo fundamento fático ou jurídico para se negar tal pedido, tendo em vista o sucesso do processo socioeducativo.

Antecipada parcialmente a tutela recursal, com a imediata inserção do jovem na medida de liberdade assistida (fls. 30/31), sobrevieram resposta do agravado (fls. 37/41) e parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 47/49).

### **Este é o relatório.**

O recurso merece provimento, para acolhimento do pedido subsidiariamente deduzido.

Antes de tudo, cumpre frisar que o Magistrado não está adstrito ao laudo técnico da entidade responsável pela fiscalização da medida, podendo indeferir o pedido de extinção ou de progressão se por outros elementos entender que não houve a plena e efetiva ressocialização do adolescente.

Entretanto, a decisão agravada limitou-se a considerar a gravidade da conduta que ensejou a internação e a multireincidência, sem prestigiar a evolução psicológica, pedagógica e social revelada pelo jovem no último relatório.

E, ao antecipar parcialmente a tutela, foi ponderado o seguinte:

*“Antecipo parcialmente a tutela recursal.*

*Depreende-se da peça inicial e dos documentos que a acompanham que, por envolvimento em ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, ao agravante foi aplicada medida de internação, de sorte que está internado há aproximadamente 11 (onze) meses.*

*Durante a execução da medida, foi elaborado relatório técnico pela Fundação C.A.S.A., que demonstrou a evolução do adolescente e o cumprimento das metas propostas.*

*Esse relatório sugere que Lucas seja agraciado com a extinção da medida, pois está preparado para retornar ao convívio social e porque a medida de internação cumpriu seu papel.*

*A decisão agravada que indeferiu a progressão, considerando a gravidade da conduta e a multireincidência, não levou em conta a evolução psicológica, pedagógica e social revelada pelo adolescente no relatório.*

*Vale lembrar que é de rigor considerar a evolução do jovem desde então,*

*sob pena de perdurar a mácula indefinidamente.*

*Assim, não há elementos, ao menos por ora, que justifiquem o afastamento do relatório técnico formalizado pela Fundação Casa.*

*No entanto, em sede liminar, não deve ser acolhida a extinção da medida, diante da irreversibilidade de tal decisão o que somente deverá ser determinado pela Turma Julgadora, se o caso.*

*Ante o exposto, antecipo parcialmente a tutela recursal para determinar a desinternação e imediata inserção do adolescente na medida de liberdade assistida, até o julgamento final desde recurso”.*

Não se pode olvidar que as medidas que importam segregação da liberdade são medidas extremas e sujeitas aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (artigo 121, Estatuto da Criança e do Adolescente), devendo ser mantidas somente nos casos em que se mostrar imprescindível à ressocialização do adolescente.

No caso, Lucas, que permaneceu internado por aproximadamente onze meses, demonstrou ter atingido as metas que lhe foram traçadas e contar com apoio familiar.

O último relatório atesta que o jovem passou por significativas transformações pessoais, denotando maturidade, criticidade e compreensão frente à negatividade e os prejuízos decorrentes da comercialização ilegal de entorpecentes, no âmbito pessoal, social e familiar. Também indica que retomou os estudos e que vem se dedicando no ensino formal, com vistas à profissionalização, demonstrando postura responsável, com o acatamento das orientações efetuadas pela equipe (fls. 18/21).

Deste modo, a manutenção da sua segregação certamente será prejudicial ao processo de reeducação do adolescente, que, aliás, no próximo dia 15 de setembro completará dezoito anos.

Daí porque, adotados os fundamentos da decisão que antecipou parcialmente a tutela recursal, de rigor o provimento do recurso, com o acolhimento do pedido subsidiário, para substituir a medida socioeducativa de internação originariamente aplicada pela medida de liberdade assistida, pelo prazo inicial de 06 (seis) meses.

**Pelo exposto é que se á provimento ao recurso para substituir a medida socioeducativa de internação originariamente aplicada ao adolescente pela medida de liberdade assistida pelo prazo inicial de 06 (seis) meses.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000636-78.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante G.W.S., é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CAMPINAS.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.598)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

**Ementa: Agravo de Instrumento - Decisão que indeferiu pedido de extinção da medida de internação, a despeito da existência de Relatório Técnico Conclusivo elaborado pelos profissionais da Fundação Casa em sentido contrário - Inexistência de ilegalidade - Decisão fundamentada proferida na execução da medida socioeducativa - Não vinculação aos laudos da equipe técnica - Decisão, ademais, que se apresenta em consonância com a Súmula 84 deste Tribunal de Justiça e com o princípio da proteção integral do infante - Agravo de instrumento não provido.**

## VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto pelo menor G.W.S. contra a decisão do MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campinas, que lhe indeferiu o pedido de extinção da medida de internação, a despeito da existência de Relatório Técnico Conclusivo elaborado pelos profissionais da Fundação Casa em sentido contrário.

Requer, ao final, a reforma da r. decisão para que o menor seja colocado em liberdade até o julgamento definitivo deste quando, então, espera seja decretada a extinção da medida de internação ou, subsidiariamente, seja dado parcial provimento para substituir a medida de internação por outra em meio

aberto (fls.1/12).

Indeferido o pedido de liminar (fls. 42/44), seguiram-se as informações prestadas pelo Juízo (fls. 49/54) opinando a Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 58/59).

É o relatório.

Segundo o apurado nos autos, o jovem G.W.S. foi inserido em medida socioeducativa de internação, pela prática de infração equiparada ao crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, tendo, em recente Relatório Técnico de Acompanhamento, constatado que sua vida progressa foi modificada, encontrando-se apto ao retorno do convívio social, opinando, destarte, pela extinção da medida de internação (fls.17/22).

O representante do Ministério Público, contudo, sugeriu maiores avaliações sobre o jovem (fls.23/25) e o Douto Magistrado indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa, determinando a remessa de novos laudos (fl.28).

E, por ocasião da apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ficou consignado que o indeferimento da extinção foi devidamente fundamentado na necessidade de prosseguimento do trabalho que vem sendo realizado com o menor, visto que o período em que internado “...*não se revela por suficiente à reinserção social, ainda que em Liberdade Assistida, pois trata-se da quarta internação de Guilherme, que se encontra no meio delitivo desde 2007, ou seja há seis anos e, apesar de diversas oportunidades que lhe foram dadas não aproveitou nenhuma delas e ainda se envolveu em rebelião em setembro de 2012*” (fls.28).

Assim, com amparo no disposto na Súmula 84 do 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.

No presente caso, como já exposto, o indeferimento da extinção foi devidamente fundamentado na necessidade de prosseguimento do trabalho que vem sendo realizado com o menor, visto que o período em que internado “...*não se revela por suficiente à reinserção social, ainda que em Liberdade Assistida, pois trata-se da quarta internação de Guilherme, que se encontra no meio delitivo desde 2007, ou seja há seis anos e, apesar de diversas oportunidades que lhe foram dadas não aproveitou nenhuma delas e ainda se envolveu em rebelião em setembro de 2012.*” (fls.28).

A autoridade judiciária portanto, agiu com prudência ao submeter o agravante a uma nova avaliação, tudo em atendimento ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Assim, se o regime de internação tem sido reservado aos casos excepcionais, graves, relevantes, como forma mais intensa para ressocialização

dos infratores, cumpre ter em conta que para que se decida sobre progressão de regime, impõe-se considerar tanto a proteção do adolescente quanto também da sociedade. O processo socioeducativo, por isso, compreende várias etapas, razão pela qual a progressão de um regime a outro exige análise cuidadosa e ponderada do Magistrado.

Nesse contexto, observa-se que a decisão atacada não se mostra ilegal ou abusiva; ao contrário, está em consonância com os demais elementos dos autos, devendo ser integralmente mantida.

Ressalte-se, em arremate, que, dada a clareza dos laudos realizados, bem como a adequada fundamentação da r. decisão agravada, não há necessidade de realização de diligências porque, no prazo máximo de seis meses (art. 121, § 2º do ECA) o menor deverá de qualquer modo ser reavaliado, quando então seu quadro será novamente analisado, e todos os aspectos relevantes para o diagnóstico serão uma vez mais reapreciados.

Ressalta-se que a decisão do MAGISTRADO, na verdade, está proporcionando ao adolescente a proteção e os benefícios colimados pelo legislador ordinário, consubstanciados na sua reeducação, ressocialização e reabilitação, para o que estava autorizado pelos artigos 99, 100 e 113 da Lei nº 8.069/90 que preveem a possibilidade de as medidas socioeducativas serem substituídas a qualquer tempo.

Não há que se falar, outrossim, em violação à coisa julgada, pois as medidas socioeducativas descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm cunho educativo e não punitivo, possibilitando, destarte, alterações, de acordo com as necessidades de cada adolescente.

E por fim, não houve afronta ao princípio da excepcionalidade (caput, do artigo 121, do ECA), porquanto restou demonstrado o insucesso da medidas anteriores no processo ressocializador do adolescente, tanto que internado várias vezes, possui mais de dezoito anos e não consegue estudar adequadamente.

Oportuna a transcrição de ementa de julgado desta Câmara Especial lembrado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça:

**“MENOR. Ato infracional. Insurgência contra decisão que indeferiu a progressão da medida socioeducativa de internação para liberdade assistida. Condições pessoais da adolescente que devem ser consideradas para a concessão da progressão almejada. Determinação de realização de nova avaliação que se mostra coerente ante a gravidade do ato infracional cometido pela adolescente. Magistrado, outrossim, que não está adstrito à conclusão da equipe técnica. Súmula nº 84 TJ/SP. Decisão mantida. Recurso não provido”** (TJSP, Câmara Especial, AI nº 0143849- 50.2011.8.26.0000, Rel. Martins Pinto, j. 05.12.11).

Destarte, a internação é, pelo menos até momento, a única medida capaz de viabilizar sua ressocialização.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2004491-65.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante S.C.S., é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE GUARULHOS.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.150)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

**Ementa: Agravo de instrumento - Pedido de modificação de guarda em autos de pedido de providência - Decisão que impediu o processamento sob alegação da necessidade de demanda autônoma - Insurgência da genitora dos menores - Impossibilidade - Solicitação de guarda que se mostra inadequada para ser processada no pedido de providência - Menor que se encontra residindo em outro Estado - Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por S.C.S. contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Guarulhos (fls. 13) que, por sua vez, indeferiu a modificação de guarda por ela requerida em relação ao menor D.C.A.S., que atualmente encontra-se sob a guarda da madrinha M.A.M. ou, ainda, subsidiariamente, a concessão da guarda para a avó do menor, que já recebeu este mister em relação à irmã biológica do infante, S.C.A.S.

Sustenta, em síntese, ser benéfico ao infante o convívio com sua irmã biológica, que está sob os cuidados da avó materna. Alega que a decisão é equivocada, pois até a presente data não houve decisão judicial concessiva de guarda definitiva em favor das guardiãs, havendo apenas concessões em caráter precário. Afirma que a senhora M. mudou-se para o Estado de Minas Gerais, rompendo o laço familiar do menor D.C.A.S. com sua família biológica, ferindo, assim, seus interesses. Assevera, ainda, que o Douto Promotor de Justiça foi favorável ao pleito, razão pela qual requer a concessão antecipatória do deferimento da modificação da guarda, bem como a posterior reforma da r. decisão, a fim de restabelecer a guarda do menor à mãe biológica (fls. 01/10), ou, subsidiariamente, à sua avó materna.

Indeferida a liminar (fls. 45/46) e prestadas informações pela autoridade judiciária (fls. 50/52), nesta Instância opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 69/74).

É o relatório.

O recurso não pode ser provido.

A decisão agravada, com acerto, impediu o processamento do pedido da agravante, uma vez que efetivado nos mesmos autos do pedido de providências interposto pelo Conselho Tutelar de Guarulhos e que culminou com a concessão da guarda dos filhos menores da agravante à sua genitora e à madrinha de uma das crianças.

Observe-se que o pedido de providências, porque procedimento precário, não se configura apropriado a discussões de maior complexidade como a que ora se coloca, justamente por ser imprescindível robusta produção probatória, bem assim garantia do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido o Parecer CIJ nº 4/2010 da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que orienta sobre o cabimento e a extensão dos procedimentos verificatórios, também denominados de pedidos de providências:

*“Ora, os pedidos de providências (ou verificatórios) são o exemplo mais marcante da persistência desses traços do menorismo.*

*De um lado, revelam um Judiciário que ora se coloca no lugar do Poder Público, para fazer arremedo de acompanhamento de famílias, ora se põe como intermediário de acesso a atendimentos que deveriam ser garantidos universalmente à população e, se não o forem, deveriam ser objeto de ações civis públicas a serem ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.*

*De outro lado, estes procedimentos mantêm a perspectiva intervencionista nas famílias, sem garantir-lhes o direito de defesa e, sobretudo, o direito de participação de crianças e adolescentes. A antiga*

*figura do juiz de menores, voluntarista e discricionário, mostra-se, nesses procedimentos, ainda em toda a sua plenitude.*

...

*Situações excepcionais poderiam ser por eles contempladas, nos termos do caput do art. 153 do ECA, “se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei”, havendo, contudo, expressa ressalva de que esse tipo de procedimento “não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família e em outros procedimentos contenciosos” (vide artigo 153 e parágrafo único do ECA).” (grifei)*

Outrossim, o pedido da genitora, em razão do contexto fático em que se apresenta, exige postulação em demanda própria e autônoma, mesmo porque o menor D.C.A.S. encontra-se residindo no Estado de Minas Gerais (fls. 01/10), tornando-se competente o juízo daquela localidade para o seu processamento.

Assim já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÕES DE GUARDA AJUIZADAS EM ESTADOS DIFERENTES, PELO PAI E PELA MÃE DO MENOR. SUSPENSÃO DE AMBOS OS PROCESSOS. ESTABELECIMENTO DO JUÍZO DE RESIDÊNCIA DO MENOR. 1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda de infante deve garantir o respeito aos princípios do juízo imediato e da primazia ao melhor interesse da criança. 2. O fato de a mãe do menor ter abandonado a residência do casal, sem o consentimento do pai, levando consigo o filho menor, caso comprovado, consubstancia matéria que deve ser enfrentada para a decisão do pedido de guarda, em conjunto com outros elementos que demonstrem o bem estar do menor. A competência para decidir a respeito da matéria, contudo, deve ser atribuída ao juízo do local onde o menor fixou residência. 3. Nas ações que envolvem interesse da infância e da juventude, não são os direitos dos pais ou responsáveis, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados, mas o interesse do menor. 4. Conflito positivo de competência conhecido para o fim de se estabelecer a competência do juízo da 2ª Vara de Família de Santa Maria, RS.” (Conflito de Competência nº 114328/RS - Relª. Minª. Nancy Andrighi - j. 23.02.2011).*

Por fim, assevere-se que as alegações de mérito apresentadas deverão apenas no juízo competente ser analisadas, tornando-se aqui incabível sua prévia discussão.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao presente agravo, mantendo-se a r. decisão agravada, pelas razões aqui apontadas.

## Agravos Regimentais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0049998-11.2011.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados G.G.D.B. (MENOR) e JUÍZO EX OFFICIO. (Voto nº 34.831)

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, Relator

**Ementa: Agravo Interno. Artigo 557, § 1o, do Código de Processo Civil. Infância e Juventude. Educação. Apelação. Efeito suspensivo. Não cabimento. Preliminar de falta de interesse de agir superveniente afastada. Prosseguimento dos estudos em série mais avançada. Direito da criança assegurado pela Constituição Federal (artigo 208, inciso IV) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 54, inciso IV). Artigo 32 da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394/1996. Deliberação nº 73/2008, do Conselho Estadual da Educação. Análise das normas que revela legalidade quanto ao limite de idade para o ensino infantil e fundamental. Presunção normativa afastada diante da constatação em concreto da capacidade da criança que anteriormente frequentou com bom desempenho as etapas anteriores do ensino infantil. Ordem concedida. Recursos manifestamente improcedentes. Sentença mantida. Recursos que tiveram seu seguimento negado, por manifestamente improcedentes, por decisão monocrática. Agravo Interno não provido.**

## VOTO

Insurge-se a agravante Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra a decisão monocrática proferida pelo Presidente da Seção de Direito Privado (fls. 181/186) que negou seguimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário, sob o fundamento de serem manifestamente improcedentes.

Sustenta, em apertada síntese, carência superveniente da ação por falta de interesse de agir superveniente, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito.

### **Este é o relatório.**

Ao decidir monocraticamente o recurso de apelação e negar-lhe seguimento, por manifestamente improcedente, ponderei:

*“(...) A preliminar arguida não merece prosperar.*

*A vaga pleiteada pelo apelado somente foi disponibilizada após o ajuizamento da demanda e se deu em cumprimento à liminar concedida (fls. 60/60v), não se cogitando, pois, de carência de ação, como aventado nas razões recursais.*

*Anote-se que o atendimento da pretensão no curso do processo, tão somente após a concessão da tutela antecipada (sem voluntariedade), não inibe o interesse de agir, no escopo de assegurar o julgamento final do mérito, antes deferido apenas a título provisório e precário. (...)”*

Como já ponderado por ocasião do julgamento da apelação, não há que se falar em falta de interesse de agir superveniente.

O infante G.G.D.B. impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho de Educação de São Paulo, que deu margem à recusa de efetivação de sua matrícula no primeiro ano do ensino fundamental, ou seja, na série subsequente àquela cursada por ele no ano anterior, porque não teria completado a idade mínima até o dia 30 de junho do ano de 2012.

O MM. Juízo de primeiro grau, entendendo haver violação a direito líquido e certo da criança, concedeu a ordem pleiteada, determinando que fosse efetivada sua matrícula no primeiro ano do ensino fundamental para o ano letivo de 2012.

E o cumprimento da liminar evidentemente não implica em falta de interesse de agir superveniente do impetrante e tampouco perda do objeto da ação intentada. A liminar, vale lembrar, possui caráter provisório e, por conseguinte, produz seus efeitos até a prolação da sentença de mérito que poderá confirmá-la, tornando-a definitiva, ou não.

Diante desse quadro, denota-se que o presente recurso visa apenas rediscutir teses já afastadas, mais não sendo preciso acrescentar para a

confirmação da decisão monocrática deste relator, que subsiste, pelos seus próprios fundamentos.

**Pelo exposto é que se nega provimento ao agravo interno e se mantém, na íntegra, a decisão monocrática agravada.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0010948-86.2012.8.26.0161/50000, da Comarca de Diadema, em que é agravante MUNICÍPIO DE DIADEMA, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE DIADEMA.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Receberam o recurso de agravo interno e negaram provimento. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.357)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI Vice-Presidente (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO (Presidente da Seção de Direito Privado) e TRISTÃO RIBEIRO (Presidente da Seção de Direito Criminal).

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

**Ementa: AGRAVO INTERNO - Insurgência manifestada contra o provimento de apelo, por decisão monocrática, em mandado de segurança ajuizado com o escopo de fornecer a um menor, vaga em ensino infantil próximo à sua residência - Decisão que enfrentou o recurso em amplitude e profundidade. Insurgência que se apresenta como reiteração de argumentos anteriormente apresentados. Agravo improvido.**

## VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Diadema contra decisão monocrática (fls. 132/145), negatória do seguimento de apelo interposto contra sentença, que tornou definitiva liminar em mandado de segurança, e determinou a matrícula das onze crianças indicadas na inicial, em escola de

educação infantil próximas às suas residências.

Sustenta-se a nulidm130184ade do julgado monocrático, diante da ausência das hipóteses autorizadoras de tal *decisum*, mercê da ausência de prova quanto ao exercício de atividade laboral dos genitores ou a inexistência de outras pessoas que com os impetrantes residam, possam prestar-lhe os cuidados necessários a suas tenras idades.

Aduz, ainda, a prioridade da convivência familiar em idades tenras, além da existência de Termo de Ajustamento de Conduta, firmado com o Ministério Público aos 16.07.2012.

Pede-se, pois, o provimento do presente agravo, a fim de que a apelação tenha regular processamento, conhecimento, apreciação e julgamento pela E. Câmara Especial, ao final dando-se a ela provimento para julgar improcedente a demanda.

É o relatório.

Razoável o recebimento do recurso como agravo interno, na forma preconizada pelo art. 557, § 1º, do CPC, ante a expressa previsão legal em questão.

A decisão monocrática (fls. 132/145) questionada neste agravo interno (fls. 149/151) é do seguinte teor:

“Cuida-se de apelação e reexame necessário tirados contra a r. sentença (fls. 89/90), que ao tornar definitiva liminar em mandado de segurança, assegurou às onze crianças indicadas na inicial a matrícula em escola de educação infantil próxima as suas residências.

Sustenta o Município, em preliminar, a concessão do efeito suspensivo ao recurso, por ter celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta em 16.07.2012, através meio do qual se comprometeu com o Ministério Público a cumprir diversos critérios no que se refere à disponibilização de vagas, bem como, não ser dever do Município a responsabilidade por vaga em creche particular.

No mérito, sustenta que a decisão hostilizada deixou de ser razoável, mercê das circunstâncias do caso concreto, pois as creches do Município de Diadema funcionam com sua capacidade máxima, podendo novas inclusões de alunos proporcionar riscos aos já matriculados.

Por outro lado, aduz a manifesta ingerência do Poder Judiciário em critérios discricionários da Administração.

Argui, por derradeiro, a necessidade de ser priorizada a “convivência familiar” e o ensino fundamental e a necessidade de observância à lista de espera, a impedir a violação ao princípio da igualdade em relação às demais crianças que aguardam vaga, invocando também a reserva do

possível (fls. 93/100).

O recurso não foi contrariado, seguindo-se manifestação ministerial pela manutenção da ordem (fls. 104/109). Mantida a decisão (fls. 102), os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

Já nesta Egrégia Corte, manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da sentença (fls. 112/119).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença.

Por primeiro, inócua afigura-se a discussão sobre a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, uma vez que já será analisado o mérito da apelação neste ensejo.

Assim que conheço da apelação e do reexame necessário, e o contexto autoriza o desprovimento deles pela via monocrática, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

É que esta Corte tem jurisprudência sobre a matéria, consolidada nas Súmulas 63, 64 e 65.

Deveras, a Constituição Federal estabelece, claramente, como dever do Estado, em todas as suas esferas de atuação, a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº 53/2006).

O mesmo comando foi repercutido no artigo 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

Ou seja, tanto a Constituição de 1988 como o Estatuto da Criança e do Adolescente instituíram, **como dever do Poder Público**, a garantia do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, reconhecendo-a “como instituição educativa e não apenas associada à finalidade assistencial” (Timm Sari, Marisa, *in A Organização da Educação Nacional*. Liberati, Wilson Donizeti (organizador), *in Direito à Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 105), de modo que, tanto a creche, e assim também a pré-escola, como explica Wilson Donizeti Liberati, não podem mais ser consideradas como espécie de programas de apoio sociofamiliar, destacando-se pelo caráter pedagógico a elas inerente (*in Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar*. Liberati, Wilson Donizeti (organizador), *in Direito à Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 237).

E tudo porque a *educação infantil*, que corresponde à **primeira etapa da educação básica**, responde e se compatibiliza com a necessidade de complementar a ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, notadamente em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social.

Essa, aliás, é a exata dicção do artigo 29 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que *estabelece as diretrizes da educação nacional*.

Como esclarece Lauro Luiz Gomes Ribeiro, a educação infantil “inicia o infante à socialização e favorece a igualdade de oportunidades, por meio da compensação das dificuldades iniciais, como por exemplo, as decorrentes da pobreza. Indiretamente, esta estrutura educacional facilita às mulheres (e mães) a inserção na vida social e econômica” (*in Direito Educacional: educação básica e federalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 220).

Não há dúvidas, portanto, quanto à adequação da via eleita para discutir o cumprimento de uma *obrigação* que decorre da Constituição Federal, imposta ao *Poder Público*, e que se assenta como um *direito* para quem dela necessita, em face de autoridade com iniciativa de decisão sobre a inclusão ou não de criança no quadro de serviços gerido por entidade integrada à **Rede Municipal de Ensino de Diadema**.

Efetivamente, a **educação**, como direito público subjetivo, não pertence ao universo das normas meramente programáticas, e que dependem da vontade de seus aplicadores.

Explica Gina Marcílio Pompeu (*A Ordem Econômica e o Acesso à Educação. Condição Essencial para o Efetivo Exercício dos Direitos Fundamentais*. Scaff, Fernando Scaff, Romboli, Roberto, Revenga, Miguel (Coordenação), *A Eficácia dos Direitos Sociais - I Jornada Internacional de Direito Constitucional - Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 355), que “os textos constitucionais não mais se limitam a regulamentar as características do Estado, a separação de poderes e a inibição de sua ação contra os direitos individuais. As constituições, hodiernamente, são dirigentes, visam modificar a realidade, transformá-la, obrigando o Estado a tomar certas decisões que viabilizem os direitos sociais e que garantam aos cidadãos meios de acesso a uma vida mais justa e igualitária”.

Daí porque, consoante obtempera o e. Ministro Celso de Mello, forçoso convir quanto a não inclusão, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, da atribuição de formular e de implementar políticas públicas, salvo quando, em caráter excepcional e específico, “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”, como é o que sucede com a educação (infantil), neste caso - RE 436.996/SP.

Na verdade, o que poucos percebem é o fato de que o Poder

Judiciário não invade campo específico de atuação de outro poder, quando interfere e sinaliza quanto à conformação de políticas públicas, senão que apenas age “garantindo a participação dos destinatários finais nos atos de decisão”, e vinculado, apenas, aos limites corretivos das opções políticas, pura e simplesmente (Zaneti Jr, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia*. In Grinover, Ada Pellegrini, Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 33-72).

Em outras palavras, é mínima a discricionariedade do Administrador Público, quando confrontado com a implementação de direitos sociais que representam, direta ou reflexamente, a própria densificação do conceito de dignidade humana, inscrito como um dos pilares da República Federativa do Brasil.

Ao encontro dessa conclusão, forçoso convir que a Constituição Federal de 1988, para cumprir seu papel, “deve deixar de ser percebida, apenas, como um *Estatuto de Estado*, para ser, sobretudo, o *Estatuto de uma nova cidadania*. Não, entretanto, uma cidadania abstrata ou meritocrática que, no interior de uma sociedade com severos problemas sociais, pouco significasse para muitos. Já está mais que na hora de se perceber a Constituição como um Texto dotado de normatividade, e, por via reflexa, eficácia suficiente para garantir a afirmação e a conquista dos direitos nela consignados” (Costa Gonçalves, Cláudia Maria. *Direitos Fundamentais Sociais - Releitura de uma Constituição Dirigente*. Curitiba: Juruá, 2010, 2ª Edição - Revista e Atualizada, p. 169).

*Dificuldades estruturais* ou mesmo *insuficiência orçamentária*, nesse diapasão, aparecem como meros obstáculos artificiais e, portanto, transponíveis, confiados que estão à superação mediante uma gestão administrativa mais eficiente e, sobretudo, previdente. Justamente isso torna ilegítimo confrontá-los, enquanto justificativas, em detrimento dos mínimos sociais.

Dos autos depreende-se prova incontestável e indicativa da **não implementação** da matrícula em “creche” de crianças em tenra idade, embora requeridas. E a própria Municipalidade admite que a criança foi “incluída” numa lista de espera, uma vez que todas as vagas disponibilizadas, foram preenchidas pelo exercício anterior (fls. 98), o que, para consignar o mínimo, até porque dito em outras palavras, tem o mesmo efeito e consequência de uma **negativa**.

E não se pode admitir que o Estado, em qualquer âmbito, para elaborar listas de espera para viabilizar a fruição de direito fundamental e

constitucionalmente garantido.

A respeito, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

“(…) Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana” (Resp nº 790175/SP - 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado - Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux, j. 05.12.2006).

Muito embora emane do artigo 211 da Constituição Federal que a organização dos sistemas de ensino deva se implementar em regime de colaboração pelos entes políticos, o que, por sinal, apenas confirma a natureza cooperativa do nosso regime federativo, pesa sobre os Municípios, prioritariamente, a atribuição concernente ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger, inclusive, o fornecimento de creche e pré-escola (§ 2º), seja diretamente, seja por entidade conveniada ou correspondente, ainda que particular.

Daí a razão pela qual, se não acolhida a criança em creche da rede pública, nenhum escândalo existe na sua matrícula ser imposta ao Município, ainda que em estabelecimento particular, pois sucedâneo lógico do reconhecimento da impossibilidade do Poder Público cumprir com obrigação constitucional.

Hoje, a bem de ver, a educação, fomentada desde creches e pré-escolas, desenvolve a cidadania como elemento indispensável para a sedimentação de uma sociedade que prestigia, dentre outros, mas em especial, a igualdade e a justiça como valores supremos de nossa nação. É, portanto, um instrumento decisivo na formação do ser humano, porque tem aptidão para propiciar à criança e ao adolescente, em particular, o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim que não existe nenhum contraste entre a necessidade de garanti-la em detrimento da convivência familiar, até porque uma complementa a outra.

Aliás, essa orientação é também veiculada pela Carta Constitucional Paulista, em seu artigo 240, ao estabelecer: “Os Municípios responsabilizar-se-ão prioritariamente pelo ensino fundamental, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e pré-escolar, só podendo atuar nos níveis mais elevados quando a demanda naqueles níveis estiver plena e satisfatoriamente atendida, do ponto de vista qualitativo e quantitativo”.

Tal como esclarece o e. Min. Celso de Mello, “**O objetivo** perseguido pelo legislador constituinte, **em tema** de educação infantil, **especialmente se reconhecido** que a Lei Fundamental da República

**delineou**, nessa matéria, **um nítido programa a ser implementado** mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis - **notadamente** aquelas que visem a fazer cessar, **em favor** da infância carente, **a injusta situação** de exclusão social e de **desigual acesso** às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, **traduz meta cuja não-realização** qualificar-se-á como uma **censurável** situação de inconstitucionalidade **por omissão** imputável ao Poder Público” (ARE 639337/SP, j. 21.06.2011 - Decisão Monocrática).

Se por um lado se reconhece o esforço ingente da **Municipalidade de Diadema** em cobrir a demanda do ensino infantil, forçoso e fácil perceber que ainda há muito a se fazer!

Não se pode alegar, por outra banda, que a imposição de obrigação de fazer ao Município, relativa a presente prestação jurisdicional, implica indevida intervenção do Poder Judiciário na atuação discricionária da Administração Pública.

Comefeito, forçoso convir ser inerente ao modelo de Estado orientado à busca do Social, num contexto como o brasileiro, paradoxalmente ainda marcado pelo contraste frente às múltiplas e muito graves lesões às primeiras dimensões dos direitos individuais, a necessidade não apenas da positivação, pura e simples, de direitos fundamentais prestacionais (algo, por sinal, sobre o qual não se controverte).

De fato, afigura-se imperioso atrelar o Estado Social desenhado após 1988 à contemplação de meios intervencionistas para estabelecer um equilíbrio na repartição desses bens sociais, como resultado prático e efetivo de um regime de garantias concretas e objetivas, mesmo porque a consagração de um direito social não pode, nem tem condições de ser, juridicamente inócua, se ativa, desde logo, mormente decorrência de sua autoexecutoriedade, “consequências jurídicas inerentes a sua dimensão objetiva, incluindo todas as vantagens reflexas que daí decorrem para os particulares” (Reis Novais, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 104).

O desafio, tal como explica J. J. Gomes Canotilho, portanto, está na consciência de que os direitos sociais só terão alguma repercussão prática desde que possam ser levados a sério (*in Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra Editora, 2004, p. 51).

E levá-los a sério, pois, não é outra coisa, senão recorrer-se à defesa de um *direito definitivo à realização de uma ação*<sup>1</sup>, algo que permite a

1 Tal como prega **Virgílio Afonso da Silva**, *in Direitos Fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2010, p. 78.

questões antes tidas e havidas conceitualmente como de natureza política, poderem ser, sim, submetidas à análise do Poder Judiciário, sem que isso implique ofensa à tripartição de poderes contemplada na Constituição Federal ou dela se reconheça alguma debilidade frente à própria democracia que experimentamos já com raízes e algum fortalecimento, superado o regime de exceção inaugurado com o “golpe de 64”.

Não por outra razão, o Colendo Supremo Tribunal Federal reputa legítimo atribuir-se ao Poder Judiciário o equacionamento dessas questões, “se e quando os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame” (ARE 639337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2011 - Decisão Monocrática).

Evidentemente, no âmbito da tutela de crianças e adolescentes, a proteção à educação é consignada com cláusula de “*absoluta prioridade*” (artigo 227 da Constituição Federal) e exige, mercê da incapacidade física e psíquica de jovens e infantes exercerem plenamente suas potencialidades humanas para assegurar sua própria sobrevivência, um *plus* de garantia sobre todos os direitos a eles reconhecidos, de modo a confirmar-lhes a condição de pessoas em desenvolvimento.

E essa garantia à educação está, no específico do quanto reivindicado nesta demanda, amplificada na legislação infraconstitucional, conforme dispõe o artigo 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive quanto a suas consequências (§ 2º):

Art. 54. “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.

(...)

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

(...)

Assentadas essas premissas, compreende-se o porquê Anabelle Macedo Silva conclui serem os direitos da criança e do adolescente direitos “*ainda mais essenciais, os quais se poderiam mesmo classificar como superfundamentais*” (*in* *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, PP. 192-193).

Tampouco comporta cabida cogitar-se de ofensa ao princípio da isonomia por conta da concessão da tutela jurisdicional objeto do litígio, argumento que se afigura, para dizer o mínimo, de caráter nitidamente falacioso. Isso porque, a plena observância da isonomia deflui, na espécie, da circunstância óbvia e inexorável de que, reconhecido o direito subjetivo subjacente ao litígio, a todas as crianças, nas condições previstas pela lei, o Poder Judiciário deve assegurar, indistintamente, a possibilidade de exigí-lo.

Assim é que não possui a Administração, sob o manto da discricionariedade, isenção para praticar atos irregulares ou ilícitos ou deixar de executar os serviços públicos de sua competência, tanto mais quando a diretriz constitucional sinaliza que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório” (art. 211, § 4º), que outra coisa não é, senão a garantia de que o ensino chegue a todos, sem distinção ou valendo-se de critérios que nenhuma legitimidade têm para discriminar uns em detrimento de outros.

Em se tratando da concretização de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, não cabe ao Administrador justificar sua omissão escondendo-se por detrás da cláusula da “*reserva do possível*”, ou sob o manto do alegado “*periculum in mora inversum*”, pois sua conduta, nesse particular, só se legitima enquanto viabilize a “máxima efetividade da Constituição”, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consolidado no REsp. nº 811.608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007.

Mercê do reconhecimento dessa premissa, não se afigura possível possa a *reserva do possível* conduzir à frustração de toda e qualquer pretensão prestacional dirigida ao Estado. Não por acaso a Constituição Federal deferiu aos entes da Federação competências tributárias e financeiras, as quais podem ser fonte idônea e eficiente para a arrecadação dos recursos destinados à implantação de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais prestacionais, desde que, evidentemente, geridos com êxito e racionalidade os recursos obtidos. A propósito, na esteira da lembrança de Lauro Luiz Gomes Ribeiro (*in Direito Educacional - Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 285), “a educação e a saúde são as únicas áreas sociais a receber tratamento distinto da regra geral de vedação constitucional de vinculação de receita pública (art. 167, inciso IV e artigo 218, § 5º, ambos dispositivos da Constituição Federal)”.

Consoante adverte o e. Min. Celso de Mello, “a cláusula da “reserva

do possível” - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível - **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF - ARE 639337/SP, j. 21.06.2011 - Decisão Monocrática).

A criação do Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério) e a disciplina, em linhas gerais, de sua forma de gestão (artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), não teve outra intenção, senão, justamente, fomentar a integração entre os entes federativos e, principalmente, impor a eles um regime de “garantia” para o financiamento da educação, em todos os seus níveis, **mormente do que comporta ao aspecto da qualidade do serviço prestado**.

Mister se reconheça, porque constatação do óbvio, que os recursos econômicos são sempre limitados, enquanto as aspirações humanas são, por sua própria natureza, ilimitadas. Aliás, a economia se autorregula, oscila e sofre as consequências desse impasse entre disponibilidade e escassez de bens e serviços. Logo, tanto na vida pública, como na vida privada, é de rigor a administração desse déficit ontológico.

E assim sendo, a “repartição da competência e renda entre cada ente federativo, para garantia do necessário equilíbrio de forças e de verbas na área educacional, é também a chave da estrutura da organização da educação nacional, uma vez que é ancorada, ao menos ideologicamente, no modelo federativo cooperativo e na descentralização, com a conseqüente incidência do princípio da subsidiariedade, servindo de garantidora da convivência harmônica entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no desempenho do ônus constitucional de prestação da educação para todos e, principalmente, da autonomia municipal” (*in* *Direito Educacional - Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, P. 260).

Por outro lado, há casos evidentes em que a efetividade de uma norma constitucional depende, única e exclusivamente, da melhor alocação de recursos ou dos equipamentos públicos disponíveis, ou mesmo da possibilidade de previsão orçamentária para os exercícios subsequentes.

É dizer, em suma: o amparo subsidiado pela cláusula da reserva do possível não dispensa, mas antes exige, a demonstração da inviabilidade

do cumprimento de uma dada situação particular.

Já decidiu o C. STF, no julgamento do RE nº 436.996-6 - AgR, Rel. Min. Celso de Mello, em 22.11.2005, “Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, **ainda** que em bases **excepcionais**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cuja omissão** - por importar **em descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional”.

Assim sendo, a satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa.

Como se vê, a dotação orçamentária municipal regrará a concretização do cumprimento da obrigação constitucional do Município, observada, nesse ponto, a discricionariedade administrativa, satisfazendo aos direitos dos administrados usuários dos serviços.

De se atentar que as providências sustentadas pelo recorrente em cumprimento ao (TAC) realizado com o Ministério Público não têm, à evidência, mostrado-se suficientes para a satisfação de sua responsabilidade ora discutida e não obsta o direito dos menores desde logo à creche, que, como visto, vem sendo proclamado nesta Câmara Especial e nos Tribunais superiores, em larga escala.

Por fim, consigne-se que o próprio Supremo Tribunal Federal posicionou-se acerca do tema: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como

direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.08.2011, Segunda Turma, DJE de 15.09.2011).

Por derradeiro, cumpre observar que a pretensão já foi satisfeita (fls. 121).

Em face de tais razões, nega-se provimento aos recursos voluntário e oficial, este último tido por ocorrido.

São Paulo, 30 de julho de 2013.”

É dizer: ante jurisprudência dominante deste E. Tribunal e dos E. Tribunais Superiores, exaustivamente citada no corpo da r. decisão hostilizada, é admissível, sim, o julgamento na forma monocrática (art. 557, *caput*, do CPC), tal como se operou.

Efetivamente, a matéria discutida na apelação contraria a jurisprudência majoritária desta Corte, tanto que até súmulas (as de nº 63, e 65) afrontou.

Na realidade, a pretensão da recorrente não passa de reiteração dos fundamentos já expostos e devidamente apreciados na r. decisão guerreada e, nesse contexto, tendo em vista que já houve o devido pronunciamento acerca do assunto ventilado na apelação, em todos os diversos e variados aspectos de que se constitui.

Malgrado a alegação de inexistência de comprovação documentada acerca de atividade laborativa, perquire-se: Como uma mãe deixaria seus filhos em uma creche e permaneceria em casa, afastada do convívio das mesmas? Algo que faz pairar sobre a pretensão a presunção de boa-fé da iniciativa.

A própria necessidade da impetração, como a existência de resistência documentada, inclusive por força da interposição de recurso, claramente indicam a necessidade da prestação jurisdicional. E por tais razões rejeita-se a insinuação de carência.

Daí porque caberia à parte contrária desconstituir o direito do autor, argumento que sequer foi sustentado em grau de apelação.

Ademais, os responsáveis pelos infantes firmaram declarações perante o Ministério Público acerca da necessidade das vagas pleiteadas (fls. 15, 18, 23, 25, 31, 35, 41, 45, 49).

As providências sustentadas pelo recorrente em cumprimento ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) realizado com o Ministério Público não têm, à evidência, mostrado-se suficientes para a satisfação de sua responsabilidade ora discutida e não obsta o direito dos menores desde logo à creche, algo que, como visto, vem sendo proclamado nesta Câmara Especial e nos Tribunais

superiores, em larga escala.

Por todas essas considerações, a argumentação contida na r. decisão recorrida é a que melhor se ajusta à matéria debatida e as razões expostas pelo agravante, neste recurso, não a debilitaram, impondo sua manutenção.

Em face de tais razões, recebe-se o recurso de agravo interno e se lhe nega provimento.

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0001304-40.2010.8.26.0695, da Comarca de Atibaia, em que é apelante L.T.C., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE NAZARÉ PAULISTA. **(Voto nº 4.930)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 23 de setembro de 2013

CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO – Ato infracional equiparado ao crime de estupro de vulnerável – Sentença que aplicou medida socioeducativa de internação – Pleito de absolvição ou, subsidiariamente, a aplicação de medida socioeducativa mais branda – Impossibilidade - Materialidade e autoria comprovadas – Testemunha presencial – Medida socioeducativa de internação adequadamente aplicada – Hipótese que se subsume ao artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Gravidade do ato praticado – Adolescente que necessita de acompanhamento rigoroso para correção de sua conduta desvirtuada – Decisão que deve ser mantida – Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por L.T.C., contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Atibaia (fls. 85/88), que julgou procedente a representação formulada pelo Ministério Público pela prática de ato infracional equiparado ao delito de estupro (artigo 217-A, do Código Penal) e impôs ao adolescente medida socioeducativa internação, por prazo indeterminado.

Inconformado, apela o recorrente pretendendo a reforma do quantum decidido. Sustenta, em síntese, a fragilidade do acervo probatório, haja vista que o adolescente negou a prática do ato infracional que lhe fora imputado e a única prova produzida em seu desfavor consiste nas declarações prestadas pela avó da vítima, insuficiente para proclamação do édito condenatório. Aduz, ainda, que o exame de corpo de delito não constatou qualquer lesão proveniente de ato sexual, sendo, portanto, frágeis as provas produzidas ao longo da instrução processual. Alega, também, que a medida de internação é norteadada pelo princípio da excepcionalidade e não deve fundar-se somente na gravidade abstrata do fato. Afirma, por fim, que a internação somente deve ser aplicada nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente e que não restou comprovada a necessidade de sua aplicação, haja vista a presença de condições pessoais favoráveis. Pleiteia, ao final, a reforma da r. sentença proferida, para o fim de julgar improcedente a representação ou, subsidiariamente, aplicar ao jovem medida diversa da internação (fls. 107/111).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença proferida (fls. 115/118).

Nesta Instância, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso interposto (fls. 122/124).

### **É o relatório.**

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, porém, nego-lhe provimento.

Por proêmio, observo que não há nulidade quanto à inexistência de expressa manutenção da r. sentença recorrida, vez que ao exarar a r. decisão de fls. 104, determinando o processamento do recurso, implicitamente o MM. Juízo *a quo* afastou a possibilidade de retratação.

Ademais, no recurso de apelação o exercício do Juízo de retratação é mera faculdade do Juiz e a sua ausência não implica nulidade.

Assim preleciona a doutrina:

*“Juízo de retratação também na apelação: o Juízo de retratação, no recurso de apelação, é aquele em que o juiz, ao recebê-lo, tem a faculdade de modificar a sua própria decisão. Poderá ocorrer somente em hipóteses excepcionais, pois, via, de regra, ao ser publicada a sentença, o juiz esgota a função jurisdicional*

na fase de conhecimento” (in: Rossato, Luciano Alves, Lépore, Paulo Eduardo e Cunha, Rogério Sanches, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, ed. Revista dos Tribunais, 2010).

No mérito, ao contrário do sustentado no apelo defensivo, há prova suficiente da materialidade e autoria delitiva.

A materialidade restou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 06/11), Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 12), bem como, pela prova oral colhida ao longo da instrução processual.

A autoria, por sua vez, restou inconteste, especialmente, em razão das declarações prestadas pelas testemunhas arroladas pela acusação, que aliadas aos demais elementos amealhados aos autos, são suficientes para que se proclame o édito condenatório.

O adolescente, ouvido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, negou a prática do ato infracional, ao afirmar que: “*não são verdadeiros os fatos narrados na representação. D. me pediu ajuda para cortar a grana do sítio para onde havia se mudado. Trabalhei com ele a manhã toda. A mãe dele foi ao sítio para fazer comida para a gente; Enquanto isso, fiquei na varanda conversando com D.. Certa hora, dona A. saiu na varanda e me chamou de vagabundo, querendo saber porque eu não estava trabalhando. Eu afirmei que havia parado apenas para almoçar e ela voltou para dentro da casa. Depois que almoçamos fiquei na sala assistindo tv junto com L. e um cachorrinho. A. foi à casa da vizinha. Quando ela voltou, começou a gritar ‘o que você esta fazendo?’.* Eu disse que não estava fazendo nada, apenas estava limpando o que o cachorro havia vomitado. Ela saiu correndo e foi chamar D., que me mandou ir embora da casa. Eu não deitei L. no meu colo e não tirei as roupas dela (...)” - fls. 64.

Todavia, a versão apresentada pelo adolescente restou isolada nos autos e destoa das demais provas produzidas ao longo de toda instrução processual, especialmente, dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação.

A testemunha E.M.C., arrolada pela acusação, ouvida em juízo, esclareceu que: “*não presenciei os fatos. Quando cheguei em casa meu esposo estava correndo atrás de L. e tudo já havia acontecido. Meu esposo e minha sogra me contaram que assim que minha sogra chegou na sala, viu L. ‘mexendo’ com L., mas não contaram mais detalhes. Conversei com minha filha e ela confirmou que L. havia tocado em seu ânus, mas não havia machucado. Notei que o ânus de L. estava avermelhado. Não conversei com L. depois desses fatos”* fls. 68.

No mesmo sentido viera o depoimento da testemunha D.F.S. Aduziu que: “*não presenciei os fatos. Eu estava mexendo nas ferramentas do lado de fora da casa e havia acabado de sair. Pouco tempo depois minha mãe foi atrás de mim e me mandou expulsar o L. de casa, dizendo que não queria mais no local. Antes*

que ela me dissesse o que estava acontecendo, L. veio correndo e me abraçou chorando. Perguntei se o tio dela havia feito alguma coisa com ela e ela disse que não, mas não parava de chorar. Fui até a sala e L. estava sentado. Perguntei o que havia ocorrido e ele disse que não tinha feito nada. Porém, minha mãe contou que quando chegou na sala L. estava deitada no colo de L. e com as calças abaixadas, bem como que ele estava passando as mãos nas nádegas de minha filha. Disse que ele deveria pegar suas malas e ir embora antes que eu perdesse a cabeça. L. levantou-se e saiu andando calmamente, como se nada estivesse acontecendo. Isso me deixou muito irritado e eu cheguei a chutar as nádegas de L., que saiu correndo. Pelo que minha mãe disse, L. informou que minha filha estava com as calças abaixadas ” fls. 26.

Corroborando, ainda, os fatos descritos na representação tem-se a declaração da testemunha A.T.F.S. Asseverou que: “na data dos fatos fui almoçar na casa de meu filho e me deitei na rede para descansar. L. foi até a porta duas vezes e me perguntou se eu estava dormindo e se ia dormir. Achei estranho e pensei que ela pudesse estar fazendo alguma arte. Depois da terceira vez que ela me chamou fui sorratamente até a sala para ver o que estava acontecendo; constatei que L. estava sentado e que L. estava deitada no colo dele com o bumbum para cima e com a calcinha abaixada. L. estava introduzindo o dedo no ânus de minha neta. Fiquei em choque e perguntei ‘o que você está fazendo com minha neta, sua sobrinha’. L. informou que o cachorro havia vomitado e que ele estava limpando. Eu ainda o indaguei, dizendo que não teria necessidade de baixar a calcinha dela, que ele deveria ter chamado a mim ou ao pai dela. Neste momento, L. saiu correndo e chorando, perguntando pelo pai. Conteí o que havia visto para meu filho, que foi tirar satisfações com L.. Novamente, L. deu a mesma versão. Meu filho ficou muito nervoso e foi para cima de L., mas eu consegui segurá-lo. Certa hora, depois de acertar um soco em L., meu filho caiu e L. conseguiu fugir. Neste momento, minha nora chegou em casa e eu pedi que a polícia fosse chamada. Conteí o que estava acontecendo e minha nora, ao dar banho em L., verificou que ela estava com o ânus avermelhado. Minha neta confirmou para minha nora que L. havia tocado no ânus. Quando cheguei na sala L. estava com as calças Não cheguei a ver seu pênis (...)” - fls. 68.

A testemunha M.N.S., ouvida em juízo, acrescentou que: “no decorrer de um mês recebemos algumas denúncias de que uma criança estaria sendo abusada por um parente no Bairro do Vicente Nunes. Porém, não foram dados outros detalhes. Certo dia, recebemos um denúncia informando que L. estaria sendo abusada pelo cunhado de seu pai e que ele poderia ser encontrado do Dr. João Quirici, no bairro Vicente Nunes. Fomos até o local indicado e conversei com D., pai da menina. Ele confirmou que a mãe dele havia visto L. com as calças abaixadas e com a meninas sentada em seu colo. Disse também que ficou nervoso com a situação e deu um pontapé em L., colocando-o para fora da

*propriedade. Segundo o que a avó da menina disse, L. estaria com a genitália exposta e os fatos teriam ocorrido no dia anterior à nossa visita. Percebi que a família não estava querendo tocar no assunto e, senão tivesse ocorrido a intervenção do Conselho Tutelar, os fatos não chegariam ao conhecimento da polícia. A família informo que até havia procurado a polícia, mas que foi orientada a procurar o Conselho Tutelar, o que ainda não havia sido feito por eles” fls. 69.*

Destarte, em que pese a negativa do adolescente, a prova oral colhida é unânime em apontar o jovem L., ora apelante, como responsável pela prática da violência sexual cometida em detrimento da vítima L., que, à época dos fatos, contava com apenas quatro anos de idade, não subsistindo qualquer dúvida acerca da empreitada infracional realizada pelo jovem.

A despeito disso, ao contrário do sustentado no apelo defensivo, não há nos autos qualquer indício capaz de macular ou desmerecer os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, familiares do adolescente e que, portanto, não possuem qualquer motivação para acusá-lo injustamente de fatos tão graves. Anota-se que as testemunhas depuseram sob o compromisso de dizer a verdade, inexistindo qualquer elemento capaz de retirar a credibilidade de seus depoimentos.

Ademais, ao reverso do que pretende a d. Defesa, mostra-se de todo irrelevante o resultado inconclusivo do laudo de exame de corpo de delito (fls. 15).

Nesse sentido, há precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME. LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO. IRRELEVÂNCIA. SATISFATÓRIA DESCRIÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS IDÔNEAS. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) Embora o exame de corpo de delito se afigure útil para comprovar a prática de crimes sexuais, são indícios suficientes para a deflagração da persecução penal a palavra da vítima, crucial em crimes dessa natureza, corroborada por outras provas testemunhais idôneas e harmônicas. Afinal, o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo se utilizar, para formar a sua convicção, de outros elementos colhidos durante a instrução criminal. 3. O Impetrante alega falta de justa causa para a ação penal, aduzindo, apenas, a inexistência de mínimos indícios de participação do Paciente no delito de estupro pelo qual foi denunciado, tese que demanda minucioso exame do conjunto fático e probatório, que**

**deve ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução criminal. Precedentes. 4. Habeas corpus denegado” (5ª Turma, HC 187868 / SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 21/06/2012).**

Destarte, é incontestável a materialidade e autoria do ato infracional equiparado ao delito de estupro (artigo 217-A, do Código Penal).

Quanto à medida socioeducativa de internação, não há reparos em relação à r. sentença.

O adolescente foi representado e encontra-se internado pela prática de ato infracional assemelhado a estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal), o que, por si só, denota grande periculosidade e autoriza a aplicação de medida extrema.

Não obstante, embora primário, o adolescente demonstrou periculosidade exarcebada e forte desvalor social em sua conduta, haja vista que não hesitou em iniciar na vida delinquencial perpetrando delito de extrema gravidade, inclusive, qualificado como crime hediondo pela lei 8.072/90, representando, por conseguinte, séria ameaça à sociedade e ao indivíduo. Tal circunstância evidencia a necessidade da medida de internação, cujo objetivo é promover a reeducação e reintegração do jovem, corrigir seu comportamento desvirtuado, bem como, inculcar-lhe valores fundamentais ao retorno sadio ao convívio social.

Ademais, a excepcionalidade da medida de internação é reservada justamente aquelas hipóteses descritas no artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu inciso I, autoriza à imposição de internação na hipótese de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, seja a violência real ou presumida, tal como ocorreu no caso em tela.

Nosso Tribunal tem se posicionado nesse sentido:

**Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao crime de estupro de vulnerável. Art. 217-A do Código Penal. Conjunto probatório que é suficiente para o reconhecimento da prática do ato infracional. Palavra da vítima que assume especial relevância e que deve ser valorizada, mormente porque em consonância com as provas produzidas nos autos. Medida de internação corretamente aplicada. Recurso improvido” (Apelação nº 994.09.229674-9, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 15/03/2010, v.u.).**

**“Ementa: Ato infracional – Estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) - Sentença que julgou procedente representação oferecida por ato infracional equivalente a estupro de vulnerável - Recurso pugnando a improcedência da ação e, não sendo esse o entendimento, a aplicação de medida em meio aberto - Materialidade e autoria devidamente demonstradas - Confissão corroborada pelas palavras da vítima e relato de testemunhas, aptos a sustentar a**

**procedência da ação - Correção na escolha da medida socioeducativa da internação sem prazo determinado - Recurso não provido”** (Apelação nº 0000645-48.2011, Rel. Des. José Santana, j. 21/11/2011, v.u.).

Oportuno considerar, ainda, que a internação é medida que visa à reeducação e à ressocialização, hipóteses inatingíveis sem que haja um trabalho direcionado junto ao adolescente segregado, ainda que temporariamente, em ambiente especializado.

Saliente-se que, durante o período de internação, é possível proceder-se a uma acurada avaliação das condições pessoais do adolescente, sem nos olvidarmos de que a conduta infracional normalmente está relacionada à omissão familiar e ao perfil desenvolvido pelo jovem, ainda passível de ser moldado e ajustado com vistas à reinserção à sociedade de forma saudável, de sorte que, a medida imposta não representa punição, mas mecanismo de proteção ao indivíduo e à sociedade.

Destarte, não merece reparos a r. sentença proferida pelo d. Magistrado a quo, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005578-59.2013.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante M.B.P. (MENOR), é apelado **PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ITAPETININGA. (Voto nº 21.104)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

VICE-PRESIDENTE, Relator

**Ementa: Ato infracional - Roubo qualificado pelo concurso de agentes - Pedido de antecipação dos efeitos da tutela prejudicado pelo julgamento do mérito recursal - Preliminar de nulidade do feito**

**por inépcia da representação e ausência do rol de testemunhas afastada - Materialidade e autoria demonstradas - Palavra da vítima - Importância e validade - Estabelecimento de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado - Admissibilidade - Infração cometida mediante grave ameaça e violência contra a pessoa - Condições pessoais do menor que, ademais, recomendam a imposição da medida drástica - Necessidade de acompanhamento especializado e eficaz - Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta por M.B.P. contra a r. sentença (fls. 101/102) que julgou procedente representação oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

No arrazoado recursal (fls. 121vº/126), a zelosa Defensoria Pública postula a antecipação dos efeitos da tutela. Argui, ademais, preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, não só por inépcia da representação, a qual, no seu dizer, “*não descreve adequadamente os fatos*”, mas também em razão do indeferimento do rol de testemunhas. Quanto ao mérito, almeja desate absolutório por escassez probatória e, em caráter alternativo, o abrandamento da medida aplicada (fls. 121 vº/126).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 129/134) e mantida a decisão recorrida (fls. 135), nesta Instância a Procuradoria Geral de Justiça sugeriu o desprovimento do reclamo (fls. 139/144).

É o relatório.

Por primeiro, cumpre consignar que o pleito voltado à antecipação da tutela está prejudicado pelo julgamento do mérito recursal.

Dito isso, anota-se que o procedimento não carrega eiva.

No que respeita à pugna preliminar de nulidade pelo indeferimento de apresentação do rol de testemunhas, realça-se que a matéria restou refutada com perspicácia na origem (fls. 99 e 101), bem assinalando o nobre Juiz sentenciante que “*o rol de testemunhas não foi apresentado no prazo legal*”, razão pela qual não se cogita de “*redesignação, principalmente porque se trata de feito com menor apreendido, com prazo exíguo*”.

Quanto ao mais, a peça inicial, com clareza e precisão suficientes, enuncia que o apelante, “*no dia 29 de março, por volta das 22h40min, na cidade de Itapetininga, (...), agindo em concurso, previamente ajustado e com identidade*

de propósitos com D.H.A.C. e L.F.P. (irmão do adolescente), **mediante violência, subtraíram, para proveito comum, coisa móvel alheia**, consistente em 01 (um) veículo Toyota, modelo Corolla, placas DFQ-8467, pertencente a E.Y.T.A., que se encontrava na posse de seu filho R.M.A., além de bens pessoais pertencentes a este e à vítima P.Q.M.”, acrescentando, a seguir, narração detalhada da cena delituosa.

Assim, o que era preciso dizer foi dito, sem dúvida, elaborando-se suficiente descrição de ato infracional equiparado ao delito tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Muito embora seja verdadeira a assertiva no sentido de que não houve menção do ano em que os fatos se desenrolaram (e a propósito vale ressaltar que evidentemente foram perpetrados no mesmo ano em que subscrita a inicial), à representação não se exigem as virtudes de uma peça literária, com perfeição de linguagem, de lógica e de estilo. Dela reclama-se, tão somente, que aponte a infração equiparada a crime e a atuação nela do adolescente. O maior ou menor poder de síntese, de clareza ou de precisão de quem a subscreve, embora possa implicar na exaltação dos dotes redatoriais daquele que a faça mais sintética, mais clara ou mais precisa, não induz inépcia ou invalidade daquelas que tais virtudes não apresentem. Assim, não assume qualquer sentido que se declare nula a inicial que, no caso, atendeu às exigências normalmente reclamadas.

No terreno meritório, assinala-se que a materialidade e a autoria do ato infracional imputado ao apelante estão comprovadas pelo boletim de ocorrência (fls. 03/09), auto de exibição e apreensão (fls. 12/14) e prova oral produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Os ofendidos R.M.A. e P.Q.M. apontaram o recorrente com incisividade, confirmando o ataque patrimonial suportado e trazendo, com tal narrativa, tranquilizadora certeza a propósito da realidade da imputação.

As vítimas tiveram contato frontal com o insurgente, reconhecendo-o como um dos sujeitos ativos da rapina (fls. 21, 105/108 e 109/110).

Em atos infracionais dessa natureza, rotineiramente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único propósito é apontar os reais autores da infração, não mentirosamente incriminar inocentes. Daí porque sempre oportuna a lembrança de Malatesta, para quem “*a animosidade pelo ofensor não pode ser considerada como motivo de suspeita contra o ofendido, quanto à designação do delinqüente. O ofendido, nessa sua qualidade, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor. Por isso, dizer ao ofendido: - não acreditamos na tua palavra indicativa do delinqüente porque tu, como ofendido, tem ódio contra ele, é uma verdadeira e flagrante contradição; é reconhecer a verdade da indicação, querendo tolher-*

*lhe a fé*” (‘A Lógica das Provas em Matéria Criminal’, volume 2, pags. 123/4).

Por outro lado, selam definitivamente a sorte do transgressor os relatos dos policiais militares B.J.H. (fls. 15/16) e C.F.S. (fls. 18/19), responsáveis pelo evolver da ocorrência. Ambos os milicianos recordaram com minúcias o sucedido, realçando que em poder do insurgente localizaram parte dos objetos subtraídos às vítimas.

Destarte, a prova oral se entrelaça com evidências de fonte variada para deixar pairando escoteira a irrita versão do apelante.

No que concerne à medida socioeducativa aplicada na origem, inexistente razão para lamúrias, mormente porque o ato infracional foi praticado mediante grave ameaça e violência contra a pessoa, autorizador da imposição da medida extrema, consoante disposto no artigo 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90.

Aduz a combatida Defesa que a r. decisão de primeiro grau “*não esclareceu por quais motivos o regime de semiliberdade não poderia ter sido imposto (...)*” - fls. 125.

Todavia, o raciocínio trilhado pelo preclaro sentenciante, consistente na repulsão da tese defensiva pelo perfilamento inconcusso da pugna contrária, automaticamente e implicitamente desqualificadora do antagônico, não se confunde com a hipótese de omissão de motivação - esta sim apta a ensejar a anulação do ato decisório.

Não se pode olvidar que o autor de assalto praticado mediante comparsaria projeta intensa ousadia, incomum periculosidade e claro desvio de comportamento, características que reclamam acompanhamento mais eficiente e severo, que tão-só a internação é capaz de proporcionar.

Por isso, não se há excogitar de medida mais suave, porquanto, seja tentado ou consumado, tal ato infracional consiste atualmente no maior flagelo a desafiar a Segurança Pública, gerando verdadeira síndrome do medo e constituindo forma indireta de a marginalidade tolher a liberdade da população.

Esse é, de fato, o pensamento dominante nesta Colenda Câmara Especial, consoante este categórico aresto:

*“MENOR - Ato infracional - Adolescente representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado - Sentença procedente para a aplicação de medida sócio-educativa de internação - Impossibilidade de se aplicar medida sócio-educativa mais branda - O artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a medida de internação nos casos em que o ato infracional foi cometido mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa - Medida de internação que se mostra adequada ao caso dos autos - Necessidade de cumulação com medida protetiva de inclusão em programa oficial para tratamento de toxicômanos - Recurso parcialmente provido”* (Apelação Cível nº 165.164-0/2, Comarca de Limeira, Relator Moreira

de Carvalho, j. em 15.09.08, v.u., Voto nº 4620).

Outrossim, de acordo com importante precedente da Colenda Décima Quarta Câmara de Direito Criminal deste Augusto Sodalício, (Apelação Criminal com Revisão nº 990.08.152925-4, Relator Fernando Matallo, j. em 05.03.2009, v.u.), *“sabidamente, o delito de roubo revela extrema periculosidade do agente, sendo irrelevante sua eventual primariedade ou menoridade relativa.*

*A sociedade se vê a cada dia mais acuada em consequência da ação de marginais, sempre mais audazes e violentos e por isso reclama do Estado e do Poder Judiciário, em especial, severa e pronta resposta àqueles que são condenados pela prática de tão grave conduta”*

E reclama destaque sábia ponderação do ilustre Desembargador Maia da Cunha, segundo a qual *“o crime de roubo, por si só, é gravíssimo e contém a violência ou a grave ameaça à pessoa como seus elementos. Assim, o ato infracional a ele equiparado perfaz, de pronto, a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e permite a aplicação da medida de internação.*

*Confira-se, do Colendo Supremo Tribunal Federal: ‘Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Grave ameaça caracterizada. Possibilidade de internação. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 da Lei nº 8.069/90. A medida sócio-educativa de internação do menor constitui-se em ato excepcional que se configura quando atendidos os requisitos dos artigos 121 e 122 da Lei nº 8.069/90. A decisão que culminou na aplicação de medida sócio-educativa de internação demonstrou com suficiente clareza as razões fáticas e jurídicas autorizadoras do ato de segregação. Assim, presentes os requisitos previstos nos artigos 121 e 122, inc. I, ambos da Lei nº 8.069/90, possível é a manutenção da medida de internação. Precedente: HC 84.603, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ nº 232 de 03.12.2004. Ordem denegada’ (HC 94193/PE 2ª Turma Rel. Min. Joaquim Barbosa Dje 06/02.09)”* Apelação Cível nº 0007089-83.2010.8.26.0015, j. em 17.01.2011.

Por outro lado, anota-se também que M. não é principiante no prosclênio judiciário (consta passagem por tráfico ilícito de entorpecentes - fls. 45 e 113), pormenor que revela a inadequação de alternativa mais branda para o alcance de sua ressocialização.

A medida drástica visa proporcionar a reabilitação, reeducação e ressocialização do menor infrator, impondo-lhe freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-lo com outra medida só o prejudicaria, pois possibilitaria que continuasse vivendo livremente, sujeito às influências malélicas do meio deletério em que parece estar inserido.

Ademais, será ele periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao apelo a fim de que, também por seus fundamentos, subsista a r. sentença combatida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015078-88.2012.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante MUNICÍPIO DE TATUÍ, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE TATUÍ. **(Voto nº 6054 – CFF/W)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso oficial, aqui conhecido de ofício, e à apelação interposta para determinar a atualização da prescrição médica, a cada seis meses, pela via administrativa, para fornecimento do medicamento, mantendo, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

**Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO MÉDICO. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NÃO CONSTITUEM ÓBICE PARA O NÃO CUMPRIMENTO DA TUTELA JURISDICIONAL, QUE NÃO REPRESENTA VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MATÉRIA SUMULADA POR ESTE E. TRIBUNAL. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. ACOLHIMENTO DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO**

**PARA REAPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA DO RECEITUÁRIO MÉDICO, QUE, NO ENTANTO, EM FACE DA NATUREZA DA PATOLOGIA, DEVERÁ SER ATUALIZADO A CADA SEIS MESES. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO (SÚMULA 490, DO C. STJ) PARCIALMENTE PROVIDOS NESTA EXTENSÃO.**

## **VOTO**

Vistos...

Cuida-se de apelação interposta contra a respeitável sentença, proferida nos autos do processo da ação ordinária de obrigação de fazer, que, confirmando a tutela antecipadamente concedida, condenou o Município de Tatuí ao fornecimento à parte menor D. H. K. P. dos medicamentos pleiteados na inicial (“Valpakine Sol” e “Topamax”), até que os mesmos sejam suspensos por orientação médica, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, sem prejuízo da responsabilidade criminal cabível (fls. 75/76).

A apelante sustenta, em síntese, que não está demonstrado que os medicamentos seriam negados ou seu fornecimento interrompido, bem como que não está comprovado que a família não dispõe de renda suficiente para adquirir os medicamentos pleiteados; que não há solidariedade entre os entes federativos no que concerne aos medicamentos de alto custo; que o interesse público deve prevalecer ao individual, tendo em vista a impossibilidade de acolher os pleitos sem que haja previsão orçamentária para tanto; que há necessidade de o menor ser submetido a avaliações médicas periódicas a fim de que seja verificada a necessidade de continuidade do tratamento ou a paralisação de seu uso e que faz-se imprescindível a apresentação mensal de atestado médico com a prescrição, onde conste o nome genérico do medicamento. Sustenta, ainda, a impossibilidade de aplicação de multa contra o Poder Público (fls. 84/86).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 89/95), contando os autos com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não conhecimento liminar ou desprovimento do recurso (fls. 99/105).

### **É o relatório.**

Não é caso de deixar de conhecer o inconformismo, como postulado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto, malgrado a tese autoral encontre acolhida jurisprudencial, não se pode coarctar o direito de a parte sucumbente recorrer da decisão, sob pena de cerceamento de defesa e de negativa de prestação jurisdicional.

Ademais, o defrontamento do recurso não representa qualquer prejuízo

às partes.

Visto isso, conhece-se, de ofício, do reexame necessário, aplicando-se a Súmula nº 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (*“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”*).

A respeitável sentença concessiva comporta parcial reparo.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, assenta a saúde como direito social e, em seu artigo 196, estabelece-a como direito de todos e dever do Estado.

A Lei nº 8.069/90, objetivando a proteção integral à criança e ao adolescente, preceitua, em seu artigo 4º, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação 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.

E a mesma Lei nº 8.069/90 ordena que as medidas de proteção devam ser acionadas sempre que direitos reconhecidos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão estatal (art. 98, I).

Tem-se, ainda, que a partir-se da premissa incontroversa da qualificação do direito à saúde, enquanto direito subjetivo fundamental, integrante do núcleo mínimo existencial, cuja tutela comporta e justifica a excepcional atuação do Poder Judiciário, no sentido de suprir a inércia estatal no cumprimento da obrigação a tanto correspondente, o acesso a esse direito não pode ser negado, adiado ou condicionado por conta de percalços burocráticos.

Pois bem.

Os autos noticiam que o menor interessado é portador de paralisia cerebral associado à Síndrome de West, necessitando dos medicamentos “Valpakine Sol” e “Topamax” (Topiramato), e que o Sistema Único de Saúde e a Prefeitura Municipal de Tatuí não vêm lhe proporcionando os fármacos prescritos (fls. 13/14 e 23).

Logo, tanto a patologia que acomete a criança, quanto a imprescindibilidade do medicamento expressamente indicado como adequado ao restauro da saúde do paciente, estão suficientemente comprovadas pelas declarações emitidas por profissional médico especialista, de modo que não se pode cogitar a sua substituição por outros abstratamente aventados.

Desnecessária, também a produção de prova ou a elaboração de perícia técnica para comprovar o alegado, vez que, até prova em contrário, o documento apresentado é hábil a provar a necessidade de medicação indicada, lastreada nas condições excepcionais da criança.

Nesse sentido:

***“O medicamento foi prescrito por médico regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina e de confiança da família da criança. A responsabilidade na escolha do tratamento adequado ao paciente é única e exclusivamente do médico que o acompanha. Portanto, a declaração médica é a comprovação da necessidade do menor. Vale ressaltar que se trata de direito à saúde, constitucionalmente resguardado”.*** (Apelação nº 183.157-0/2-00, Rel. Des. Jeferson Moreira de Carvalho, DJ 16.11.2009).

Nem se diga que não houve recusa ou interrupção do fornecimento dos medicamentos pleiteados, tendo em vista que, segundo a inicial, após a intervenção da Promotoria de Justiça, nos termos do Procedimento Administrativo anexado aos autos, o Município passou a fornecer a medicação; no entanto, posteriormente, a genitora do menor foi informada pela Secretaria de Saúde da suspensão da dispensação e que deveria aguardar o próximo ano, quando da posse do novo Prefeito eleito.

Saliente-se, ainda, que a resistência à pretensão da parte menor se mostra evidenciada com a interposição do presente recurso.

Ademais, descabida a assertiva de que não foi comprovada a hipossuficiência financeira do requerente, pois, além da declaração de que a família não dispõe de renda suficiente para fazer frente aos custos do tratamento, a qual não foi impugnada pelo recorrente, ante a natureza do direito que se pleiteia, de caráter fundamental, o seu acesso deve ser universal e integral, independentemente das condições pessoais do indivíduo.

Comprovada, pois, a necessidade do pleiteado, ao Estado (gênero) incumbe, portanto, o cumprimento de seu encargo de fornecer o tratamento adequado para garantia de vida e saúde do menor.

O artigo 11, da Lei nº 8.069/90, estabelece que ***“é assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”*** e o § 2º, do mesmo dispositivo legal, atribui ao Poder Público o encargo de ***“fornecer medicamentos, próteses e outros recursos, àqueles necessitados de tratamento, habilitação ou reabilitação”***.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios formam um sistema único de saúde, sendo solidários no que tange à prestação destes serviços (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal).

Não fosse o bastante, a Lei Complementar nº 791/95, que estabelece o Código de Saúde no Estado de São Paulo, determina expressamente que, ***“... por serem de relevância pública, as ações e os serviços públicos e privados de saúde implicam co-participação do Estado, dos Municípios, das pessoas e da sociedade em geral, na consecução de resultados qualitativos e quantitativos***

*para o bem comum em matéria de saúde”* (art. 4º, § 1º).

Por outro lado, não pode a parte apelante esquivar-se do dever jurídico que lhe foi imposto, sob a alegação de limitação orçamentária.

A satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa, não havendo falar em ofensa ao princípio da legalidade orçamentária.

É certo que existam limitações orçamentárias para a execução e pleno funcionamento dos serviços e equipamentos públicos. Todavia, não é menos certo o dever do Administrador de cumprir os mandamentos constitucionais relacionados às políticas públicas, cuja inobservância poderá comprometer a plena realização dos direitos individuais e sociais, dentre eles, o direito à vida, à integridade física e à saúde, este último em situação de risco comprovado nos autos.

Não há falar em intromissão do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Legislativo, pois aquele está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em risco lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Também não prevalece a suposta violação ao princípio da igualdade constitucional.

Isso porque, a plena observância da isonomia defluiu, na espécie, da circunstância óbvia e inexorável de que, reconhecido o direito subjetivo subjacente ao litígio, ora tratado sob o enfoque metaindividual, a todas as pessoas, nas condições previstas pela lei, o Poder Judiciário assegura, indistintamente, a possibilidade de sua fruição qualificada pela continuidade.

Referidas matérias encontram-se pacificadas no âmbito desta Colenda Câmara Especial, nos termos da Súmula 65 e 66:

**“Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes (Súmula 65 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).**

**“A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município”.** (Súmula 66 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

No mais, irrefragável o cabimento das astreintes, visando emprestar concretude às prerrogativas constitucionais garantidas aos menores, sobretudo

em matéria relacionada com a saúde, ainda mais se utilizadas para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional.

Ademais, o artigo 213, § 2º, da Lei nº 8.069/90, é expresso em prever a possibilidade da imposição da multa, como mais um fator a compelir o resguardo dos direitos e interesses dos menores, objetivando garantir o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Impende salientar, ainda, a importância do instituto para demover a descabida resistência do Poder Público no cumprimento da obrigação imposta.

A propósito, esta Câmara Especial, julgando reiterados casos análogos, já se pronunciou:

***“AÇÃO CIVIL PÚBLICA Deferimento de medidas cautelares incidentais para que o agravante seja proibido de colocar mais adolescentes na “Casa da Criança”, diante das inadequações de sua estrutura, com determinação de transferência dos adolescentes que ali se encontrem, no prazo de 30 dias, para local apropriado (próprio ou conveniado), sob pena de multa diária e responsabilização do administrador público pela sua omissão Alegação de nulidade da decisão agravada por falta de manifestação prévia prevista no artigo 2º da Lei 8.437/92 Afastamento - Inteligência do artigo 201, V, do ECA Desnecessidade de prévia manifestação da pessoa jurídica de direito público nas ações fundadas no artigo 208 do ECA medidas cautelares que visam afastar a incerteza de um tratamento adequado e perpetuação da situação de risco em que se encontram os abrigados Presença dos requisitos ‘fumus boni juris’ e ‘periculum in mora’ Admissibilidade da aplicação de ‘astreinte’ ao Poder Público ‘Quantum’ adequado e proporcional - Recurso não provido.”*** (Agravo de Instrumento nº 247110-31.2011.8.26.0000, Rel. Martins Pinto, DJ 26.03.2012).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha:

***“(…) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - astreintes -, ainda que seja contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Agravo regimental improvido”*** (2ª Turma, AgRg no AREsp nº 7.869/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 09.08.2011).

Por fim, no que concerne ao pedido de exibição mensal da prescrição, formulado pela recorrente, diante da natureza da patologia que acomete a criança, estabelece-se que o receituário médico deve ser reapresentado administrativamente, atualizado, a cada seis meses, de forma a justificar a continuidade do tratamento, exatamente como estabelecido pela autoridade médica que acompanha o menor.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso oficial, aqui conhecido de ofício, e à apelação interposta para determinar a atualização da prescrição médica, a cada seis meses, pela via administrativa, para fornecimento do medicamento, mantendo, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030446-88.2011.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.F.B. (MENOR), é apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO. **(Voto nº 6.087)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento à apelação, para condenar o Município de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e negaram provimento ao recurso oficial. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, CONSIDERADO INTERPOSTO. Ação de obrigação de fazer. Direito da Criança e do Adolescente. Matrícula e permanência em escola de educação infantil próxima a sua residência. Direito fundamental resguardado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Ausência de violação ao princípio da autonomia municipal. Honorários devidos pela municipalidade em favor da Defensoria Pública do Estado. Cabimento. Hipótese em que a Defensoria Pública atua contra pessoa jurídica de direito público distinta daquela à qual pertença, segundo entendimento, a *contrario sensu*, do disposto na Súmula 421 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso voluntário provido e desprovido o recurso**

oficial.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por M.F.B., contra a r. sentença (fls. 41/43) que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em face do Município de São Paulo, julgou procedente o pedido para determinar a matrícula da autora em instituição de ensino infantil próxima à sua residência, até o limite de 2 (dois) km, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso, até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como deixou de condenar o Município a responder por honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, pois implicaria determinar que o ente municipal custeie serviço público que compete ao Estado.

Em suas razões, pugna pela condenação do município ao pagamento dos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública (fls. 97/105).

Não foram oferecidas contrarrazões (certidão à fl. 111).

O Ministério Público opinou, nas duas instâncias, pela manutenção da r. sentença (fls. 113/114 e 123/127).

Mantida a r. sentença (fls. 145).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (fls. 152/155).

É o relatório.

Considero interposto o reexame necessário à luz da Súmula 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, independentemente do valor dado à causa, nos pedidos ilíquidos é indispensável o recurso “*ex-officio*”.

A Constituição Federal alçou a educação à categoria de direito fundamental, como se infere do artigo 6º, que a incluiu entre os direitos sociais, e do artigo 205, que a declara como direito de todos e dever do Estado e da família. Nesse sentido ensina o mestre José Afonso da Silva, in “Comentário Contextual à Constituição”, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 785:

*“DIREITO À EDUCAÇÃO: A Constituição de 1988 eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, quando a concebe como direito social (artigo 6º) e direito de todos (artigo 205), que, informado pelo princípio da universalidade, tem que ser comum a todos. A situação jurídica subjetiva completa-se com a cláusula que explicita o titular da obrigação contraposta àquele direito, constante do mesmo dispositivo, segundo a qual a educação ‘é dever do Estado e da família’. Vale dizer: todos têm o direito à educação, e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família. Isso significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para oferecer, a todos, os serviços educacionais,*

*oferecer ensino, de acordo com os princípios e objetivos estatuídos na Constituição. Essas normas constitucionais repita-se têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos (...).”*

Já o artigo 208 da Carta Magna cuida de especificar como o Estado garantirá o direito à educação. Assim, o inciso I (redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) determina que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurando sua oferta inclusive àqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria. O inciso IV (redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006), por sua vez, oferece a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, para crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Trata-se, no caso dos dispositivos mencionados, de norma expressa, de eficácia plena, sendo inafastáveis as conclusões de que as crianças até essa idade têm direito subjetivo ao pronto e efetivo atendimento em creche e pré-escola e de que o Estado tem o dever de fornecê-lo.

Também não dão margem a dúvidas os artigos 53, inciso V, e 54, inciso IV, ambos da lei nº. 8.069/90, que, de um lado, asseveram o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência, e, de outro, o dever do Estado de assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola (com redação anterior à Emenda Constitucional nº 59, de 2009). O § 2º do artigo 54, por sua vez, estabelece que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

No mesmo sentido a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), que em seus artigos 4º, incisos IV e X, e 5º, caput; repetiu a referida garantia constitucional, no sentido de assegurar atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (com redação anterior à Emenda Constitucional nº 59, de 2009), com vaga na escola pública mais próxima de sua residência. O artigo 11, inciso V, por sua vez, determina que o Município deve se incumbir de oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a sua atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência.

A Constituição Federal também cuida das atribuições dos entes federados, dispondo, em seu artigo 211, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão em regime de colaboração na organização de seus sistemas de ensino, resguardando aos Municípios, em seu §2º, a atuação prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Normas no mesmo sentido estão dispostas no artigo 240 da Constituição do Estado de São Paulo, e no artigo 201,

§6º, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Desta forma, da exegese sistemática do ordenamento jurídico se infere que o Município, independentemente do concurso da União ou dos Estados, tem o dever de assegurar o acesso das crianças à educação infantil em creches e pré-escolas próximas de sua residência.

Anote-se que, em tema de educação, por se tratar de direito fundamental, o poder público não possui discricionariedade para optar entre garanti-la ou não. Está obrigado ao seu cumprimento, existindo certa discricionariedade tão somente no tocante à forma de fazê-lo.

A tese da plena e imediata eficácia do texto constitucional foi inteiramente acolhida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual:

*“Releva notar que uma Constituição federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, “in casu”, o Estado” (Recurso Especial 577.836/SC).*

Saliente-se que a atuação do Poder Judiciário, em cumprimento ao mencionado mandamento constitucional, implica no exame da matéria à luz das normas que concedem ou asseguram esses direitos, garantindo-lhes, em consequência, o exercício ou a eficácia. Tampouco se deve dar a essa atuação qualquer conotação de violação da autonomia municipal, sob pena de se impedir o cumprimento da própria Constituição da República, que assegura o pleno acesso à Justiça e garante a revisão judicial dos atos administrativos.

Como já decidiram as Colendas Cortes Superiores:

*“Direito Constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e Procedência” (STJ, REsp nº 575280/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min.*

Luiz Fux, 1ª T., j. 02/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 228).

*“Constitucional. Atendimento em creche e pré-escola. I Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não- observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II Agravo não provido” (STF, RE-AgR nº 463210/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ 03/02/2006, p. 79).*

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ- ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições subjetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré- escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em se processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas,*

*revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (STF, AgR no RE n° 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello).*

No mesmo sentido o entendimento, já sumulado, deste Egrégio Tribunal de Justiça:

*Súmula 65. “Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes”.*

*Súmula 63. “É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”.*

A doutrina também trilha o mesmo entendimento. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 90, ensina que:

*(...) pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitivo pela via judicial.*

Por fim, a respeito da fixação de honorários advocatícios em benefício da Defensoria Pública, razão assiste à apelante.

Nesse sentido, determina a Lei Complementar n.º 80/94: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XXI executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores”.

Observe-se que a questão já está sumulada no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*Súmula 421: “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”*

A *contrario sensu*, os honorários são devidos quando a Defensoria Pública atua contra pessoa jurídica de direito público distinta daquela à qual pertença. Nesse sentido também o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do seguinte trecho do voto de lavra do ilustre Ministro Mauro Campbell Marques:

*“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL PARA PROPOR EXECUÇÃO VISANDO À COBRANÇA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A ELA DEVIDOS POR AUTARQUIA MUNICIPAL.*

*1. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.108.013/RJ, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon e de acordo com o procedimento previsto no art. 543-C do CPC, decidiu que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município (DJe de 22.6.2009). Não configurado o instituto da confusão, é inaplicável ao caso a Súmula 421/STJ, do seguinte teor: ‘Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença’.*

*2. No Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar nº 111/2005, ao organizar a Defensoria Pública Estadual, no inciso XXI de seu art. 34, estabelece a competência dos Defensores Públicos para ‘requerer o arbitramento e o recolhimento de honorários em favor da Defensoria Pública’. De acordo com a legislação acima e em conformidade com a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul detém legitimidade para propor a ação de execução dos honorários advocatícios a ela devidos pela Fazenda Pública Municipal. Nesse sentido, aliás, é o seguinte julgado da Primeira Turma, apontado como paradigma no presente recurso e proferido também em recurso especial oriundo do Estado de Mato Grosso do Sul: REsp 1.052.920/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.6.2008.*

*3. Recurso especial provido” (REsp nº 1183771/MS 2010/0036672-7, Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, d.j. 12/11/2010).*

Do mesmo modo são os julgados desta Colenda Câmara Especial:

*“Ação com escopo de obrigação de fazer para fornecimento do medicamento Concerta 36mg ao apelado. Admissibilidade. (...) Apelação e reexame necessário improvidos. Fixação de honorários advocatícios*

*em favor da Defensoria Pública. Aplicação do princípio da causalidade. Possibilidade somente em relação ao Município. Observância à Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso do petiz parcialmente provido” (Ap. nº 9000043-78.2010.8.26.0114, Rel. Des. Martins Pinto, j. 25/06/2012).*

*“Ação de obrigação de fazer. Concessão de vaga em creche. Sentença de procedência e imposição de pagamento em honorários advocatícios. Admissibilidade. Defensoria Pública que, ao atuar contra a Municipalidade, legitima a condenação em honorários advocatícios. Inteligência do artigo 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/94. Alegação de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República, da discricionariedade administrativa e da impessoalidade e isonomia. Inocorrência. Direito Fundamental, líquido e certo. Inteligência dos artigos 205, 208, IV e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV e 208, III, do ECA. Recurso improvido” (Ap. nº 0061213-73.2011.8.26.0114, Rel. Des. Vice-Presidente, j. 30/07/2012).*

*“Obrigação de fazer. Educação infantil. Obtenção de vaga em creche mantida pelo Município. Honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública. Impugnação quanto ao valor arbitrado. Recurso manifestamente improcedente. Negado provimento” (Ap. nº0021198-89.2011.8.26.0008, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Privado, j. 06/08/2012).*

*“Apelação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Ação de Obrigação de Fazer Menor portadora de Hiperplasia Adrenal Congênita. Sentença que obriga o Município e a Fazenda do Estado a fornecerem à criança o medicamento denominado ‘Acetato de Fludrocortisona 100mcg’. Pleito de fixação de honorários advocatícios pelas Fazendas Estadual e Municipal. Possibilidade de pagamento pelo Município. Isenção da Fazenda do Estado de São Paulo no pagamento de sucumbência. Súmula 421 do STJ Recurso que comporta provimento parcial, para condenar o Município de Marília no pagamento de verba honorária à Defensoria Pública no valor correspondente a 20% do valor da causa” (Ap. nº 0018081-52.2011.8.26.0344, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 20/08/2012).*

*“Educação Ação de obrigação de fazer Recurso de menores visando à obtenção de vagas em instituições de ensino mais próximas de suas residências, bem como ao reconhecimento dos honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública (...) Reconhecimento da devida verba honorária, determinando-se o retorno dos autos à origem para sua fixação, com escopo de evitar supressão de instância Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça Recurso parcialmente provido” (Ap. nº 0013391-27.2011.8.26.0005, Rel. Des. Corrêa Viana, j. 20/08/2012).*

*“(...) Ação com escopo de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamentos. (...) Fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública. Aplicação do princípio da causalidade. Possibilidade somente em relação ao Município. Observância à Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, apelações improvidas”* (Ap. nº 0012086-58.2011.8.26.0344, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 01/10/2012).

*“Ação de obrigação de fazer. Honorários de advogado. Sucumbência do Poder Público Municipal em ação proposta pela Defensoria Pública do Estado. Entes federativos diversos. Não incidência da Súmula 421 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedente nesse sentido. Cabimento da verba. Cabimento de recurso ex officio. Sentença mantida. Recursos improvidos”* (Ap. nº 0055974-88.2011.8.26.0114, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 15/10/2012).

*“MENOR. Ação de Obrigação de Fazer Creche e Pré-escola. (...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual. Verba honorária que é devida, posto que não há se falar em confusão de credores quando o responsável pelo pagamento dos honorários é o Município. Apelo desprovido”* (Ap. nº 0020888-22.2012.8.26.0114, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 12/11/2012).

*“APELAÇÃO. Ação ordinária de obrigação de fazer. Fornecimento de vaga em creche e pré-escola para crianças de 0 a 05 anos. (...) Condenação de ente municipal ao pagamento de verba honorária em favor da Defensoria Pública Estadual. Possibilidade. Questão pacificada, em sede de recurso repetitivo, pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Sentença de procedência mantida. Apelação e reexame necessário, conhecido de ofício (Súmula 490, do C. STJ), desprovidos”* (Ap. nº 0062670-43.2011.8.26.0114, Rel. Des. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 12/11/2012).

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas, as matérias constitucionais e legais invocadas, ora discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação, para condenar o Município de São Paulo ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e **nego provimento** ao recurso oficial.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0041021-



33.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante W.H.M., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE FRANCA. (Voto nº 28.891)

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI Vice-Presidente (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULO (Presidente da Seção de Direito Privado) e TRISTÃO RIBEIRO (Presidente da Seção de Direito Criminal).

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, Relator

**Ementa: APELAÇÃO - Ato infracional equiparado ao crime de tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe, em concurso de pessoas, por duas vezes - Pretensão de reforma do julgado - Descabimento - Estando satisfatoriamente comprovados a materialidade e autoria, não há que se falar em “absolvição sumária”, como defendido nas razões do apelo e tampouco em modificação da medida socioeducativa de internação, tendo em vista o histórico pessoal e infracional do recorrente - Sentença mantida - Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo adolescente W. H. M. contra a r. sentença (fls. 132/139), que julgou procedente a representação oferecida pela prática de ato infracional equiparado ao crime tipificado no artigo 121, § 2º, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, e artigo 29, caput, por duas vezes, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal, impondo ao recorrente a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, vedada a realização de atividades externas.

Alega o apelante que é duvidosa a certeza do delito, porquanto a despeito de ter confessado em juízo o ato infracional, o fez somente em relação à sua participação, consistente em entregar as armas, mas sem correlação na tentativa de homicídio, de modo que deve a representação ser julgada improcedente. Subsidiariamente, requer a aplicação da medida socioeducativa de advertência ou liberdade assistida, já que nenhum ato de gravidade foi praticado (fls. 167/175).

Contrarrazoada a apelação (fls. 180/186), a decisão hostilizada foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 187).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 192/196).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso é conhecido, mas não provido.

Consta dos autos que, no dia 09 de outubro de 2012, na mata próxima à Rua Del Rey Jardim Brasilândia, na cidade e Comarca de São Paulo, o representado agindo previamente ajustado e com unidade de desígnios com o imputável L. R. S., vulgo “Boy”, com ânimo homicida e por motivo torpe, efetuou junto com outros menores e seus comparsas, disparos com arma de fogo contra a vítima C. F. F. e L. A. C. J., não os atingindo por circunstâncias alheias à vontade de ambos.

Segundo apurado, o adolescente P. da S. M. é usuário de drogas que lhe é fornecida por L., sendo certo que esse foi recentemente preso. Devido à dívida por drogas no valor de R\$ 1.500,00, alguns dias antes do fato P. recebeu o representado W. H.

M. e o menor T. H. C. F. com uma carta do traficante L. informando que o não pagamento da dívida por drogas acarretaria a morte, apresentando como alternativa para saldá-la a realização de ataque contra uma viatura policial para matar um policial civil ou militar, com o que concordou.

Apurou-se que W. forneceria as armas para P. e T. realizarem o ataque, acordando que se encontrariam em uma mata no dia em que se deram os fatos. Assim, no dia do ataque, por volta das 17h00, P. encontrou-se com T., que já trazia dois revólveres fornecidos por W., de modo que agiram todos com *animus necandi* para matar as vítimas, não se consumando o resultado por circunstâncias alheias às vontades dos executores, nos termos do ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II e o artigo 29, caput, por duas vezes, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal.

As provas testemunhais coletadas na fase extrajudicial e sob o crivo do contraditório (fls. 09/18 e 81/84), corroboram a imputação Ministerial inaugural.

Como se vê pelo contexto fático sistematicamente analisado, nem de longe corrobora a versão da apelante, no sentido de que “a confissão feita pelo representado na delegacia e em juízo, se deu somente pelo medo, eis que se não confessasse o crime ficaria ‘mal na fita’ com os verdadeiros executantes do crime, eis que é usuário de drogas” (fls. 169).

A autoria, é certo, está satisfatória e precisamente demonstrada nos autos.

A coparticipação do representado restou bem delimitada nos autos e este fato, *de per se*, afasta o acolhimento da pretensão recursal para “absolvição sumária do menor” (fls. 174).

Como lançado na r. sentença, o representando e seus comparsas “prepararam uma emboscada e, quando visualizaram uma viatura da Polícia Militar, atiraram contra os policiais mas, por imprecisão nos disparos, não ceifaram as vidas, conforme pretendido. Assim, houve a intenção de matar e o representado foi quem determinou, aos outros dois, T. e P., que o fizerem a seu mando, que por sua vez, obedecia a L. (...). Co-autor, portanto e responsável por repassar ordem de extermínio adiante (...). Dessa forma, não se provou nada de extraordinário no sentido de afastar sua responsabilidade pelo ato que praticou, restando **certa a autoria e confirmada a materialidade**” (fls. 136 e 138).

Portanto, a análise do conjunto probatório, assim sistematicamente sopesado, não permite entrever qualquer dúvida quanto à efetiva participação da apelante na empreitada infracional objeto de imputação.

A **gravidade** do ato infracional integra expressamente as diretrizes fixadas pelo § 1º do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto critério balizador de adequação da medida socioeducativa aplicável, entre as abstratamente previstas pelo sistema, em cotejo com as circunstâncias da dinâmica da prática infracional e a capacidade do adolescente para cumprimento da medida.

No caso dos autos, o magistrado sentenciante, mais uma vez, agiu com o costumeiro acerto ao impor ao apelante a medida socioeducativa de internação.

O envolvimento do apelante na prática de ato infracional (equiparado ao crime tipificado no artigo 121, § 2º, inciso I, combinado com o artigo 14, inciso II, artigo 29, *caput*, por duas vezes, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal) justifica, para além de qualquer dúvida, a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda quando considerada a excepcionalidade da medida extrema.

Isso porque se trata de conduta a expressar inexorável ruptura dos freios inibitórios, permitindo entrever ousadia e periculosidade inequívoca. Demanda, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal.

Além do mais, as condições pessoais do adolescente em cotejo com seu histórico infracional não recomendam a imposição de medida socioeducativa em meio aberto.

Observa-se que contabiliza antecedente por uso indevido de entorpecentes ocorrido em 22.10.2011 (fls. 141), além de falta de CHN e direção perigosa de veículo em 15.06.2011 (fls. 141).

Há referências, no Relatório de Diagnóstico Polidimensional firmado

pela Fundação Casa, de que o adolescente “apresenta durante a rotina características predominante por recursos de consciência sobre suas escolhas, onde relata ter acometido ato equiparado à tentativa de homicídio a policiais, suas motivações a realizar tal ato foram ordem de facção criminal PCC, que o ordenou a executar tal atividade, sendo prontamente atendido pelo adolescente. Visto que adolescente apresenta vivência profunda com tais meios ilícitos onde introjetou em sua identidade tais valores e regras, também observasse relações de status e poder com tais escolhas acima (...). Vem tendo dificuldades a revogar e iniciar processo de pensamento de mudança e ressignificação de escolhas, visto que adolescente demonstra motivação a retornar ao meio ilícito a qual estava instalado” (fls. 157).

Mas, não é só.

O adolescente, em relação ao histórico de substância psicoativa, “fazia uso abusivo e nocivo à substância psicoativa maconha, fazendo uso deste entorpecente diariamente, sendo necessária à aplicação do teste ASSIST, aonde foi verificado sem instalação do quadro ao uso desta substância. Sendo necessário atividades para orientá-lo quanto aos efeitos e consequências do uso da ‘maconha’ no âmbito da saúde, social e familiar. Vale ressaltar que adolescente possui motivações a permanecer com tais padrões de uso, sendo que possui posição crítica de que a maconha não se categoriza como droga que lhe prejudica tanto no âmbito da saúde, como psicológico (...). Optou com consciência das consequências que poderiam ocorrer e se colocou em situação de risco convivendo assim com pessoas de cunho negativo e em atividade de cunho ilícito (fls. 157).

A família do adolescente, não há dúvidas, não tem como intervir a contento para reverter esse quadro desfavorável, pois demonstrou incapacidade para levá-lo à reflexão sobre propostas de futuro realmente válidas.

Depreende-se W. não tem “figura paterna e materna presente em sua vida, onde possuem outras famílias constituídas e são afastados do mesmo, sendo que avós assumiram tal papel em sua vida”. Durante os atendimentos psicossociais na Fundação Casa, o jovem “demonstra comportamento calado, principalmente, sobre sua vivência no meio ilícito. Verbaliza sentir-se abandonado por genitores, ficando sua criação centralizado nos avós maternos e paternos (fls. 157/158).

Neste cenário, não é difícil perceber que o menor não conta com exemplos e figuras de autoridade para impor-lhe limites, tudo a comprovar que o seu grau de contaminação com o submundo da marginalidade é acentuado.

A internação, portanto, é bastante salutar para sinalizar ao jovem a necessidade de readequar seus parâmetros e referências, amoldando-se a um modo de conviver com os outros harmoniosamente.

Por meio da internação, concluindo, poder-se-á expor o adolescente,



com maior intensidade, a atividades específicas e em condições de que possa perceber valores para os quais sua própria família e o meio não concorreram fomentá-los adequadamente.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0053163-82.2012.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é apelado/apelante B. F. S. (MENOR). **(Voto nº 2.844)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

MARCELO GORDO, Relator

**Ementa: Obrigação de fazer - Cadeira de banho, espessante alimentar e medicamento - Menor portador de síndrome de west, paralisia cerebral e epilepsia refratária crônica - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para excluir as marcas postuladas - Preliminar de nulidade da sentença que se confunde com o mérito - O direito a saúde como garantia do cidadão e dever do Estado decorre de expressa previsão constitucional, com status de preceito fundamental, e se encontra positivado nos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, caput, 6º, caput e 196 da Constituição Federal - Marcas arredadas por ocasião da parcial antecipação de tutela, sem insurgência - Ademais, a prescrição medicamentosa especificou o princípio ativo, e o d. sentenciante determinou fossem observadas as características da cadeira de banho - Astreintes e honorários de advogado fixados adequadamente - Recursos desprovidos.**

**VOTO**

Trata-se de ação de obrigação de fazer movida pelo menor B. F. da S., sob o patrocínio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face do Município de Guarulhos. Afirmo ser portador de síndrome de west, paralisia cerebral e epilepsia refratária crônica (CID: G 40, F 71, G 81, R 13 e F 80) e, por isso, necessitar de cadeira de banho enxuta juvenil, marca Vanzetti, sob medida e com características que descreve; espessante alimentar, marca Nutilis; e medicamento Sabril, tendo por princípio ativo vigabatrina 500mg.

A r. sentença de fls. 70/75, integrada às fls. 82/83, julgou parcialmente procedente o pedido. Condenou o réu a fornecer a cadeira de banho enxuta juvenil, sob medida e com as características indicadas; o espessante alimentar; e o medicamento vigabatrina 500mg, pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), além dos honorários de advogado no importe de R\$ 800,00 (oitocentos) reais.

Autor e réu apelam (fls. 85/95 e 99/114).

O autor pleiteia que o medicamento e a cadeira de banho sejam das marcas prescritas; sucessivamente, a nulidade da sentença para que o feito seja saneado e instruído, com destaque para a ausência de fundamentação no tocante à rejeição das aludidas marcas prescritas.

O réu, por seu turno, postula a reversão do resultado do julgamento; sucessivamente, a exclusão ou redução da multa, assim como a redução dos honorários de advogado.

Apresentadas contrarrazões somente pelo autor (fls. 117/128), como certificado (fls. 132), o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento (fls. 134/141).

Mantido o decisum (fls. 142), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 149/154).

É o relatório.

Por proêmio, observa-se estar a sentença sujeita ao reexame obrigatório em vista do que dispõe o artigo 475, I, CPC, e diante do posicionamento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sintetizado pela Súmula nº 490.

In verbis: *A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.*

Inicialmente, observa-se que a preliminar de nulidade da r. sentença por afirmada ausência de fundamentação no tocante ao indeferimento do pedido atinente às marcas prescritas, para cadeira de banho e medicamento, e necessidade de saneamento e instrução do feito para produção de provas acerca da impossibilidade de substituição de tais marcas, confunde-se, na espécie, com o mérito, de modo que juntamente com ele será apreciada.

No mais, os recursos não merecem provimento.

O direito a saúde como garantia do cidadão e dever do Estado decorre de expressa previsão constitucional, com status de preceito fundamental, e se encontra positivado nos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, caput, 6º, caput, e 196 da Constituição Federal.

A criança é portadora de síndrome de west, paralisia cerebral e epilepsia refratária crônica (CID: G 40, F 71, G 81, R 13 e F 80), e necessita da cadeira de banho, do espessante alimentar e do medicamento prescritos pelas médicas e pela fisioterapeuta (fls. 12/15), cabendo ao Poder Público assegurar-lhe o fornecimento.

Diante da premente necessidade do tratamento e da negativa estatal, a tutela jurisdicional conferida não viola o princípio da separação de poderes, tampouco invade a seara de discricionariedade conferida ao Poder Executivo. Em verdade, o Poder Judiciário assim agindo, apenas cumpre sua função típica com vistas à execução dos encargos cometidos por lei pelo Estado, pois diante da omissão do poder Executivo cabe ao Poder Judiciário decidir pela mais adequada solução.

A aparente antinomia existente em que de um lado se busca a fruição do direito à saúde e de outro se verifica a necessidade de se adequar às normas orçamentárias a que o administrador está adstrito, segundo critérios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente, da preferência pelo direito à vida estampado nos preceitos fundamentais da Carta Federal.

Define, Hely Lopes Meirelles, como discricionariedade ou poder discricionário: (...) *o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo* (Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 121).

De se ressaltar que não desonera o Poder Público da prestação à devida assistência à saúde o fato de a cadeira de banho, o espessante alimentar e o medicamento terem sido eventualmente prescritos por médicas e fisioterapeuta alheias aos quadros do SUS, posto serem profissionais habilitadas para tanto como também em vista do caráter universal do direito à saúde, o qual não pode ser mitigado.

Sobre o tema, destaca-se o trecho do v. acórdão da lavra do eminente Desembargador Presidente da Seção de Direito Público:

*“Há diagnóstico de ‘Diabetes Melitus tipo 1’ e prova documental da necessidade do medicamento em questão, por prescrição médica (Insulinas Detemir e Novorapid). É o que basta para se afirmar a urgente necessidade dos remédios e a indicação científica de sua eficiência, ao contrário das utilizadas anteriormente no tratamento da menor. Presente,*

*pois, o periculum in mora.*

*A receita médica e o relato do diagnóstico (fls. 29/30 e 31) estão firmados por médicos em documentos idôneos (com indicação do profissional, seu CRM e endereço do nosocômio - Hospital Estadual Mário Covas). Despicienda, pois, a circunstância de não proceder de atendimento por médico credenciado do SUS.*

*Neste contexto, o entendimento já firmado por este E. Tribunal, a exemplo do Agravo de instrumento n° 940.058.5/7, rel. **DES. MARREY UINT**, in verbis:*

*'Ao médico cabe, e somente a ele, a prescrição da medicação, não podendo outra pessoa interferir na relação paciente-médico, segundo o código de ética do Conselho de Medicina.*

*Como já dito, não compete ao Estado ditar quais remédios devem ser utilizados pelos necessitados, mas sim aos médicos que os acompanham e tratam.*

*Ademais, inexistente em nosso ordenamento jurídico qualquer menção a que, para efeitos de fornecimento de medicamentos pelo Estado, seja obrigatória a apresentação de receita expedida por médico da rede pública.*

*Por outro lado, inócua a determinação, uma vez que é vedado a qualquer médico, mesmo que da rede pública, alterar prescrição de outro profissional que vem acompanhando o paciente.*

*Assim dispõe a Resolução nº 1246, de 8/1/88 Conselho Federal de Medicina - Código de Ética Médica:*

*Ari. 16\* - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital, ou instituição pública, ou privada poderá limitar a escolha, por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.*

*É direito do médico: Art. 20-...*

*Art. 21 - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País.*

*É vedado ao médico: Art. 76-...*

*Art. 77-...*

*Art. 78 -...*

*Art. 79-...*

*Art. 80-...*

*Art. 81 - Alterar prescrição ou tratamento de paciente, determinado*

*por outro médico, mesmo quando investido em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível conveniência para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável”*

(Apelação nº 0381325-75.2010.8.26.0000, Câmara Especial, j. 22.11.2010).

De igual forma, não há que se falar em violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade, quando se está a exigir apenas que o Estado (gênero) cumpra seu encargo constitucional de prestar de forma efetiva os serviços de saúde, a quem deles necessita.

A doutrina assim preleciona: *O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.*

*De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.*

*Na judicatura do Tribunal Constitucional da Áustria, por exemplo, ele não apenas predominou quantitativamente como desalojou todos os demais direitos fundamentais. Isto que Korinek nos disse aconteceu provavelmente em razão do desenvolvimento e da ampliação de seu conteúdo jurídico (Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional. 24ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 376).*

Confira-se a respeito do tema julgados deste Tribunal e das Cortes Superiores:

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis à ora recorrida seria, ou não, imprescindível à sua saúde, ensejaria*

*o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO FRALDAS DESCARTÁVEIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. DESCAMEN TO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE RECURSOS DA AUTORA. COMPROVAÇÃO. 1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. 2. A ausência da inclusão de fraldas geriátricas nas listas prévias, quer no âmbito municipal, quer estadual, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados, desde que demonstrada a imprescindibilidade para a manutenção da saúde do cidadão, pois é direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, quando desprovido o cidadão de meios próprios. 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. 4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento, compete ao Estado fornecer os produtos imprescindíveis a sua saúde. Apelações desprovidas.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF RE 668724 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012) .*

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. 1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a hipossuficiente portador de Werdnig-Hoffman (atrofia de corno anterior da medula espinhal), a concessão de tutela antecipada, implementando medidas executivas assecuratórias, proferida em desfavor de ente estatal. 3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em*

*virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 4. “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. 6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 8. Recurso especial provido (STJ - REsp 771616/RJ, PRIMEIRA TURMA, Ministro LUIZ FUX, Julgado em 20/06/2006).*

*EMENTAS: Inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Cabível determinação judicial para que assegurados direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais disciplinados na Constituição da República, em Convenção Internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na Lei 8.060/1990. Possibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo autor. Arguições preliminares rejeitadas. Criação de entidade para prestação de serviço público essencial a portadores de transtornos mentais, bem ainda inclusão de crianças e adolescentes em programas de auxílio a alcoólatras e toxicômanos. Admissibilidade. Conforme estudos realizados, inadequada a prestação desses serviços pelo apelante. Sentença pela qual não ofendidos critérios discricionários da Administração. Hipótese em que a deficiência do apontado atendimento consubstancia prejuízo a esses*

*menores. Desacolhimento ao alegado por esse recorrente. Recurso não provido (TJSP - APELAÇÃO 9152889-05.2008.8.26.0000, Câmara Especial, rel. Des. Encinas Manfré, j. 25.7.2011).*

A matéria ora debatida restou pacificada no âmbito deste Tribunal Estadual de Justiça, o que originou a edição da Súmula nº 65 que dispõe acerca do entendimento firmado sobre o tema: *Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Quanto às marcas pretendidas pelo autor, a r. sentença não foi omissa em fundamentar a sua rejeição, ao contrário do alegado no apelo do menor. É que o decisum confirmou expressamente a antecipação de tutela parcialmente concedida as fls. 34/36, ocasião em que arredadas as marcas da cadeira de banho e do medicamento, não se entevendo oportuna irrisignação do autor.

Ademais, os documentos que instruem a petição inicial, como bem ressaltado pelo MM. Juiz naquele momento, embora façam referência às marcas, não afastam a possibilidade de substituição. Aliás, no que se refere ao medicamento, no receituário de controle especial consta, a título de prescrição, vigabatrina 500mg (fls. 13), a demonstrar que nada obsta o fornecimento pelo princípio ativo e não pela marca comercial. E com relação à cadeira de banho, bastante a especificação das características do equipamento (fls. 14), de modo que a cadeira deve atendê-las. Atento a tudo isso o d. sentenciante, cioso de seu mister, teve o cuidado de transcrever as aludidas características da cadeira de banho (fls. 36 e 75).

Por isso, de nenhum efeito prático a pretendida nulidade da r. sentença. A matéria objeto do julgamento era de direito e os fatos encontravam-se comprovados documentalente, pelo que correto e legal o julgamento antecipado da lide, que atendeu ao disposto no artigo 330, inciso I, do CPC.

No que toca à fixação de *astreintes* à Fazenda Pública, outrossim, não merece reparo a decisão proferida na origem.

Com efeito, consoante dispõe o artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil, pode o Magistrado, nas ações de imposição de obrigação de fazer, fixar multa cominatória como meio coercitivo, ainda que contra ente político, mormente quando destinada a assegurar imediato oferecimento de tratamento médico imperioso.

Nessa toada:

***OBRIGAÇÃO DE FAZER - TUTELA ANTECIPADA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE***

*DOENÇA GRAVE - DEFERIMENTO - ADMISSIBILIDADE. 1. A antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial pressupõe a concorrência dos requisitos da verossimilhança do alegado em face da existência de prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de doença grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos, instrumentos e materiais de autoaplicação e autocontrole junto ao Poder Público. Concorrência dos pressupostos legais. Antecipação de tutela deferida. Admissibilidade. 3. É cabível a cominação de multa diária [astreintes] contra a Fazenda Pública como meio coercitivo para cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou de entregar coisa certa. Precedentes do Colendo STJ. Recurso provido em parte (TJSP, 9ª Câm. de Dir. Público, AI 0026021-33.2011.8.26.0000, rel. Décio Notarangeli, j. 23.03.11).*

Em o valor fixado não se mostra excessivo, como decidido em casos que tais. A questão referente ao prazo para cumprimento está superada, porquanto estabelecido por ocasião da antecipação parcial dos efeitos da tutela jurisdicional (fls. 35).

No que tange à fixação de verbas sucumbenciais não merece reparo a r. sentença. A expressão disposta no artigo 141, § 2º do Estatuto Menorista foi empregada em sentido técnico. Tratou, assim, a norma suso aludida de excluir das ações de competência da Justiça da Infância e Juventude, salvo comprovada má-fé, custas e emolumentos.

Os honorários sucumbenciais, especificados no artigo 20 do Código de Processo Civil, devidos pelo vencido ao vencedor, pelo contrário, não estão abrangidos pelo dispositivo, e, eis que constituídos por decisão judicial, independem de previsão orçamentária.

Estar-se-ia impedido de condenar o sucumbente a arcar com os honorários da Defensoria Pública apenas se esta houvesse litigado em face do ente político que integra, hipótese esta não verificada no caso em apreço. É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado pela Súmula n.º 421, abaixo transcrita:

*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.*

A quantia arbitrada está conforme os parâmetros do artigo 20, § 4º, do CPC, não comportando a pretendida redução.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000009-58.2011.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MARÍLIA, é apelado A. C. B. (**Voto nº 15.518**)

**ACORDAM**, em Câmara Especial 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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

DESEMBARGADOR DECANO, Relator

**Ementa: Execução de medida socioeducativa de internação - Relatórios técnicos favoráveis - Extinção da medida aplicada - Inviabilidade – Ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes e processo ressocializador em pleno desenvolvimento - Maioridade do infrator – Irrelevância - Condições pessoais do recorrido a autorizar a manutenção do tratamento de ressocialização, em prestígio ao princípio da proteção integral dos menores - Incidência da Súmula 84 desta Egrégia Corte de Justiça - Semiliberdade recomendada - Recurso parcialmente provido, para o fim de inserir o jovem na medida de semiliberdade.**

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença de fl. 38, que julgou extinta a medida socioeducativa de internação imposta ao jovem A.C.B. (DN 18.9.1994), pela prática de infração equiparada ao crime de tráfico de entorpecentes, com fundamento no fato de ele ter cumprido mais de sete meses de segregação, alcançado a maioridade penal e contar em seu favor com relatório elaborado pelos profissionais da Fundação Casa.

Apelo ministerial visando ao restabelecimento da medida socioeducativa de internação, notadamente porque o jovem “A.” possui preocupante trajetória

infracional, ressaltando que é reincidente específico em crime equiparado a hedidondo (tráfico ilícito de entorpecentes), cujo episódio de reincidência se deu durante o curso de liberdade assistida (fls. 44/48).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl.49), foram apresentadas contrarrazões (fl.51/56) e mantida a r. decisão recorrida por seus próprios fundamentos (fl.57).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo provimento do recurso, com vistas ao restabelecimento da medida socioeducativa de internação (fls.61/62).

É o relatório.

Analisadas as particularidades do caso concreto, tem-se que o apelo comporta parcial provimento.

Consta dos autos que ao jovem A.C.B. foi imposta a medida socioeducativa de internação pela prática de infração equiparada ao crime de tráfico de entorpecentes, encontrando-se custodiado há vários meses.

Insta considerar, de início, que a maioria alcançada pelo recorrido não é motivo bastante para autorizar a extinção da medida socioeducativa, em virtude da regra inserta no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.069/90, cuja transcrição merece destaque:

*“Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.”*

Nesse sentido já se posicionou esta Colenda Câmara Especial:

*“Ementa: Ato infracional - Conduta tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 - Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses - Alegação de que inexistia permissivo legal para a continuidade do procedimento em virtude de o menor ter completado 18 (dezoito) anos no curso da execução - Inadmissibilidade - Aplicação do ECA aos maiores de 18 (dezoito) anos - Inteligência dos artigos 228 da Constituição Federal e 104, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Materialidade e autoria comprovadas pela prova documental e oral - Confissão judicial - Validade do testemunho policial - Recurso não provido” (Apelação Cível nº 9000005-33.2010.8.26.0319, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 1.4.2013 ).*

*“INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal. Sentença de procedência da representação. Aplicação de medida de liberdade assistida. Apelo do adolescente com pleitos de improcedência da representação, por insuficiência probatória, e de abrandamento da medida imposta. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria bem definidas. Gravidade*

*do ato infracional que justificaria a aplicação da medida de internação. Hipótese, todavia, de manutenção da medida de liberdade assistida, em observância ao princípio da brevidade. Extinção da medida. Impossibilidade. Atingimento da maioridade que não impede o seu cumprimento, ressalvada a liberação compulsória aos 21 anos de idade. (artigos 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, do ECA). Decisão mantida. Recurso não provido” (Apelação Cível nº 0043.927-73.2011.8.26.0602, Rel. Des. Antonio Carlos Tristão Ribeiro, j. 29.7.2013).*

Tampouco os relatórios de avaliação de medida elaborados pela equipe multidisciplinar têm o condão de firmar a certeza quanto à plena ressocialização do jovem infrator (fls.19/21 e 26/28).

Aliás, a eles o Magistrado não está adstrito, consoante Súmula nº 84 do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim estabelece:

“O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica”.

Ademais, conquanto o jovem A.C.B., de acordo com os referidos estudos, tenha respondido de forma satisfatória às proposições do programa de internação e reconhecido os malefícios causados por seu envolvimento no ato infracional, por outro lado pontua que ele é emocionalmente inseguro e frágil, além de ser ansioso em razão da abstinência de substâncias psicoativas.

E em que pese a custódia do jovem perdurar há vários meses, tem-se, como bem destacado pelo Ministério Público, que se trata de infrator reincidente específico em tráfico ilícito de drogas, tendo, inclusive, chegado a praticá-lo quando inserido em medida em meio aberto (fl.30), razão por que se afigura mais adequado por ora sua inserção na medida de semiliberdade.

Por conseguinte, em prestígio aos princípios da proteção integral e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mostra-se mais adequada a aplicação da medida de semiliberdade.

Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação para o fim de aplicar ao apelado a medida socioeducativa de semiliberdade.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008084-59.2012.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que são apelantes L.B. (MENOR), C.E.L.S. (MENOR), T.C.S. (MENOR) e W.V.P., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE

TAQUARITINGA.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento aos recursos. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34538)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

**Ementa: Infância e Juventude - Ato infracional - Prática de conduta equiparada à prevista no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, todos do Código Penal - Materialidade e Autoria bem demonstradas - Caracterizada a incidência de tal ato infracional em razão da brutalidade das lesões e do dolo - *Animus necandi* evidente, a afastar o pedido de desclassificação para lesão corporal seguida de morte - Medida socioeducativa de internação bem aplicada a todos os jovens - Delito grave que se insere no art. 122, inciso I, do ECA - Condições pessoais dos infratores que demonstram a ineficácia de medida menos severa e a necessidade de acompanhamento integral para a sua recuperação - Recursos improvidos.**

## VOTO

Trata-se de quatro apelações interpostas contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação e aplicou aos quatro apelantes a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, pela prática de ato infracional equiparados ao crime de homicídio triplamente qualificado (artigos 121, §2º, incisos I, III e IV, todos do Código Penal).

Os quatro apelantes alegam fragilidade probatória, insuficiente para atribuir a eles a autoria do homicídio, a despeito da confissão deles, razão pela qual requerem suas absolvições. Subsidiariamente, requerem a desclassificação da conduta para a equiparada à lesão corporal seguida de morte, eis que ausente o *animus necandi* e aplicação de medida socioeducativa mais branda, em meio aberto.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos recursos.

**Este é o relatório.**

Os recursos serão analisados em conjunto.

Consta dos autos que no dia vinte e cinco de outubro de 2012, no período noturno, na via pública próxima a um canal, na cidade de Taquaritinga, os adolescentes ora apelantes *W.V.P.*, *T.C.S.*, *C.E.L.S.* e *L.B.* mancomunados entre si, um aderindo ao desígnio delituoso do outro, por motivo torpe, com emprego de meio cruel consistente em golpes de pau e executado por meio que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, eis que em grande número de agressores, mataram a vítima *Adriano Roberto Calçadas Cunha*, desferindo contra ele pauladas, chutes e socos, nele causando lesões corporais que ocasionaram a sua morte.

Com efeito, a materialidade e a autoria dos atos infracionais praticados pelos apelantes restaram devidamente demonstradas, razão pela qual a condenação de todos eles era mesmo de rigor.

A materialidade foi evidenciada no laudo necroscópico constante às fls. 159/160, que evidenciou que a morte da vítima decorreu de politraumatismo, devido a ação vulnerante de agente contundente. E relatou que a vítima deu entrada na UTI de Taquaritinga “com trauma em vários locais do corpo, hematomas, evoluindo com anemia, congestão pulmonar e insuficiência renal aguda, sendo submetido a sessões de hemodiálise. Evoluiu em choque circulatório e necessidade de drogas vasoativas, sem sucesso as manobras de ressuscitação.”

Quanto à autoria, certo é que, com exceção de *W.V.P.*, todos os outros três adolescentes confessaram a prática do ato infracional, afirmando que realmente espancaram a vítima, com a intenção de aplicar-lhe um corretivo, em razão de uma dívida. Afirmaram que a dívida decorria de uma venda de uma bicicleta realizada pelo jovem *L.B.* Evidente que a explicação dos motivos para o espancamento é fantasiosa, já que se apurou que se trata de jovens envolvidos com o tráfico de drogas, sendo certo que três deles já foram processados por tal prática (depoimento de *L.B.*, *T.C.S.* e *W.V.P.* - CD de fls. 118). No mais, as contradições por eles trazidas e mudanças de versões ocorridas ao longo de seus depoimentos, tanto na Delegacia de Polícia (fls. 26/27, 29/30, 31/32 e 33/34), como na oitiva informal (fls. 35/36, 37, 39 e 40) e na audiência de apresentação (fls. 108/109, 110/113 e CD de fls. 118) dão conta que os jovens não disseram a verdade, porém, assumiram que participaram do espancamento da vítima, de modo que a autoria, por parte dos quatro, é indubitável.

No que toca ao jovem apelante *W.V.P.*, em que pese tenha negado que estava no local do espancamento, mas num bar em Taquaritinga, certo é que os outros três adolescentes apelantes confirmaram que os quatro, inclusive *W.V.P.*, estavam no local dos fatos e participaram do espancamento da vítima, de modo

que sua negativa restou isolada e dissonante das demais provas dos autos. Certo é, também, que ele próprio assumiu que foi para a cidade de Santa Adélia, logo após o ocorrido, local em que permaneceu escondido com C.E.L.S.

No mais, as demais provas colhidas durante a instrução processual, mormente pelo depoimento da testemunha presencial *José Nilton dos Santos* (fls. 187), do Delegado de Polícia *Dr. Renato Cândido Soares* (fls. 188) e do Investigador de Polícia *José Roberto Cerri* (fls. 189), todos registrados no CD de fls. 190, evidenciaram que os quatro jovens, e possivelmente outras pessoas também, espancaram a vítima, e disso resultou a sua morte.

A testemunha *José Nilton dos Santos* (fls. 187 - CD de fls. 190) declarou que na noite dos fatos, uma quarta-feira, estava em casa assistindo ao jogo de futebol pela TV, quando ouviu uns gritos de um homem pedindo socorro. Notou que perto de sua casa, uns 50 ou 60 metros, num canavial com a cana ainda baixa, havia um homem apanhando de um grupo de pessoas. Disse que ouviu os agressores, que estavam em grande número, dizendo que bateriam e matariam a vítima. A vítima, por sua vez, gritava: “Pára, socorro.” “Pára, quebraram meu braço”. Nessa oportunidade ouviu quando um dos agressores disse: “Não pára não, vamos quebrar o outro braço e as pernas.” Esclareceu que os agressores batiam na vítima com pedaços de pau e diziam: “Você quer usar o bagulho e não quer me pagar!”. Afirmou, também, que no vozerio dos agressores havia também voz feminina. Disse que conseguiu vê-los batendo na vítima, mas que, como não se aproximou, temeroso pelo grande número de agressores, não conseguiu ver suas fisionomias. Gritou, então, de longe, que chamaria a polícia, oportunidade em que todos os agressores fugiram correndo.

Afirmou, então, que enquanto sua mulher telefonava para o SAMU e para a polícia, ele foi até a vítima, que somente pedia socorro. Esclareceu que quando ele chegou, a vítima estava de barriga para cima, todo suja de sangue e de fezes, com várias escoriações na perna e nos braços. Informou que durante a agressão notou que a vítima estava “de quatro” e que havia um pedaço de cabo de vassoura no local. Alguns agressores também davam pauladas em suas costas.

O Delegado do Delegado de Polícia *Dr. Renato Cândido Soares* (fls. 188 - CD de fls. 190) esclareceu que tomou conhecimento dos fatos no dia seguinte, quando o pai da vítima foi à Delegacia de Polícia registrar a ocorrência. A vítima estava ainda com vida, internada no Hospital, razão pela qual os investigadores foram até o nosocômio colher informações, porém, com medo de represálias, ela nada falou e, dias depois, veio a falecer. Em investigação, obtiveram informações por meio de moradores do bairro, que não quiseram se identificar, que os quatro apelantes estavam envolvidos no caso, o que foi confirmado pela mãe do apelante C.E.L.S. (fls. 20/21). Denunciaram, também, na Delegacia da cidade de Santa Adélia que dois dos garotos envolvidos nos fatos estavam ali, foragidos.

Foram, então, até os garotos *C.E.L.S.* e *W.V.P.*, que confessaram que bateram na vítima e que o fizeram em razão de dívida de drogas. Tomaram conhecimento ainda, o que ainda estão investigando, de que os quatro adolescentes fazem parte de uma quadrilha ainda maior e mais sofisticada, de tráfico de drogas, e que praticaram o homicídio ora em apreço a mando de outros. Acredita, por isso, que há imputáveis envolvidos no caso. Afirmou, também, que dentre os adolescentes, *W.V.P.*, o mais velho, era o líder.

Esclareceu que os jovens assumiram as agressões à vítima, e declararam que quiseram quebrar suas pernas e seus braços. Soube que a vítima sofreu, além das agressões de ordem física, também agressões de ordem sexual, empalamento, com um pedaço de madeira. Os outros dois apelantes (*T.C.S.* e *L.B.*) foram apreendidos em Taquaritinga mesmo, um em sua residência e o outro no fórum, quando compareceu a um ato, de um outro processo ao qual responde.

O Investigador de Polícia *José Roberto Cerri* (fls. 189 - DC de fls. 190) afirmou que foi até o hospital aonde estava a vítima, para buscar informações sobre o fato mas a vítima disse que “era melhor deixar quieto”. A vítima confirmou o motivo das agressões estavam relacionados à droga, mas pedia para deixar quieto. Pouco tempo depois a vítima morreu. Declarou que a mãe do jovem *C.E.L.S.* confirmou que os quatro apelantes estavam envolvidos com o caso, e ela mesma afirmou que dois deles (seu filho e *W.V.P.*) fugiram para Santa Adélia. Localizados, todos confessaram que participaram das agressões às vítimas e que confessaram que realmente o fizeram por razão de dívida de drogas, que queriam dar um corretivo na vítima. Esclareceram que eles introduziram um cabo de vassoura no ânus do agredido, mas que isso não foi assumido pelos jovens. Informou que a vítima era usuária de drogas, com 35 anos.

A respeito da lisura do depoimento dos policiais, convém mencionar que é pacífico o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça de que “... o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.” (HC nº 96665/ ES - 5ª Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - DJe 13.10.09). É ainda assente, naquela Corte Superior, que “... os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.” (REsp nº 604815/ BA - 5ª Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - DJ 26.09.05).

E o Colendo Supremo Tribunal Federal, sobre a questão, já pronunciou que “É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório,

portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.” (HC nº 87662/ PE - 1ª Turma - Rel. Min. Carlos Britto - DJ 16.02.07).

Enfim, as confissões dos três adolescentes, ainda que parciais, não restaram isoladas, foram corroboradas pelos depoimentos da testemunha, Delegado de Polícia e investigador de polícia. Não se pode, ainda, dar crédito à versão trazida por *W.V.P.*, líder dos adolescentes, de que não estava presente quando da agressão, por que os outros três jovens apelantes afirmaram que ele estava sim presente e participou da agressão. Tanto é que fugiu para outra cidade.

No mais, a versão de que a agressão se deu por razão de dívida de uma bicicleta não é crível, eis que não há nexos que um usuário de drogas, de 35 anos de idade, tenha comprado uma bicicleta de um adolescente de 14 anos, não pagou, e por isso apanhou de quatro adolescentes até a morte, sofrendo, inclusive empalamento. Frise-se, ainda, que a mãe de L.B., adolescente que disse ter vendido a bicicleta para a vítima, disse em seu depoimento ao juízo que jamais viu uma bicicleta em sua casa.

Assim, a autoria, dos quatro adolescentes, para o ato infracional descrito na representação, é incontestada.

Enfim, o conjunto probatório é suficiente para o reconhecimento da prática do ato infracional análogo ao crime de homicídio triplamente qualificado, de modo que manutenção da r. sentença é de rigor.

Importante mencionar que o *caput* do artigo 29 do Código Penal (de aplicação subsidiária à espécie, nos termos do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, embora não se tenha a certeza sobre o que cada um dos adolescentes praticou, certo é que todos contribuíram para o resultado morte.

Não se diga, ainda, que não houve *animus necandi*, eis que o dolo se consubstanciou pela forma brutal como agrediram a vítima, em número de agressores, que lhe impediu qualquer reação, além da tortura, que lhe causou até a evacuação durante o espancamento. Assim, como afirmado na r. sentença ora apelada, “*Na melhor das hipóteses foi um homicídio praticado com dolo eventual, pois não há como se afirmar que não assumiram o resultado morte depois de agredirem brutalmente a vítima com socos, chutes e pauladas, abandonando-a toda ensanguentada e com fezes.*”

Estabelece o artigo 18, inciso I, do Código Penal, a saber: “*Diz-se o crime doloso, quando agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”. Assim, tem-se que dolo é a vontade dirigida à consecução da figura típica,

ainda que o agente, em razão da forma de agir, tenha apenas assumido o risco de produzir o resultado típico, sendo este o chamado *dolo eventual*.

No caso em tela, considerando a brutalidade das lesões, ocasionadas também em regiões letais que fizeram com que a vítima necessitasse até mesmo de hemodiálise, não há que se falar em desclassificação da conduta para mero delito de lesões corporais, na medida em que qualquer pessoa que dá uma surra desta magnitude, assume, no mínimo, claramente o risco de produzir o resultado morte.

Para tanto, tem-se entendimento jurisprudencial sobre o tema, a saber: *“O disparo de um único tiro de pistola que atinge região vital, como a cabeça da vítima, ferindo-a gravemente, deve ser reconhecido como ato inequívoco, idôneo e suficiente para caracterizar a tentativa de homicídio, a fim de ser o réu pronunciado, para ser submetido o seu Juiz natural, o Tribunal do Júri, a quem compete julgar sobre a efetiva existência desse”* (RT 673/347).

Sobre a questão da motivação dos adolescentes, pondera-se que, tendo em vista que o presente procedimento tem por finalidade a aplicação de medida socioeducativa, e, portanto, caráter pedagógico e não punitivo, de menor importância a apuração das razões que levaram os jovens a praticar tamanha atrocidade para a configuração da conduta infracional, sendo apenas de relevo a caracterização da violência contra a pessoa, que ocasionou a sua morte, para se ponderar a aplicação da medida socioeducativa mais adequada.

Assim, superada a caracterização da conduta infracional, passa-se à análise da adequação das medidas socioeducativas aplicadas.

Foi bem aplicada a medida socioeducativa de internação para os quatro apelantes.

O crime de homicídio, por si só, é gravíssimo e violento, de modo que o ato infracional a ele equiparado perfaz, de pronto, a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e permite a aplicação da medida de internação.

Mas vejamos os casos de cada um dos adolescentes, separadamente:

Conforme apurado no relatório técnico inicial realizado pela “Fundação CASA”, a respeito do adolescente *T.C.S.* (fls.97/99), o jovem *“possui engajamento com o meio infracional”*, envolvido com pares delinquentes. Afirmou, em seu depoimento em juízo (fls. 112 e CD de fls. 118) que estava estudando a noite, no supletivo, e que não trabalhava. Usa maconha há pouco tempo e já teve anterior passagem pela Vara da Infância pela prática de tráfico, tendo permanecido 41 dias na Fundação CASA, e saído em junho de 2012. Sua mãe declarou que ele lhe dá trabalho, eis que a desobedece, se envolve com más companhias e sai de casa mesmo sem autorização.

Quanto ao adolescente *C.E.L.S.*, apurou-se no relatório técnico inicial da

“Fundação CASA” (fls. 101/103 e 153/155) que pratica tráfico por motivação utilitária, a fim de satisfazer suas necessidades de consumo. Afirmou que sua mãe não questiona a origem dos objetos de valor que traz para a casa, adquiridos com o dinheiro do tráfico. Usa maconha. *“Mostra-se imaturo, com comportamento não condizente com a faixa etária e com evidente dificuldade de refletir sobre o ato praticado e a gravidade do mesmo. Mantem-se defensivo diante das orientações e intervenções da equipe, limita-se a responder o que lhe é perguntado, permanecendo reservado e aparentemente indiferente, mecanismo de proteção adotado.(...) As relações familiares se apresentam de maneira empobrecida, e pouco socializante, interferindo diretamente no desenvolvimento integral do adolescente.”* Recomenda-se no aludido relatório a internação, a fim de propiciar a ele reflexão frente ao ato e a importância da formação escolar para melhorar suas perspectivas futuras; escolhas, atitudes e consequências. Sugerem, também, que também sua família seja assistida pela rede socioassistencial.

Os relatórios da “Fundação CASA” a respeito de L.B. (fls. 105/107, 137/139 e 153/155) demonstram que o jovem é imaturo, altamente influenciável por más companhias, razão pela qual sugerem, inclusive, que o jovem permaneça internado em unidade da Fundação CASA diversa dos demais envolvidos no mesmo ato, para favorecer seu processo reflexivo e de mudança. Não se conseguiu contato com sua genitora, somente com o padrasto, que sempre está sob a influência de etílicos. Apurou-se, inclusive, que o padrasto já cumpriu pena de reclusão decorrente de agressões físicas que praticou contra o apelante L.B.

No mais, em seu depoimento na audiência de apresentação (fls.113 - CD fls. 118) L.B. afirmou que possui duas passagens pela vara da Infância pela prática de tráfico, sendo que em uma delas ele foi absolvido e na outra cumpriu medida de liberdade assistida. Com 13 anos de idade, usa maconha há dois anos. Matriculado na escola, na quinta série, no período matutino, sendo que de tarde permanecia ocioso.

Quanto ao jovem W.V.P., no relatório da Fundação CASA (fls. 132/134) se apurou que ele demonstra identificação com o meio delitivo. Apresenta comportamentos anteriores agressivos frente a situações adversas, o que evidencia dificuldade em resolver os problemas sem o uso da força. Foi morar em Santa Adélia, sem avisar sua família, local em que permaneceu morando por duas semanas até ser apreendido. Ele, em seu depoimento ao juízo (fls. 111- CD de fls. 118) afirmou que essa é sua segunda passagem pela Vara da Infância, tendo já permanecido internado na Fundação CASA por 41 dias, pela prática de tráfico, tendo saído no dia 20 de junho de 2012.

Sua mãe, em seu depoimento ao juízo (fls. 115 e CD de fls. 118), declarou que o filho é desobediente e que não sabia que ele estava usando maconha.

Consta dos apensos que L.B., T.C.S. e W.V.P. ostentam passagem anterior, evidenciando, para estes jovens, a incidência do artigo 122, inciso II, do ECA.

Assim, no caso dos quatro apelantes, evidente que suas famílias não conseguem lidar com a situação irregular em que estão inseridos, inexistindo uma figura marcante de autoridade que possa inibir a continuidade infracional dos jovens. Tais circunstâncias revelam a ineficácia na aplicação de medida socioeducativa mais branda.

Diante desse contexto, todos os adolescentes demandam rigoroso acompanhamento integral na tentativa de orientá-los, fazendo-os ponderar sobre seus atos, corrigirem seus comportamentos e adotarem valores socialmente positivos. A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-los do ambiente nocivo em que estão inseridos, afastando-os, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo certo que as avaliações periódicas ficam a cargo do Juízo da Execução, o qual acompanhará a evolução do processo de ressocialização e, portanto, o período adequado para as reavaliações.

Bem aplicada, assim, para os jovens, a medida socioeducativa de internação pelo Digno Magistrado sentenciante.

**Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001093-10.2013.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante M.L.C.J. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SANTOS.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao apelo para decretar a improcedência da representação. Comunique-se com urgência. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.945)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator

**Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao delito de ameaça. Sentença de**

**procedência com aplicação de medida socioeducativa de internação. Apelação do adolescente. Delito de ação pública condicionada. Ausência de individualização das vítimas e de representação que desencadeasse a ação penal. Improcedência. Recurso provido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo menor **M.L.C.J.**, qualificado nos autos, da sentença que considerou improcedente a representação pelo ato infracional equiparado ao crime de receptação e o submeteu à medida de internação pela prática de ato infracional equiparado ao delito de ameaça.

Postula, seu Defensor, o abrandamento da medida socioeducativa aplicada.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento da irresignação (fls. 140/145).

É o relatório.

Consta da representação que, na data de 27 de dezembro de 2012, o apelante teria dito, no abrigo em que se encontrava institucionalizado, que mataria dois funcionários, sendo um homem e uma mulher.

De acordo com o relatório da Fundação Casa, revoltado com a decisão que determinou seu afastamento do abrigo e o retorno ao convívio com a genitora, o jovem ameaçara genericamente os funcionários. Para a psicóloga que o entrevistou, o jovem teria dito: *“Não entendo, como sai desabrigoamento para uma mãe que fala para o juiz que não quer o filho?”* (fls. 42).

A análise dos autos, em especial do documento de fls. 28/29, da oitiva do jovem (fls. 39), dos testemunhos (fls. 84 - mídia digital), e o próprio teor da representação demonstram que a ameaça que embasa a inicial foi feita de forma genérica, motivada por inconformismo com a decisão que impunha à sua vida uma mudança contundente.

Ora, o delito de ameaça exige a individualização da vítima e o oferecimento de representação por parte desta, como condição de procedibilidade. Trata-se de crime de ação pública condicionada.

Não há nos autos, sequer indicação de quais funcionários teriam sido ameaçados. As testemunhas cujos relatos constam da mídia digital de fls. 84, afirmaram ter ouvido o apelante fazer ameaças genéricas, salientando a funcionária Débora que ele jamais “encostou” em alguém e que, embora ocorressem brigas no abrigo envolvendo o apelante e os demais abrigados, eles eram amigos. Observe-se que o próprio apelante diz que jamais se dirigiu a pessoas determinadas quando de suas bravatas (fls. 39).

A tipicidade do fato está ausente por conta da inexistência de sujeito passivo e de condição de procedibilidade, logo a improcedência da representação é de rigor.

Ainda que assim não fosse, de se salientar que a Lei nº 12.594/12 estabelece em seu artigo 35, inciso I, que na execução das medidas socioeducativas, o adolescente não poderá receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.

Ora, o artigo 147, do Código Penal, prevê pena de detenção de 01 a 06 meses ou multa para o adulto que cometer tal delito. O jovem M.L.C.J. se encontra privado de sua liberdade desde fevereiro de 2013, em decorrência deste feito.

Por fim, de se salientar que a rebeldia e a inconsequência são típicas da juventude e não podem ser interpretadas como desvio criminal, em especial quando se observa, como no caso concreto, a vivência sofrida do apelante, por toda sua vida, com relatos de violência doméstica e de abandono e rejeição parental.

Cabe ao Estado a defesa dos direitos dos adolescentes, não sendo compatível com tal defesa a internação daqueles que apresentam comportamento indisciplinado ou que não se adequam aos regramentos institucionais.

A aplicação do direito penal é a *ultima ratio* e não se presta ao controle de atos de rebeldia juvenil que não representem dano a qualquer bem jurídico tutelado.

Seja mantida a decisão que o afastou do abrigo, orientando-se o jovem a se aproximar de seus familiares.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para decretar a improcedência da representação. **Comunique-se com urgência.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011000-80.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE RIBEIRÃO PRETO.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “REJEITARAM as preliminares e NEGOU PROVIMENTO à apelação e ao recurso oficial, aqui conhecido de ofício, mantendo assim a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.”, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este

v. Acórdão. (Voto nº 6418)

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

**Ementa:** APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR PELO NÃO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. NULIDADE DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO HÁBIL A DEMONSTRAR O DIREITO INVOCADO. PRELIMINARES REJEITADAS.

LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS NÃO CONSTITUEM ÓBICE PARA O NÃO CUMPRIMENTO DA TUTELA JURISDICIONAL, QUE NÃO REPRESENTA VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MATÉRIA SUMULADA POR ESTE E. TRIBUNAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO (SÚMULA 490, DO C. STJ), DESPROVIDOS.

## VOTO

Vistos...

Cuida-se de apelação interposta contra a respeitável sentença, proferida nos autos do processo de ação civil pública, que, tornando definitiva a liminar, condenou a Fazenda Pública do Município de Ribeirão Preto e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, solidariamente, a fornecer o medicamento pleiteado (metilfenidato), nas doses prescritas e pelo tempo necessário, a critério médico e de forma gratuita, impondo-se multa diária cominatória no valor de R\$ 500,00,

em caso de descumprimento (fls. 64/69).

A apelante postula, em preliminar, o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público; a ausência de interesse processual do apelado diante da inexistência de pedido administrativo e a nulidade decorrente da não realização de prova pericial, bem como de estudo social do grupo familiar do apelado (fls. 72/75).

O recurso foi devidamente contrariado (fls. 78/84), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 85) e com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não conhecimento limiar ou desprovimento do recurso (fls. 89/100).

### **É o relatório.**

Não é caso de deixar de conhecer o inconformismo, como postulado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto, malgrado a tese autoral encontre acolhida jurisprudencial, não se pode coarctar o direito de a parte sucumbente recorrer da decisão, sob pena de cerceamento de defesa e de negativa de prestação jurisdicional.

Ademais, o defrontamento do recurso não representa qualquer prejuízo às partes.

Visto isso, conhece-se, de ofício, do reexame necessário, aplicando-se a Súmula nº 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (*“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”*).

Rejeita-se, igualmente, toda a matéria preliminar suscitada pela recorrente.

É indiscutível a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na tutela de direito individual indisponível, como é o caso em testilha.

O artigo 127, da Constituição Federal, confere ao Ministério Público, de forma genérica, a incumbência de *“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*.

O artigo 201, inciso V, da Lei nº 8.069/90, estabelece expressamente que compete ao Ministério Público *“promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal”*.

Nessa conformidade, e tendo em vista que o artigo 227, da Constituição Federal, impõe ao Estado (gênero) o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à educação, reconhece-se legitimidade ao Ministério Público para propor ações que visem dar cumprimento aos ditames constitucionais e legais.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou:

***“1. Primeira Turma deste Tribunal entende que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesse individual indisponível. 3. A Segunda Turma, na assentada de 28.8.2008, por unanimidade, ratificou o entendimento acima esposado, ao julgar o REsp 993.431/MG. Agravo regimental improvido.”*** (2ª Turma, AgRg no Ag nº 1156930/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 10.11.2009)

O Excelso Supremo Tribunal Federal também já decidiu nesse sentido:

***“O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada.”*** (1ª Turma, RE nº 407902/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.05.2009)

De igual modo, o não esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito.

Ora, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, todos têm livre acesso à justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo, não estando tal direito vinculado a qualquer condicionante.

Em outras palavras, o direito de ação constitui um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal de administração da justiça, conferido à parte para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, aqui identificada pela própria interposição do presente recurso.

Desnecessária, também a produção de prova ou a elaboração de perícia técnica para comprovar o alegado, vez que, até prova em contrário, o documento apresentado, subscrito por profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina, é hábil a provar a necessidade de medicação indicada, lastreada nas condições excepcionais da criança.

Por outro lado, observa-se que o remédio receitado foi prescrito por profissional do serviço público municipal de saúde (fls. 10), portanto, não há que se falar em realização de estudo social do grupo familiar do apelado, com o propósito de se certificar sobre a sua hipossuficiência econômica.

Ainda que assim não fosse, ante a natureza do direito que se pleiteia, de caráter fundamental, o seu acesso deve ser universal e integral, independentemente das condições pessoais do indivíduo.

Rechaçadas as prejudiciais, passa-se à análise do mérito.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, assenta a saúde como direito social e, em seu artigo 196, estabelece-a como direito de todos e dever do Estado.

A Lei nº 8.069/90, objetivando a proteção integral à criança e ao adolescente, preceitua, em seu artigo 4º, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação 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.

E a mesma Lei nº 8.069/90 ordena que as medidas de proteção devam ser acionadas sempre que direitos reconhecidos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão estatal (art. 98, I).

Tem-se, ainda, que a partir-se da premissa incontroversa da qualificação do direito à saúde, enquanto direito subjetivo fundamental, integrante do núcleo mínimo existencial, cuja tutela comporta e justifica a excepcional atuação do Poder Judiciário, no sentido de suprir a inércia estatal no cumprimento da obrigação a tanto correspondente, o acesso a esse direito não pode ser negado, adiado ou condicionado por conta de percalços burocráticos.

Pois bem.

Os autos noticiam que o menor interessado é portador de transtorno de hiperatividade, necessitando da medicação “metilfenidato, 10mg” e que o Sistema Único de Saúde e a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto não vêm lhe proporcionando o fármaco prescrito.

Logo, tanto a patologia que acomete a criança, quanto a imprescindibilidade do medicamento em questão estão suficientemente comprovadas pelas declarações emitidas por profissional médico especialista.

Como bem ressalta a peça inicial, não bastasse o laudo expedido por médico assistente, a Promotoria de Justiça requisitou parecer de uma Comissão integrada por médicos das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde, além de representante do Hospital das Clínicas, que também apontou para a necessidade de utilização dos medicamentos, sendo, dessa forma, totalmente descabida a alegação de ausência de perícia médica que comprove ser o medicamento o único para a enfermidade do menor.

Nesse sentido:

***“O medicamento foi prescrito por médico regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina e de confiança da família da criança. A responsabilidade na escolha do tratamento adequado ao paciente é única e exclusivamente do médico que o acompanha. Portanto, a declaração médica é a comprovação da necessidade do menor. Vale ressaltar que se trata de direito à saúde, constitucionalmente resguardado”.*** (Apelação nº 183.157-0/2-00, Rel. Des. Jeferson Moreira

de Carvalho, DJ 16.11.2009).

Com tal quadro, inarredável o arremate de que o Poder Público não está desincumbindo-se de sua missão constitucional de preservar a saúde e a dignidade da vida dos cidadãos, valendo ressaltar, paralelamente, que o fato de o medicamento necessário não fazer parte da padronização estabelecida pela Política Estadual de Assistência Farmacêutica ou pelo Ministério da Saúde não é óbice ao fornecimento público (TJSP, Câmara Especial, Apelação Cível nº 185.770-0/4-00, Rel. Presidente da Seção de Direito Público, DJ 14.12.2009; STJ, 1ª Turma, REsp nº 684.646/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.05.2005).

Destarte, não pode a parte apelante esquivar-se do dever jurídico que lhe foi imposto.

A satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa, não havendo falar em ofensa ao princípio da legalidade orçamentária.

É certo que existam limitações orçamentárias para a execução e pleno funcionamento dos serviços e equipamentos públicos. Todavia, não é menos certo o dever do Administrador de cumprir os mandamentos constitucionais relacionados às políticas públicas, cuja inobservância poderá comprometer a plena realização dos direitos individuais e sociais, dentre eles, o direito à vida, à integridade física e à saúde, este último em situação de risco comprovado nos autos.

Não há falar em intromissão do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Legislativo, pois aquele está apenas fazendo cumprir a legislação que admite o exame judicial quando estiver em risco lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

No mais, também não prevalece a suposta violação ao princípio da igualdade constitucional.

Isso porque, a plena observância da isonomia defluiu, na espécie, da circunstância óbvia e inexorável de que, reconhecido o direito subjetivo subjacente ao litígio, ora tratado sob o enfoque metaindividual, a todas as pessoas, nas condições previstas pela lei, o Poder Judiciário assegura, indistintamente, a possibilidade de sua fruição qualificada pela continuidade.

Referidas matérias encontram-se pacificadas no âmbito desta Colenda Câmara Especial, nos termos da Súmula 65 e 66:

***“Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos,***

*insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes* (Súmula 65 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

*“A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município”*. (Súmula 66 - Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

Nesse contexto, a procedência da ação era mesmo de rigor.

Ante o exposto, **rejeito** as preliminares e **NEGO PROVIMENTO** à apelação e ao recurso oficial, aqui conhecido de ofício, mantendo assim a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 2000835-23.2012.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ANDRÉ WOLTZENLOGEL BONETTI, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE ARARAQUARA.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento parcial à apelação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.817)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator

**Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Infração administrativa. Ingresso de adolescentes em evento em desacordo com alvará judicial. Art. 258, do ECA. Responsabilidade de todos os realizadores do espetáculo. Sanção fixada em salários mínimos. Impossibilidade. Arbitramento em salários de referência com correção pela Tabela Prática do TJSP. Precedentes. Recurso provido em parte.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta por “André Woltzenlogel Bonetti ME”

contra a r. sentença de fls. 188/197, que julgou procedente representação e lhe impôs o pagamento de multa, no valor de 03 (três) salários mínimos, por infração do artigo 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sustenta a recorrente que cumpriu as determinações do alvará judicial e fiscalizou de modo rigoroso o ingresso de público no evento. Acrescenta que houve burla para a entrada de adolescentes e que isso não lhe pode ser atribuído, reclamando, finalmente, da indevida fixação da sanção em salários mínimos.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 234/239).

É o relatório.

De início, frise-se que a r. sentença **julgou improcedente a representação em face da pessoa física** André Woltzenlogel Bonetti, de modo que deve ter havido omissão na qualificação da apelante nas razões recursais, entendendo-se que a recorrente é a **microempresa e pessoa jurídica** com o mesmo nome, aliás, a única que teria legítimo interesse em recorrer, já que o sócio não foi condenado.

Não obstante, vê-se que a apelação não aponta possíveis erros ou defeitos do *decisum*, o que já seria suficiente para desprovê-la, conforme autorizada doutrina (José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 425) e sem maiores digressões. Os fundamentos da sentença não foram especificamente atacados, ao passo que as razões recursais reproduzem em considerável parte as manifestações anteriores da recorrente e que restaram minuciosamente enfrentadas pelo douto julgador.

Incontroverso nos autos que, no dia 22 de maio de 2011, realizou-se um espetáculo com o grupo musical “Exaltasamba” nas dependências do Clube 22 de Agosto e, apesar de o alvará judicial vedar o ingresso de menores de quatorze anos e a venda de bebidas alcóolicas, o documento de fls. 2/3, que não foi alvo de impugnação específica da recorrente, demonstrou que os menores ali relacionados, com treze anos de idade, foram surpreendidos ao tomar vodca e cerveja.

As testemunhas Geraldo, Ricardo e Antonio confirmaram tal fato a fls. 115/120, esclarecendo que a fiscalização dos funcionários do apelante na portaria foi ineficaz, permitindo o ingresso de adolescentes menores de quatorze anos.

Portanto, a responsabilidade da recorrente é inequívoca (como foi a do clube), não havendo necessidade de se perquirir sobre culpa, dolo ou efetiva lesão aos direitos tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois **“as infrações administrativas estabelecidas na Lei nº 8.069/90 consumam-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente”** (Súmula nº 87, deste Tribunal de Justiça).

A penalidade foi bem imposta; porém, assiste razão à recorrente no que toca à base de cálculo, pois deve observar o texto legal e ser fixada em salários de referência e com atualização pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça à época do recolhimento, conforme vem decidindo esta Câmara Especial (Ap. 0000604-97.2011, Rel. Encinas Manfré, j. 23.4.2012; Ap. 9000049-14.2010, Rel. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 11.3.2013).

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial da apelação para os fins acima indicados, mantendo, no mais, a r. sentença.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018122-69.2010.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante ADICLEIA MARIA CHAPARIM, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO CAETANO DO SUL.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.241)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

**Ementa: Infração administrativa - Apelação objetivando a reforma da sentença que julgou procedente a representação formulada contra a recorrente, condenando-a ao pagamento de multa, em razão da prática da infração prevista no artigo 249 do ECA - Prova apta a demonstrar o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar - Postura desidiosa da genitora que não se coaduna com a reversão do julgado - Manutenção da sanção pecuniária - Recurso desprovido.**

## VOTO

Trata-se de apelação interposta por Adicleia Maria Chaparim e motivada

por ilustre advogada dativa (fls. 119) em face da r. decisão de fls. 138/vº e 139, prolatada pelo Excelentíssimo Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, que julgou procedente a representação oferecida pela prática de infração administrativa prevista no artigo 249 da Lei nº 8.069/90, aplicando-lhe multa no valor equivalente a 03 (três) salários de referência.

Nas razões de inconformismo (fls. 151/153), a zelosa recorrente almeja a reversão do desfecho, insistindo no argumento de ausência de dolo. Sustenta, também, que *“há de se reconhecer a impossibilidade da mãe manter vigília na porta do colégio durante todo o período de aulas por todo o ano escolar”*. Em caráter alternativo, pleiteia a exclusão da multa.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 155/156) e mantido o decidido (fls. 157), nesta Instância a douta Procuradoria Geral de Justiça sugere o provimento do reclamo (fls. 161/164).

É o relatório.

Pesem, não obstante, os ponderáveis fundamentos que vêm expostos no r. parecer, cumpre anotar que a argumentação da nobre Defensora não pode socorrer a apelante, cuja responsabilidade desponta nítida do processado.

O presente procedimento iniciou-se após a juntada de relatório do Conselho Tutelar de São Caetano do Sul, o qual noticiava a evasão escolar do menor K.H.C., filho da apelante.

No decorrer da audiência de conciliação (fls. 30/vº), comprometeu-se a insurgente em velar pela frequência e pelo aproveitamento escolar do menor. Na oportunidade, a recorrente fora alertada no sentido de que a inobservância desses deveres poderia caracterizar abandono intelectual.

Contudo, o documento encartado a fls. 33 deu conta de que o menor possuía *“um total de 60 faltas no 1º bimestre e 75 faltas no 2º bimestre letivo”*, realçando não só que o aluno se recusava a entrar na sala de aula, mas também que *“em algumas dessas faltas o aluno sai, sem autorização da escola, antes do término do período”*. Noticiou-se também que, *“durante todas as ocorrências, o responsável foi comunicado (...) e ficou ciente do ocorrido”*.

Os relatórios de fls. 46/47 e 48, por sua vez, esclareceram que K. *“não tem frequência assídua”* e, em virtude da frequência irregular, *“deixou de realizar provas e outras atividades avaliatórias (...)”*. Corre sério risco de ser reprovado no final do semestre”. Não se olvide também que, por força do consumo frequente de substâncias psicoativas, foi o adolescente encaminhado para tratamento, mas K. e sua genitora não compareceram aos agendamentos.

Salienta-se que ao menor foi imposta a medida protetiva prevista no inciso III do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente; à genitora foi aplicada aquela prevista no artigo 129, inciso V, do mesmo diploma legal (fls.

51 e 52).

Conferem suporte à decisão ora hostilizada, ademais, os relatos da Conselheira Tutelar Sandra Regina Mira Feijão e da professora Dorcilia Aparecida da Silva (v. degravação).

Consoante disposição do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui infração administrativa o descumprimento de obrigações inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar, conduta que independe de dolo ou culpa do agente.

Nesse sentido é o teor da Súmula nº 87 deste Tribunal de Justiça: “*As infrações administrativas estabelecidas na Lei nº 8.069/90 consumam-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente*”.

Portanto, sobejamente demonstrado que o recorrente não demonstrou comprometimento na condução do menor a uma satisfatória escolarização e sequer manifestou ânimo de receber orientações e ferramentas necessárias para promover a frequência regular de K., restou evidente seu descaso no exercício do poder familiar.

O artigo 55 do ECA estabelece que “*os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino*”. Sob outro norte, o inciso V do artigo 129 do mesmo diploma legal dispõe que o Juízo pode obrigar os pais a matricular os filhos “*e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar*”.

Em precedentes absolutamente ajustáveis à espécie, a Colenda Câmara Especial assentou:

***“APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou procedente representação do Ministério Público pela prática de infração administrativa prevista no artigo 249 do ECA - Filho que não frequenta com assiduidade estabelecimento de ensino - Multa aplicada na sentença em salários mínimos”*** (Apelação Cível nº 0001518-45.2011, Relator Des. Eduardo Gouvêa, j. em 02.05.2011, v.u.).

***“APELAÇÃO - Infração administrativa - Evasão escolar - Descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar e de determinações do Conselho Tutelar - Prova suficiente a demonstrar o descaso e omissão dos genitores no cumprimento de seus deveres - Justificativas não comprovadas - Aplicação dos artigos 22 e 55 do ECA - Não provimento do recurso”*** (Apelação Cível nº 172.031-0/2-00, Relatora Des.<sup>a</sup> Maria Olívia Alves, j. em 01.06.2009, v.u.).

Segura e idônea prova se angariou, e foi analisada com alto critério. Preserva-se, pois, a r. sentença.

Por fim, assinala-se que a sanção pecuniária - aplicada no mínimo legal - merece ser mantida. Com a imposição da punição, espera-se que a insurgente venha a se conscientizar a propósito da imperiosidade da observância dos preceitos que regulam o exercício do poder familiar que lhe incumbe.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

## Conflitos de Competência

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência nº 0063090-31.2013.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é suscitante MM JUIZ DE DIREITO VARA JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE JACAREÍ, é suscitado MM JUIZ DE DIREITO 2ª VARA CÍVEL DE JACAREÍ. (**Voto nº 28.071**)

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram improcedente o conflito e declararam a competência do Juízo Suscitante, MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jacareí. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI Vice-Presidente e TRISTÃO RIBEIRO (Presidente da Seção de Direito Criminal).

São Paulo, 16 de setembro de 2013.

PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, Relator

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - Ação de obrigação de fazer objetivando o fornecimento de medicamento ao autor - Propositura perante a Vara Cível - Remessa ao Juizado Especial - Competência absoluta do Juizado - Especial da Fazenda Pública - Provimento nº 1.768, de 15.06.2010, do Conselho Superior da Magistratura e Lei nº 12.153/2009 - Questão que não demonstra necessidade de realização de perícia complexa (artigo 10 da Lei nº 12.153/09) - Competência do Juízo Suscitante - Conflito improcedente.**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jacareí em face do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Jacareí nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Alberto Marques de Oliveira em face da Prefeitura Municipal de Jacareí, visando ao fornecimento de medicamento (insulina glargina) ao seu tratamento (diabetes mellitus).

O MM. Juiz Suscitado, considerando que o objeto da ação e o valor da causa são inferiores a 60 salários mínimos, que o pedido não consta do rol do art. 2º, § 2º, da Lei 12.153/2009 e nem foi excluído da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública pelo Provimento 1.768/2010 e 1.769/2010, ambos do Conselho Superior da Magistratura, entendeu que a competência para o processamento e julgamento do feito é do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca, determinando a redistribuição ao Juízo competente.

O MM. Juiz Suscitante, por sua vez, igualmente refutou a competência para o julgamento da causa e suscitou o conflito, destacando a alta complexidade da causa, que demanda prova pericial médica, além disso, alegou que, na Comarca de Jacareí, não foi instalado Juizado Especial da Fazenda Pública.

O Juízo Suscitante foi designado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 70).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento do conflito para que se declare a competência do juízo suscitado (fls. 73/75).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados consideram-se incompetentes para julgar a ação proposta.

Tem razão o Juízo Suscitado.

A discussão nestes autos limita-se ao reconhecimento ou não do mérito configurar matéria de maior ou menor complexidade. Para tanto necessária a definição dos conceitos de perícia e exame técnico (espécies do gênero prova pericial), somente o último admitido, por força da Lei nº 12.153/09 (art. 10), no âmbito e contexto dos Juizados Especiais.

Dispõe o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal sobre a criação dos “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. Assim, buscou traçar as linhas definidoras de uma justiça atual que tem por objetivo desafogar a “litigiosidade contida”, fenômeno inerente às sociedades de massa.

A realização da pacificação social, escopo do Poder Judiciário, concretiza-se ao atingir e agilizar os pequenos litígios e as pequenas querelas surgidas, desde que compatíveis com a discussão sob um rito menos alongado e mais simplificado, portanto, sumarríssimo.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a Lei dos Juizados Especiais (buscando soluções simplificadas que facilitem o acesso à justiça) surgiu para efetivar os ideais de uma “justiça rápida e de um judiciário eficiente”, aplicando os princípios da “simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”, e sempre que possível utilizando a conciliação e a transação como formas de resolver os conflitos a eles inerentes.

A dinâmica dos Juizados Especiais não permite e tampouco se compraz com demandas de intrínseca apuração fática, que necessitem de eventual produção de prova técnica de difícil realização, inclusive porque a complexidade que o orienta e o define não é a do direito propriamente dito e sim dos fatos, a saber, da “causa petendi” apresentada como fundamento do pedido reivindicado.

A análise da competência material excluindo o aspecto da menor complexidade não é a interpretação que melhor se alinha com os objetivos finalísticos da Lei dos Juizados Especiais.

Aproveitando os conceitos supradefinidos é que a perícia (estrito senso) e o exame técnico têm que ser compreendidos.

Não se conclui que o sistema dos Juizados não admita a espécie “prova pericial”, apenas a permite enquanto sua produção não exija um maior rigor procedimental.

Evidentemente que a necessidade de um único medicamento ao tratamento da autora, portadora de diabetes, se insere no conceito de “exame técnico”, já que sua aferição não demanda apuração complexa, refinada e idônea.

Ademais, diga-se *en passant*, a prescrição feita por médico habilitado basta ao reconhecimento da imperiosa necessidade e conseqüentemente do direito da autora. Há presunção de que o profissional que prescreveu o remédio avaliou a sua necessidade, não cabendo discutir-se o mérito de tal decisão. Daí a desnecessidade da prova pericial.

Por outro lado, enquanto não instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública fica designada a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal (suscitante), por força do Provimento 1.768/10, artigo 2º, o qual dispõe: “Ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei nº 12.153/09 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 Juizes das Varas Cíveis ou Cumulativas para julgamento”.

O Conselho Superior da Magistratura, no uso de suas atribuições legais, por meio do referido provimento, determinou o julgamento de ações de interesse da Fazenda Pública de competência dos Juizados Especiais criados pela Lei nº 12.153/09, onde não tiverem ainda instalados, e onde não houver Vara da Fazenda Pública, pelos Juizados Especiais de competência cível ou cumulativa, **em caráter exclusivo** (artigo 2º, *caput* do Provimento 1.768/10).

Ampliou, portanto, a competência dos Juizados já existentes para abarcar também as causas de interesse da Fazenda Pública. Tal iniciativa expressa exercício legítimo de “prerrogativa, outorgada aos Tribunais, de dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais (art. 96, I, “a”, da CF)”.

Dessa forma, tem o Juizado Especial Cível e Criminal de Jacareí competência para processar e julgar os feitos de interesse do Juizado da Fazenda Pública, observado o valor da causa indicado na Lei nº 12.153/09.

Por fim, esta C. Câmara Especial tem reiteradamente se manifestado favoravelmente ao processamento de ações dessa natureza perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, in verbis:

“Conflito negativo de competência. Ação ordinária ajuizada contra o Estado em que se busca o fornecimento de medicamentos. Lei nº 12.153/2009 que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública com competência absoluta para processar e julgar as causas cíveis de interesse dos entes da Federação até o valor de 60 salários mínimos. Provimento nº 1.768/2010 do CSM. Designação das Varas dos Juizados Comuns, em caráter exclusivo, para o processamento e julgamento dos feitos enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública. Competência do Juízo suscitado” (Conflito de Competência nº 0585596-46.2010.8.26.0000 Rel. Des. Presidente da Seção De Direito Privado j. 20.6.2011”);

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação ordinária visando o fornecimento de medicamento Diosmin 500 mg CP Demanda proposta no Juízo comum - Remessa dos autos ao Juizado Especial Cível - Possibilidade - Juízos com a mesma competência territorial - Competência a ser estabelecida em função do valor da causa - Critério absoluto Aplicação do artigo 2º, ‘caput’, e parágrafo único da Lei 12.153/2009 e artigo 2º, inciso II, ‘a’, do Provimento nº 1.768/2010 - Conflito procedente - Competência do Juízo suscitado” (Conflito de Competência nº 0585600-83.2010.8.26.0000 Rel. Des. Martins Pinto j.

31.5.2011).

Em face de tais razões, julga-se improcedente o conflito e declara-se a competência do Juízo Suscitante, MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jacareí.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0101269-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é suscitante MM JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE JACAREÍ, é suscitado MM JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE JACAREÍ. **(voto nº 15.552)**

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 26 de agosto de 2013.

DESEMBARGADOR DECANO, Relator

**Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento. Valor originariamente atribuído à causa superior a sessenta salários mínimos. Quantia passível de correção “ex officio”. Possibilidade por haver critério específico fixado em lei. Admissibilidade do juízo cível redistribuir a ação ao juizado especial cível local. Competência absoluta. Inteligência do artigo 2º, parágrafo 4º, da lei nº 12.153/09. Competência do juizado especial cível, enquanto não instalados os juzizados especiais da fazenda pública. Conflito procedente. Necessidade de perícia de alta complexidade afastada. Competência do juízo suscitante.**

## VOTO

O MMº Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de

Jacareí suscita o presente conflito negativo de competência em detrimento do MMº Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, da mesma Comarca, em ação de obrigação de fazer ajuizada por Iracy Luiz de Lima em face da Prefeitura Municipal de Jacareí.

Sustenta o MM. Juiz suscitante, em resumo, que o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece a competência dos juizados Especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de “menor complexidade”. E mais, que não seria viável a redistribuição do feito, também, por não haver Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública instalada na Comarca de Jacareí, pois em tal hipótese a competência não é absoluta.

Designado o MMº Juízo suscitado para decidir questões urgentes (fls. 90), nesta instância, a Doutra Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer pela competência do MM Juízo suscitante (fls. 94/96).

É o relatório.

Configurado está o conflito negativo de competência, nos termos do artigo 115, inciso II do Código de Processo Civil.

Respeitado o entendimento do MMº Juiz da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Jacareí, é dele a competência para apreciar e julgar o pedido em análise.

Constata-se do exame dos autos que Iracy Luiz de Lima, ajuizou ação de obrigação de fazer em face da Prefeitura Municipal de Jacareí, visando à obtenção do medicamento indicado na exordial.

Importante ressaltar, de início, que o valor originariamente atribuído à causa pela autora ultrapassa o limite previsto no artigo 2º, da Lei nº 12.153/09 (R\$ 59.692,83, fl. 25). Contudo, não se pode olvidar a existência de critério específico fixado em lei, o que torna viável que o magistrado “*ex officio*” altere o valor dado à causa, tal como já ocorreu em outra ação, também da Comarca de Jacareí, objeto do Conflito de Competência nº 0089133-05.2013.8.26.0000, Desembargador Relator ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, Presidente da Seção Criminal, j. em 29.7.2013.

Dispõe o parágrafo 2º, do dispositivo assinalado:

***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 .....***

***§ 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.*

No presente caso, *ad argumentum*, provável erro material teria ocorrido quanto ao valor dado da causa devendo a questão ser apreciada “*ex officio*” na ação respectiva, pois, o paciente necessita diariamente de 60 unidades de insulina “*lantus*”, portanto, em trinta dias, 1.800 unidades. Se, comercialmente, apresentam-se frascos de 10 ml (contendo 1000 unidades) seja para utilização em seringas ou em refis e de 3ml (contendo 300 unidades), seja para utilização em canetas, com o custo de um frasco de 3 ml (fl. 38) de R\$ 118, 29 (ainda que sem desconto), o gasto mensal de 6 frascos de 300 unidades (total 1800 unidades ou 18ml) seria de R\$ 709,74 (setecentos e nove reais e setenta e quatro centavos). Nesse caso, somando as 12 (doze) parcelas alcançaria a quantia de R\$ 8.516,88 (oito mil, quinhentos e dezesseis reais e oitenta e oito centavos). Ainda que se multiclasse por dez esse valor muito longe estaria de atingir o limite de alçada. Portanto, mostra-se plausível a ocorrência de erro material na estimação do valor da causa.

De qualquer modo, tal pedido vem amparado por objetiva prescrição médica, portanto, sem dúvida, não há que se falar em perícia de alta complexidade para que possa ser aferida a real necessidade da medicação pleiteada (artigo 5º, da Lei nº 9099/95).

E mais, a Lei nº 12.153/09, estabeleceu, em seu artigo 2º, parágrafo 4º, que “*no foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta*”, para o julgamento das causas cíveis, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, e de interesse dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O artigo 2º, inciso II, do Provimento nº 1.768/10, do Conselho Superior da Magistratura, anota que nas comarcas do interior, enquanto não instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública, a competência para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei nº 12.153/09 será, exclusivamente, das Varas da Fazenda Pública ou, quando também não instaladas, será das Varas de Juizado Especial com competência cível ou cumulativa.

E, deste modo, em sendo absoluta a competência indicada, é declinável de ofício. Neste sentido, cite-se:

***“Conflito de Competência. Ação ordinária de obrigação de fazer em que se busca o fornecimento de aparelho auditivo. Propositura no Juízo comum. Causa cujo valor é inferior a 60 salários mínimos. Redistribuição à Vara do Juizado Especial Cível. Possibilidade, enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública na Comarca. Interpretação da lei nº 12.153/09 e do Provimento nº 1.768/10, do Conselho Superior da Magistratura. Conflito julgado procedente. Competência da MM. Juízo suscitado.”*** (Conflito de

Competência nº 0228062-86.2011.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, DJ 27.02.2012).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito negativo, reconhecendo a competência do MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível de Jacareí, ora suscitante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência nº 0162910-23.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM JUIZ DE DIREITO 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA, é suscitado MM JUIZ DE DIREITO 1ª VARA CÍVEL DE RIBEIRÃO PIRES.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Acolheram o conflito para declarar a competência do Juízo suscitante (5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara). V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.310)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e DESEMBARGADOR DECANO.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

MARCELO GORDO, Relator

**Ementa: Ação ordinária - Declinação da competência sob o argumento de que o foro eleito não teria pertinência legal - Impossibilidade de declaração ex officio da incompetência - Regra do artigo 114, do CPC - Exceção ao disposto na Súmula 33 do STJ - Inexistência de liame lógico para eleição do foro - Conflito Procedente - Competência do juízo suscitante (5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara)**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, na ação ordinária ajuizada por Maria Alice de Araujo em face de BV Financeira S/A.

Sustenta, em apertada síntese, que o foro privilegiado estatuído pelo Estatuto Consumerista é mera faculdade de que pode dispor o consumidor.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado (fls. 30/32).

É o relatório.

Não se olvida que, a teor do que dispõe o artigo 112 do Código de Processo Civil e as Súmulas 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 77 deste Tribunal Estadual, é vedado ao Magistrado, de ofício, declinar da competência fixada por critério territorial, face sua natureza relativa, especialmente nas hipóteses envolvendo direitos relacionados à proteção do consumidor, em que há entendimento consolidado acerca do tema aqui discutido.

No entanto, diante da peculiaridade do presente incidente, era mesmo de rigor a recusa de competência para o julgamento da lide, independentemente da provocação da parte.

Ocorre que no caso ora em apreço, apesar da demanda envolvendo relação de consumo, hipótese em que a lei consumerista faculta-lhe intentar a ação no foro de seu próprio domicílio, sendo igualmente possível seu ajuizamento no foro onde instalado o réu (competência territorial), verifica-se ter sido o feito distribuído, sem aparente liame lógico, o que torna inviável seu processamento pelo juízo suscitado.

O ordenamento não confere ao demandante o direito de optar por juízo ao puro alvedrio, pena de vulnerar-se o Princípio do Juiz Natural.

Vale dizer, a distribuição em Ribeirão Pires pelo argumento de que ali existe uma das agências, entre inúmeras, traduz ainda mero expediente que não comporta regra formal de fixação.

A eleição há de ter fulcro, ainda que se esteja diante de multiplicidade de endereços da acionada, em motivo plausível, ausente na espécie. Coincidem, aqui, domicílio da autora, sede da ré e local onde celebrada a avença: Comarca da Capital.

Deste modo, correta foi a remessa dos autos ao juízo suscitante - sob cuja jurisdição está o endereço a autora - providência inclusive que atende aos princípios da economia e celeridade processual e dos princípios informadores dos direitos do consumidor e encontra fundamento legal no artigo 101, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.

Cite-se a respeito do assunto recente julgado deste tribunal:

*“Agravo de instrumento - Contrato de mútuo bancário - Ação revisional - Declinação da competência de ofício, com determinação de remessa dos autos ao foro do domicílio do consumidor demandante - Hipótese em que nenhuma das partes é domiciliada na comarca em que ajuizada a demanda, local em que situado o escritório do advogado do autor - Quadro evidenciando que a escolha do local da propositura da ação se fez segundo a pura conveniência do causídico - Inadmissibilidade*

*- Acertada, nas circunstâncias, a declinação da competência de ofício - Inteligência do art. 125, III, do CPC - Precedente do STJ. O processo é instrumento ético (CPC, art. 14, II) e a administração da Justiça é tema também sério, não podendo ficar ao sabor dos litigantes, menos ainda da conveniência do advogado da parte. Por isso que a propositura da demanda em foro diverso daquele ditado pelas regras de competência, ainda que de cunho territorial, escolha fundada no comodismo do advogado do autor, é algo que afronta às escâncaras a dignidade da Justiça. Um dos poderes-deveres do juiz é, justamente, “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (CPC, art. 125, III). Tal dispositivo representa, em verdade, o fundamento legal para a acertada declinação da competência na situação dos autos. Agravo a que se nega provimento.” (Conflito de Competência nº 0155264-93.2012.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 3.9.2012).*

Destarte, a despeito da natureza relativa da competência ora em estudo, em face da absoluta ausência de previsão legal para atribuir competência ao juízo suscitado para o julgamento do processo, correta sua decisão declinatória, mesmo de ofício, em decorrência de seu poder-dever de zelar pela dignidade da justiça (artigo 125, inciso III, do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, acolho o conflito para declarar a competência do Juízo suscitante (5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara).

## Conflitos de Jurisdição

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0100414-55.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM JUIZ DE DIREITO 1ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA, é suscitado MM JUIZ DE DIREITO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA – REGIÃO LESTE 2. (**Voto nº 21.002**)

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram do conflito e declararam a competência do JECRIM de São Miguel Paulista. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.

VICE-PRESIDENTE, Relator

**Ementa: Conflito de Jurisdição - Ação Penal - Artigo 136, §3º, do Código Penal Crime praticado pela mãe contra sua filha, na residência onde vivem - Fato, entretanto, que não caracterizada violência doméstica e familiar - Ausência de violência baseada no gênero - Inteligência da Súmula nº 114, deste Egrégio Tribunal – Precedentes - Incidência do art. 61 da Lei nº 9.099/95 - Conflito procedente - Competência do Juizado Especial Criminal.**

## VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de São Miguel Paulista (suscitante) em face do MM. Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher daquele Foro (suscitado), no qual se questiona a competência para processamento de ação penal decorrente da prática, em tese, do delito descrito no artigo 136, §º 3º, do Código Penal, praticado por Miriam da Silva Andrade contra sua filha, C. A. W.

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência do Juizado Especial Criminal daquele foro (fls. 20/21).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, uma vez que nenhum dos Juízos reconhece sua competência para conhecer o feito.

E, respeitado o entendimento em contrário, tem razão a Digna Procuradoria.

O cerne da controvérsia consiste no conceito do que seja “violência doméstica contra a mulher baseada no gênero”, para fins de aplicação da Lei nº 11.340/06.

O artigo 5º do referido Diploma Legal prevê que “*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”.

*I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*

*II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*

*III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.*

O legislador pátrio optou pela adoção da expressão “gênero” ao invés de “sexo”, pois ambos são termos totalmente distintos.

Laura Nayara Gonçalves Costa Gomes leciona que *“o sexo de uma pessoa é determinado logo após o seu nascimento e diz respeito ao estado biológico, enquanto que o gênero é construído ao decorrer de uma vida e se refere ao estado psicológico. Esse conceito de gênero é uma construção social não se apresentando, pois, de maneira uniforme em todas as épocas e lugares. Assim, depende da cultura, dos costumes e das criações oriundas da experiência social, tais como as leis, religiões, a vida política. Ademais, dentro de uma mesma sociedade encontramos variantes que influem diretamente nesse conceito, tais como a idade, a raça e classe social”* (*“A Aplicação da Lei Maria da Penha ao Gênero Feminino”*, [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23343224](http://www.lex.com.br/doutrina_23343224)).

Por conseguinte, infere-se que a Lei nº 11.340/06 visa prevenir, punir e erradicar violência doméstica e familiar contra a mulher, não em razão do sexo, mas em virtude do gênero, resguardando todas as pessoas que se comportam como mulheres.

Tanto é verdade que o parágrafo único do artigo 5º daquele Diploma Legal dispõe que *“as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”*.

Por outro lado, a violência doméstica é a praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, decorrente de casamento, parentesco ou afetividade.

Todo este entendimento é perfilhado por este Colendo Tribunal, conforme se pode deprender de sua Súmula nº 114:

*“Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.”*

No caso em testilha, a ré foi denunciada pela prática de maus tratos cometidos contra sua própria filha, no âmbito de sua residência (fls. 02/03).

Olhando-se mais atentamente a denúncia de fls. 02/03, a ré, na qualidade de mãe, abusou da autoridade sob sua filha de três anos, corrigindo-a de forma

imoderada, por ter esta “defecado em suas próprias vestes”.

Dessa forma, apesar de presente aqui, em tese, violência contra mulher no âmbito da unidade doméstica, e relação de ascendência entre agressor e vítima, constata-se, de plano, que as agressões não se deram em razão de a vítima ser do gênero feminino, como forma de oprimi-la, mas sim em razão dessa ser criança e filha da ré, o que afasta a competência do Juízo Especializado.

Em caso análogo, assim já se pronunciou esta Colenda Câmara Especial:

“*Conflito negativo de jurisdição. Agressão de filha contra a mãe, no âmbito das relações domésticas. Violência doméstica e familiar que pressupõe uma ação ou omissão baseada no gênero. Não caracterização. Afastamento da competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitado.*” (CC nº 0031656-24.2013.8.26.0000; Rel. DD. Presidente da Seção de Direito Criminal; j. 27.05.13.; v.u.).

Por fim, dada a pena máxima cominada ao delito imputado à genitora, ainda que com a causa de aumento de pena prevista no parágrafo terceiro do art. 136 do Código Penal, cumpre reconhecer a competência do Juizado Especial Criminal para julgamento da lide, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme bem ressaltou a Digna Procuradoria Geral de Justiça (fls. 21).

Pelo exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** o conflito e **DECLARA-SE COMPETENTE** o Juizado Especial Criminal do Foro Regional de São Miguel Paulista.

Oficie-se.

## Exceções de Suspeição

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0100108-86.2013.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é excipiente SANTA LYDIA AGRICOLA S/A (EM CONCORDATA), é excepto PAULO CICERO AUGUSTO PEREIRA (JUIZ DE DIREITO).

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria, rejeitaram, vencido o 2º Juiz, que declarará. O 3º Juiz também declarará voto vencedor.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.530)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO

## PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 7 de outubro de 2013.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

**Ementa: Exceção de suspeição oposta em face de magistrado que, nos autos de concordata preventiva, teria proferido decisões favoráveis ao comissário dativo, cuja remuneração foi considerada fora dos ditames legais pela Câmara de Falências e de Recuperações Judiciais, culminando com recente “*decisum*” que, a despeito do venerando acórdão, indeferiu o pedido de destituição do referido auxiliar do juízo. Preliminar de intempestividade rejeitada no tocante às alegações relativas a última decisão. Inocorrência das hipóteses previstas nos incisos I e V do Código de Processo Civil. Ausência de demonstração da alegada parcialidade do condutor do processo. Exceção rejeitada, na parte conhecida.**

**VOTO**

*Santa Lydia Agrícola S/A.*, denominação atual da pessoa jurídica de direito privado, *Usina Santa Lyda S/A*, opôs a presente exceção de suspeição em face do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, doutor Paulo Cícero Augusto Pereira, sob o fundamento, em síntese, de que estaria atuando com parcialidade na condução da concordata preventiva de nº 1.228/1995, ao decidir favoravelmente aos interesses do comissário dativo, Dr. Renato César Cavalcante, chegando a indeferir o pedido da destituição do auxiliar do juízo, mesmo após a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais ter reconhecido sua atuação fora dos ditames legais (fls. 1.794/1.802). Requer, portanto, o reconhecimento da suspeição do excepto para processar e julgar os mencionados autos de concordata preventiva, determinando-se a remessa dos autos ao seu substituto legal, além da remessa de peças do presente incidente à Egrégia Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, caso haja entendimento no sentido de que estão presentes na conduta do magistrado indícios que, em tese, configurem desvio funcional (fls.2/26).

Já de acordo com as deduções do Magistrado, em matéria preliminar, a presente exceção não deve ser conhecida ante sua intempestividade e, quanto ao mérito, revela-se descabida a alegada parcialidade dada a ausência das hipóteses previstas no artigo 135 do Código de Processo Civil (fls.1.707/1.714).

O ilustre representante do Ministério Público em segundo grau de

jurisdição opinou pelo conhecimento da exceção e consequente provimento (fls.1822/1826).

### **É o relatório.**

A preliminar arguida deve ser refutada.

Reza o artigo 305, do Código de Processo Civil: “*Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou suspeição.*”

Ora, segundo as razões invocadas pela excipiente, a suspeição do magistrado dá-se em virtude de algumas decisões proferidas em período remoto, a autorizar o reconhecimento, nesse particular, da extemporaneidade do presente incidente processual. Por outro lado, com relação às suas alegações, após dez dias da recente decisão contra a qual também se insurge, por ter indeferido o pedido de destituição do comissário (fls. 2 e 1.630), verifica-se a tempestividade da exceção, nesta parte, nos termos do mencionado dispositivo legal.

Cumpra consignar, ainda, que, muito embora o excepto tenha decretado a falência da concordatária aos 26 de janeiro de 2006, conforme informado por ele em suas razões (fl.1.708), o que *prima facie* autorizaria o reconhecimento da extemporaneidade do incidente processual frente à extinção do feito, não se pode perder de vista que o v. acórdão de fls. 1.795/1.802 restaurou a concordata em 31 de maio de 2011, suspendendo aquela.

Com relação ao mérito, na parte conhecida, de rigor a rejeição da exceção.

Conforme se depreende dos autos, desde 1995 tramita pela 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, ação de concordata preventiva, na qual foi nomeado Renato César Cavalcante como comissário dativo, cuja atuação foi considerada, aos 31 de maio de 2011, fora dos ditames legais pelo v. acórdão da relatoria do desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças nos autos de agravo de instrumento de nº 0043091-63.2011.8.26.0000 (fls.1.795/1.802). Inconformada com a atuação do auxiliar do juízo, a ora excipiente requereu o pedido de sua destituição, por duas vezes, sendo indeferido, porém, pelo excepto sob os seguintes fundamentos:

Por “*considerar que eventuais pendências em relação ao Comissário foram solucionadas, inexistem motivos para exoneração do encargo*” (fl.1.630), decisão esta objeto do agravo de instrumento de nº 0038744-16.2013.8.26.0000, pendente de julgamento perante este Egrégio Tribunal de Justiça (fl. 1.830).

Nesse cenário apresentado, impõe-se fazer algumas considerações para dirimir a celeuma.

A exceção de suspeição é instrumento processual hábil para afastar da condução do processo o magistrado, que por motivo subjetivo, tenha maculado sua imparcialidade.

Dita exceção é o meio pelo qual a parte, *denunciado a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZOID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil - Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), comentando o que significa no artigo 135, inciso V, do CPC a locução “interessado no julgamento das causa em favor de uma das partes” dispõe que *o que o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa alheia, mas na qual tem um interesse próprio.*

A despeito de a excipiente ter alegado a suspeição do juiz, mormente no que diz respeito às hipóteses previstas nos incisos I e V do artigo 135 do Código de Processo Civil, verifica-se que prova alguma foi produzida nesse sentido, de modo que suas assertivas não passaram do campo abstrato de mera argumentação.

É cediço que *“juiz amigo ou inimigo é aquele que, movido por sentimentos e emoções profundos que todos os homens experimentam, poderá deixar de lado sua imparcialidade, sufocando seu senso de justiça e de dever, assim beneficiando ou prejudicando, com o poder de que está investido, a parte submetida a seu julgamento”*.<sup>1</sup> E nesse particular, não houve a produção de prova robusta a reconhecer a parcialidade do excepto na condução do processo. Não se indicou especificamente qual o interesse do Magistrado na solução da causa.

Ademais, em suas razões sustenta o excepto que, quando *“assumiu a titularidade da 5ª Vara Cível, em 28.11.2005, em face do falecimento do Dr. José Durval Feltrim, os autos de concordata já se encontravam no 25º volume, sendo o primeiro despacho proferido por este juízo no dia 30.11.2005 (fls.5.563 - já citado nesta decisão), ocasião em que o Comissário Dativo - Dr. Renato César Cavalcante, já se encontrava anteriormente nomeado nos autos por despacho de lavra do saudoso Dr. Feltrim, em 22.04.2003 (fls. 4.303, também já citado nesta decisão), sendo que na sequência com o chamamento do processo foi proferida sentença em data de 26.01.2006 (fls. 5583/5605 - também citado nesta decisão), a qual declarou a rescisão da concordata da Usina Santa Lydia S.A., em consequência, DECLAROU-LHE A FALÊNCIA com a DESTITUIÇÃO do Comissário Dativo - Dr. Renato César Cavalcante, todavia, com a interposição de recurso foi o referido ato suspenso pelo Tribunal de Justiça deste Estado no recurso de Agravo de Instrumento n. 436.815-4/9-00, onde a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, deu provimento por*

1 MARCATO, Antonio Carlos *et all.* Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Editora Atlas S.A., 3ª edição revista e atualizada, 2008, p. 399.

votação unânime no julgamento ocorrido no dia 28.02.2007, para oportunizar às partes solução amigável da dívida de responsabilidade da agravante, já reconhecida definitivamente, devendo o juízo estipular um prazo razoável para a celebração de acordo, hipótese em que não sendo o mesmo realizado, a decretação da quebra é medida de rigor” (fl. 1.707).

Tampouco há que se acolher a incidência, no caso em comento, do já mencionado inciso V do artigo 135 do Código de Processo Civil.

Ora, de igual modo não se comprovou que o juiz tenha atuado em favor de alguma das partes, ou até mesmo do comissário dativo, visando a se beneficiar de alguma situação vantajosa advinda de suas decisões.

Pelo contrário, milita contra a excipiente o noticiado nos autos acerca da concessão da tutela antecipatória em favor da concordatária, ora excipiente, para determinar a imediata suspensão da eficácia de decisões judiciais, favoráveis ao comissário, até o julgamento definitivo desta lide (fls.1.713/1.714).

Ademais, não há que se questionar a atuação do magistrado através deste incidente processual, eis que as atividades do Juiz de cunho jurisdicional devem ser atacadas por meio da via recursal própria. A propósito, a própria excipiente informou que interpôs agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento por esta Egrégia Corte de Justiça (fl.1.830).

Por fim, é consabido que a exceção de suspeição não se presta para atacar decisão que contrarie interesse da parte. A matéria, aliás, já está pacificada nesta Corte, conforme se infere da Súmula nº 88: “*Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa*”.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in iudicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má inteligência das teses ou de prova não são passíveis de correção por meio da exceção de suspeição e nem a justificam quando inexistente o dolo e caberia à parte, como já enunciado, valer-se do recurso adequado.

Em suma, qualquer que seja o ângulo de análise das razões expostas na inicial, não se encontra respaldo fático ou jurídico para o afastamento do Magistrado na condução do feito.

Sobre o tema já se manifestou esta Egrégia Corte de Justiça:

“**EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO** - *Exceção contra magistrada. Inexistência de apontamento de alguma das hipóteses do art.135 do Código de Processo Civil. Exceção não configurada. Comprometimento de isenção em razão de posicionamento jurisdicional. Decisões que deveriam, se o caso, ser atacadas pela via recursal adequada. Inexistência de prova ou razão para acolhimento da exceção*” (Exceção de suspeição nº 0219179-19.2012.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Tristão Ribeiro,

j. 28.1.2013).

“EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Alegação que a parte fez de existência de amizade íntima entre seu adversário, autor de ação de reparação de danos, e a MM. Juíza. Recusa peremptória desta última. Ausência de provas. Exceção rejeitada” (Exceção de suspeição nº 0218140-84.2012.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 4.2.2013).

“Ementa: Exceção de Suspeição - Execução de Sentença - Parcialidade da Magistrada não caracterizada pela simples prolação de decisões contrárias ao entendimento do excipiente - Incidente que não se presta a servir de sucedâneo dos recursos processuais próprios - Exceção rejeitada” (Exceção de suspeição nº 0149100-15.2012.8.26.0000, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 12.11.2012).

Ante o exposto, na parte conhecida, rejeito a exceção.

### DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 34716)

**Ementa: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - Preliminar de descabimento rejeitada - Inexistência das causas elencadas taxativamente no art. 135 do CPC - Favorecimento a ex-comissário de concordata não comprovado - Superação das alegações por decisões posteriores e por remoção do comissário por força da abertura da falência - Eventuais erros “*in procedendo*” ou “*in judicando*” passíveis de correção por recurso, sem que caracterizem imparcialidade - Eventual atraso no serviço não é causa de parcialidade - Inércia da excipiente quando a tal excesso, sem contar ter estado sob regime de concordata por quase duas décadas, sem que a honrasse - Exceção rejeitada.**

Cuida-se exceção de suspeição na qual se imputa ao magistrado *excepto* parcialidade na condução da concordata da *excipiente* porquanto alberga os interesses ilícitos do comissário dativo, dr. Renato César Cavalcante, negando-se, inclusive, a destituí-lo, a despeito de requerimento fundado a respeito. Negou o *excepto* a suspeição, em especial ter homologado interesses escusos, e disse estar “*sub judice*” a ação indenizatória contra comissário, além de pender agravo de instrumento contra sua não destituição.

### É o relatório.

Como é *cedição*, proferida a sentença de mérito, não há mais lugar para o oferecimento da exceção de suspeição porquanto o juiz já entregou e, desta forma, esgotou a prestação jurisdicional. Se já havia aberto a falência, outrora, agora tornou a fazê-lo, depois de ouvido o único credor restante, como havia sido ordenado por v. acórdão desta Corte. Todos os fatos invocados contra o então comissário situam-se entre as duas sentenças de quebra ou, como diz o Magistrado, entre a sentença de quebra e aquela que a restaurou, de sorte que nada mais restaria a fazer, *senão por uma particularidade*.

É que havia sido requerida a remoção do comissário, indeferida pelo *excepto*, e desta decisão resultou *agravo de instrumento*. O agravo, como se sabe, impõe condição suspensiva a tudo o que ocorre depois de sua interposição. Foi por esta razão, aliás, que esta Corte pode anular os atos processuais praticados após interposto o recurso anterior. Assim sendo, não importa a restauração da falência, mas o agravo de instrumento ajuizado antes dela.

Desta forma, a presente exceção de suspeição não está prejudicada, pelo que é agora conhecida.

Forçoso é reconhecer, todavia, poder existir um *nexo de prejudicialidade* entre a presente *exceção e o agravo de instrumento* interposto; se confirmada a decisão de primeiro grau, que indeferiu a remoção do comissário, cai por terra, por perecimento do objeto, esta exceção. Com efeito, a confirmação significaria que o juiz agiu acertadamente, pelo que não poderia ter sido *parcial*. *Correção e parcialidade* são coisas mutuamente excludentes. Se a decisão for reformada, no entanto, subsistiria o exame de eventual parcialidade, mesmo assim *em termos*. Como veremos mais tarde, removida a causa da imputação de parcialidade estaria prejudicada a exceção. Na melhor das hipóteses, pois, seria o caso de se suspender a tramitação desta exceção à espera do julgamento do agravo de instrumento. Mas não se pode olvidar, todavia, ter sido reaberta a quebra, com destituição do comissário, pelo que, ao que tudo indica, o aludido agravo estaria prejudicado. O caso, porém, é de rejeição da exceção, pelo que não há de se aguardar o julgamento do recurso mencionado.

Há de se reputar fundada a suspeição de parcialidade quando: a) o juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; b) alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou colateral até o terceiro grau; c) quando o juiz for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; d) quando o juiz receber dádivas, antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; e) quando for o juiz interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, e f) por motivo de foro íntimo. (cf. CPC, 135)

Cuida-se de **numerus clausus**. “*Exceção de suspeição. Rol taxativo. Revela-se desprovida de fundamento a suspeição quando a situação não se subsume em quaisquer das hipóteses do art. 135 do CPC*” (STJ-4ª T, AI 520.160-AgRg, Min. Fernando Gonçalves, j. 21/10/04, DJU 16.11.04). No mesmo sentido, não admitindo a ampliação das hipóteses de suspeição previstas no art. 135 do CPC: STJ-RP 130/204 e RF 382/351 (REsp 730.811, 1ª T.); STJ-3ª T, AI 444.085-AgRg, Min. Gomes Barros, j. 28.6.05, DJU 22.8.05; RT 833/201.” (cf. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 42ª ed., atualização por **José Roberto F. Gouvêa e Luiz Guilherme A. Bondioli**, nota 3ª ao art. 135).

Verifica-se não se encartarem os fatos elencados na inicial da exceção em quaisquer das hipóteses do dispositivo legal mencionado; nem mesmo em eventual favorecimento ao comissário, porquanto este parte não é. O que existe, a rigor, é mera inconformidade.

Por isso, o mero inconformismo com os entendimentos do Magistrado, deduzidos em decisões fundamentadas, não pode justificar, nem justifica, o reconhecimento de suspeição. O art. 135, do Código de Processo Civil, possui rol taxativo, que não comporta interpretação analógica ou extensiva.

Exemplificativamente, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

*“O simples fato de o julgador proferir decisão contrária à pretensão da parte não configura, por si só, suspeita de parcialidade. Isso porque, para se caracterizar a parcialidade do julgador, é necessário que, além da prolação de decisão adversa ao interesse da parte, tenha ele praticado atos passíveis de suspeição, como aqueles previstos no artigo 135 do CPC”* (Rec. Esp. n. 698.843 - SP (2004/0153247-9), 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, em 03.08.2006, DJ: 31/08/2006).

Aliás, o descontentamento da parte com relação às decisões questionadas deveria ser objeto dos recursos próprios, não havendo sequer indícios da veracidade da afirmação de parcialidade do julgador, que não se pode presumir.

Nesse sentido, destaca-se a Súmula 88, aprovada pelo Colendo Órgão Especial, nos termos do artigo 188, parágrafos 3º e 4º, do Regimento Interno, e publicada no DJE de 14.04.2011, fls. 03: “*Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa*”.

Desse modo, prevalece a presunção de idoneidade e de isenção do Magistrado, ausentes, ainda, indícios de qualquer vantagem material ou moral decorrente da causa para o julgador.

Admita-se, porém, para argumentar, não ser taxativa a relação e que a conduta do juiz em prejuízo manifesto de uma das partes e intencional poderia

ensejar a aplicação do dispositivo.

É bom que se diga desde logo, porém, inexistir o menor traço de favorecimento ilegal nos autos, em prejuízo da concordatária.

A primeira fixação da remuneração do comissário ocorreu por *acordo entre este último e a concordatária*, que, então, não poderia invocar, agora, *sua própria torpeza*; e mais, contou com o beneplácito do Ministério Público. Onde, pois, a responsabilidade do *excepto*? Houve sim, posteriormente, nova fixação, mas à luz do que o comissário já recebera. Como esclareceu o *excepto*, ao rejeitar a exceção, o comissário havia trabalhado por mais de dez anos na concordata, pelo que acrescentou aos R\$ 337.106,22, já recebidos por ele, mais R\$ 50.000,00, o que perfaz o total de **R\$ 387.106,22**, que lhe pareceu justo, *menos de um décimo da remuneração fixada **por acordo**, que era de R\$ 5.262.474,48*. Não é contra esta última fixação que a excipiente se volta, mas contra aquela fixada por mútuo acordo.

É bem verdade que, no que concerne ao arbitramento dos honorários, v. acórdão desta Corte, ao qual far-se-á nova referência abaixo, disse, com propriedade, ser inaplicável à hipótese o art. 24 da Lei n. 11.101/05, mas sim os arts. 67 e 170 do Decreto-lei n. 7.661/45. A confusão, no primeiro grau, não era difícil de ser feita: cuida-se da aplicação da antiga Lei de Falências e não da nova Lei de Falências; os diplomas legais referidos são exatamente estes: a anterior Lei de Falências e a nova Lei de Falências. Como **tempus regit actum**, na hipótese presente era aplicável a Lei de Falências antiga, a ora revogada, e não a nova. Não se vislumbra senão erro, e mesmo assim inócuo. Não se pode esquecer que as falências são relativamente raras no Interior, pelo que enganos deste tipo podem ocorrer. Ressalte-se, ademais, que, quer pela lei antiga, quer pela lei nova, a falência, a concordata e, agora, a recuperação da empresa, traduzem processos complexos, cheios de incidentes, sendo possíveis, por isso, erros. Não se vê, porém, as tais ilegalidades continuadas e, mais, com intuito de prejudicar a concordatária, hoje falida, ou de beneficiar quem quer que seja. Erros “*in procedendo*” ou “*in judicando*” não são causas de parcialidade. E as decisões assim eivadas de erro são passíveis de recurso. Mais uma vez a ausência das causas do art. 135 do CPC.

Voltaremos ao assunto mais abaixo.

Se estranha a adjudicação, pelo comissário, de imóvel da concordatária para pagamento de seus salários, não se pode olvidar *ter sido ordenada pelo Juiz Substituto de então, e não pelo excepto*, e ocorreu em regular ação de execução movida pelo credor, com penhora do aludido imóvel. O concordatário, como se sabe, não perde a administração de seus bens, contrariamente ao que ocorre na falência. Em assim sendo, *é de se supor que a concordatária sabia exatamente o que estava fazendo ao acordar os honorários já referidos*. Em princípio, o credor

pode adjudicar o bem penhorado por preço não inferior ao da avaliação (cf. CPC, 685-A). Ora, consta do v. acórdão proferido no *AI 0043091*, da relatoria do eminente Desembargador *Manoel de Queiroz Pereira Calças*, ter sido o valor do imóvel estabelecido *pela própria excipiente*, e era superior à verba honorária *acordada*. Em tese, a adjudicação teria sido possível *dentro dos ditames legais*.

A verdade, porém, é que nenhum destes fatos subsistiu porquanto, em ação movida pela falida contra o comissário dativo, o **próprio *excepto*** suspendeu a eficácia da homologação do acordo sobre os salários do comissário e da decisão que deferiu a penhora sobre o imóvel adjudicado, encontrando-se a questão “*sub judice*”. A r. decisão proferida, como se vê, favorece enormemente a concordatária, agora falida. Pois bem, “*Não há fundamento para a suspeição do juiz quando cessa a causa da arguição*” (*RSTJ 64/56 e RT 719/264, maioria. No mesmo sentido: RSTJ 56/452.*” (cf. ob. cit., nota 2c ao art. 135).

Todos os fatos invocados contra o Magistrado situam-se em passado remoto, e poderiam ter sido objeto de recurso, quando não o foram. De *recente* existe apenas o indeferimento da remoção do comissário, remoção esta que acabou ocorrendo por ocasião da nova abertura da falência, como disse o *excepto*, que o chama até de *ex-comissário*. Mais uma vez o argumento de que a causa já foi removida.

Não custa dizer, também, que o comissário em questão não fora sequer nomeado pelo *excepto*, mas sim pelo Magistrado que o antecedeu, e mesmo assim removido já na primeira decretação de quebra. Não se vislumbra, portanto, qualquer tipo de relacionamento que pudesse levar o *excepto* a favorecer, por alguma forma, o referido auxiliar do juízo.

Quanto ao tempo de processamento do pedido de remoção do ex-comissário, não se sabe o que ocorre na Comarca de Ribeirão Preto, em especial na Vara pela qual responde o *excepto*. A verdade, entretanto, é que atraso no serviço não é elencado como causa de suspeição de magistrado. Pode acarretar representação junto à Corregedoria Geral de Justiça, mas exceção de suspeição não pode acarretar. Além disso, em termos de prazo, para quem tinha *vinte e quatro meses* para pagar os credores é muito, mas muito tempo mesmo. Gozou a *excipiente* do favor legal por muito mais tempo do que o previsto em lei. Pode, pois, se queixar de prazo? Desde 1995, diz.

Por outro lado, se morosidade houve, tampouco agiu a excipiente para combatê-la, usando os meios processuais existentes.

Ataca, ainda, a excipiente a forma com que foi feito o acordo sobre honorários, pressões, etc., mas não atribui qualquer fato concreto ao Magistrado neste particular. Interessante é notar que atribui ilegalidades e injustiças ao comissário, mas nada fala do Juiz senão de forma indireta. Sabia o Magistrado de eventuais pressões exercidas pelo ex-comissário? Sabia, ainda, de alguma

conduta reprovável deste auxiliar do juízo? Tudo fica no ar.

Observe-se que o *excepto*, conforme decisão de fls. 205, com a concordância do Ministério Público, acolheu o pedido do comissário de arbitramento dos seus honorários nos termos do art. 24, §1º, 11.101/2005 em 22 de janeiro de 2008. Passado mais de um ano, em março de 2009, o comissário e a concordatária firmaram acordo sobre o pagamento dos honorários, conforme documento de fls. 206. O acordo foi assinado pelo advogado da concordatária e por dois de seus aparentes representantes legais e contou com a concordância do Ministério Público. Somente em maio de 2009 houve homologação judicial pelo *excepto*, de maneira que haveria tempo suficiente para eventuais impugnações quanto às supostas “pressões” que a concordatária teria sofrido por parte do comissário.

Destaque-se que a *excipiente* não noticia a interposição, na época, de qualquer recurso em face do arbitramento dos honorários. Somente em 2011, por decisão do próprio Juiz *excepto*, foi determinada a suspensão da eficácia de tal homologação (fls. 876v.)

O acórdão prolatado no AI n. 0043091-63.2011, ressaltou o acerto da atitude do Juiz *excepto*, *in verbis*: “*Em suma, corretíssima a decisão hostilizada, incorrendo na espécie coisa julgada ou preclusão “pro judicato”, (...)*”.

O certo é que uma empresa que está em concordata desde 1995, e não consegue pagar credores, ou um único credor, como queira, e isto em **2013**, já deveria estar falida há muito tempo.

Não se vê, ainda, diante de todo o processado, qualquer animosidade do Juiz contra a concordatária. A rejeição da exceção de suspeição está muito bem fundamentada. Houve erro, sem dúvida, ao deixar de suspender o processo em face do ajuizamento da exceção de suspeição. Mas não passa de erro porquanto seria um absurdo se voltasse contra a clareza da lei processual. E, segundo elementar regra de Hermenêutica devem ser desprezadas todas as interpretações que levem ao absurdo.

Em síntese, não há como se acolher o pedido.

Pelo exposto, pelo meu voto, é rejeitada a presente exceção de suspeição.  
SILVEIRA PAULILO, Terceiro Juiz

## **DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE**

### **(Voto nº 25.025)**

Santa Lydia Agrícola S/A, em concordata, opõe Exceção de Suspeição em face do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, Dr. Paulo Cícero Augusto Pereira, para processar e julgar a Concordata Preventiva de nº 1228/95, requerida pelo Excipiente. Labora pelo reconhecimento da

referida suspeição de sorte que os autos sejam remetidos ao substituto legal do Juiz Excepto e, para a hipótese de restarem reconhecidos indícios de eventual desvio funcional, seja determinada a remessa de cópia dos autos à Corregedoria deste Tribunal.

A inicial da presente exceção de suspeição relata que, em 01/08/1995, foi deferido o processamento da Concordata Preventiva da excipiente. Em 11/08/1995, *J.A. Aviação Agrícola Ltda.* foi nomeada como comissária, após o pedido e insistência amparada, inclusive, em medida judicial subscrita por seu advogado, **Dr. Renato César Cavalcante**. Com a renúncia levada a efeito por esta comissária, o mesmo advogado, **Dr. Renato César Cavalcante** colocou-se a postular tal encargo, valendo-se, inclusive, de mandado de segurança contra ato da primeira rejeição. Adveio, assim, em 22/04/2003 sua nomeação como Comissário Dativo, oportunidade em que a excipiente possuía apenas *um* credor.

A petição inicial da presente Exceção apega-se a diversos fatos que, vinculados à atuação do Comissário, influenciaram decisões judiciais posteriormente anuladas ou reformadas e que traduziram prejuízo ao andamento do feito. Vai mais além. Sugere a existência de extrema confiança ou amizade entre o Comissário e Dr. Paulo Cícero Augusto Pereira, de forma prejudicial ao bom andamento do feito.

A excipiente imputa ao Comissário prática de condutas que constrangeram seus representantes legais e que culminaram na confecção de um termo de confissão de dívida na qual o próprio Comissário e a concordatária estabeleceram o valor de sua remuneração por toda a sua atuação no processo. Em 30.03.2009, este valor estabelecido entre o Comissário, Dr. Renato César Cavalcante, e a concordatária era de R\$ 6.394.262,25 (folhas 724/727). Quantia esta que ultrapassou, de forma absurda, a regra inserida no artigo 170 do Decreto- Lei n. 7.661/45 (qual seja a de que a remuneração do Comissário não pode ultrapassar 0,66% do valor das obrigações passivas da Concordatária). Prossegue a excipiente no sentido de que o Comissário passou a constranger seus representantes no sentido de que, para a hipótese de não pagamento de sua elevada remuneração, seria requerida a falência da empresa.

Considerando que o pagamento da remuneração esperada não ocorreu na data aprazada, o mesmo comissário requereu, em 16.12.2010, a intimação judicial da excipiente para saldar a importância de R\$ 6.545.363,99 sob pena de penhora de imóvel rural pertencente à excipiente. Nos termos da inicial, este pedido restou deferido pelo Excepto na mesma data em que formulado e o termo de penhora foi expedido no dia subsequente à tal decisão. A penhora, assim, foi averbada em 29.12.2010.

A inicial desta Exceção de Suspeição relata todos os atos praticados pelo Dr. Renato César Cavalcante que, valendo-se de sua condição de comissário,

buscou impedir que o imóvel da excipiente fosse à praça para pagamento de débitos trabalhistas. Aponta, inclusive, para o teor de do requerimento que foi, por ele, formulado nos autos da Concordata Preventiva no sentido de que fosse oficiado para a Justiça do Trabalho informando-a sobre a constituição de hipoteca sobre referido bem para garantia de sua remuneração cuja natureza é alimentar e extraconcursal.

A propósito, leitura merece o requerimento reproduzido a folhas 675/681.

Consta, ainda, que a Justiça Trabalhista oficiou ao Juízo da Concordata e sugeriu que o caso traduzia conflito de interesses entre o Dr. Renato e o encargo de comissário que lhe foi confiado.

Ao referido pedido formulado pelo comissário, opôs-se a excipiente por meio de petição que, sem justificativa e, de acordo com a excipiente, perdeu-se no cartório da Justiça Estadual. Ato contínuo, certificou-se nos autos da Concordata que o pedido de adjudicação deduzido pelo Comissário não foi impugnado.

No entanto, a impugnação expressa feita pela excipiente ao pedido de adjudicação, protocolizada em 24.01.2011 (folhas 766/767), chegou ao conhecimento do magistrado quase um ano depois de sua protocolização. E durante este ano, os atos de expropriação foram levados a efeito com extrema velocidade.

A inicial desta exceção, ainda, confere especial atenção ao fato de que o pedido de adjudicação formulado pelo Comissário foi levado à conclusão no mesmo dia da protocolização da petição, com anuência da excipiente dita “apócrifa”, com dispensa de avaliação do imóvel. Este pedido foi deferido no mesmo dia pelo Magistrado Excepto, em pleno recesso forense. A propósito, tem-se que tal pedido foi apreciado na mesma data como se pode aferir do teor de folhas 768.

Em 21.01.2011, Dr. Renato César Cavalcante requereu que a carta de adjudicação fosse expedida em nome de Advocacia Renato Cavalcante, empresa da qual é sócio. E à época desta adjudicação, segundo a excipiente, o imóvel adjudicado valia R\$ 10.946.718,75.

A propósito, registre-se o laudo de avaliação de folhas 860 que aponta para o valor do imóvel objeto da matrícula n. 27.169 como R\$ 8.439.750,00 (até 2010) e, conforme expresso por decisão judicial subscrita pelo Excepto, reproduzida a folhas 874/877, o mesmo imóvel foi avaliado pela Justiça do Trabalho em R\$ 13.385.625,00.

Em 25.01.2011, o Juízo Excepto declarou a natureza privilegiada de caráter alimentar do crédito do comissário.

Em 27.01.2011, este mesmo Juízo da Concordata determinou a expedição da carta de adjudicação nos termos como postulados pelo Dr. Renato, antes mesmo de a impugnação apresentada pelo excipiente ter sido levada às mãos

do magistrado.

Neste cenário, esta exceção de Suspeição sustenta que o Comissário, Dr. Renato César Cavalcante, foi contemplado com uma propriedade cujo valor aproximado, gira em torno de R\$ 10.946.718,75. E isso por conta do exercício de seu encargo judicial.

Em 15.02.2011, o Juízo suspendeu o pagamento do comissário e tornou sem efeito a carta de adjudicação expedida em nome da Advocacia Renato Cavalcante, “enquanto não decidida a situação afeta ao cumprimento da concordata ou sua convalidação em falência”. Contra esta decisão, o Comissário interpôs Agravo de Instrumento que, submetido à Câmara Reservada de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 31.05.2011, restou improvido, com a manutenção da decisão em foco. Da decisão proferida nestes autos do **Recurso de Agravo de nº 0043091-63.2011.8.26.0000**, relatada pelo d. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, apontou-se expressamente para a ***“necessidade de se declarar a nulidade do arbitramento da remuneração do Comissário, do acordo firmado com a concordatária, da penhora, da adjudicação e da carta de adjudicação do imóvel valioso como meio de satisfazer o interesse exclusivo do comissário”***. Expressamente declarou-se no voto que ***“não bastassem tais circunstâncias, não se pode deixar de mencionar a presença de graves indícios de violação à lei e que acarretam a estranha adjudicação do valioso imóvel rural em favor do Comissário, que teve mínima atuação o exercício de suas funções de auxiliar do Juízo”***. (folhas 895/903)

Houve, assim, expressa manifestação do Tribunal de Justiça no sentido de que **a atuação do comissário foi ilegal** e de que **todos os atos processuais atrelados à adjudicação do imóvel padecem de nulidade**.

Restou frustrada a satisfação do crédito do comissário, Dr. Renato César Cavalcante, por ato de ofício da Câmara Reservada de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no importe de R\$ 6.545.363,99, que jogou por terra a adjudicação de imóvel rural de valor superior a R\$ 10.000.000,00 e sem a realização de avaliação. Ato contínuo, o Sr. Comissário discordou com o pedido de desistência da Concordata Preventiva, formulado pela Excipiente. O próprio Comissário, então, posicionou-se pela decretação da falência.

Em cumprimento à decisão da Superior Instância, o Sr. Comissário foi instado a apresentar a nova estimativa de sua remuneração a qual foi feita em R\$ 922.992,91. Esta nova estimativa foi questionada pela Excipiente por entender que a mesma contraria os artigos 67 e 170 do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Há que se registrar que a Excipiente promoveu ação ordinária de n. 777/11, distribuída por dependência à Concordata, para discutir a legalidade do valor da primeira remuneração estabelecida em favor do Comissário e aceita

pelo d. Juízo Excepto que, por força do pedido de falência, foi contemplada com decisão proferida pelo Excepto de suspendendo por um ano e nove meses sem qualquer apreciação (folhas 942/946).

No entanto, pelo teor de folhas 956, o douto magistrado excepto reconheceu, de pronto, que a revogação da remuneração, do acordo e da adjudicação é fato superveniente de sorte a resultar prejudicado o interesse processual.

A excipiente sustentou o conflito de interesses entre a atuação do Dr. Renato em busca da satisfação de seus interesses próprios e a conduta afeta ao encargo de Comissário Judicial. Em 22.08.2011, requereu a destituição do comissário da concordata preventiva com a sua substituição. Passados mais de dezoito (18) meses, o magistrado aqui apontado como excepto nada decidiu sobre esse pedido.

Interessante, ainda, observar que, pelas cópias apresentadas a folhas 685, buscou-se aferição do valor pertinente à verba honorária perante o Juízo da Concordata, silenciada pelo Comissário com amparo em *certidão sobre a preclusão consumativa* do quanto apontado pela concordatária.

Após reiteração do pedido formulado pela excipiente em 08.02.2013, o Juízo Excepto decidiu em 18.02.2013 que eventuais pendências em relação ao comissário já foram solucionadas de forma a não haver motivo que ampare o pedido de destituição e substituição (folhas 1630).

Após o relato de todos esses fatos, o excipiente apega-se ao argumento de que resta comprovada a relação de extrema confiança entre o Juiz e o comissário Dr. Renato César Cavalcante, que compromete o regular andamento do feito e que impõe o acolhimento desta Exceção de Suspeição.

A Exceção de Suspeição foi rejeitada pelo excepto. Em preliminar, suscitou a intempestividade desta oposição considerando que o feito foi sentenciado em 26.01.2006 - data em que esgotou sua função jurisdicional de primeira instância. Quanto ao mérito propriamente dito, observou que, quando da prolação da sentença da quebra, cuidou de destituir o comissário dativo e que a mera suspensão do cumprimento da sentença falimentar, por si, voltou-se a oportunizar às partes eventual acordo. Prosseguiu no sentido de que, diante do pronunciamento da r. Superior Instância, o mesmo magistrado suspendeu, de pronto, todos os atos atrelados à remuneração e satisfação do crédito do comissário. Motivou eventual erro no volume excessivo de folhas que compõem os autos e à multiplicidade de petições apresentadas pelas partes. Refuta a comprovação de fatos que motivem a suspeição de modo a concluir pela ausência de qualquer circunstância que se subsuma ao disposto pelo artigo 135 do Código de Processo Civil.

Por fim, importa destacar a r. decisão de folhas 1804/1807 proferida pelo excepto em fevereiro de 2013, que restabeleceu a sentença que decretou



a quebra da excipiente e nomeou como síndico o Banco do Brasil. Na mesma oportunidade, fixou os honorários do comissário em R\$ 337.106,22 ( já pagos) acrescido da complementação de R\$ 50.000,00 (folhas 1804/1807).

A douta Procuradoria geral de Justiça pronunciou-se pela procedência desta Exceção (folhas 1822/1826).

Pois bem.

Não há dúvidas de que o Comissário Dr. Renato César Cavalcante incidiu em equívocos sérios que comprometeram as decisões judiciais proferidas pelo Dr. Paulo Cícero Augusto Pereira, magistrado da 5a Vara Cível de Ribeirão Preto.

Pelo que se extrai da leitura das peças reproduzidas nestes autos e extraídas da Concordata, tem-se que Dr. Renato César Cavalcante valeu-se de ação judicial para obter a nomeação de uma das credoras da concordatária para o exercício do encargo judicial. Aproveitando-se da renúncia de sua mandatária e cliente, Dr. Renato ingressou nos autos da concordata na condição de comissário.

Com a prática de poucos atos processuais (tal como afirmado ao longo deste processo), o comissário firmou acordo com a concordatária para arbitrar seus honorários em valor superior a R\$ 6.000.000,00.

Homologado este acordo por decisão proferida pelo excepto, o comissário cuidou de fazer prevalecer a natureza alimentícia de seu crédito, com amparo em pronunciamento expresso pelo excepto e buscou reservar para si, de forma tumultuosa, imóvel rural hipotecado nos autos de ação trabalhista objeto da matrícula 27.169. Veja-se, inclusive, que a própria Justiça do Trabalho registrou o caráter turbulento do comportamento deste comissário como se extrai do teor de folhas 970.

O conflito de interesses do comissário com a concordatária foi anotado pela Magistrada Trabalhista em ofício direcionado ao Juízo Estadual, considerando que o mesmo passou a figurar como parte interessada, autora de execução autônoma de seus honorários em face da concordatária.

Referido acordo e demais atos expropriatórios foram desconstituídos de ofício pela r. Superior Instância quando do julgamento de Recurso de Agravo tirado dos autos da Concordata.

Consta, ainda, dos autos, documento que aponta para valor do imóvel adjudicado pelo comissário por demais superior ao crédito que lhe foi reconhecido e judicialmente homologado. Divergência que atinge entre R\$ 2.500.000,00 a R\$ 5.000.000,00 aproximadamente. Na confiança do quanto requerido pelo comissário, o doutro magistrado não se acautelou com a avaliação do bem.

Após acolher pronunciamento expresso do comissário pelo decreto da falência da concordatária, adveio a suspensão desta decisão nos moldes do v. acórdão prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 436.815.4/9-00 (folhas

1128/1138), oportunidade em que se reconheceu terem sido mais de trezentos credores satisfeitos com o adimplemento das dívidas por parte da concordatária.

A nova estimativa de honorários apresentada pelo Sr. Comissário não atendeu aos rigores da legislação vigente.

De acordo com a decisão proferida pelo nobre magistrado Dr. Paulo Cícero Augusto Pereira, a folhas 1714, o comissário já recebeu R\$ 337.106,22 a título de honorários e, em complementação, fixou-se a verba de R\$ 50.000,00, **“sem perder de vista que com o ajuizamento da ação ordinária intentada pela excipiente em desfavor do ex-comissário, caso venha a ser julgada procedente, em nada obsta reaver naquele feito inclusive a verba aqui fixada caso comprovado recebimento a maior do que o efetivamente devido”** (grifo nosso).

Por reiteradas vezes, assim, constatou-se que a atuação do comissário voltou-se à satisfação de seu elevado crédito, olvidando-se dos interesses da concordatária. Foram situações que evidenciam conflito de interesses. Esta circunstância impõe a incidência dos termos do artigo 66 do Decreto-Lei nº 7661/45, aplicável à espécie, por força do disposto pelo artigo 171 do mesmo diploma legal, tal como reconhecido pelo próprio comissário a folhas 1493 desta Exceção.

A preliminar atrelada à intempestividade não se adequa ao caso concreto. Muito embora decretada a falência da excipiente em 2006, seja por força de recurso seja pela suspensão da sentença de quebra, o certo é que o Sr. Comissário manteve efetiva atuação ao longo de todos esses anos. Ademais, a concordata foi restaurada em 31.05.2011.

Por outro lado, em pesquisa ao site deste Tribunal, constatou-se que contra a decisão proferida pelo d. excepto, em fevereiro do corrente ano, foi interposto novo Recurso de Agravo ao qual foi dado efeito suspensivo, como a seguir se verifica:

“Agravo de Instrumento

Processo nº 0068406-25.2013.8.26.0000

Relator(a): PEREIRA CALÇAS

Órgão Julgador: 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Comarca: Ribeirão Preto - 5ª Vara Cível Ação : nº 0013759-47.1995.8.26.0506

Agravante : Santa Lydia Agrícola S/A (em concordata)

(Usina Santa Lydia S/A)

Agravados : Banco do Brasil S/A; e Renato Cesar Cavalcante (comissário)

Vistos.

1. Comprovado o requisito do “periculum in mora” e constatado que resta a ser pago, aparentemente e exclusivamente, apenas ao Banco do Brasil S/A que deduz seu crédito de pedido de restituição, com fulcro no art. 527, III, do CPC, concedo efeito suspensivo a este agravo, condicionado à prestação de caução com créditos de titularidade da agravante em face da União Federal. 2. Comunique-se ao juízo “a quo”. 3. Aos agravados para, querendo, contraminutar no prazo legal. 4. Após, remetam-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça. Intimem-se. São Paulo, 12 de abril de 2013. DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS RELATOR”.

Porquanto não vigente o fático estado falimentar da excipiente, mantém-se o processo de concordata e, por consequência, vigente a nomeação do Dr. Renato César Cavalcante como comissário.

As hipóteses de suspeição de parcialidade do Juiz estão previstas no artigo 135 do Código de Processo Civil de forma taxativa.

A presente Exceção de Suspeição funda-se na imputada amizade existente entre o excepto e o Comissário, Dr. Renato César Cavalcante.

Dos autos não consta prova direta do vínculo existente entre o excepto e o comissário.

Todavia, as decisões proferidas pelo nobre magistrado permitem identificar a plena confiança do magistrado na atuação do comissário que, a partir de determinado momento, passou a atuar como parte efetivamente interessada e em conflito direto com os interesses da concordatária.

Como dito pelo nobre relator deste recurso, Des. Walter de Almeida Guilherme, “*a exceção de suspeição é instrumento processual hábil para afastar da condução do processo o magistrado, que por motivo subjetivo, tenha maculado a sua imparcialidade*”.

O erro grave em que incidiu o comissário, seja na forma e no valor em que arbitrou seus honorários, seja no modo como tumultuou o andamento dos processos que envolvem a concordatária, seja, ainda, na via escolhida para adjudicar imóvel de valor muito superior ao seu crédito, foi reconhecido de plano pela Superior Instância. Este auxiliar do Juízo comprometeu a legalidade de decisão judicial e dos atos processuais.

E mesmo diante de tais erros crassos, insistiu, o Excepto, em mantê-lo nas funções de comissário.

Se provas imediatas e concretas não foram produzidas, a inércia do magistrado compromete a confiança em sua parcialidade para a prestação jurisdicional esperada nos autos da Concordata.

A confiança depositada pelo magistrado nos pedidos e na própria manifestação do comissário ensejou maiores delongas no bom andamento do

processo, em prejuízo dos jurisdicionados.

A garantia de que o processo será conduzido por um Juiz ou magistrado imparcial, ou a necessidade de que o julgador se situe como terceiro que irá valorar interesses alheios, é da essência da atividade jurisdicional do Estado contemporâneo. Terem as partes a certeza de que o responsável pela solução da causa em julgamento permanecerá ao menos equidistante dos dois lados é um dos atributos da cidadania.

O Estado-Juiz deve atuar de tal modo que todos os sujeitos processuais tenham iguais perspectivas de levar adiante suas pretensões.

No caso concreto, a relutância do magistrado em substituir o Comissário que atua nos autos da Concordata expressa diluição da imagem da imparcialidade que deve acompanhar o Poder Judiciário.

A plena imparcialidade é garantia constitucional que deve prevalecer em relação ao limitado rol de causas e abstenção e recusa formulado pela norma infraconstitucional.

A imparcialidade, mais que garantir um justo processo para as partes, consagra a confiança da comunidade como um todo na legitimidade institucional do Poder Judiciário. O direito fundamental a um juiz imparcial, inclusive, não está no âmbito dos direitos disponíveis, razão pela qual a parte não pode renunciar a essa prerrogativa constitucional.

Por todos esses fundamentos, ousou divergir do eminente Relator para julgar procedente a presente Exceção de Suspeição.

XAVIER DE AQUINO, 2º Juiz

## ***Habeas Corpus***

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2021489-11.2013.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é impetrante GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS e Paciente W.F.S. (MENOR).

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram a ordem, mantendo a internação. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34754)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE-PRESIDENTE (Presidente) e PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

SILVEIRA PAULILO, Presidente da Seção de Direito Privado e Relator

**Ementa: *Habeas corpus*. Infância e Juventude. Ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de entorpecentes com a aplicação da medida de internação. Interpretação sistemática do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com os artigos 6º, 112 e 121, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional grave, equiparado a hediondo. Meio delitivo que expõe o adolescente à violência física e psicológica. Ausência de ilegalidade. Condições pessoais que não podem ser examinadas na estreita via do *writ*. Ordem denegada.**

## VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado com fundamento em constrangimento ilegal suportado pelo adolescente diante da r. decisão que, em caráter definitivo, decretou a internação do jovem sob a imputação de ato infracional equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecente. Sustenta o impetrante, em suma, a impossibilidade de aplicação de tal medida, pois sem amparo em quaisquer das hipóteses do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pugna pela concessão da ordem e liberação do jovem.

A liminar foi indeferida.

O parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça é pelo não conhecimento da ordem e, no mérito, por sua denegação.

### **Este é o relatório.**

Primeiramente comungo do entendimento de que basta a existência de ilegalidade para o conhecimento do *habeas corpus*, sem que se possa afastar o cabimento do remédio constitucional por força da previsão do recurso de apelação. De fato, não se trata de substituto recursal, mas da via própria para a correção de indevida restrição à liberdade, sempre cabível no restauro da ordem e da legalidade. Nesse sentido, a orientação do E. STJ no HC 0011464-75.2010, não conhecido por este Egrégio Tribunal, sobrevindo telegrama remetido pelo E. Superior Tribunal de Justiça informando que foi concedida a ordem de ofício em *habeas corpus* lá impetrado para “*determinar a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal a quo para o exame de mérito da impetração originária, como entender de direito*” (HC 188.000/SP).

No mérito, denega-se a ordem.

A internação definitiva, em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de substância entorpecente, deve ser analisada sob a ótica do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traça requisitos para sua decretação.

Não se olvida a existência de entendimento em sentido restritivo do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula nº 492, nos seguintes termos: “*o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*”.

De fato, deve haver interpretação sistemática do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que “*na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*”.

Por sua vez, o artigo 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê os princípios que regem a medida de internação: “*brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*”.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, levando-se em conta a “*sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (artigo 112, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)*”.

Para a avaliação da **capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa** é imperioso observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização).

Veja-se que a adolescência é período conturbado para a formação do caráter de um ser humano. Segundo a psicóloga Selma Regina Aragão, adolescência aponta para um período “*caracterizado psicologicamente por intensos processos conflituosos e persistentes esforços de auto-afirmação. Corresponde à fase de absorção dos valores sociais e elaboração de projetos que impliquem plena integração social*” (“Direitos humanos: algumas considerações sobre o estatuto

da criança e do adolescente”, p. 50).

A prática de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes expõe o adolescente à violência física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade em que deveria assimilar valores socialmente positivos.

Diante dessa vulnerabilidade, a internação pode ser a única medida adequada para a sua ressocialização (artigo 122, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a capacidade do adolescente em cumpri-la.

Desta forma, também pode estar justificada a excepcionalidade prevista em Lei.

Quanto às **circunstâncias e gravidade** do ato infracional, há que se destacar que o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes é considerado pela Constituição Federal como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII).

O reconhecimento da gravidade da conduta atinge esfera global. O aliciamento dos jovens para este submundo é preocupação dos organismos internacionais de proteção à infância e juventude. Tanto é assim que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução n. 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, prevê a proteção contra o recrutamento para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (artigo 33).

Em síntese, é legalmente possível a aplicação de medida de internação quando praticado tráfico ilícito de substância entorpecente, por se tratar de crime grave que poderá impor a segregação, em atenção à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, observada sua capacidade em cumprir a medida.

Entretanto, a avaliação das condições pessoais do adolescente B.H.S.A. e a correspondente apreciação da adequação da medida de internação implicam em análise de provas e dados que não se coadunam com o *habeas corpus*. Este é remédio constitucional previsto para se coibir a ilegalidade ou o abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal).

No caso concreto, não se vislumbram tais vícios, já que, em tese (mas não necessariamente), é legal a imposição de medida de internação nas hipóteses de tráfico ilícito de substância entorpecente. E quanto às condições pessoais, não há elementos seguros a indicar teratologia da r. sentença a justificar deslinde diverso, sendo que foi destacada a anterior aplicação de medida de liberdade assistida, a qual não surtiu o efeito almejado.

De rigor, pois, a manutenção da internação do paciente.

**Pelo exposto, denego a ordem, mantendo a internação.**

## Revisões Criminais

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2004316-71.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que são petionários M.S.S. e V.R.S..

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Conheceram a vertente revisão criminal, julgando-a improcedente, prejudicadas as demais questões arguidas pelos requerentes. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.628)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GONZAGA FRANCESCHINI Vice-Presidente (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULO (Presidente da Seção de Direito Privado) e TRISTÃO RIBEIRO (Presidente da Seção de Direito Criminal).

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

**Ementa: REVISÃO CRIMINAL - Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes - Representação julgada procedente, aplicada aos jovens liberdade assistida - Cabimento da revisão, em razão de sua natureza rescisória - Inocorrência das hipóteses previstas no art. 621 do CPP- Improcedência. Revisão a que se julga improcedente.**

### VOTO

M.S.S. e V.R.S. ingressaram com pedido de revisão criminal, buscando a anulação da r. sentença que acolheu a representação, aplicando aos jovens a medida socioeducativa de liberdade assistida.

Sustenta-se, em apertada síntese, a falta de defesa técnica e violação ao direito ao silêncio, bem como ao contraditório.

Argui-se ainda que, verificada a prescrição da pretensão punitiva intercorrente referente aos atos infracionais imputados aos requerentes, não cabe em sede do juízo rescisório a reanálise do mérito do caso em tela, razão pela qual se requer a absolvição do recorrente, mormente porque, nos autos, não

foi amealhado conjunto probatório suficiente.

Por fim, pretende-se a condenação do Estado ao pagamento de indenização suficiente para amenizar a dor psicológica sofrida em virtude da ilegal condenação, nos termos do art. 630, do Código de Processo Penal.

É a síntese do que importa.

Sem razão o requerente.

A revisão criminal é, por sua natureza, uma ação penal originária de segundo grau, com caráter constitutivo, cujo objetivo é a reanálise de decisão condenatória proferida por juiz singular ou tribunal, na qual haja vício de procedimento ou julgamento.

Consoante leciona Guilherme de Souza Nucci, a revisão criminal “é ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal (...). Ora, é justamente essa a função da revisão criminal: sanar o erro judiciário, que é indesejado e expressamente repudiado pela Constituição Federal” (“Código de Processo Penal comentado”, 8ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 983/984).

Veja-se que os requerentes fundamentaram sua pretensão no art. 621, I, do Código de Processo Penal, sustentando que houve violação à garantia de defesa técnica dos adolescentes, na medida em que o defensor limitou-se a concordar com a D. Promotora de Justiça que oficiou nos autos, violada, destarte, a orientação contida na Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal.

Ponderou-se ainda que não foi feita aos adolescentes a ressalva relacionada ao direito de se manterem em silêncio, maculado, destarte, o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Arguiu-se que o contraditório não foi respeitado, eis que a condenação ocorreu “com base na renúncia do Ilustre membro do *Parquet* na colheita de outras provas” (fls. 9), refutando-se a impossibilidade da condenação escorada tão-somente na confissão.

Alegou-se haver ocorrido a prescrição e pediu-se, em sede de juízo rescisório, a absolvição dos jovens. Ainda, pelo reconhecimento do erro judiciário, requereu-se a condenação do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização.

Conquanto tenham os requerentes suscitado questões relevantes relativas à suposta insuficiência da defesa e inobservância do contraditório, há que se considerar que os representados confessaram, sem ressalvas e de forma espontânea, a prática dos atos que lhes foram imputados, consoante se pode verificar com clareza dos depoimentos prestados em juízo (fls. 24/30).

Veja-se que V. admitiu que era responsável pela venda dos entorpecentes, informando minuciosamente como se dava a dinâmica dos fatos criminosos, inclusive detalhando valores e funções de cada um dos envolvidos.

E M. confessou que dava respaldo para o tráfico, dizendo-se “olheiro”, declarando o quanto recebia para exercer esta atividade, embora V. tenha asseverado que M. também vendia drogas.

Não se pode olvidar que a confissão é uma das modalidades de prova com maior efeito de convencimento judicial. E, conquanto não possa ser recebida com valor absoluto, por força do disposto no art. 197, do Código de Processo Penal, no vertente caso não parece existir dúvidas sobre a veracidade dos fatos carreados aos jovens, na medida em que as versões dos requerentes encontram-se em sintonia com os fatos apurados tanto na fase investigatória quanto em juízo, valendo observar que não houve, nem mesmo em sede de revisão, questionamento sobre a materialidade do ato infracional.

Além disto, os procedimentos e atos processuais previstos no Código de Processo Penal para as ações penais são sabidamente marcados por maior formalismo que aqueles presentes na Justiça Especializada da Infância e da Juventude.

Destarte, a inobservância das formalidades prescritas no Código de Processo Penal, mormente no vertente caso, em que tal procedimento é aconselhável e salutar, mas não imprescindível, não gera a invalidade da prova ou a nulidade do processo quando o acervo probatório é robusto e coeso o bastante para respaldar e motivar o livre convencimento do magistrado, não verificado, ademais, prejuízo para a defesa.

Cumpra ainda ponderar que a revisão criminal não é, absolutamente, nova instância recursal, não podendo funcionar como uma segunda apelação (aliás, contra a sentença que julgou procedente a representação sequer foi interposta apelação), até porque é inviável a reanálise dos fatos sem que tenham sido carreadas novas provas aos autos, ou que se tenham noticiados fatos novos, capazes de alterar o quadro fático que autorizou o reconhecimento da procedência da representação. Ela destina-se, exclusivamente, à correção de eventual erro judiciário, hipótese que não se verifica no caso em tela, porquanto não ocorreu nenhuma das situações elencadas no art. 621, do Código de Processo Penal.

Isto posto, conheço da vertente revisão criminal, julgando-a improcedente, prejudicadas as demais questões arguidas pelos requerentes.

# CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

## Apelações

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000182-09.2012.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes ANTONIO MILANI, WILSON DOMINGOS POLEZEL e OSWALDO POLEZEL FILHO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE OURINHOS.

**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(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 21.309)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, SILVEIRA PAULO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Vendas sucessivas de frações ideais de imóvel - Coproprietários sem vínculo - Burla ao parcelamento do solo - Precedentes da CGJ e do CSM que recusam o registro do título quando aferidas essas circunstâncias - Item 151, do Capítulo XX, das NSCGJ - Recurso não provido**

### VOTO

Inconformados com a r. decisão de fls. 65/68, apelam Antonio Milani, Wilson Domingos Polezel e Oswaldo Polezel Filho, buscando o registro da escritura pública de 05.09.11 lavrada pelo 1º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de Ourinhos, por meio da qual adquirem de Mauro Moura

Filho e Tânia Cristina Bressanin de Moura, uma parte ideal correspondente a 11,3636363636% do imóvel rural com área de 4,00 alqueires, denominada Sítio Nossa Senhora Aparecida I, no lugar denominado “Água do Pinho”, descrita na matrícula nº 32.413, de referida Serventia.

Aduzem que a venda da fração ideal não caracteriza burla ao parcelamento do solo, que o negócio jurídico é perfeito e deve produzir todos os seus efeitos, e que inexistente no sistema jurídico regra que obste a copropriedade. Assim, a mera suposição do MM. Juiz Corregedor Permanente de que há burla ao parcelamento do solo não pode prosperar.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A questão da aquisição e registro de frações ideais com indícios de burla à Lei do Parcelamento do Solo é antiga neste Conselho Superior da Magistratura.

O item 151, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça diz que:

*151. É vedado proceder a registro de venda de frações ideais, com localização, numeração e metragem certa, ou de qualquer outra forma de instituição de condomínio ordinário que desatenda aos princípios da legislação civil, caracterizadores, de modo oblíquo e irregular, de loteamentos ou desmembramentos.*

Nos autos do Processo CG nº 21/2003, ao examinar hipótese de venda de fração ideal de imóvel rural frente ao item 151, das NSCGJ, o então Juiz Auxiliar da Corregedoria Claudio Luiz Bueno de Godoy observou que:

*A matéria ventilada neste feito é conhecida nesta esfera administrativa, e mesmo no âmbito do Conselho Superior da Magistratura, que, costumeiramente, enfrenta negativas de registros de partes ideais ínfimas, vendidas a pessoas diversas, sem qualquer vínculo aparente entre si.*

*Por exemplo recentemente, decidindo a Apelação n. 96.085.0/4-00, teve oportunidade de assentar o Conselho Superior que uma das formas de burla às regras do parcelamento é, “justamente, a venda sucessiva de partes ideais pequenas, diante do todo, e a várias pessoas, sem qualquer vínculo entre si, com ou sem indicação de metragens ou áreas de superfície. Quanto a estas últimas, elucidativo o Acórdão n. 72.365.0/7-00, Comarca de Atibaia, em que se identificou a fraude consistente na “utilização de expediente aparentemente lícito, qual seja, o condomínio tradicional, previsto no Código Civil, com a alienação de partes ideais não localizadas e sem identificação no título, para burla da legislação cogente que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.”*

*Aliás, tão corriqueira a situação que as próprias Normas de Serviço*

*da Corregedoria determinaram, no seu Capítulo XX, item 151, a vedação de registros que indiquem forma oblíqua de se fraudarem os objetivos da Lei 6.766. Na mesma senda, o próprio Conselho Superior já cuidou de assentar a possibilidade de, havendo sérios indícios de desrespeito à Lei 6.766, se negar mesmo o registro pretendido (v.g. Apelações ns. 27.833-0/9 e 17.477-0/0).*

*Nem faria sentido, de resto, diante da verificação dos indícios citados, e tal como se a atividade de qualificação fosse puramente mecânica e dissociada da unidade do sistema, que visa preservar valores essenciais, registrar-se o título para depois, já a dano potencial de terceiros, cancelá-lo ou bloqueá-lo por maltrato à exigência do artigo 18 da lei do Parcelamento, assim burlada.*

*Pois é exatamente o que acontece no caso em tela, o que se pode inferir de elementos exclusivamente tabulares, consistentes na própria matrícula, em que pequenas porções ideais são vendidas a diversas pessoas, sem vínculo aparente entre si, expediente de todo usual, como se disse, para burla à Lei do Parcelamento.*

*De outra parte, nada infirma a conclusão presente o fato de ter havido registro anterior de parte ideal, dado que, como se sabe, erros registrários pretéritos não justificam outros se perpetrem (cf., por exemplo, Aps. ns. 15.980-0/0 e 17.690-0/7).*

*Por fim, também irrelevante o fato de se tratar de imóvel rural. Isto porquanto, se não aplicável a Lei 6.766/79, o Dec. Lei 58/37 (art. 1o), e também o Estatuto da Terra (art. 61), complementado pelo art. 10 da Lei 4.947, ao regram o parcelamento do imóvel rural, igualmente exigem uma série de providências acautelatórias dos adquirentes e do meio-ambiente, no caso contornadas pelo expediente de aparente instauração de condomínio civil, com vendas de partes ideais, todavia em burla à lei.*

O caso ora em exame se encaixa às premissas da citação acima, construída a partir de sólida jurisprudência tanto deste Conselho Superior da Magistratura quanto da Corregedoria Geral da Justiça.

A escritura pública recusada tem por objeto a fração de 11,3636363636% do imóvel descrito na matrícula nº 32.413, do Registro de Imóveis de Ourinhos. Esta matrícula tem origem na matrícula nº 24.947 que, por sua vez, decorre da matrícula nº 24.758. Todas do Registro de Imóveis de Ourinhos.

De acordo com as informações do Oficial, ratificadas pelas certidões de matrículas que juntou aos autos (fls. 33/44), o imóvel descrito na matrícula “mãe” nº 24.758, com 43,35 alqueires, foi partilhado entre os herdeiros do titular de domínio, dando ensejo a dez glebas menores (matrículas nºs 24.947 a 24.956), com áreas distintas na proporção dos direitos de cada sucessor.

Até aí, nenhuma irregularidade pode ser apontada.

Ocorre que, na linha do que sustentou a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, após a divisão inicial do imóvel mãe, ocorreram sucessivas alienações de partes ideais em algumas das novas matrículas (24.948, 24.949, 24.950 e 24.951) e desmembramentos em virtude de alienações de partes com metragem certa e determinada em outras (24.955 e 24.956) com abertura de novas matrículas. E na matrícula nº 32.413 (ora em exame), desmembrada da nº 24.947, já constam três vendas de partes ideais a pessoas distintas (R.3, R.7 e R.8 - fls. 30/32).

O título recusado seria, assim, a quarta venda de fração ideal do imóvel, unindo coproprietários sem qualquer vínculo aparente o que, por si só, já seria bastante a caracterizar a situação repelida pela jurisprudência.

Não é excessivo lembrar que o fato de ter havido registros anteriores na mesma situação não confere aos recorrentes o direito de registrar o título recusado porque erros registrários pretéritos não justificam que outros se perpetrem. Afinal, não existe direito adquirido ao erro.

É por todas essas razões que a r. decisão recorrida, ao considerar que o caso não revela simples alienação de fração ideal, mas verdadeiro parcelamento irregular, deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002920-91.2012.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes IVO COLICHIO JÚNIOR, ZELIS PEREIRA FURLAN COLICHIO e WILMA PEREIRA FURLAN, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE OLÍMPIA.

**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(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto nº 21.314)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, SILVEIRA PAULO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida - Ausência de prenotação - Ausência da via original do título cujo registro se busca - Prejudicialidade - Exame, em tese, das exigências para nortear futuras prenotações - Desapropriação indireta - Apuração de remanescente - Necessidade de retificação de registro na forma do art. 213, II, § 7º, da LEI Nº 6.015/73 - Recurso prejudicado**

## VOTO

Inconformados com a r. decisão de fls. 171/172, apelam Ivo Colichio Júnior, Zelis Pereira Furlan Colichio e Wilma Pereira Furlan, objetivando o registro, na matrícula nº 18.541, do Registro de Imóveis de Olímpia, da carta de sentença expedida nos autos do processo nº 956/1988, a fim de que se registre a desapropriação da área de 3.441,85 m<sup>2</sup> havida em favor do Município de Olímpia e sejam abertas seis matrículas relativas aos remanescentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso. É o relatório.

De início, observe-se que o presente recurso está prejudicado, conforme passo a demonstrar.

O título foi prenotado em 17.02.2012. Feita a qualificação, o Oficial de Registro de Imóveis de Olímpia expediu nota devolutiva em 23.02.12, pela qual informou que o registro foi recusado porque: a) a sentença proferida, na ação de indenização não declarou a transmissão de propriedade; e b) os recorrentes deveriam providenciar a retificação da área remanescente do imóvel (fls. 10).

Em 22 de março de 2012, os ora recorrentes formularam pedido de dúvida inversa. Encaminhados os autos ao Oficial de Registro de Imóveis, este deixou de prenotar novamente o título, o que, segundo a jurisprudência deste Conselho Superior da Magistratura, prejudica o recurso:

*Ressalte-se, inicialmente, a ausência de prenotação eficaz. De fato, o mencionado título judicial foi apresentado para registro em duas oportunidades, observando-se que à última (com o mandado judicial aditado) correspondeu a prenotação nº 202.840, de 18 de março de 2002 (fls. 18), bem como a nota respectiva à desqualificação de 22 de março de 2002 (fls. 22). Todavia, apenas em 17 de março de 2005 passados mais de dois anos da devolução do título desqualificado para o registro predial -, operou-se a suscitação inversa da dúvida, não voltando o título a ser prenotado, nada obstante a manifestação do oficial registrador neste procedimento, em resposta à dúvida suscitada (fls. 31). Ora, mesmo*

*considerando que o procedimento de dúvida inversa, sem disciplina normativa (o artigo 198 da Lei de Registros Públicos prevê apenas a dúvida direta), por economia procedimental, na trilha de inúmeros precedentes do Conselho Superior da Magistratura (Apelações Cíveis nºs 14.797-0/3, 21.445-0/4, 42.171.0/7-00, 76.030-0/8, entre outros), pode, excepcionalmente, ter seu processamento admitido, isso não afasta a necessidade de satisfação de prenotação eficaz, não se admitindo invocar aquela (prenotação nº 202.840) cujos efeitos já cessaram (artigo 205 da Lei nº 6.015/73). Cessados automaticamente os efeitos da prenotação nº 202.840 pelo decurso “in albis” do prazo legal (artigo 205 da Lei de Registros Públicos) e ausente nova prenotação após a suscitação inversa da dúvida não há como não a considerar prejudicada, inclusive ao associar esse fato àquele adiante indicado que também aponta para a exatidão da qualificação negativa. Essa é a posição do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, como se colhe na Apelação Cível nº 43.728-0/7, da Comarca de Batatais, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição, DOE-Poder Judiciário-Caderno I, de 13 de outubro de 1998 (p. 4): “REGISTRO DE IMÓVEIS - Dúvida inversamente suscitada - Falta do título original e de prenotação - Inadmissibilidade - Prejudicialidade - Recurso não conhecido. (...) Ao ser suscitada a dúvida, a requerimento do interessado, o título recusado deve ser prenotado para que esteja assegurado o direito de prioridade do apresentante. Se fosse admitido cumprir exigência durante o procedimento, estaria aberto caminho para uma injusta prorrogação do prazo da prenotação que, muita vez, viria em prejuízo dos eventuais detentores de títulos contraditórios. (...) Não tendo sido mantido nos autos, no original, nem oportunamente prenotado, o título cujo registro pretende a recorrente, não é de ser conhecido o recurso, prejudicadas as demais questões suscitadas pelas partes”. No mesmo sentido, a Apelação Cível nº 78.700-0/0, da Comarca de Itanhaém, j. 16 de agosto de 2001, rel. Des. Luís de Macedo.*

Além da falta de prenotação, verifica-se que não consta dos autos a via original da carta de sentença cujo ingresso é pretendido, o que também prejudica o recurso<sup>1</sup>.

A despeito disso, nada obsta o exame – em tese – das exigências formuladas pelo Oficial de Registro de Imóveis a fim de orientar futuras apresentações.

Na linha do que bem ponderou a ilustrada Procuradoria Geral da Justiça, caso superadas as prejudicialidades apontadas, a recusa do Oficial de Registro de Imóveis deveria ser mantida.

É que, na linha de precedentes deste Conselho Superior da Magistratura,

1 Apelações Cíveis 2.177-0, 4.258-0, 4.283-0, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4 e 17.542-0/2

é pressuposto do registro buscado pelos recorrentes a apuração da área remanescente para o controle da disponibilidade registral e atendimento do princípio da especialidade<sup>2</sup>.

Note-se que os recorrentes buscam a especificação e divisão da área que remanesceu em seu domínio; e não da destacada.

Devem, assim, se valer do procedimento próprio para isso previsto no art. 213, § 7º, da Lei nº 6.015/73:

*Pelo mesmo procedimento previsto neste artigo poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

É importante observar que o procedimento de retificação de área para apuração de remanescente exige notificação de confrontantes ou anuência destes e a apresentação de planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

O atendimento desses requisitos deve ser demonstrado na retificação de área; não nos autos do procedimento de dúvida, cujo escopo é apenas o de examinar a recusa do registro do título feita pelo Oficial de Registro de Imóveis.

Oportuno, a propósito, citar trecho do parecer da lavra do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria Luís Paulo Aliende Ribeiro, hoje Juiz Substituto em 2º Grau, proferido nos autos do Processo CG nº 2.926/01:

*Neste contexto o acolhimento da pretensão da recorrente importaria em retificação do registro sem o devido processo legal e em grave violação do princípio da especialidade (artigo 225, § 2º, da Lei nº 6.015/73), correta a postura do oficial registrador em recusar a prática do ato.*

*A obediência aos princípios da especialidade e da continuidade, informadores dos registros públicos, pressupõe um encadeamento perfeito e harmonioso no tempo da cadeia de titularidades de um determinado imóvel, entendido como um objeto precisamente individuado, revelando-se necessário, na espécie, procedimento bilateral para a correção do registro de origem, indispensável para a própria segurança do registro imobiliário e dos efeitos dele irradiados.*

No caso em exame, não fosse a prejudicialidade apontada, a recusa seria mantida pois, sem a retificação de registro, não há como atender ao princípio da especialidade objetiva.

As descrições das matrículas feitas pela Municipalidade, além de não

fazerem parte do título qualificado, não substituem a forma prescrita no art. 213, da Lei nº 6.015/73. Demais disso, o levantamento topográfico de fls. 132 também não faz parte do título.

Por fim, observe-se que o trabalho pericial contido nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta restringe-se aos aspectos financeiros da parte destacada do imóvel, sem enfrentar as questões relativas à descrição e localização do remanescente (especialidade objetiva quantitativa e qualitativa), de modo que não tem a força que os recorrentes aduzem.

À vista do exposto, não conheço do recurso porque prejudicado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006406-91.2012.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante ESPÓLIO DE RUBENS ANGELUCCI, é apelado CARLOS DE OLIVEIRA.

**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(a) Relator(a), que integra este acórdão. **(Voto Nº 21.300)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, SILVEIRA PAULO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada improcedente – Tabelião de Notas de Goiás que descumpriu item das NSCGJ de São Paulo ao lavrar escritura - norma de aplicação restrita aos atos lavrados pelos Tabeliães do Estado de São Paulo - Inexistência de referida exigência na legislação - Alegação de vício de natureza intrínseca do título - matéria que transborda os limites do procedimento administrativo - Recurso não provido**

## VOTO

Inconformado com a r. decisão de fls. 67/68, que determinou o registro da

escritura pública de doação do imóvel descrito na matrícula nº 20.985, apela o Espólio de Rubens Angelucci, aduzindo, em suma, que o título deveria informar o grau de parentesco entre doador e donatário, e que se encontra em sub judice nos autos do incidente de falsidade instaurado nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento de Rubens Angelucci.

Contrarrazões às fls. 93/99, com alegação de falta de interesse recursal, e, no mérito, acerto da r. decisão recorrida.

O Ministério Público de primeira instância opinou pelo não provimento do recurso (fls. 112/115) e a D. Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento (fls. 119/121).

Inicialmente distribuído à E. Corregedoria Geral da Justiça, o feito foi encaminhado a este C. Conselho Superior da Magistratura (fl. 123).

É o relatório.

A preliminar de ausência de legitimidade do Espólio de Rubens Angelucci para o presente recurso deve ser afastada, uma vez que o imóvel objeto da escritura pública ora em exame integrava o patrimônio Rubens Angelucci. Assim, caso venha a ser julgado procedente o noticiado incidente de falsidade da escritura pública, o imóvel voltará à universalidade de bens que compõem o Espólio. Daí seu prejuízo caso o título seja registrado.

No mérito, a despeito das razões do recorrente, o recurso não comporta provimento.

É que inexistente qualquer vício de ordem extrínseca que impeça o registro pretendido.

A alegada falsidade do título é matéria de natureza intrínseca que transborda os limites de cognição da dúvida registral.

Narciso Orlandi Neto faz bem a distinção entre vício intrínseco e extrínseco dos títulos:

*“É preciso distinguir nulidade direta do registro e nulidade do título, com reflexo no registro. O registro não pode ser cancelado por nulidade do título, salvo em processo contencioso de que participe o titular do direito inscrito. Em outras palavras, o art. 214 da Lei n. 6015/73 é exceção. E como se sabe se o registro é ou não nulo de pleno direito? Sabe-se que o registro é ou não nulo de pleno direito examinando-o separadamente do título que lhe deu causa, apenas à luz dos princípios que regem o registro, a saber se foram cumpridos os requisitos formais. A indagação da nulidade do registro deve ficar restrita aos “defeitos formais do assento, ligados à inobservância de formalidades essenciais da inscrição (Código Civil, arts. 130 e 145, III)” (Afrânio de Carvalho, Retificação do Registro, in RDI 13, p. 17). ... A nulidade*

*a que se refere o art. 214 da Lei de Registros Públicos é exclusiva do registro, absolutamente independente do título, tanto que, uma vez declarada, permite que o mesmo título seja novamente registrado. ... A nulidade que pode ser declarada diretamente independentemente de ação, é de direito formal, extrínseca. Ela não pode alcançar o título, que subsiste íntegro e, em muitos casos, apto a, novamente, ingressar no registro. ... Problemas relativos ao consentimento das partes, diz respeito ao título, tanto quanto sua representação e a elaboração material do instrumento. Assim, se houve fraude, se a assinatura do transmitente foi falsificada, se o instrumento público não consta dos livros de nenhum notário, se a procuração que serviu na representação de uma das partes é falsa, se o consentimento do alienante foi obtido com violência, são todos problemas atinentes ao título. Podem afetar o registro, mas obliquamente. Só podem determinar o cancelamento do registro, em cumprimento de sentença que declare a nulidade do título e, em consequência, do registro...” (Retificação do Registro de Imóveis, Ed. Oliveira Mendes, pág. 183/192 – grifou-se).*

É os precedentes da Corregedoria Geral da Justiça são nesse sentido<sup>1</sup>.

Deste modo, inexistente qualquer determinação oriunda da via jurisdicional no sentido de bloquear a matrícula do imóvel até o final julgamento do incidente de falsidade do título, o registro, por esta alegação, não pode ser obstado.

Também a alegação de descumprimento do item 15, “f”, (atual 44, “j”) do Capítulo XIV, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral, não pode ser acolhida.

É que referida norma vige apenas no Estado de São Paulo e não obriga Tabeliães de outros Estados da Federação. No caso em exame, a escritura pública foi lavrada em Bom Jardim de Goiás, Estado de Goiás (fl. 04). Portanto, não cabia ao Tabelião observar regra a que não está submetido.

Demais disso, referida exigência também não consta como requisito de validade da doação no Código Civil (arts. 538/554) nem da escritura pública (art. 215, § 1º).

Correta, assim, a r. decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

1 Por exemplo: Processos CG nºs 249/2006, 825/05, 140/06, 122/06, e 825/05

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação nº 0016589-34.2012.8.26.0071**, da Comarca de **Bauru**, em que é apelante **IRACY FERREIRA FRANCO THEODORO DE SOUZA**, é apelado **1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS DA COMARCA DE BAURU**.

**ACORDAM**, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**NEGARAMPROVIMENTO AO RECURSO, V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 21.325**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **IVAN SARTORI** (Presidente), **GONZAGA FRANCESCHINI**, **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**, **SILVEIRA PAULILO**, **SAMUEL JÚNIOR** E **TRISTÃO RIBEIRO**.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

**RENATO NALINI**, Relator

**Ementa: Registro de Imóveis - Dúvida - Registro de formal de partilha - Transmissão de parte ideal de imóvel a viúva e herdeiros - Partilha que recai sobre a totalidade do bem - Hipoteca realizada em financiamento imobiliário que não afasta a norma geral - Acerto das exigências formuladas pelo Registrador - Recurso não provido.**

**VOTO**

O Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Bauru suscitou a presente dúvida a pedido de Iracy Ferreira Franco Theodoro de Souza, diante de exigência por ele formulada para o registro de formal de partilha dos bens havidos em decorrência do falecimento de Francisco Theodoro de Souza Netto.

A MM. Juíza Corregedora Permanente manteve o óbice e julgou procedente a dúvida (fls. 81/84).

Inconformada, ofertou a interessada o presente recurso (fls. 87/92).

A Doutra Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se pelo não provimento do apelo (fls. 103/106).

É o relatório.

O título judicial apresentado a registro teve o ingresso negado, por

entender o Oficial ser imperiosa sua retificação, a fim de consignar que o imóvel foi integralmente arrolado e partilhado, em obediência aos parâmetros legais, e não no percentual indicado para a composição de renda para a contratação de financiamento imobiliário, bem como fosse demonstrado o recolhimento do imposto devido (fl. 13).

Pondera a recorrente que o seguro do financiamento do bem imóvel de propriedade do casal quitou, em razão do falecimento do cônjuge varão, apenas a parte que correspondia ao percentual de sua renda, ou seja, 68,43%, restando a outra parte em garantia hipotecária. Sustenta que a transmissão foi apenas parcial, sendo que a viúva meeira já era proprietária em condomínio, motivo pelo qual os ônus referentes ao ato registral e o imposto de transmissão devem ter como valor de referência estritamente a parcela transmitida por sucessão *mortis causa* (fls. 87/92).

Corno bem exposto pela MM. Juíza Corregedora Permanente em sua sentença, por força do artigo 1.829 do Código Civil, o imóvel adquirido pelo casal na constância do casamento, observado o regime legal de bens, pertence em sua totalidade a ambos os cônjuges. A inventário é levado o todo, somente sendo apurada a parte pertencente a cada um com a extinção do condomínio (fls. 81/84).

A transmissão da propriedade de bem dado em garantia real é perfeitamente possível, mantido o ônus que sobre ele recai. Ademais, não se confundem os termos de contrato de seguro, negócio jurídico de caráter pessoal, com as normas de ordem pública que regem o direito sucessório.

Conforme mencionado no parecer da Douta Procuradora de Justiça, citando doutrina sobre a matéria, correto o posicionamento do Oficial de Registro, uma vez que a meação do cônjuge sobrevivente participa do estado indiviso do bem levado à partilha (fl. 105 ).

Por estas razões, a hipótese é de não provimento do recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação nº 0024794-89.2012.8.26.0576**, da Comarca de **São José do Rio Preto**, em que é apelante **MARIA DA GLÓRIA ALVES ALAMINO**, é apelado **1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**.

**ACORDAM**, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**NEGARAM PROVIMENTO**

**AO RECURSO, V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 21. 283**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, SILVEIRA PAULO, SAMUEL JÚNIOR E TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

RENATO NALINI, Relator

**Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS - Carta de Sentença - Imóvel que não mais pertence aos demandados - Transferência de propriedade pelo ingresso anterior de Carta de Adjudicação - Violação dos princípios da disponibilidade e continuidade - Impossibilidade de ingresso no fôlio real - Recurso não provido.**

## VOTO

Trata-se de dúvida apresentada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto, a pedido de Maria da Glória Alves Alamino, em face da negativa de ingresso de Carta de Sentença referente ao imóvel objeto da matrícula nº 97.398.

Foi interposta apelação (fls. 77/82) contra r. sentença que reconheceu a impossibilidade do registro, em razão da quebra do princípio da continuidade registral (fls. 72/73).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 94/95).

É o relatório.

Sustenta a apelante o cabimento do ato, por possuir título judicial expedido nos autos de ação de Obrigação de Fazer, que tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto.

O título judicial submete-se à qualificação registraria como qualquer outro (item 106 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça), não incorrendo em qualquer exame de conteúdo da decisão judicial, sendo tão somente apreciadas as formalidades extrínsecas da ordem e da conexão dos dados do título com o registro (Apelação Cível nº 681- 6/9, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 26.4.07).

A hipótese em julgamento cuida do registro de carta de adjudicação expedida em favor da apelante.

Pelo que se depreende do exame da matrícula nº 97.398, o imóvel foi transmitido, em razão de Carta de Adjudicação expedida pela 1ª Vara da Justiça do Trabalho, em 16 de novembro de 2010, para Anésio José Vetorasso (fls. 7).

Conforme bem observou o zeloso Registrador, o título judicial que favorece a apelante não pode ter ingresso pela ausência de disponibilidade patrimonial, uma vez que o bem não se encontra mais na titularidade dos demandados.

De outra parte, como ressaltado na r. sentença, haveria a quebra do princípio da continuidade caso fosse atendida a pretensão da apelante. A entrada de um título no fôlio real depende de perfeito encadeamento com o registro de origem. Essa rígida sequência afigura-se necessária para assegurar a segurança jurídica.

O D. Procurador de Justiça, em seu parecer, espousa o mesmo entendimento.

Claro está que não se emite juízo de valor acerca da validade ou invalidade da decisão jurisdicional, apenas se coloca a impossibilidade do acesso ao fôlio real por meio do exame formal do título, que fere o princípio da continuidade registral.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação n.º 9000001-81.2012.8.26.0462**, da Comarca de **Poá**, em que é apelante **MUNICÍPIO DE FERRAZ DE VASCONCELOS**, é apelado **OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE POÁ**.

**ACORDAM**, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “**NÃO CONHECERAM DA APELAÇÃO, COM OBSERVAÇÃO, V.U.**”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 21. 332**)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **IVAN SARTORI** (Presidente), **GONZAGA FRANCESCINI**, **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**, **SILVEIRA PAULILO**, **SAMUEL JÚNIOR** E **TRISTÃO RIBEIRO**.

São Paulo, 26 de setembro de 2013.

**RENATO NALINI**, Relator

**Ementa: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA -**

**Impugnação parcial das exigências, falta de prenotação e do título original - Não conhecimento - Cabimento do registro do projeto de regularização fundiária com a averbação das hipotecas e penhoras existentes nas matrículas anteriores, seguindo se a averbação nas matrículas a serem abertas - Recurso não conhecido.**

## VOTO

Apela o Município de Ferraz de Vasconcelos contra a r. sentença<sup>1</sup> que, nos autos do procedimento administrativo de dúvida, indeferiu o cancelamento de hipotecas e penhoras para o registro de projeto de regularização fundiária. Aduz o apelante a possibilidade do registro independentemente do cancelamento dos gravames<sup>2</sup>.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela possibilidade do registro independentemente do cancelamento dos ônus reais, requerendo a conversão do julgamento em diligência para apuração da localização dos lotes<sup>3</sup>.

O processo foi remetido pela Corregedoria Geral da Justiça a este Conselho Superior da Magistratura<sup>4</sup>.

### *É o relatório.*

Houve erro material na r. sentença objeto deste recurso, pois, a dúvida, suscitada de forma inversa, foi julgada procedente e não improcedente como constou, porquanto a decisão teve pela correção da recusa do Sr. Oficial em efetuar o registro sem o cancelamento das hipotecas e penhoras registradas nas matrículas.

Não é possível o conhecimento da dúvida pelas seguintes razões: (i) não houve impugnação de todas as exigências (a fls. 62/63), (ii) não ocorreu a prenotação do título na dúvida inversa e, (iii) não foi apresentado o título original.

Essas situações impedem o conhecimento do recurso em virtude da impossibilidade do registro do projeto de regularização fundiária sem o exame da totalidade das exigências e à falta de prenotação e de apresentação do título original consoante pacífico entendimento deste Conselho Superior da Magistratura (Apelação nº 990.10.325.599-2, Rel. Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, j. 14/12/2010; Apelação nº 990.10.030.839-4, Rel. Des. Marco César Müller Valente, j. 30/06/2010; Apelação nº 0011799-78.2010.8.26.0070, Rel. Maurício Vidigal, j. 07/11/2011, Apelação nº 17-6/0, Rel. Des. Luiz Tâmbara, j.

1 Fls. 95/96.

2 Fls. 100/107.

3 Fls. 110/111.

4 Fls. 114.

7.11.03 e Apelação n. 7.120-0/9, Rel. Des. Sylvio do Amaral, j. 1º.6.87).

Igualmente há prejuízo no exame da conversão do julgamento em diligência conforme requerido pela D. Procuradoria Geral de Justiça.

Apesar do não conhecimento, em razão do caráter administrativo deste processo, passamos a examinar a necessidade do prévio cancelamento das hipotecas e penhoras existentes nas matrículas para registro do projeto de regularização fundiária.

Essa questão é regida pelas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, cujos itens 229.2 e 229.3 e 221, do Capítulo XX, estabelecem:

*229.2. A existência de registros de direitos reais ou constrições judiciais, inclusive as averbações de bloqueios e indisponibilidades, sobre os imóveis não obstará a unificação das áreas e o registro do projeto de regularização fundiária.*

*229.3. Ocorrendo unificação de imóveis de proprietários distintos, o oficial do registro de imóveis, logo após a abertura da matrícula, averbará as parcelas correspondentes aos titulares de domínio ou procederá de conformidade com o previsto no item 240.7, III, juntamente com os ônus e constrições judiciais, legais ou convencionais que sobre elas existirem, independentemente de prévia anuência do beneficiário, do credor, do exequente ou de manifestação judicial.*

*221. O registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária importará na abertura de matrícula para toda a área objeto de regularização, se não houver, e para cada uma das parcelas resultantes do projeto, inclusive dos bens públicos.*

Diante disso, acaso atendidos os demais ditames legais, caberia o registro objeto do registro independentemente do cancelamento das hipotecas e penhoras existentes, as quais deverão ser averbadas na matrícula a ser aberta.

As matrículas descerradas nos termos do disposto no item 221, do Capítulo XX, das NSCGJ, deverão ter averbados os direitos reais e penhoras existentes, competindo aos interessados os atos necessários ao seu levantamento por não ser possível seu cancelamento no âmbito administrativo à falta de determinação legal expressa.

A questão da dificuldade de localização dos lotes para transposição dos gravames e afetação judicial é situação a ser resolvida de forma pontual, observado o fato da averbação do auto de demarcação urbanística incluir atos necessários para facilitar a exata compreensão física da área (NSCGJ, Cap. XX, item 240.2). É incabível a negativa do registro sem a utilização dos meios legais para exata individualização em conformidade ao álbum imobiliário.

Ante o exposto, não conheço da apelação com observação.

## NOTICIÁRIO

**JOSÉ ROBERTO BEDRAN (Desembargador ex-Presidente do Tribunal de Justiça)** - Discurso proferido por ocasião da solenidade de inauguração de seu retrato na galeria de retratos dos ex-Presidentes do Tribunal de Justiça – (Sessão solene de 05.03.13)

Excelentíssimo Senhor Desembargador **IVAN RICARDO GARÍSIO SARTORI**, Digníssimo Presidente desta Corte; Excelentíssimo Senhor Desembargador **JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI**, Digníssimo Vice-Presidente; Excelentíssimo Senhor Desembargador **JOSÉ RENATO NALINI**, Digníssimo Corregedor Geral da Justiça; Eminentíssimo Desembargador **HAMILTON ELLIOT AKEL**, que, com belas e inesquecíveis palavras, falou em nome do Tribunal – as dirigidas a mim só justificadas pela longa relação de amizade e das quais certamente não sou merecedor -, em cujas pessoas peço vênua para saudar e cumprimentar todas as demais autoridades presentes, em particular os Eminentíssimos Desembargadores que compõem o Colendo Conselho Superior da Magistratura.

Os meus cumprimentos e sinceros agradecimentos a todos os demais Desembargadores e Juízes, Procuradores de Justiça e Promotores, Advogados, Defensores Públicos, enfim, a todos os diletos amigos que compareceram para o prestígio desta solenidade.

Uma especial saudação a todos os servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, abnegados trabalhadores e sustentáculo dos serviços públicos forenses que lhe dão afetos, em particular àqueles que por anos atuaram em meu gabinete, Reinaldo, Andréia, Sueli, Gilson e Rodrigo, dos quais guardo as melhores recordações e a quem tributo o mais elevado crédito e a eterna gratidão pelos bons serviços prestados.

No dia 3 de março de 2011, ao assumir a Presidência desta Casa, com a voz embargada pela mesma e profunda emoção de que ora também estou tomado, no momento solene em que o Tribunal Pleno, com sua soberania e autoridade de Colégio Eleitoral, escolhera-me para o seu mais alto cargo, confirmando, com grande comparecimento e sufrágio, convocação de que, sem nunca haver dela antes cogitado, não pude declinar, deixei expresso no singelo discurso então proferido:

“São dois motivos de honra e glória em minha simples vida profissional, de quarenta e dois anos de Magistratura, dezoito dos quais como integrante deste Tribunal de Justiça. A convocação e agora a escolha do meu nome são, sem dúvida, agregadas ao longínquo fato do próprio ingresso na carreira, desde janeiro de 1969, a maior conquista e o mais valioso prêmio que um juiz poderia almejar um dia receber”.

Soma-se, neste evento, a derradeira e mui significativa honraria (a qual, pelo pouco tempo de mandato exercido, quiçá nem a merecesse) de passar a figurar, no tradicional Salão dos Retratos, entre os demais ilustres e luminares Presidentes desta Corte, estes, sim, modelos e exemplos de Juízes a seguir. Pois não se deve nunca olvidar, como afirmou o Aristóteles, que a *“grandeza não consiste em receber honrarias, mas em realmente merecê-las”*.

Senhor Presidente, o galardão que Vossa Excelência e seus Eminentíssimos Pares ora me conferem pela modesta e curta passagem na Presidência deste Tribunal de Justiça, representa, como registro eterno e perenal, a consagração do prêmio já então recebido na coroação de uma carreira de 43 anos de serviços prestados à Magistratura de São Paulo, esta, verdadeiramente, minha segunda família.

Nesta oportunidade, Senhor Presidente, gostaria apenas de lembrar que, se algo de bom ou algum mérito houve no desenrolar de meu curto mandato, tudo se deveu, além da decisiva participação do Egrégio Conselho Superior da Magistratura e do Colendo Órgão Especial, à prestígio colaboração das comissões integradas por denodados desembargadores, ao inestimável trabalho dos excelentes Juízes Assessores do Gabinete da Presidência e de todo o competente pessoal componente da Administração Superior da Corte, aos quais, declinando, em nome de todos, as pessoas do Desembargador CARLOS EDUARDO DONEGÁ MORANDINI, do hoje Juiz Substituto em Segundo Grau HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR e da Secretária ROSANA BARREIRA, rendo a mais sincera e eterna gratidão.

Agora, na inatividade, ao lado de minha esposa Rosely, companheira solidária de todas as jornadas, experimentando o ócio com dignidade de quem logrou alcançar os mais de 70 anos de idade bem vividos – aliás, já se disse, e todos o sabem, que *“envelhecer é o único meio de viver muito tempo”* – só me resta continuar a fruir da bela vida que Deus me proporcionou e cultivar a grande amizade que me dedicam os bons, fiéis e leais amigos que tive a felicidade de conquistar, muitos dos quais me honrando com a distinta presença nesta solenidade. Afinal, como escreveu o grande poeta Mário Quintana e não me canso de sempre repetir, *“a amizade é um amor que nunca morre”*.

“*Valeu a pena?*” É claro que sim, seguro, prontamente respondo à indagação do nobre escritor Fernando Pessoa, bastando lembrar, para tanto, outra erudita e filosófica passagem de sua própria autoria: “às vezes ouço o vento passar: e só de ouvir o vento passar valeu a pena ter nascido”.

Senhor Presidente, encerro estas simples palavras de agradecimento, pedindo vênias para revelar derradeiro e sincero desejo de um feliz septuagenário, que firmemente crê haver tentado cumprir, com amor e dedicação, sua missão profissional: parodiando expressiva e memorável página do cancionário nacional:

*“Eu só quero uma casa de campo onde eu possa plantar meus amigos, meus discos, meus livros... um violão e nada mais...”.*

Muito Obrigado.

05 de março de 2013.

### **HAMILTON ELLIOT AKEL (Desembargador)**

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da solenidade de inauguração do retrato do Desembargador José Roberto Bedran, na galeria de retratos dos ex-Presidentes do Tribunal de Justiça – (Sessão solene de 05.03.13).

Em dezembro de 2011, em sua última participação no Órgão Especial deste Tribunal, que presidia, o Desembargador José Roberto Bedran, depois de indagar o que mais poderia desejar depois de ter ascendido ao cargo maior de nossa Corte, disse:

“Procurei servir à Magistratura como verdadeiro escravo e não sei se fiz tudo o que poderia fazer, mas devo tudo o que foi feito aos meus amigos do Tribunal.”

Afirmou mais, na ocasião:

“Se me for dado o direito de fazer uma última e humilde solicitação, peço que esse Tribunal siga unido em prol do interesse público e dos nossos jurisdicionados. Tenho certeza que isso ocorrerá nessa nova gestão, confio no Sartori, no Franceschini e no Nalini. Meu tempo chegou e nós todos somos

passageiros efêmeros nessa nossa instituição.”

Vejam, amigos, a grandeza da alma de nosso amigo Bedran. Sempre considerado uma das mais brilhantes inteligências do Judiciário Paulista, nunca perdeu a simplicidade do homem interiorano.

Desde o período em que privei de suas lições, nas antológicas sessões plenárias do 1º Tribunal de Alçada Civil do final da década de 80 e no início da de 90, depois no 1º Grupo de Direito Privado e no Órgão Especial, sua palavra era sempre aguardada com ansiedade. Ela servia como o farol que iluminava e tornava mais seguro o caminho que leva à realização da verdadeira Justiça.

Faça-se silêncio, rogávamos. Prestemos atenção: Mestre Bedran vai falar. E suas intervenções realmente eram primorosas, objetivas, definitivas.

Toda sua extensa carreira, que se iniciou em 1969, foi feita dessa maneira. Bedran não era homem dado a pompas, que sempre dispensava, mesmo depois de consagrado Presidente do Tribunal de Justiça. Foi candidato por consagração, depois de intenso convencimento empreendido por todos nós que o conhecíamos, e apesar de sua resistência tenaz.

Assumi a Presidência no momento mais crítico dos últimos anos e, mesmo assim, deu a todos nós, julgadores e jurisdicionados, a confiança e a certeza de que a Justiça paulista estava em boas mãos.

José Roberto Bedran, despojado de arrogância, com a serenidade que não indica timidez, jamais se omitiu na explicação serena e racional daquilo que se fazia e se deveria fazer em benefício da melhor prestação jurisdicional.

Bedran, isso eu sempre afirmei a quem quisesse ouvir, no dia de sua eleição, restaurou a dignidade do Tribunal, que havia sido sombreada não só pelas alevisias de alguns jornalistas mais interessados em desconstruir a imagem do Judiciário do que informar, de um órgão de controle externo midiático e de equívocos administrativos.

Do Anuário da Justiça de São Paulo, edição de 2012, extraio trecho que bem revela sua imagem: “Um raio de luz foi projetado na direção do Palácio da Justiça. O Tribunal ficou mais visível e transparente. O holofote tornou a corte paulista mais presente na vida da sociedade”.

Com coragem, Bedran assumiu a resolução que tratou os processos da chamada Meta 2, o que de certa forma atraiu ressentimento daqueles que

tiveram de prestar contas de sua atuação jurisdicional e adequa-la aos padrões aceitáveis.

Sempre pensou, contudo, na instituição, não em si mesmo.

A Justiça de São Paulo tem no nome de José Roberto Bedran um verdadeiro ícone, exemplo de magistrado, de modelo padrão.

Obrigado Bedran. Pela seriedade, pela dedicação, pela coerência, pelo brilho, pela humildade e pela amizade.

Obrigado por ter existido no Tribunal de Justiça de São Paulo.

**JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Desembargador)** - Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Walter Cesar Incontri Exner, Dácio Tadeu Viviani Nicolau, Carlos Eduardo Pachi, Edison da Silva Martins Pinto, Alberto Marino Neto, Oscild de Lima Júnior, Alex Tadeu Monteiro Zilenovski e Osvaldo Palotti Júnior. (Sessão solene de 30.07.12)

Excelentíssimo Senhor Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, na pessoa de quem peço licença para saudar todos os integrantes da mesa e demais autoridades já nomeadas pelo cerimonial.

Acrescento à minha saudação os Magistrados presentes, os membros do Ministério Público, os senhores advogados, os senhores Serventuários, os convidados e familiares dos empossandos.

Excelentíssimas Senhoras e Senhores.

Senhor Presidente, tive a subida honra de receber de Vossa Excelência a delegação de saudar os novos Desembargadores. Não fosse gratificante, por si só, essa honrosa incumbência, devo registrar que a recebo também como um régio presente porque vou falar de amigos e, portanto, vou falar com o coração.

Se fracassar na missão pela expectativa de uma oratória apurada, prometo que a compensação virá, ao menos, pela virtude da brevidade. De qualquer modo, Senhor Presidente, agradeço muitíssimo a confiança em mim depositada pela nímia gentileza da escolha.

Pois bem. Nesse cenário de imensa e contagiante alegria, nosso glorioso

Tribunal de Justiça abre suas portas para receber oito novos desembargadores que, merecidamente, ascendem ao mais elevado grau da carreira da magistratura estadual. Falo das pessoas dos Excelentíssimos Senhores ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI, WALTER CESAR INCONTRI EXNER, OSVALDO PALOTTI JÚNIOR, ALBERTO MARINO NETO, EDISON DA SILVA MARTINS PINTO, DÁCIO TADEU VIVIANI NICOLAU, CARLOS EDUARDO PACHI e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

O Desembargador Alex Tadeu tomou posse como Juiz Substituto em São Bernardo do Campo em 1986. Passou pelas comarcas de Bilac, Mogi das Cruzes (Foro Distrital de Guararema), Barueri (Foro Distrital de Carapicuíba), novamente São Bernardo do Campo e, finalmente, promovido, em entrância final, para a 11ª Vara Criminal.

O Desembargador Walter Exner tomou posse como Juiz Substituto em 1985. Como tal, julgou nas comarcas de Americana e Santo André. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Socorro, Taboão da Serra, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 22ª Vara Criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Osvaldo Palotti Júnior tomou posse em 1983. Juiz Substituto na comarca de Araçatuba, posteriormente nas comarcas de Ribeirão Bonito, Pirassununga, Juiz Auxiliar na Capital e, em entrância final, foi promovido para a 9ª Vara Criminal e removido para a 17ª Vara também criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2007.

O Desembargador Alberto Marino Neto tomou posse em 1985. Juiz Substituto nas comarcas de Registro e Osasco, posteriormente nas comarcas de São Bento do Sapucaí, Barueri (Foro Distrital de Carapicuíba), Diadema e Juiz Auxiliar na Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Criminal do foro Regional de Itaquera e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do mesmo Regional. Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Edison da Silva Martins Pinto tomou posse como Juiz Substituto em 1987. Como tal, julgou na comarca de Guaratinguetá. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Cananéia, Itapeva, Itapeçerica da Serra, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Viviani Nicolau tomou posse como Juiz Substituto em 1985. Como tal, julgou na comarca de Santos. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Buritama, Mogi Guaçu, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 29ª Vara Criminal. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Carlos Eduardo Pachi tomou posse como Juiz



Substituto em 1985. Como tal, julgou na comarca de Amparo. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Itapetininga, FD São Miguel Arcanjo, FD Embú Guaçu, em entrância final, foi promovido para a 20ª Vara Cível e removido para a 3ª Família e Sucessões de Santo Amaro. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2006.

O Desembargador Oscild de Lima Júnior tomou posse como Juiz Substituto em 1986. Como tal, julgou na comarca de Guarulhos. A partir daí, já como Juiz de Direito, passou pelas comarcas de Guariba, Palmital, veio auxiliar na comarca da Capital e, em entrância final, foi promovido para a 2ª Vara Criminal foro Regional de Santo Amaro e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do mesmo Regional. Juiz Substituto em 2ª Grau a partir de 2007.

Como se vê, são Magistrados experientes e que conhecem de perto e largamente os dramas humanos nas suas multifacetadas apresentações. Ao longo de suas vitoriosas carreiras, depararam-se, não raro, com torturantes inquietações intelectuais na difícil missão de julgar. Jurisdicionados, sedentos de justiça, batem às portas do Judiciário, cotidianamente, trazendo conflitos patrimoniais e extrapatrimoniais, familiares, empresariais, ambientais, fazendários, etc.; questões criminais também se apresentam e carregam em si o clamor do réu pela sua inocência, colocando no lado oposto, a um só tempo, a expectativa da vítima de que não sofrerá ainda mais pelo insuperável sentimento de impunidade. O hipossuficiente também tem voz e vez, e é protegido do massacre do poder econômico.

Eis alguns exemplos da prestação jurisdicional para a qual Vossas Excelências foram exemplarmente escolhidos, porque detêm a vocação para o justo e dela nunca se apartaram. Esta vocação pressupõe a coragem moral para decidir, liberdade intelectual para agir, e o dom de reunir as experiências hauridas ao longo da carreira para transformá-las em aprimoramento da cultura jurídica. Por isso, Vossas Excelências estão hoje mais sábios, porque não apostaram corrida com o tempo.

Tais qualidades traduzem a riqueza maior que é o merecimento desse momento mágico e único. A posse de Vossas Excelências, estejam certos, passa a compor a história deste Tribunal e marca, por conta da moldura ética e dos predicamentos morais e profissionais que ornamentam o currículo de cada qual, a festiva data de hoje.

Penso que Vossas Excelências, ao olharem pelo retrovisor da vida, estejam a recordar desde os momentos da fase de preparação para o concurso, da espera pelo resultado, de cada degrau cuidadosa e responsabilmente construído, do ingresso até o topo agora merecidamente alcançado. Quantas lembranças, quantas histórias, quantos dramas, quantos recolhimentos! A magistratura,



certamente, é a mais solitária das profissões, por isso que merece um registro especial a importância que tem os familiares dos magistrados na construção de suas carreiras. Renúncia ao convívio pleno e compreensão, para dizer o mínimo. Justo, pois, o compartilhamento maior com a família desse momento em que corações alegres se juntam para esse instante de celebração.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, confiante nesses valores, reúne-se aqui e agora para esse preito solene, na certeza de que Vossas Excelências conservarão, tal qual um iniciante, o fervor da justiça como fator da vida em comunidade. Essa justiça que é tão necessária para todos e que por isso superou séculos e milênios. São chamados agora para compor este Tribunal. Judicarão em segunda instância, experiência já iniciada por alguns. Não é demais relevar, todavia, que é grave a responsabilidade de reexaminar questões já decididas em primeiro grau, sobretudo pela qualidade dos Magistrados que receberam as demandas em seu estado bruto, lapidaram-nas com processamento escorreito, e lhes deram sentido e qualidade em seus pronunciamentos jurisdicionais.

Vencedor ou vencido, cada voto de Vossas Excelências virá com selo de qualidade que dá grandeza ao nosso Tribunal e o coloca em posição de destaque no cenário jurídico nacional.

Sejam bem-vindos senhores Desembargadores. Contem sempre com a estrutura de nosso Tribunal, que, a despeito das reconhecidas carências materiais, dispõe de um exército qualificado de servidores que os ajudará a dar dignidade à jurisdição, certos de que os jurisdicionados são os destinatários maiores de nossas melhores atenções. Contem também com a retaguarda segura da nossa mais alta administração.

Que Deus ilumine Vossas Excelências, pois, no cumprimento dessa nova etapa que hoje se inicia, propiciando, igualmente, a saúde necessária para o enfrentamento da enorme carga de trabalho.

Muitíssimo Obrigado.

**DÁCIO TADEU VIVIANI NICOLAU (Juiz Substituto em Segundo Grau) -** Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome e em nome dos demais empossantes Desembargadores Walter Cesar Incontri Exner, Carlos Eduardo Pachi, Edison da Silva Martins Pinto, Alberto Marino Neto, Oscild de Lima Júnior, Alex Tadeu Monteiro Zilenovski e Osvaldo Palotti Júnior. - (Sessão solene de 30.07.12).

São Paulo, 30 de julho de 2012.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE IVAN RICARDO GARISIO SARTORI.

PEÇO LICENÇA PARA, NA PESSOA DE VOSSA EXCELÊNCIA, SAUDAR AS AUTORIDADES AQUI PRESENTES, JÁ NOMINADAS.

MEUS SENHORES, MINHAS SENHORAS.

AGRADEÇO A GENTILEZA DAS PALAVRAS DO EMINENTE DESEMBARGADOR JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, QUE FALOU EM NOME DESTES TRIBUNAL.

AGRADEÇO AOS COLEGAS EMPOSSANDOS PELA ESCOLHA PARA FALAR NESTA CERIMÔNIA DE POSSE E ESPERO REFLETIR, EM LINHAS GERAIS, O SENTIMENTO DE TODOS.

SENHOR PRESIDENTE: RENOVAMOS, NESTA DATA, O COMPROMISSO DE TRABALHAR COM DEDICAÇÃO E SERIEDADE E TENTAR VENCER O ANGUSTIANTE DESAFIO DE PRODUZIR CADA VEZ MAIS, SEM COMPROMETER A SEGURANÇA E A JUSTIÇA DESSES JULGAMENTOS.

EMOCIONADOS COM ESTA “CONSAGRADORA HONRARIA” CONCEDIDA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, NAS PALAVRAS DO NOSSO QUERIDO POETA PAULO BONFIM, AGRADECEMOS A TODOS AQUELES QUE NOS AJUDARAM NESSE CAMINHO: PAIS, FILHOS, FAMILIARES, AMIGOS, PROFESSORES, ADVOGADOS, PROCURADORES DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS, DEFENSORES PÚBLICOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA COM QUEM TRABALHAMOS, FUNCIONÁRIOS DESTES TRIBUNAL, COLEGAS DE TRABALHO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA E DESEMBARGADORES QUE NOS RECEBERAM DE FORMA FRATERNAL.

AGRADECEMOS AOS INTEGRANTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL E DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, PELA CONFIANÇA QUE NOS FOI DEPOSITADA.

FAÇO UM AGRADECIMENTO ESPECIAL À MINHA ESPOSA CLAUDIA, FONTE DA MINHA ALEGRIA E, REPRESENTANDO OS COLEGAS HOJE HOMENAGEADOS, UM AGRADECIMENTO ÀS SUAS RESPECTIVAS ESPOSAS, AQUI PRESENTES, COMPANHEIRAS SEM AS QUAIS NADA SERIA POSSÍVEL.

REFLETINDO SOBRE O QUE DIZER, NUM MOMENTO COMO ESSE, DE CHEGADA, LEMBREI-ME DE UM MOMENTO OPOSTO, DE PARTIDA.

É TRADIÇÃO DESTES TRIBUNAL E DE SEUS MEMBROS A

PRESTAÇÃO DE UMA HOMENAGEM AO COLEGA QUE SE APOSENTA. TRATA-SE DE CERIMÔNIA SINGELA, EM REGRA REALIZADA POR OCASIÃO DA ÚLTIMA SESSÃO DE JULGAMENTO DA QUAL PARTICIPARÁ O HOMENAGEADO. ENQUANTO A CERIMÔNIA DE CHEGADA DOS NOVOS DESEMBARGADORES É SOLENE E FESTIVA, A DESPEDIDA É MAIS SIMPLES, POIS TALVEZ REFLITA A TRISTEZA DO AFASTAMENTO.

EM DETERMINADA OCASIÃO, SAINDO DE CASA PARA PARTICIPAR DE UMA DESSAS “SESSÕES DE DESPEDIDA”, UMA FOTOGRAFIA PUBLICADA NO JORNAL DESPERTOU MINHA ATENÇÃO.

UM JOGADOR DE FUTEBOL, APÓS MARCAR UM GOL, CORRIA EM DIREÇÃO À TORCIDA DE SEU TIME. A FOTOGRAFIA MOSTRAVA A REAÇÃO DOS TORCEDORES: HOMENS, MULHERES E CRIANÇAS NUMA EXPLOSÃO DE ALEGRIA, FELICIDADE E EMOÇÃO.

A FOTOGRAFIA ME LEVOU A PENSAR QUE AQUELE COLEGA QUE NAQUELE DIA PARTICIPARIA DE SUA ÚLTIMA SESSÃO DE JULGAMENTO, COMO MAGISTRADO, PROVAVELMENTE JAMAIS HAVIA PRESENCIADO, COMO RESULTADO DE SEU TRABALHO, UMA CENA SEMELHANTE ÀQUELA, INVEJÁVEL PELA ALEGRIA PRODUZIDA.

AQUELES QUE, COMO NÓS, MAGISTRADOS, ADVOGADOS, PROCURADORES DO ESTADO, PROMOTORES DE JUSTIÇA, PARTICIPARAM DE MILHARES DE AUDIÊNCIAS, AO LONGO DESSAS DÉCADAS DE TRABALHO, SABEM QUE AS REAÇÕES DAS PARTES E TESTEMUNHAS NORMALMENTE SÃO OUTRAS: TRISTEZA, MEDO, TIMIDEZ, RAIVA, DESÂNIMO, ÓDIO E, POR VEZES, UMA DISCRETA ALEGRIA.

EVIDENTEMENTE, NÃO É POSSÍVEL COMPARAR O ESPORTE E O LAZER COM A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

É COMPREENSÍVEL QUE A ATIVIDADE DO JUIZ, PELA SUA PRÓPRIA NATUREZA, NÃO PROVOQUE AS MESMAS REAÇÕES MOSTRADAS POR AQUELA FOTOGRAFIA.

NA VERDADE, O ATO DE JULGAR ESTÁ RELACIONADO, EM GRANDE PARTE, AO ATO DE NEGAR.

ABORDANDO APENAS UM DOS ASPECTOS DESSA ATIVIDADE, DE FORMA SIMPLES E DESPRETENSIOSA, CONVÉM FAZER UMA INDAGAÇÃO.

QUANTAS VEZES, AO LONGO DA CARREIRA, O JUIZ É FORÇADO A DIZER ‘NÃO’?

NÃO AO AUTOR; NÃO AO RÉU; NÃO A AMBOS; NÃO AO ADVOGADO OU AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

E É FORÇOSO RECONHECER QUE NÃO SE TRATA DE UMA NEGATIVA RÁPIDA. EM REGRA, TRATA-SE DE UM ‘NÃO’ DEMORADO, POR VEZES TARDIO, CUSTOSO E PROVISÓRIO, SUJEITO AINDA A UM ‘NÃO’ DE UMA INSTÂNCIA SUPERIOR.

O PADRE ANTÔNIO VIEIRA, NUM DE SEUS SERMÕES, NOS DÁ UMA PRECIOSA EXPLANAÇÃO SOBRE O SIGNIFICADO DA PALAVRA ‘NÃO’.

EM POUCAS PALAVRAS, AFIRMA QUE: “TERRÍVEL PALAVRA É UM NON. NÃO TEM DIREITO NEM AVESSO: POR QUALQUER LADO QUE O TOMEIS, SEMPRE SOA E DIZ O MESMO. LEDE-O DO PRINCÍPIO PARA O FIM, OU DO FIM PARA O PRINCÍPIO, SEMPRE É NON. (...) POR QUALQUER PARTE QUE TOMEIS SEMPRE É SERPENTE, SEMPRE MORDE, SEMPRE FERRE, SEMPRE LEVA O VENENO CONSIGO. MATA A ESPERANÇA, QUE É O ÚLTIMO REMÉDIO QUE DEIXOU A NATUREZA A TODOS OS MALES. NÃO HÁ CORRETIVO QUE O MODERE, NEM ARTE QUE O ABRANDE, NEM LISONJA QUE O ADOCE. POR MAIS QUE O CONFEITEIS UM NÃO SEMPRE AMARGA; POR MAIS QUE O ENFEITEIS SEMPRE É FEIO; POR MAIS QUE O DOUREIS SEMPRE É DE FERRO. (...) PORQUE DIZER NÃO A QUEM PEDE, É DAR-LHE UMA BOFETADA COM A LÍNGUA. TÃO DURA, TÃO ÁSPERA, TÃO INJURIOSA PALAVRA É UM NÃO. (...) E SE UM NÃO É TÃO DURO PARA QUEM O OUVI, CREIO QUE NÃO É MENOR A SUA DUREZA PARA QUEM O DIZ; E TANTO MAIS QUANTO MAIS GENEROSO FOR O CORAÇÃO, E MAIS SOBERANO O ÂNIMO QUE O HOVER DE PRONUNCIAR”. (SERMÃO DA TERCEIRA QUARTA-FEIRA DA QUARESMA, ANTÔNIO VIEIRA, SERMÕES, EDITORA HEDRA, SÃO PAULO, 2003, PÁG. 250).

É NATURAL QUE O ATO DE JULGAR, EM PARTE ASSOCIADO À NEGAÇÃO DAQUILO QUE SE PEDE, PROVOQUE REAÇÕES MAIS CONTIDAS E MENOS ALEGRES.

NÃO TENHO A ILUSÃO DE QUE AS DECISÕES DESTES TRIBUNAL POSSAM PROVOCAR A MESMA ALEGRIA MANIFESTADA POR AQUELES TORCEDORES. MAS DESEJO QUE ESSAS DECISÕES, COM A PARTICIPAÇÃO DOS NOVOS DESEMBARGADORES, HOJE HOMENAGEADOS, LEVEM AOS JURISDICIONADOS A CRENÇA DE QUE HÁ JUÍZES EM SÃO PAULO E QUE SÃO PESSOAS HONESTAS, TRABALHADORAS, PREPARADAS E PREOCUPADAS COM A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

SENHOR PRESIDENTE: ESSE É O PERFIL DO NOSSO TRIBUNAL



E ESSE O MOTIVO DO NOSSO ORGULHO, DE NELE INGRESSAR, AGORA NA CONDIÇÃO DE DESEMBARGADORES.

AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, QUE NOS RECEBEU COM UM 'SIM', O NOSSO AGRADECIMENTO.

AOS SENHORES E SENHORAS QUE NOS HONRARAM COM SUA PRESENÇA E ATENÇÃO, MUITO OBRIGADO.

VIVIANI NICOLAU

**CANDIDO PEDRO ALEM JUNIOR (Desembargador)** - Carta de aposentadoria dirigida ao Exmo. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 2012.

Senhor Presidente,

O Diário Oficial de hoje publicou o ato de minha aposentadoria.

Como é da tradição do Poder Judiciário bandeirante trago a minha despedida que não pode deixar de ter reverências de gratidão.

Natural de Ribeirão Preto e criado em Catanduva onde meus queridos pais Candido e Elvira e tios tinham escola, recebi com meus irmãos rígida e profunda formação humanística que procurei transmitir aos meus filhos. A eles e aos meus irmãos que sempre me ajudaram, eterna gratidão.

Algumas pessoas, pela bondade, tolerância e dedicação marcaram a minha vida antes e durante a carreira como o Dr. Luiz Correa Fragoso, que fora juiz de direito e já advogava, o desembargador Hildebrando Dantas de Freitas e seu sobrinho, o desembargador Luiz Sérgio de Mello Pinto, cuja casa frequentava, o amigo e bondoso desembargador Felizardo Calil que me orientava e, já na carreira, o desembargador José Luiz Fonseca Tavares, amigo de meu tio dr. Alem, de Campos do Jordão que, com sua paciência e dedicação me ajudou, e o então juiz de direito Reynaldo Galli, meu irmão e compadre, que me acolheu e a minha esposa, no convívio familiar, quando chegamos a Dracena.

Ao longo da carreira conheci bons e dedicados magistrados, muitos deles solidários e amigos com quem pude contar nos mais diversos momentos. A todos eles meu reconhecimento e a minha eterna gratidão.

Nesta longa caminhada conheci bons, cultos, lutadores e dedicados advogados, cujas amizades me honraram.

Os dedicados e respeitosos serventuários e funcionários, muitos deles amigos, solidários e leais, jamais serão esquecidos.

Foi uma honra integrar o Poder Judiciário deste Estado de São Paulo, assumindo as Comarcas de Dracena, Buritama, Santa Cruz do rio Pardo e Campinas, “Fórum” da Lapa e extintos TACRIM e 1º TAC. Neste, a então 6ª Câmara resultou na 16ª Câmara deste Tribunal, onde foram reunidos os colegas, solidários e dedicados, como o querido Farah que já partiu para o oriente eterno.

Sempre me dediquei ao trabalho, e procurei fazer justiça. Não medi esforços para o trabalho, tendo chegado a deixar minha querida esposa internada na UTI em hospital de Ribeirão Preto, e quando participava de sessão de julgamento recebi um telefone pra ir sepultá-la. A eterna gratidão aos amigos, inclusive aos colegas da 6ª Câmara de Direito Privado que me confortaram.

Aos antigos colegas das 15ª e 16ª Câmaras, pela compreensão, tolerância e solidariedade, a minha gratidão.

Nestes últimos anos tive a honra de conviver diariamente com os cultos e dedicados amigos e colegas desembargadores e juízes de direito do prédio “9 de Julho”, onde se localizava o meu gabinete, assim como os dedicados e amigos funcionários. Deles levarei eterna saudade.

Aos meus filhos, de quem me orgulho e amo, sempre procurei dar o melhor exemplo. Da minha querida esposa Lourdes Aparecida Chediek Alem, trago o orgulho e a saudade.

Deixo a toga honrada da Magistratura bandeirante com a convicção de dever cumprido.

Os ideais que me levaram à judicatura permanecem.

Aos eminentes desembargadores e juízes de direito que ficam, que Deus, o Grande Arquiteto do Universo, a todos proteja e oriente.

A Vossa Excelência, a quem admiro, o meu mais elevado respeito.

Candido Pedro Alem Junior

Desembargador

**PAULO EDUARDO RAZUK (Desembargador)** - Discurso proferido por ocasião da Solenidade de Posse dos Juízes Substitutos do 183º Concurso de Ingresso à Magistratura. Discurso proferido em nome da Comissão do Concurso - (Sessão Solene de 04.10.12)



Estamos aqui reunidos para dar posse aos novos magistrados, aprovados no 183º Concurso de Ingresso na Magistratura Paulista.

O edital de abertura fora publicado na imprensa oficial em 7 de dezembro de 2010.

A Comissão de Concurso fora constituída pelo Des. José Renato Nalini (Presidente), pelo Des. José Carlos Xavier de Aquino (Seção de Direito Público), pelo Des. Antonio Carlos Tristão Ribeiro (Seção de Direito Criminal), por mim (Seção de Direito Privado) e pelo Dr. Manoel Alceu Affonso Ferreira (representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo), posteriormente substituído, em razão de impedimento, pelo Dr. Antonio Penteado Mendonça, Presidente da Academia Paulista de Letras.

Em virtude de haverem sido eleitos para os cargos de Corregedor Geral de Justiça e de Presidente da Seção Criminal, os Desembargadores Nalini e Tristão afastaram-se da Comissão antes da prova oral. Assumiu a Presidência o Des. Xavier de Aquino e passaram a integrá-la os Desembargadores Ricardo Henry Marques Dip (Seção de Direito Público) e Fernando Torres Garcia (Seção Criminal).

Durante o exame oral, revezaram-se nas provas o Dr. Antonio Penteado Mendonça e o Dr. Paulo Hamilton de Siqueira, pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, que lá estavam para participar do certame e para fiscalizá-lo.

Todos os componentes da Comissão são operadores do Direito há longo tempo, pós-graduados e com experiência docente, que os habilita à tarefa de que foram incumbidos.

O Concurso compôs-se das seguintes fases: I – prova objetiva seletiva; II – prova escrita discursiva; III – prova escrita de prática de sentença; IV – exame psicotécnico; V – exame oral e VI – avaliação de títulos.

A prova objetiva seletiva teve cem questões de múltipla escolha, com cinco alternativas cada questão, versando sobre os diversos ramos do direito. À ela compareceram 11.787 candidatos, tendo sido aprovados 711, com fixação da nota de corte em 72 respostas certas.

A primeira prova escrita compôs-se de uma dissertação e de cinco questões discursivas. Compareceram 683 candidatos, tendo sido aprovados 333.

A segunda prova escrita desdobrou-se em prática de sentença civil e de sentença penal. À primeira compareceram 327 candidatos e à segunda 325. Foram aprovados 218, que tiveram de submeter-se ao exame psicotécnico.

À prova oral foram 210 candidatos. A arguição desprezou a memorização, valorizando a capacidade de raciocínio, a cultura geral e a cultura jurídica dos candidatos.

Após o exame oral, todos os candidatos, de maneira isonômica, foram submetidos a entrevista reservada, como previsto no art. 30 do Regulamento do Concurso, editado em 24.08.2005 pelo Tribunal de Justiça, entrevista que é tradição dos concursos de ingresso na Magistratura e no Ministério Público de São Paulo.

Ao final foram aprovados 70 candidatos, cujos títulos foram avaliados, para aferição da média final, tendo sido o resultado homologado pelo Órgão Oficial do Tribunal de Justiça em 09.05.2012.

Dos 70 aprovados, 42 são do sexo masculino e 28 do feminino, o que perfaz os percentuais de 60% e 40% respectivamente.

Dentre eles, 15 são naturais de outros Estados da Federação. Atualmente, 13 residem fora do estado de São Paulo.

Da lista dos aprovados, verifica-se a mais ampla diversidade de origem, o que reflete a pluralidade da sociedade brasileira.

Dentre as faculdades que mais tiveram candidatos aprovados, destacam-se a USP (17), a PUC (9) e o Mackenzie (5), o que também tem se verificado nos exames da OAB-SP e nos diversos concursos para carreiras públicas realizados em São Paulo.

O resultado do concurso reflete o mérito dos candidatos, de acordo com as provas a que foram submetidos.

Os senhores deixarão este salão ungidos e armados cavaleiros e damas para o exercício da jurisdição, já calejados por um pleito jurídico do qual saíram vitoriosos.

Foi reconhecido o direito dos candidatos aprovados à nomeação, não havendo evidência de preconceito, privilégio ou favorecimento de qualquer ordem. Também não se vislumbrou dúvida quanto à idoneidade, honradez e espírito público da banca examinadora.

Queremos agradecer o apoio incondicional do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Des. Ivan Sartori e dos Juizes Auxiliares da Presidência, Doutores Guilherme de Macedo Soares e Rodrigo Capez. A eles nosso reconhecimento.

Outrossim, agradecemos o apoio da Procuradoria Geral do Estado e da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, em especial da Procuradora do estado Dra. Mirian Kiyoko Murakawa e do Dr. Brás Martins Neto, meu colega da turma de 1973 da Arcadas, a quem muito devemos.

Há quem questione a nossa autoridade por não sermos eleitos por voto popular. Falácia!

Em primeiro lugar, “o poder resulta da própria natureza da sociedade, e, portanto, da natureza humana, pois o homem é um ser naturalmente social. Por



isso mesmo decorre de uma ordenação de Deus, autor da natureza. A existência do poder em qualquer sociedade é, pois, legítima, prende-se à essência da sociedade, que sem ele não pode subsistir. Aí está a legitimidade fundamental, a legitimação do poder em si mesmo considerado. Todo poder vem de Deus – ensina São Paulo: *non est potestas nisi a Deo* (Romanos, XIII, I)<sup>1</sup>.

Em segundo lugar, legitimidade do poder comporta dois aspectos: legitimidade de origem e de exercício. Quanto à origem, a investidura dos juízes é conforme a Constituição e as leis da Nação. No que diz respeito ao exercício, a legitimidade se dá pela atuação em prol do bem comum, ou seja, a paz ou tranquilidade da ordem e a garantia dos direitos de cada um. O poder político torna-se ilegítimo desde que, deixando de ser ordenado ao bem comum, se transforma em um instrumento de opressão. O poder legítimo é, pois, um poder limitado, isto é, limitado pelo fim que constitui a sua razão de ser. Nisso está a legitimidade de exercício, que não pode coincidir com a legitimidade de origem. Adaptando a fórmula da monarquia visigótica: *judex eris si recta facies, si recta non facies non eris* (serás juiz enquanto procederes retamente, fora disso não)<sup>2</sup>.

Não se deixem seduzir pela grotesca imagem que Montesquieu traça do juiz: “a boca que pronuncia as palavras da lei, o ser inanimado que não pode moderar nem sua força nem seu rigor”.

Enganosa é a redução da sentença, segundo esquemas da lógica formal, a puro silogismo, em que a premissa maior é a norma, a menor é o pressuposto de fato, e a conclusão, a sentença<sup>3</sup>.

A decisão judicial nunca é a conclusão necessária de um silogismo, mas sempre uma decisão que, como tal, pressupõe a possibilidade de optar por uma ou outras soluções. A essência da função jurisdicional é traduzir o comando abstrato da norma no comando concreto entre as partes. Essa atividade desdobra-se em três operações: a averiguação do estado de fato objeto da controvérsia, a determinação da norma jurídica aplicável e a pronúncia do resultado jurídico derivado da subsunção do estado de fato aos princípios jurídicos: a norma individual<sup>4</sup>.

Não reduzam o Direito à norma abstrata, visto que a estrutura essencial da experiência jurídica é tridimensional. O Direito não é puro fato, nem pura norma, mas o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por

---

1 José Pedro Galvão de Souza, *Iniciação à Teoria do Estado*, 2ª Ed., p. 35/36, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.

2 Galvão de Souza, op. Cit., p. 95/98.

3 Gonzalo Rodrigues Mourullo, *Aplicacion judicial del derecho y logica de la argumentacion jurídica*, p. 14, Civistas, Madrid.

4 Hamilton Elliot Akel, *O Poder Judicial e a Criação da Norma Individual*, p. 21, Saraiva, São Paulo, 1995.



uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores<sup>5</sup>.

Interpretar a norma é descobrir o seu significado jurídico, de que ela é apenas expressão verbal. Mas o resultado da interpretação não pode desaguar, pelo culto da forma, em um *fiat lex pereat mundus*. O sentido da norma, que a interpretação procura relevar, é o seu significado como ato valorativo, como valoração da conduta humana em função do valor supremo da justiça<sup>6</sup>.

Em dezembro de 1977 fui aprovado no 143º Concurso de Ingresso na Magistratura Paulista, pela Comissão composta pelos Desembargadores Adriano Marrey (Presidente), Mário Hoepner Dutra e Pedro Barbosa Pereira e pelo Conselheiro José de Castro Bigi, representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Em janeiro de 1978 tomei posse do cargo de Juiz Substituto perante o Des. Acácio Rebouças, Presidente do Tribunal. Coube-me a oração pelos novos juízes.

Passados quase trinta e cinco anos, foi uma grande honra ter integrado a banca examinadora e saudar os colegas que agora ingressam na carreira.

Sejam felizes!

**MARINA BALESTER MELLO DE GODOY** - Discurso proferido por ocasião da Solenidade de Posse dos Juízes Substitutos do 183º Concurso de Ingresso à Magistratura. Discurso em seu nome e também dos empossandos - (Sessão Solene de 04.10.12)

Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes.

Prezados Colegas

Queridos familiares e amigos

A solenidade da posse dos novos magistrados paulistas acontece hoje, agora, dia 04 de outubro de 2012. Porém, esta posse está **atrasada**. Não era para ser hoje, ontem ou no mês passado. Tampouco era para ter ocorrido há quatro meses. A nossa posse **já aconteceu faz tempo**. Aconteceu no dia em decidimos ser juízes. No dia em que resolvemos envidar **todos os nossos esforços** para ingressar nos quadros da magistratura paulista. Neste dia, **cada um** se A-POS-

5 Miguel Reale, teoria Tridimensional do Direito, 3ª ed., p. 58, Saraiva, São Paulo, 1980.

6 J. Flóscolo da Nóbrega, Introdução ao Direito, 4ª ed., p. 197/200, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1968.

SOU de uma ideia e iniciou uma luta para concretizá-la.

No meu caso, a ideia surgiu como aquela do personagem Brás Cubas de Machado de Assis. Uma ideia que, depois de tantas cabriolas, abri os braços, deu um grande salto do trapézio da minha cabeça, até ser definitivamente agarrada, e se tornar uma **ideia fixa**. Disse Machado de Assis que é a ideia fixa que faz as pessoas fortes ou doidas. Acho que a ideia fixa me deu forças.

Não há como driblar a vocação. Nós não conseguimos, tanto que estamos aqui, depois de muita dedicação, persistência e renúncias.

Lutamos durante **anos** de nossas vidas para que o dia de hoje finalmente chegasse. O dia chegou, mas a luta não acabou.

Na verdade, a luta começa **agora** e as batalhas se renovam a cada dia.

Em tempos de descrédito do Poder Judiciário, em que se questiona a legitimidade de decisões de seus órgãos, reclama-se da lentidão dos julgamentos e manifesta-se a insatisfação por decisões supostamente injustas, urge realizarmos uma reflexão sobre o papel do magistrado, especialmente aquele a que a sociedade almeja, sem que se comprometa a sua independência e imparcialidade.

Não se olvidando dos escopos jurídico e político da função jurisdicional, há de se atentar às finalidades que, atualmente, entendo como as mais importantes: a de pacificação e educação sociais.

Iniciemos a carreira com a consciência de que trabalhamos para a sociedade e estamos aqui para servi-la. Para tanto, temos que atuar com transparência e simplicidade; compreender que cada conflito tem a sua relevância e que a dor do próximo é para ele a maio de todas. Não vamos nos perder em uma linguagem rebuscada e confundir imparcialidade com isolamento. Não nos deixemos tomas pela arrogância, tampouco nos influenciar por interesses escusos.

É tempo de trabalharmos para garantir efetivamente a tão falada tutela jurisdicional justa e tempestiva; utilizarmos o processo como **instrumento** de educação da população e **meio** para a pacífica convivência em sociedade.

É necessário, pois, que, a cada dia, demonstremos que somos dignos do poder que a Constituição Federal nos conferiu, para mantermos a sua legitimidade e credibilidade.

Na solenidade de escolha das circunscrições, realizada no dia 24, o Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, ressaltou a importância do juiz na construção de um bom relacionamento com os membros do Ministério Público, os advogados e os servidores. Corroboro tais palavras e acrescento que a boa convivência se inicia com o cumprimento de nosso **DEVER** de tratar com urbanidade e cortesia **todos** os operadores do Direito, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e advogados, bem como servidores, partes, vítimas

e testemunhas. Não adquire respeito aquele que não respeita o próximo.

Tive a oportunidade de integrar a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado de São Paulo, instituições **essenciais** à concretização da Justiça. Em ambas conheci pessoas dedicadas, competentes e prestativas. Aprendi muito com cada uma delas e tenho certeza de que aproveitarei suas lições na magistratura. Conviver com profissionais que trabalhavam com satisfação e paixão foi um incentivo para que eu buscasse também a minha vocação e persistisse na realização de meu objetivo, ingressar na magistratura paulista. Transmito, pois, a minha profunda gratidão pelos ensinamentos dos Procuradores e Promotores de Justiça e Defensores Públicos com quem convivi e trabalhei, e ainda ei de reencontrar nos fóruns da vida.

Colegas, a luta é constante, mas não há como negar que a nossa aprovação em um dos concursos públicos de maior complexidade do país, que durou quase dois anos, é a vitória da primeira batalha. E essa conquista somente foi possível porque, certamente, tivemos ao nosso lado guerreiros fiéis: familiares e amigos. Sem o apoio, a compreensão, o incentivo e a paciência deles a nossa ideia sofreria uma queda do trapézio e iria esvanecer. Por isso, tenho o dever de agradecer, do fundo meu coração, cada familiar e amigo querido que tornou possível esse momento.

E eu, particularmente, faço agora agradecimento especial aos meus pais, Maria Cecília e Luiz Antonio, e às minhas irmãs, Luciana e Silvana, por acreditarem na minha ideia fixa e me ajudarem a sustenta-la sempre que ela parecia estar em iminente queda.

Neste concurso, a vitória foi decorrência também de uma atuação especial dos candidatos que, unidos contando com o grande auxílio de um amigo advogado, superaram dificuldades para garantir o exercício de um direito **arduamente** conquistado por **mérito próprio**. Assim, aproveito para agradecer cada um dos colegas, novos juízes, pela garra e companheirismo, indispensáveis para que o dia de hoje se realizasse. E estou convicta de que todos nós, como magistrados, demonstraremos, diuturnamente, que somos dignos da função que nos foi conferida, exercendo-a com competência, respeito à ética e em prol do bem comum.

Externo, ainda, as minhas estima e admiração pelos Desembargadores que compuseram a Comissão de Concurso, os Excelentíssimos Senhores Doutores José Renato Nalini, José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Antonio Carlos Tristão Ribeiro, Paulo Eduardo Razuk, Fernando Antonio Torres Garcia, Ricardo Henry Marques Dip, e pelos advogados representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, Drs. Antonio Penteado Mendonça e Paulo Hamilton Siqueira Júnior, que, durante o certame, trataram-nos com **respeito** e buscaram de nós extrair, de modo **objetivo**, os conhecimentos



necessários para o adequado desempenho da judicatura.

Meus caros colegas, vamos fazer o uso adequado desse enorme poder que passamos a ter. Vamos trabalhar com AMOR e sigamos sempre firmes e confiantes! Que venham novas ideias fixas!